

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

دکتر رضا مقصودی- مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

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 مشروط له بدانیم، احکام و مقررات شرط باید به نوعی تنظیم و تفسیر شود که در مقام عمل به فریاد مشروط له برسد. ترتیب مقرر در ماده ۲۳۹ نه تنها این توقع را برآورده نمی سازد، بلکه گاهی خود، موجب عسرت و تحمیل ضرر ناروا بر مشروط له و نقض قاعده لزوم جبران کامل خسارت قراردادی و تزلزل اصل موازنه می گردد. 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 و در صورت امضاء معامله، مطالبه عوض شرط به عنوان خسارت بنابر مصلحت و غبطه مشروط له در هر مورد، نظر برگزیده است که به شیوه توصیفی-تحلیلی موضوع پژوهش حاضر قرار دارد.

کلید واژه ها: شرط فعل، ضمانت اجراء، حق فسخ، الزام

۱. مقدمه

اهمیت پرداختن به موضوع شرط و فائده و اثر یافته های پژوهش حاضر به واسطه آن است که دواعی و مقاصد عاقدین اعم از سلب ها و منع ها، تحمیل ها و تحصیل ها، 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 قراردادهای 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 پدیده های نوظهور بر اهمیت شروط ضمن عقد افزوده است. در این رهگذر کمتر قراردادی را می توان 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 قراردادهای نیز این امکان را برای متعاقدين تسهیل و در درج شروط مطلوب از حمایت قانونی بهره مند ساخته است.

یکی از حوزه‌هایی که در آن نیاز به بازنگری و انطباق با شرائط 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 خيار فسخ به نحو ترتیبی و تقدّم اجبار بر فسخ شمرده است. ترتیب مقرر با واقعیات امروز و توقّعات عرف از شرط که آن را یک تأسیس در جهت حمایت از منافع مشروط له می‌شناسد، سازگار نبوده و خود موجب تحمیل حرج و ضرر دیگری بر مشروط له در رویه قضائی گردیده است. مقاله حاضر در نظر دارد با بررسی انظار و اقوال فقهاء امامیه و ابداع احتمالات، بسته حمایتی جامعی برای حفظ منافع مشروط له طرح کرده که در عین قوت مبنا و تطبیق بر قواعد، در عمل نیز راهگشا جلوه کند.

۲. پیشینه تحقیق

با تحول زمان، تغییر شرائط و پیچیدگی روابط قراردادی، اندیشه عبور از ضمانت اجرای سنتی شرط فعل در فقه و حقوق که ابتداء الزام مشروط علیه 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 بُعد حمایتی از مشروط له نیز موافق باشد، مورد دغدغه پژوهشگران و نظریه پردازان شرط قرار گرفته است. در این زمینه آثار و تألیفات یا به پیروی از مبنای شهید اول تنها ضمانت اجرای حق فسخ را مورد شناسائی 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 چون آقای جواد معتمدی در پایان نامه خود با عنوان «مطالبه بهای شرط» پرداخت قیمت شرط را ضمانت اجرای عادلانه برای تأمین هدف مورد نظر دانسته که بر اساس آن مشروط له می‌تواند پس از تخلف مشروط علیه و ممکن نبودن اجبار، بهای شرط را مطالبه نماید.

در طرح حاضر بسته حمایتی از مشروط له در عین قوت و استحکام مبانی، چند وجهی و انعطاف پذیر بوده و بدون تحمیل یک گزینه به مشروط له، بسته به کیفیت مورد شرط و احوال و منافع

او تنظیم و پیشنهاد شده است. جامعیت این تئوری تا آنجا که وسعت دید و تحقیق اقتضاء می کند، 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 مشروط علیه است که در صورت تخلف، جواز الزام را به دنبال خواهد داشت و حق فسخ در عرض و فرع بر عدم امکان اجبار است؟ یا بر عکس، اثر شرط، حکم وضعی است به این معنا که در صورت تخلف از آن، عقد در معرض زوال قرار می‌گیرد و بعبارت دیگر، مشروط له حق فسخ دارد و طولی بودن رابطه الزام با خیار فسخ، یعنی اجبار، فرع بر عدم استفاده از حق فسخ است؟ از طرفی، آیا تعهد به انجام فعل به ویژه 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 مشروط له بر ذمه مشروط علیه و ضمان ملک می‌شود یا تنها ضمان عهده‌ی پدید می‌آورد؟ در صورت ضمان ملک، آیا مشروط له 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؟

۱-۳. حکم وضعی محض (حق فسخ)

شهید اول مفاد شرط را چیزی بیش از تزلزل در مشروط نمی‌داند. [۱۷، ج ۵، ص ۳۲] چون الزام مورد بحث در شرط، غیری و مقدمی است نه نفسی، یعنی حکم تکلیفی در شرط تابع و مقدمه‌ای برای تأمین حق مشروط له است و چنانچه شارط حق 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 فائده 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 مشروط علیه از عمل به شرط، مشروط له حق فسخ دارد. پس، جواز اجبار نیاز به دلیل دیگری دارد.

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

در نظر عدّه ای، مدلول التزامی حدیث نبوی: «المؤمنون عند شروطهم»، عبارت از «وجوب وفاء به شروط و تعهداتی است که شخص بدان ملتزم شده»، می باشد و بر استفاده حکم تکلیفی از حدیث مذکور و اثبات نظریه جواز اجبار مشروط علیه 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] استحباب عمل به شرط و استنباط امری اخلاقی از وفای به شرط در حدیث که سزاوار مؤمن است و ملکیت ذمه مشروط علیه به نفع مشروط له نیز طرفدارانی در فقه دارد.

شیخ انصاری در این مقام، درصدد 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] ایشان در مکاسب 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 به این نظریه پاسخ داده اند که همانطوری که حکم تکلیفی قابل جعل است، حکم وضعی هم قابل جعل است. یعنی شارع مستقلاً می تواند به لزوم معامله در صورت تحقق شرط و خیار بودن آن در فرض تخلف یا تعذر شرط حکم کند. [۱، ج ۳، ص ۱۴]

شاید بتوان چنین گفت که عرف و بنای عقلاء این است که درج هر شرطی در ضمن عقد موجد یک حق برای ذینفع در چهره شرط ضمنی عرفی است. مثلاً فهم عرفی آنست که حق تعیین مسکن برای زوجه ضمن عقد نکاح موجب حق انتخاب برای زن است. از برخی روایات هم این معنا قابل استفاده است. به عنوان مثال امیرالمؤمنین (ع) فرمودند هر کس با زن خودش شرطی کرد، «فالیف لها به» باید به آن شرط برای زن وفا کند. [۸، ج ۱۶، ص ۱۷]، ظاهر اینست که لام «لها» اختصاص و ملکیت است. یعنی زن مالک چنین حقی است و باید به شرط او وفا بشود و الا می فرمود: «فالیفه اياها» یا «فالیفها اياه». ایجاد حق بوسیله درج شرط مقتضای سیره عقلاء است که مورد امضای شریعت نیز قرار گرفته و شاهد درستی بنای عقلاء آنست 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 مشروط له جواز اجبار مشروط علیه را در صورت تخلف از شرط دارد.

عبارات میرزای نائینی گویای آن است که ایشان فلسفه وجودی خیار اشتراط را مطابق مرام شیخ طوسی می پذیرد، بر اساس این مبنا، شرط به عقد بدون شرط، متعهد نشده است. پس در

فرض عدم تحقق شرط، دلیل لزوم وفاء شامل او نمی شود، ولی در نتیجه از شیخ فاصله می گیرد. شیخ طوسی مانند شهید اول از خیار اشتراط تنها حکم وضعی محض استفاده می کند، اما محقق نائینی از طرفی خیار تخلف شرط را به شرط عرفی ضمنی پیوند می زند که به موجب آن پابندی به لزوم، منوط به ایفای شرط است؛ و از سوی دیگر، علاوه بر شناسائی حق فسخ برای مشروط له که یک حکم وضعی است، به دلیل وجوب وفاء به شرط، امکان مطالبه مفاد شرط و الزام مشروط علیه را نیز که یک حکم تکلیفی است، تجویز می نماید. [۹، ج ۳، ص ۲۴۴] بنابراین، عدم التزام شارط بر لزوم عقد در فرض تخلف شرط، به معنای الزامی نبودن عمل به شرط توسط مشروط علیه نیست.

۱-۲-۳. کیفیت استیفاء حق مشروط له در آراء فقهی

بر فرض پذیرش این که عقلاء در صورت تخلف شرط، هم اقتضای عمل و هم امکان فسخ را تأیید می کنند، آن گاه، سؤال مهم تر در موضوع ترتیبی یا هم عرض بودن اجبار و خیار فسخ است. به عبارت دیگر آیا در صورت امکان اجبار برای مشروط له، حق فسخ نیز هم تراز و هم عرض آن وجود دارد و مشروط له در انتخاب هر یک از این دو امکان، آزاد است؟ یا اینکه نسبت آن دو ترتیبی و طولی است، یعنی مشروط له ابتدا می بایست الزام مشروط علیه را بخواهد و در فرض تعدّر، به حق فسخ توسّل ورزد؟ یا بعکس، 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 چنانچه معروف است «لا یکفی فی ردّ الإشکال، مجرد الشهرة» برخی فقهاء چون مرحوم خوئی نظریه شهرت فتوایی را (که طبق آن اشتها فتوی بین فقهاء دلیل بر درستی آن است)، نمی پذیرد. بحث اجتهادی ایشان در این زمینه تا آنجا پیش رفت که در نزدیک به سی مسأله خلاف نظر مشهور حکم کرده است.

علامه حلی در تذکره بر آنست 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 داده اند. شیخ انصاری در مکاسب می فرماید: «الخيار انما شرع بعد عدم تمكّن 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]

۱-۲-۳. دلائل تقدّم حق الزام بر خيار فسخ

شیخ انصاری چند دلیل بر اثبات رابطه طولی این دو حق به نحو تقدّم حق الزام بر خيار تخلف شرط ذکر می کند:

۱-۱-۳. اولین دلیل، موضوع شرط ضمنی است. ادله اثبات خيار گویای آنست که حق فسخ جایی است که امکان الزام نباشد. مشروط له حق اقدام مطابق مضمون شرط ضمنی را دارد، خواه اعمال این حق به میل و رغبت مشروط علیه باشد یا با اکراه او. پس، وقتی بتوان مشروط علیه را الزام بر وفای به شرط کرد، حق ذوالحق ادا شده و در واقع تخلفی از شرط صورت نگرفته است. وقتی هم تخلف نبود، حق فسخ معنائی ندارد. [۳، ج ۶، ص ۷۲] در این بیان، التزام بائع به لزوم عقد، منوط به التزام مشتری به شرط است. با پذیرش این دلیل، هر گاه اجبار مشروط علیه بر عمل به شرط ممکن باشد، خيار ثابت نیست.

۲-۱-۳. دلیل دوم، مسأله 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 می شود، اما رفع لزوم در صورتی است که ضرر قابل جبران نباشد و آن گاه ضرر غیر قابل تدارک است که الزام ممکن نشود. پس، وقتی تمکن از فسخ دارد، ضرر را با اجبار رفع می کند و احتیاجی به بر هم زدن عقد نیست. نتیجه این سخن آنست که حق فسخ در طول اجبار به عمل بر شرط است. اما مرحوم آخوند خراسانی حدیث را به گونه دیگری تفسیر کرده اند. نظر ایشان بر آنست که معامله ای که در آن نداشتن حق فسخ موجب ضرر باشد، اصلاً صحیح نیست. لذا یا می گوئیم قاعده لاضرر یک نوع مجاز و استعاره با روش نفی موضوع به لسان نفی حکم است و 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، خيار در عرض اجبار است نه در طول آن.

ملاحظه

اگر مدرک خيار اشتراط را لاضرر دانستیم، با محذور دیگری مواجه می شویم که ترتّب حق فسخ بر الزام خود موجب ضرر و حرج و به عسرت انداختن مشروط له است. الزام چه به مباشرت و چه به تسبیب از طریق دادگاه موجب ضرر مالی، عرضی و آبرویی برای مشروط له است. همچنین تدارک ضرر تنها با خيار فسخ حاصل نمی شود، 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 نمی شود. اجبار در قسم اول با مشکلی مواجه نیست اما در دو فرض دیگر محذوراتی دارد. مرحوم امام خمینی در حالت دوم اگرچه شرط را توسط حاکم از باب ولایت بر ممتنع می پذیرد و قصد انشاء حاکم را مانند مورد اگرچه محکوم نافذ می داند اما تصور الزام را در امور قصدی ناممکن دانسته، بر آنند که حاکم می تواند به خرج ملتزم موجبات انجام فعل را توسط دیگری فراهم نماید. راه حلی که ماده ۲۳۸ ق.م. در صورت تعدّر اجبار در مطلق شرط فعل، پیش بینی 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 مشروط علیه 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 می کند. برای همین ظاهراً اجبار در فرض دوم به این معناست که برای حفظ غرض و هدف مشروط له، اجرت عبادت را از مشروط علیه گرفته، به مشروط له بپردازند و حاکم نمی تواند برای عبادت اجیر بگیرد؛ چون این خلاف غرض و رضایت مشروط علیه است.

۲-۱-۲-۳. دلایل هم تراز بودن حق الزام و خيار فسخ

۲-۱-۲-۳-۱. میرزای قمی در رساله شروط خود، مقتضای اصل را عدم انتقال هر یک از دو عوض از ملک صاحبش به دیگری می داند، پس، تسلط مشروط له بر عوض و مال خود باقی است تا اینکه انتقال ثابت شود و انتقال فقط در صورتی ثابت می شود که مشروط علیه از شرط خودداری نکرده، بدان عمل کند. وی آنگاه با نقل مبنای شهید اول در شرح لمعه، مسالك و دروس، دلالت عبارت دروس را: «...فيلزم الشرط من طرف المشتري عليه فان اخل به فللمشتري له الفسخ، و هل يمكن الاجبار عليه؟ فيه نظر»، صریح در بیان مقصود خود و از میان چهار دیدگاه قوی ترین نظر می شناسد. [۱۹، ص ۸۷]

۲-۱-۲-۳-۲. مرحوم امام خمینی از کسانی است که خيار فسخ و اجبار را در عرض هم می پذیرد نه در طول و به شکل ترتیبی، یعنی مشروط له مخیر بین اجبار و بین فسخ است، دلیل

بر تخییر نیز بنای عقلاست. بنای عقلاء در باب خیار اشراط این است که مشروط له می تواند 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 مشروط له به نحو تخییری استیفاء شود، در دیگر نظام های حقوقی نیز مورد اهتمام نویسندگان قرار گرفته است. [۱۱، ج ۳، ص ۶۴۳]

۳-۲-۲. نظر برگزیده

اگر شرط را موجد حق و اثر وجودی آن را حمایت از منافع مشروط له بدانیم، احکام و مقررات شرط باید به نوعی تنظیم و تفسیر شود که در مقام عمل به فریاد مشروط له رسیده، گره از کار فرو بسته اش گشوده و دردش را چاره سازد. در تحقق این هدف، مقتضیات زمان و مکان نقش محوری دارد. ممکن است تمهید و تدبیری که در گذشته چتر حمایتی محسوب می شد، امروزه با تغییر ساختارها، تحول روش های احقاق حق و پیچیدگی روابط انسانی، اجتماعی و قراردادی، کارایی و اعتبار سابق را از دست داده و حتی اثری ضد فلسفه وضع خود تولید نماید. از سویی چه بسا ساز و کارهای نوین، فهم متفاوتی از عدالت قضایی را طلب کند. آنچنان که برخی نویسندگان دریافته اند زمانی کپرنیک ثابت کرد زمین و آدمیان گردنده و آسمان ها ثابتند و کانت بار دیگر نشان داد محور آفرینش انسان است و جهان اتفاقاً بر گرد انسان می چرخد، اکنون باید گفت: «جهان قضاوت و حقوق نیز بر گرد دادرسان می گردد نه بر گرد قانون... قاضی تلاش می کند تا با جمع میان قانون و اخلاق و عدل و انصاف و نظم و هر آنچه آن را خوب می داند به حق دو طرف دعوی حکم کند». [۶، ص ۱۵۲] معاملات از امور عرفی اجتماعی به شمار می رود 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 می خورد به گونه ای که در معاملات، نگاه عقلانی و عرفی پررنگی در اندیشه و آراء ایشان به مباحث دیده می شود. بنابراین، تدابیر حمایتی می بایست ضمن پیوستگی و اتکاء بر مبانی، چند وجهی و انعطاف پذیر بوده و بدون تحمیل یک گزینه، حق آزادی و ابتکار عمل مشروط له در انتخاب راه حل

مناسب را بسته به مورد و منطبق بر عدالت قضائی در چارچوب و نه بی چارچوب، محترم شمارد. به این منظور بسته حمایتی از مشروط له را دو مرحله بررسی می کنیم:

۱-۲-۳. انتزاع حکم تکلیفی از حکم وضعی

این بحث که حق فسخ با حق اجبار در طول یکدیگرند یا عرض هم، مبنائی است نه بنائی. یعنی تابع برداشتی است که از تفاهم عرفی وجود دارد و به عبارتی متوقف بر شناسائی مبنایِ 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 بی زبانی منفعت طلبی یکی را به حدی که منجر به ضرر فاحش و نامتعارف دیگری شود، نفی و سلب می کنند. 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 مشروط له به شرط عمل نکند، شارط خیار فسخ داشته باشد. اگر این مبنا پذیرفته شود، نتیجه آن است که خیار اشتراط، به خیار شرط بازگشت می کند. با این تفسیر از شرط در عرف مردمان، می توان گفت که حدیث «المؤمنون عند شروطهم» درصدد بیان یک امر عقلائی است. یعنی هر کس طبق عرف و عقل متوسط اجتماع باید به قول خود پایبند باشد. مسلمان هم از این جهت که یکی از عقلاست، باید به شرط خود وفا کند. عرف و عقل مردم اجتماع از شرط ابتدائاً و جوب وضعی را دریافت می کنند نه وجوب تکلیفی را. به زبان عامیانه وقتی کسی قولی می دهد یا شرطی می کند، در صورت تخلف، مردم می گویند مگر قول ندادی؟ از این که او قول داده و معنای قول هم این می دانند که یعنی معامله با این شرط گره خورده است، از این امر صحت تعهد را می فهمند نه اینکه ابتدائاً وجوب تکلیفی را دریافت کنند. مؤید این فهم عرفی آنست که چنین دریافتی مختص مسلمانان نیست و همه مردم در هر اجتماعی آنچه در ذهنشان از شرط می گذرد آن است که التزام به لزوم بر وفای به شرط پیوند خورده است. اگر حدیث را اینگونه معنا کنیم، مدلول مطابقی آن، وجوب وفای به شرط نیست، بلکه حدیث می خواهد 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 می شود. پس، فائده شرط، تأسیس حکم تکلیفی در نتیجه تخلف در عرض حکم وضعی است.

اثبات این فرضیه مبتنی بر مقدمات مطوئیه زیر است:

۱- دلالت مطابقی خیار اشتراط به موجب 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.

۵- چون بموجب حکم وضعی حق فسخ برای شارط ایجاد می شود و لکلّ ذی حقّ استیفاء حقّه، حکم تکلیفی الزام و التزام از حکم وضعی انتزاع می شود.

۶- دلالت مطابقی و التزامی از نظر رتبه معیت داشته، مدلول التزامی مؤخر از دلالت مطابقی نیست، بلکه در عرض یکدیگرند.

۷- در صورت تخلف شرط، برای مشروط له حق فسخ و الزام مشروط علیه توأمان و در عرض یکدیگر حاصل می شود.

از بیان مرحوم کاشف الغطاء که تقدّم حقّ مشروط له بر متعلّق شرط در قبال مالکیت مشروط علیه را زمانی نمی داند، بلکه تقدّم ذاتی می شناسد، شاید بتوان عدم لزوم رعایت ترتیب زمانی بین حقّ فسخ و حقّ الزام را استفاده کرد: «بل معنی الشرطیة فی المقام ملکية المشروط له علی نحو ملکية المشترط، فالملکية شرط فی الملكية و يحصلان دفعة و التقدّم ذاتی لا زمانی» [۱۶، ج ۴، ص ۲۰۴]

محمد بروجرودی عبده از تدوین کنندگان قانون مدنی، حکم خیار تبعّض صفقه را در انتخاب حقّ فسخ یا امضاء عقد با گرفتن ارش، به موضوع تخلف شرط سرایت داده است: «...با انتفاء شرط، یعنی عدم تحقق آن، برای مشروط له خیار فسخ و اخذ به ارش هر دو ثابت است». [۱۴، ص ۱۴۳]

با فرض تبعیت از نظر قانونگذار در ماده ۲۳۹ ق.م و پذیرش ترتیب رتبی الزام بر حق فسخ، تردیدی نیست که حکم قانون راجع به پیش شرط فسخ، قاعده ای تکمیلی است و چون بر پایه نظریه منتخب، تعیین حقّ فسخ در عرض حقّ الزام، مدلول مطابقی شرط در عرف شهروندان بوده که خود، یک شرط ضمنی از سنخ شرط خیار است و متوقّف بر تصریح و بیان

نیست و عقد به دلالت التزامی بر آن گواهی می دهد؛ بنابراین، شرط ضمنی مزبور، توافقی بر خلاف این قاعده تکمیلی، مقدّم بر آن و حاکم بر روابط طرفین است.

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

۱- ماده ۶۹۸ ق.م.اثر ضمان را نقل ذمه دانسته اما عرف بازار و تجارت ضمان طولی یا وثیقه ای را به درستی ترجیح داده است. اثر حقوقی ضمان ضمّ طولی، التزام ضامن است نه انتقال دین. پس، نصّ قانون با دیدگاه عرف تضاد دارد. برای حلّ آن حکم قانون را قاعده تکمیلی دانسته و دریافت عرف را بر آن مقدم می دارند. ضمّ ذمه در وجه ترتیبی، مدلول التزامی عقد و نوعی تعاهد عرفی است.

۲- قسمت دوم ماده ۳۵۸ ق.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. مقررّه ای که شاید بتوان گفت عرف کنونی خاصّه در برخی مناطق، تاب پذیرش آن را ندارد و زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت یا حمل در بیع حیوان را متعلّق به مشتری می شناسد. نصّ ماده نیز فهم متفاوت عرف را همسان با تصریح متعاقدین، مقدّم بر ترتیب قانونی شمرده است. لذا، دلالت التزامی هم در اصل وجود و هم در حجّیت، تابع دلالت مطابقی است و بسان بیان و تصریح بر قانون تکمیلی مقدم است.

وانگهی، قسمت دوم ماده ۴۹۶ ق.م. در مورد تخلف از شرط فعل در عقد اجاره، با حکم مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. مخالف است، چرا که ماده ۴۹۶ تخلف از شرط فعل در عقد اجاره را موجب خیار فسخ از تاریخ تخلف دانسته و حقّ 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. هر چند در ابتدا این امر به ذهن خطور می کند که حکم ماده ۲۳۹ ق.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 مشروط له نشده و چهره متفاوتی از عدالت مجال ظهور یابد. مؤید دیگر این برداشت ماده ۲۴۳ ق.م. است، چرا که خودداری متعهد از دادن ضامن خود، مصداق

ماده ۲۳۹ ق.م و نمونه ای از تخلف شرط فعل است که بدواً برای مشروط له حق فسخ تعیین شده است.

مرحوم دکتر شهیدی خیار فسخ را اثر اتصال عقد به شرط دانسته که باعث می شود در صورت بطلان یا ممتنع شدن شرط، عقد توسط مشروط له قابل فسخ باشد. چرا که اتصال شرط به عقد، یعنی اینکه شرط در ایجاد رضای مشروط له نسبت به عقد مؤثر است و فقد شرط، این رضا را مخدوش می سازد. [۱۲، ص ۴۴]

آثار این اندیشه در رویه قضائی و آرای داوری نیز راه یافته است. (تصمیم شماره ۵۲۲ در رأی داوری به تاریخ ۹۸/۰۷/۱۲ موضوع قرارداد حق العمل کاری 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 بر خلاف 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.»

۲-۲-۳. مطالبه بهای شرط

ممکن است تمهید مذکور در مواردی کارساز نبوده و منافع مشروط له در انتخاب هیچ یک از دو گزینه تدارک نشود، مثل جائی 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 مشروط علیه نیز عاصماً از وفاء به شرط امتناع می کند، گزینه مناسبی برای جبران ضرر نباشد. بنابراین، تدبیر نخست در هر یک از دو وجه خود، مصالح مشروط له را تأمین نمی کند. در اینجا راه حلّ سومی که به ذهن خطور می کند، امضاء معامله با گرفتن عوض شرط به عنوان خسارت است که خود موضوع این حلقه را تشکیل می دهد. لذا 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، مشروط له می تواند بدل آن را که عوض شرط است، به عنوان خسارت مطالبه کند.

۱-۲-۲-۳. 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 می شود؟ آیا شرط، جزئی از مورد معامله یا در حکم آن است و همانگونه که در برابر هر جزء مبیع بخشی از ثمن قرار می گیرد، در مقابل شرط نیز مستقیماً قسمتی از عوض دیگر واقع می شود 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 می داند که شرط، جزء یکی از عوضین واقع شده و مورد ایجاب و قبول قرار می گیرد. ایشان آثار و تبعات نظر خود را پذیرفته و ساختمان حقوقی رابطه عقد و شرط را بر این ستون بنیان می نهد. 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 به تنهایی و منفرد و نه عقد لا بشرط، وقتی شرط باطل شد، مقصود نیز از بین می رود؛ زیرا کل با انتفاء جزئیش منتفی می شود و قصد کل کافی از برای قصد جزء نیست، بنابراین، جزئی که به صورت منفرد مقصود نیست، حکمی نیز بر آن بار نمی شود و اصل، عدم انتقال مال هر یک از متعاقدين به دیگری است، تا اینکه انشاء انتقال ثابت شود. دلیل بطلان عقد به واسطه بطلان شرط آن است که سهمی از ثمن در برابر شرط است. پس اگر شرط باطل باشد، ثمن مجهول شده و در نتیجه، عقد باطل می شود. [۱۹، ص ۷۳]

۲-۲-۲-۳. نظر مشهور

نظریه ای که مشهور فقهاء از آن پیروی می کند، خلاف فتوای میرزای قمی است. در نظر مشهور، شرط هر چند مرتبط با عقد است و نوعی علاقه و رابطه بین آن دو همانند رابطه اصل و فرع وجود دارد، اما در مقابل ثمن قرار نگرفته، جزء احدالعوضین نیست. لذا، مدلول عقد چیزی جز وقوع معامله بین ثمن و مثن نیست و شرط از قبیل دواعی و انگیزه ها است 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 نمی گیرد. سید مراغی

جزئیت شرط را رد کرده، آن را از قبیل وصف می داند و طبق قاعده: «الأوصاف لا تُقابل بالأعواز وإن تفاوتت بهم القیم» هر چند وجود شرط در کاهش یا نقصان ثمن مؤثر است، اما در مقابل عوض قرار نمی گیرد. [۷، ج ۲، ص ۲۸۴]

۱-۲-۲-۲-۳. ماهیت عوض شرط، ارش است

در دو ناحیه آراء و مبانی مشهور فقهاء مختلف است:

اول این که اگر شرط متعذر شود آیا مشروط له علاوه بر حق فسخ مجانی می تواند با امضاء عقد، مطالبه عوض نماید، اختلاف است. امضای مجانی عقد محل کلام نیست؛ چون حق مشروط له است و اگر حق ثابت شد، می تواند 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 مشروط له به عنوان عوض شرط بابت بدل تعهد اصلی دریافت می کند، ارش است یا نوعی غرامت، اختلافی است. در نظر عده ای، ضمان ارش، یک ضمان معاوضی است که باید از عین ثمن پرداخت شود و وجود آن باعث برقراری تعادل ارزش عوض و معوض می شود. 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 می شود. 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 می کنند شرط، تعذر دارد و تعذر طاری یعنی اینکه در وقت عقد، نسبت به شرط، تمکن حاصل است و سپس تعذر، عارض بر عقد می شود. در قسم اول، مطابق نظر مشهور شرط، مثل جزء یکی از دو عوض نیست و فقط در زیادی و نقصان قیمت مؤثر است. بنابراین، مشروط له تنها حق فسخ دارد ولی نمی تواند بدل یا ارش بگیرد. همچنین، نزد دسته ای که شرط فعل در امور مالی را از اسباب دین و مفید تملیک عمل مشروط می شمارند، در این حالت، برای مشروط له ملکیتی

نسبت به مورد شرط حاصل نشده تا بتواند ارزش یا بدل آن را بگیرد؛ زیرا از اول عقد، شرط متعذر و مفقود بوده است. پس، وقتی اساساً حق و ملکی ایجاد نشده، تملکی هم نیست تا مشروط له مستحق بدل یا ارزش شرط باشد. شرط در اینجا نه به منزله جزء است که بدل داشته و نه به منزله عیب است که ارزش داشته باشد؛ چون مشروط له هیچ حقی بر این شرط پیدا نکرده است. پس، از باب عدم تحصیل شرط، تنها حق فسخ دارد. اما به نظر سید یزدی، در تعذر شرط (وصف، نتیجه یا فعل) برای مشروط له حق مطالبه ارزش هست، به این ترتیب که نسبت قیمت واقعی مبیع با وجود شرط را با مبیع بدون شرط حساب کرده، همان نسبت را از ثمن اخذ می کند. مابه التفاوت جنسی که دارای شرط است، با جنسی که دارای شرط نیست را حساب می کنیم و این مابه التفاوت را - که فرض این است که شرط تلف شده و به دست مشروط له نرسیده - مشروط علیه بدهکار است و یا این که می تواند فسخ کند. [۱۳، ج ۳، ص ۳۳۸]

بنابر نظر برخی حقوقدانان، تعذر تسلیم موضوع ماده ۲۴۰ ق.م.آ.ن گاه که ناظر بر تعذر اصلی است، سبب بطلان عقد است نه ایجاد حق فسخ، چرا که 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 می توان خرده گرفت که قدرت بر تسلیم که شرط صحت معامله است، در مبادله دو رکن اصلی قرارداد جاری است و به شرط سرایت نمی کند. شرط، رکن معامله و عنوان عوض محسوب نمی شود تا انتفاء آن موجب اختلال در مبادله عوضین گردد.

میرزای نائینی، حکم تعذر شرط حین عقد را چون خیار متصل، تزلزل عقد می داند. 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 می سازند، در امتناع حین عقد نیز به سبب تزلزل در عقد، حق فسخ برای مشروط له به وجود می آید. [۹، ج ۳، ص ۲۶۱]

از دیدگاه سید یزدی، حالت دوم که تعذر، عارض بر عقد است و بعد از عقد، انجام شرط ممتنع می شود، خود دو وجه دارد: گاهی خود شرط دارای ارزش مالی است، یعنی عرف بازار برای آن قیمت و مالیت در نظر می گیرند. شرط فعل مادی که مثلاً شرط طرح و ترسیم یک اثر هنری

بر مشروط علیه شود، این گونه است. در این فرض چون مفاد شرط، ملکیت مشروط له بر مورد شرط است و تعهد در امور مالی سبب ایجاد دین و موجب ضمان ملک است، یعنی مشروط له مالک ذمه مشروط علیه می شود، مشروط له می تواند از بین دو گزینه امضاء عقد با مطالبه بهاء (ارش، عوض) شرط و 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 ثمن المثل به دیگری بفروشد. عرف برای بیع به ثمن المثل، ارزش مالی در نظر نمی گیرد. سید یزدی حکم حالت اول یعنی تعدّر حین عقد را به این فرض نیز تسری می دهد و بنابراین، گرفتن ارش شرط از باب مقابله واقعی (بر مبنای ایشان) یا از باب جبران خسارت، موجه و قابل پذیرش است. [۱۳، ج ۳، ص ۳۳۹]

به نظر برخی نویسندگان نظریه تقسیط ثمن بر شرط بر خلاف فهم عرفی از مفاد عقد است چرا که عرف به روشنی بین جزء و شرط تفکیک قائل است، اما نقد این نظریه و تبعات نامطلوب آن در صورتی است که شرط را دقیقاً به معنای جزء عوضین بدانیم ولی چنانچه در فرض عدم سلامت شرط، برای مشروط له حق^{۱۱} مطالبه مابه التفاوت (یعنی چیزی شبیه ارش که در واقع نه عوض بلکه در حکم آن است) را شناسائی کنیم، نظریه مذکور با این ضمیمه، قوی و قابل دفاع خواهد بود. [۱۸، ص ۳۳۲]

۲-۲-۲-۲-۲-۳. ماهیت عوض شرط، خسارت است

آیت الله صانعی در دروس 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)، مشروط له می تواند از مشروط علیه ارش بگیرد. اما به تبع استاد خویش مرحوم امام خمینی، ایراد مبنای سید یزدی را این دانسته اند که دو مقابله (مقام انشاء و عالم واقع) وجود ندارد، بلکه بیش از یک مقابله نداریم و آن هم مقابله انشائی است. لذا بناء درست و مبنا غلط است. پس، بر مبنای دیگری که جبران خسارت و ضرر است، مشروط له می تواند ارش بگیرد چرا که وجود و عدم شرط و لو مقابله ندارد، نزد عقلاء در قیمت و ارزش مبیع مؤثر است. در نتیجه، با الغاء خصوصیت از جریان ارش در عیب و طبق قاعده، در بحث کنونی نیز باید گفت که عدم سلامت شرط موجب خسارتی است که باید با ارش جبران شود.

حقّ مطالبه خسارت در صورت نقض تعهد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و در سیستم حقوقی کامن لو نیز مورد قبول قرار گرفته است. [۱۲، ص ۱۵۴]

بنابراین، دسته ای از فقیهان، ارش را غرامت و جبران خسارتی می دانند که به جهت عیب مبیع برای خریدار حاصل می شود. در این مبنا، مطالبه بهای شرط اگرچه شبیه ارش است اما ارش نیست، چرا که در قول به ارش، نمی توان بین نظریه عدم تقسیت ثمن بر شرط «الشّروط لا یوزع علیها الثمن» و اختیار ارش در مطالبه بهای شرط جمع کرد. اما اگر فلسفه وجودی ارش را جبران غرامت خریدار بدانیم، مطالبه بهای شرط با مانعی مواجه نبوده، توجیه پذیر است. شاید بتوان گفت مبنای نظریه نخست که وصف سلامت را به موجب شرط عرفی ضمنی، قید التزام معاملی و ارش را از جنس عوضین می داند، راجح و با نظامات و آثار این تأسیس سازگارتر است. پس، ارش، خسارت نیست و آنچه بابت عوض شرط پرداخت می شود، خسارت است. پس، ارش 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 مشروط له دانسته اما بهره مندی از این حقوق را به نحو ترتیبی و تقدّم رتبی حق اجبار بر خیار فسخ شمرده است، با توجه به تحولات نوین و پیچیدگی روابط بازرگانی و قضائی و تخصّصی شدن امور در راستای منافع مشروط له نبوده و خود حرج و عسرت دیگری بر اوست.

تعیین حق فسخ در عرض جواز اجبار و واگذاری حق انتخاب به مشروط له در مصلحت سنجی مطابق شرائط معامله و اختیار نفع یا ضرر خود در استفاده از هر یک از این دو حق، با عدالت قضائی و اقتضای شرط سازگار است. از طرفی نمی توان حق اجبار را نفی کرد و تنها چاره را در حق فسخ دید. زیرا در فرض نوسان قیمت ها و تورّم شدید، اگر با تخلف از وفای به شرط، تنها حق فسخ برای مشروط له 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 مشروط علیه از وفای به عهد امتناع کند، قول به فسخ

ابتدائی عامل ضرر بر مشروط له است. در این گونه موارد قاعده حقوقی می بایست استیفاء حق را در قالب الزام به رسمیت بشناسد، پس او باید بتواند الزام مشروط علیه را بخواهد. اما این دلیل نمی شود که برای فسخ، پیش شرط گذاشته و بگوئیم ابتدائاً حق اجبار دارد، چون در مواردی جبران ضرر تنها با حق فسخ حاصل می شود. شناسائی حق فسخ در طول وجوب تکلیفی و تنها در صورت عدم امکان الزام، در شرائطی که روش احقاق حق در وضع حاضر دارد و مشقت و عوارض ناخواسته ای چون اطاله و هزینه های دادرسی بر مشروط له تحمیل می کند، خود مصداق ضرر و حرج بوده، در غالب موارد با عدل و انصاف ناسازگار و منطبق با غبطه و صلاح مشروط له نیست. نفس محکمه رفتن، تکلیفی حرجی است. اثبات دعوی، اطاله دادرسی و هزینه های آن، همگی موجب دشواری است که تحمیل آن بر مشروط له با غرض از شرط که حمایت از اوست، منافات دارد. وانگهی، در بیشتر قراردادهای تجاری به ویژه آنجا که محموله موضوع قرارداد مواد خوراکی یا فاسدشدنی است، منافع مشروط له تنها با تمهید حق فسخ در عرض الزام تأمین می شود.

از نگاه دیگر، قواعدی چون «نفی ضرر» و «نفی حرج» از احکام ثانوی و تأسیسات بنیادین نظام حقوقی و مبانی فقهی است که بنابر اصل کنترل قواعد فرودست به وسیله قواعد برتر، حتی لزوم قراردادها به عنوان حکم شرع و اصل محوری در نظم عمومی معاملاتی، تاب معارضه با این قواعد عالی را نداشته، رنگ باخته و رفع یا تعدیل می شود. این کارائی و اثر در تجویز حق فسخ به طریق اولی مقدم بر سایر ضمانت اجراهای مقوم لزوم عقد (الزام یا انجام توسط ثالث به هزینه متعهد) است. محروم ساختن مشروط له از امکان فسخ ابتدائی 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 مشروط له و به عسرت انداختن 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 می شود. مطالبه بهای شرط نیز تأسیس مناسب دیگری است که بدل اصل تعهد قرار می گیرد. یعنی، در صورت تعدّر موضوع شرط و عدم اختیار فسخ، مشروط له می تواند با رضایت به معامله، عوض شرط را بابت خسارت مطالبه کند.

منابع:

۱- خراسانی، آخوند، محمد کاظم، (۱۳۹۰)، کفایه الأصول، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی

- ۲- انصاری، مرتضی، (۱۳۸۰ش) *فرائد الأصول*، ج ۳، قم، مجمع الفکر الاسلامی
- ۳- انصاری، مرتضی، (۱۴۳۴)، *مکاسب*، ج ۶، قم، مجمع الفکر الاسلامی
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، *تئوری موازنه*، تهران، گنج دانش
- ۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، *فلسفه / علی 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* (تقریرات درس آیت الله نائینی)، 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 طیبیه لاحیاء التراث.
- ۱۴- عبده، محمد بروجردی، (۱۳۲۹)، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی محمدعلی علمی
- ۱۵- عاملی جُبعی، شهید ثانی، زین الدین بن نورالدین، (۱۳۴۰)، *شرح لمعه*، قم، ذوی القربی
- ۱۶- کاشف الغطا، 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