



ماهیت حقوقی شرط فاسخ در قراردادها

مؤلف

نوشین اکبری دوبرجی

ویراستار

هایده عبدلی

انتشارات قانون یار

۱۳۹۷

تقدیم بہ ہمسفر مہربانم

فهرست مطالب

فصل اول

کلیات

فصل دوم

مفهوم و مبانی شرط فاسخ

فصل سوم

شرط فاسخ، ویژگی ها، ارکان، اقسام و تمیز آن از مفاهیم

مشابه

فصل چهارم

قلمرو و آثار شرط فاسخ

منابع ماخذ

پیشگفتار

در حقوق ایران به تعلیق در ایجاد و اثر عقد، و همچنین انفساخ قهری ناشی از حکم قانونگذار اشاره شده است؛ اما تعلیق در انحلال عقد و انفساخ ناشی از تراضی (شرط فاسخ) و اینکه آیا طرفین می توانند در ضمن عقد، انحلال آن را به وسیله شرط فاسخ معلق بر وقوع امری در آینده نمایند، به نحوی که با تحقق معلق علیه، عقد خود به خود منحل و منفسخ گردد؛ پیش بینی نشده است. همچنین، به دلیل سکوت قانونگذار و فقدان رأی وحدت رویه در خصوص «شرط فاسخ»، تشتت و تضاد بین آراء دادگاه های بدوی و عالی را به دنبال داشته است. به نظر می رسد با توجه به برخی از آیات، احادیث، عمومات قواعد فقهی و حقوقی، دکترین حقوقی، عرف و عادت، استفتائات انجام شده، وحدت ملاک برخی از مواد و اصول قانون مدنی، «شرط فاسخ» با مبانی حقوق موضوعه ایران و مبانی حقوق اسلامی

سازگار است؛ و هیچ نصّی در خصوص بطلان آن در فقه و حقوق نمی توان یافت. از مهمترین و رایج ترین عهد و پیمان های منعقدہ بین انسانها از ابتدا تا کنون عقد و شرط می باشد. شرط نیز همانند عقد بسیار متنوع بوده و به صورت های مختلف واقع می شود. اشخاص حقیقی و حقوقی معمولاً در قراردادها و معاملات خود با شرط سر و کار دارند. شرط در روابط داخلی و بین المللی کاربرد فراوان دارد و از گذشته تا به امروز تحولات بسیاری را متناسب با زمان و شرایط پشت سر گذاشته است. از جمله شروطی که امروزه رواج پیدا کرده است، «شرط فاسخ» می باشد؛ که نه تنها قابلیت درج در ضمن عقود قدیمی مثل بیع و اجاره را دارد بلکه قابلیت نفوذ در عقود جدید و بی نام را هم دارد و می تواند در این گونه قراردادها و معاملات، نقش مهمی را ایفا کند. شرط فاسخ، در قانون مدنی ایران پیش بینی نشده است؛ اما انفساخ قهری ناشی از حکم قانون گذار در قانون مدنی ایران پیش بینی شده است. مثل، تلف مبیع قبل از قبض.

همچنین، تعلیق در حقوق ایران، به تعلیق در انعقاد عقد با تعلیق در منشأ و اثر عقد تفسیر می شود و از تعلیق در انحلال عقد با عنوان «شرط فاسخ» سخنی به میان نیامده است. در اقتصاد فعلی، که در بیشتر معاملات، ثمن به صورت مؤجل یا طی چند قسط پرداخت می گردد؛ شرط فاسخ نقش مهمی را می تواند در معاملات ایفا کند و جهت استحکام قراردادها و ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات استفاده شود. در قراردادهایی همچون واگذاری اراضی از سوی سازمان امور اراضی، واگذاری زمین یا خانه دولتی به شرط نداشتن زمین یا خانه، فروش اقساطی کالا، اجاره به شرط تملیک، اجاره عادی، قرارداد بیع کالا، لیزینگ خودرو و ... که امروزه توسط اشخاص حقیقی و حقوقی رواج فراوان پیدا کرده اند، زمینه افزایش اختلافات قراردادی، در رابطه با این گونه شروط را فراهم آورده است؛ که به دلیل سکوت قانون و فقدان رأی وحدت رویه، تشتت و تضاد آراء دادگاه های بدوی و تجدیدنظر و شعب دیوان عالی کشور در این

زمینه را به همراه داشته است. نظرات علما و مراجع هم
در رابطه با شرط فاسخ، متفاوت و دارای ابهام است.

فصل اول

کلیات

با توجه به ارتباط موضوع این اثر علمی با مباحثی مثل انحلال، تعلیق و شرط، پیش از ورود به موضوع اصلی، لازم است این مباحث به اجمال مورد بررسی قرار گیرند. به همین جهت در گفتار اول، انحلال قرارداد و اسباب آن و در گفتار دوم، تعلیق و اثر آن در انعقاد و انحلال قرارداد و در گفتار سوم، شرط، اقسام شرط و ارتباط شرط با عقد مشروط، به اجمال بررسی می شوند.

گفتار اول: انحلال قرارداد و اسباب آن

در این گفتار پس از تعریف و بیان مفهوم انحلال، اسباب انحلال قرارداد را ذکر می نماییم. یکی از اسباب انحلال قرارداد که در حقوق موضوعه هم پیش بینی شده

است؛ انحلال قهری یا انفساخ است که ارتباط نزدیکی با موضوع این اثر علمی دارد.

۱- مفهوم انحلال

انحلال قرارداد، در اصطلاح یعنی قراردادی به طور صحیح واقع می شود و پس از آن با تراضی طرفین یا به اراده یکی از آنها یا بدون دخالت اراده، از تاریخ معینی منحل و منفسخ می گردد. به عبارت دیگر، انحلال قرارداد، گسیخته شدن و از هم پاشیده شدن قراردادی است که صحیحاً واقع شده است؛ اما به سببی از اسباب، منحل گردیده؛ و ممکن است انحلال با دخالت متعاقدین (مانند فسخ به وسیله خیارات و اقاله، موضوع مواد ۳۹۶، ۲۱۹ و ۲۸۳ ق.م.) یا بدون دخالت آنها (مانند انحلال بیع به تلف مبیع قبل از قبض موضوع ماده ۳۸۷ ق.م.) باشد.^۱

۱- اقسام عمده انحلال خواه با دخالت عاقدین یا بدون دخالت عاقدین عبارتند از: تلف مبیع قبل از قبض یا بعد از قبض در زمان ضمان بایع، تلف موضوع عقد مانند تلف مال مورد عاریه یا ودیعه، شرط انفساخ عقد، تحالف، صدور حکم حجر (به افلاس یا ورشکستگی) مشتری،

انحلال، از آثار و عوارض عقد صحیح است؛ و نباید آن را با بطلان عقد اشتباه کرد؛ زیرا «عقد باطل صورتی بی معنا است که از آغاز نیز نفوذ و اعتباری ندارد. ولی، در انحلال قرارداد، سببی عقد موجود را بر هم می زند و حکم دادگاه، اگر نیازی به وجود آن احساس شود، ناظر به حدوث همین سبب است.»^۱ پس در انحلال، عقدی که صحیحاً واقع شده است، به سببی از اسباب، منحل می

تلف مبیع در زمان خیار در مورد قاعده «التلف فی زمن الخیار ممّن لاختیاره»، ارتداد یکی از زوجین، اعمال حق شفعه، بذل مدت در نکاح منقطع، اعراض مستأجر اعیان در اثناء مدت اجاره از بقیه مدت اجاره، تغییر جنسیت بر اثر عمل جراحی به تقاضای احد زوجین، اقاله، فسخ به وسیله خیرات. برای مطالعه اقسام عمده انحلال، به کتاب دائره المعارف عمومی حقوق، ۱۳۸۸، الفارق، ج ۱، ص ۴۴۰، ۴۳۸، ۴۳۹، ۴۳۸، نوشته جعفری لنگرودی، و دیگر اثر ایشان، ترمینولوژی حقوق، ۱۳۸۸، ص ۱۴۹ مراجعه شود.

۱- کاتوزیان، ۱۳۸۱، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع، ص ۳۲۷ و حقوق مدنی، ۱۳۷۶، قواعد عمومی قراردادها، انحلال قرارداد، خیرات، ج ۵، ص ۲

گردد. ولی در بطلان، اصلاً عقدی واقع نشده است. به عبارت دیگر عقد صحیح، فسخ، اقاله، منحل و منفسخ می‌گردد و عقد باطل فسخ، اقاله و انفساخ ندارد. گاهی انحلال قرارداد با اجرای آن نیز اشتباه گرفته می‌شود. «قرارداد با اجرای تمام تعهد های ناشی از آن پایان می‌پذیرد، ولی این تحول طبیعی انحلال عقد نیست. زمانی از انحلال سخن گفته می‌شود که عقد، برحسب مفاد خود، جایی برای اجراء داشته باشد ولی سبب ویژه ای آن را بی اثر کند.»^۱ اثر انحلال ناظر به آینده است و به گذشته اثر ندارد. یعنی از زمان انعقاد عقد و قرارداد تا زمان وقوع سبب انحلال، عقد و قرارداد تشکیل شده، نافذ است؛ اما از زمان تحقق سبب انحلال، عقد و قرارداد از هم گسیخته و آثار آن نیز قطع می‌شود.

۱- کاتوزیان، ۱۳۸۱، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی،

۲- اسباب انحلال قرارداد

در عقود جایز، هر یک از طرفین می تواند با اراده خود عقد را بر هم بزند؛ اما در عقود لازم این گونه نیست. با توجه به اصل لزوم در ماده ۲۱۹ ق.م.، انحلال عقد لازم امری استثنایی و خلاف قاعده است. به همین جهت قانون گذار موارد استثناء را احصا کرده است. گاهی هم در عقود جایز و هم در عقود لازم، با حکم قانون گذار عقد خود بخود و بدون نیاز به اعمال اراده و انشای جداگانه، منحل و منفسخ می گردد. اسباب انحلال در عقود لازم فراوان است؛^۱ اما به اعتبار دخالت اراده طرفین، اسباب انحلال قرارداد را به سه دسته تقسیم می نمایند؛

۱- مثلاً، انحلال با دخالت ثالث به وسیله اعمال حق شفعه، می تواند یکی از اسباب انحلال قرارداد باشد. برای مطالعه بیشتر به کتاب دائره المعارف عمومی حقوق، الفارق، ج ۱، نوشته جعفری لنگرودی، ص ۴۳۸ و ۴۳۹ مراجعه نمایید.

۲-۱- انحلال به وسیله تراضی یا اقاله

انحلال به تراضی، یعنی تراضی طرفین عقد یا قائم مقام آنها برای بر هم زدن و قطع آثار آن. انحلال به تراضی در حقوق ایران به «اقاله» معروف است (ماده ۲۱۹ ق.م.ا.؛) و در فقه به آن تفاسخ می‌گویند. پس از عقد طرفین با تراضی یکدیگر، به وسیله اقاله گره بسته شده را باز و انحلال عقد را جداگانه انشاء می‌نمایند. اثر این انحلال از زمان اقاله و ناظر به آینده است.

با توجه به مبنای اقاله، که حکومت اراده می‌باشد و نصّ قانون مدنی، تمام عقود لازم را می‌توان با تراضی اقاله و منحل کرد؛ به غیر از عقد نکاح و عقد وقف، که اقاله در آنها راه ندارد.

سئوالی که در اینجا می‌توان مطرح کرد این است که جایگاه طبیعی اقاله کجاست؟ به عبارت دیگر اقاله جزء اسباب سقوط تعهدات است یا جزء اسباب انحلال عقد می‌باشد؟

قانون گذار ایران در بند دوم ماده ۲۶۴ ق.م. اقاله را در زمره اسباب سقوط تعهدات، آورده است. و در مواد ۲۱۹ و ۲۸۳ ق.م.، اقاله را به عنوان یکی از اسباب انحلال عقد لازم معرفی کرده است. علاوه بر اینکه اقاله سبب سقوط تعهدات و انحلال قرارداد می باشد؛ وسیله قطع آثار تعهدات و قراردادی که ایفا و اجرا شده، نیز می باشد. بنابراین، به نظر می رسد، اقاله دامنه گسترده ای دارد که در ذیل یک عنوان نمی گنجد و نمی توان جایگاه آن را محدود به یک عنوان کرد. در فصل های بعد خواهیم دید که حتی می توان اقاله را به صورت معلق در ضمن عقد شرط کرد.

۲-۲- انحلال به وسیله فسخ

انحلال به وسیله فسخ، یعنی یکی از طرفین قرارداد یا ثالث (در خیار شرط) با توجه به خیاری که به واسطه قرارداد یا قانون (مواد ۲۱۹ و ۳۹۶ ق.م.) به دست آورده، اختیار فسخ قرارداد را به دست می آورد؛ و با انشای

جداگانه آن، قرارداد را منحل می نماید. این گونه انحلال ارادی را در حقوق ایران و در فقه «فسخ» می نامند؛ و اختیاری را که یکی از طرفین یا ثالث (در خیار شرط) برای بر هم زدن عقد لازم به دست می آورد، «خیار» می گویند. اثر این انحلال از تاریخ فسخ و ناظر به آینده است. در بین خیارات، خیار شرط در مقایسه با سایر خیارات دارای دو ویژگی مهم می باشد؛ یکی توافق و تراضی طرفین در ضمن عقد، و دیگر اینکه، خیار شرط به شخص ثالث هم تعلق می گیرد. خیار شرط، علاوه بر اینکه جزء اسباب انحلال قرارداد می باشد؛ می تواند به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات نیز باشد. خیار شرط در عقد نکاح (ماده ۱۰۶۹ ق.م.) و عقد وقف راه ندارد.

۲-۲-۱- مبنای فسخ:

با توجه به اینکه عقد لازم را نمی شود بر هم زد، مبنای فسخ به وسیله خیارات چیست؟

مبنای فسخ به وسیلهٔ خیارات، گاهی به جهت جبران ضرر (بر اساس قاعده لاضرر) و اجرای عدالت است؛ مثل حق فسخ ناشی از اختیار غبن. و گاهی مبنای فسخ، حکومت اراده است که به وسیلهٔ درج اختیار در ضمن قرارداد (مثل اختیار شرط) اختیار فسخ آن را به یکی از طرفین یا ثالث می دهد. بر اساس همین مبانی، قانون گذار فسخ را به عنوان یکی از اسباب انحلال عقود لازم بیان کرده است.

۲-۳- انحلال قهری یا انفساخ

انحلال قهری یا انفساخ، آن است که «اگر عقدی صحیحاً واقع شود سپس به سببی از اسباب، آن عقد، منحل گردد، و در این انحلال، قصد عاقد دخالت نداشته باشد، این انحلال را «انفساخ» می نامند. این واژه در برابر واژه «فسخ» به کار می رود که مبتنی بر کاربرد ارادهٔ یکی از طرفین عقد است. تلف مبیع قبل از قبض، موجب

انفساخ بیع است (مواد ۳۸۷ و ۴۸۳ ق.م.).^۱ «در فقه و حقوق، به از اثر افتادن یک عمل حقوقی اعمّ از عقد یا ایقاع، بیرون از اراده انشاء کنندگان آن به حکم شرع، قانون و عرف «انفساخ» گویند. چنانکه ملاحظه می شود، در فقه اسلامی انفساخ معنای لزوم دارد و با از میان رفتن اثر مترتب بر عمل حقوقی بدون دخالت اراده کسی غیر از قانون، شرع یا عرف از بین می رود. همچنین می توان از انفساخ به انحلال قهری یک قرارداد نیز تعبیر کرد.»^۲ پس، انحلال قهری که آن را انفساخ هم می نامند، انحلال خود بخود و بدون دخالت اراده طرفین است که نیاز به انشای جداگانه ندارد. مانند انحلال عقد بیع در نتیجه تلف مبیع قبل از قبض (ماده ۳۸۷ ق.م.)، انحلال اجاره در اثر تلف عین مستأجره (ماده ۴۸۳ ق.م.)، فوت مستأجری که مباشرت او در اجاره شرط شده است (ماده

۱- جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، دائرة المعارف عمومی حقوق مدنی و

تجارت، حقوق تعهدات، عقود و ایقاعات، ص ۲۹۱

۲- انصاری و طاهری، ۱۳۸۴، دانشنامه حقوق خصوصی، ص ۴۳۵

۴۹۷ق.م.)، انحلال عقد جایز به موت و حجر یکی از دو طرف (ماده ۹۵۴ ق.م.) و موارد دیگری که در قانون مدنی آمده است.^۱ اثر انحلال قهری یا انفساخ، از زمان وقوع سبب و ناظر به آینده می باشد.

۲-۳-۱- اقسام انفساخ:

انفساخ، به اعتبار نقشی که اراده در ایجاد سبب آن دارد، به دو دسته تقسیم می شود؛ الف) انفساخ ناشی از حکم قانون گذار، ب) انفساخ ناشی از تراضی.

الف) انفساخی که ناشی از حکم قانون گذار است: انفساخ ناشی از حکم قانون، در حقوق موضوعه بیان شده است که به اقسام زیر تقسیم می شوند؛

۱- مواردی دیگری از انحلال و انفساخ قهری در حقوق موضوعه بیان شده است عبارتند از: تلف مبیع بعد از قبض در زمان ضمان بایع، از قابلیت انتفاع خارج شدن عین مستأجره به واسطه عیبی که قابل رفع نباشد (ماده ۴۸۱ ق.م.)، تلف موضوع قرض پیش از تسلیم (ماده ۶۴۸ ق.م.)، از بین رفتن قابلیت انتفاع زمین در مزارعه (ماده ۵۲۷ ق.م.) و تلف مال موضوع حق انتفاع (بند ۲ ماده ۵۱ ق.م.)

۱- انفساخ ناشی از حکم قانون گذار که در اثر تأثیر یک عامل خارجی، حادثه طبیعی یا فورس ماژور بر موضوع قرارداد می باشد (مواد ۴۸۳، ۳۸۷، ۵۲۷، ۶۴۹، ۵۵۱ و ...) مانند، قاعده تلف مبیع پیش از قبض.

۲- انفساخ ناشی از حکم قانون گذار که در اثر زوال شخصیت حقوقی طرف قرارداد می باشد. (مواد ۵۵۱، ۶۷۸، ۵۳۰، ۹۵۴، ۶۲۸ و ...) مانند انحلال همه قراردادهای جایز، در صورت فوت یا حجر یکی از دو طرف آن.

ب) انفساخی که مستقیماً ناشی از تراضی و توافق اراده طرفین قرارداد می باشد: هر چند در قانون مدنی ایران مصادیقی از انفساخ قهری قراردادها (انفساخ ناشی از حکم قانون گذار) آمده است؛ اما در تمام این مصادیق و مواد قانون مدنی که در رابطه با انفساخ قهری قرارداد می باشد، یا یک عامل خارجی باعث انفساخ می شود یا زوال شخصیت حقوقی طرف قرارداد منجر به انفساخ قرارداد شده است. قانون مدنی،

در خصوص انفساخ ناشی از تراضی ساکت است. این قسم از انفساخ (انفساخ ناشی از تراضی) که همان شرط فاسخ می باشد، موضوع مورد بحث این کتاب می باشد؛ که در فصل بعد به صورت مفصل مورد بررسی قرار می گیرد.

۲-۳-۲- مبنای انفساخ:

انفساخ به حکم قانون گذار، بیشتر در موارد تلف موضوع مورد معامله در عقود لازم یا زوال شخصیت حقوقی طرف قرارداد در عقود جایز می باشد. از شرایط اساسی صحت یا نفوذ هر قرارداد (ماده ۱۹۰ ق.م. هم، داشتن اهلیت و موضوع معین می باشد.

در عقود جایز با مرگ و حجر یکی از طرفین قرارداد منفسخ می گردد.^۱ به نظر می رسد مبنای انفساخ در

۱- عقد نکاح که یک عقد لازم است، به صورت استثنایی با فوت یکی از طرفین منحل و منفسخ می گردد. این موضوع از ویژگیهای خاص عقد نکاح نسبت به سایر عقود لازم است.

عقود جایز، اذنی و نیابتی بودن این عقود باشد؛ که مرگ یکی از طرفین قرارداد هم اهلیت و هم اذن و نیابت را از بین می برد. همچنین محجور شدن یکی از طرفین، باعث می شود تا قوه ادراک شان را از دست بدهند؛ و حمایت از آنها ایجاب می کند که تصمیمات شان نفوذ حقوقی نداشته باشد. پس، مبنای انفساخ در عقود جایز، اذنی و نیابتی بودن این عقود، داشتن اهلیت و جلوگیری از تضییع حقوق محجور می باشد.^۱ در عقود لازم که انفساخ بیشتر مربوط به تلف موضوع مورد معامله می باشد، با از بین رفتن موضوع دیگر دلیلی برای ادامه قرارداد وجود

۱- کاتوزیان، ۱۳۷۶، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، انحلال قرارداد، خیارات، ج ۵، ص ۴۲۸ و ۴۲۹، در صفحه ۴۲۹ این کتاب آمده است: «در تمام قراردادهایی که اعطای اذن و نیابت می کند هم جایز است و هم با مرگ و حجر یکی از دو طرف منفسخ می شود؛ مانند مضاربه (مواد ۵۵۰ و بند ۱ ماده ۵۵۱ ق.م.) و شرکت (بند ۲ ماده ۵۸۸ ق.م.) و ودیعه (ماده ۶۲۸ ق.م.) و عاریه (ماده ۶۳۸ ق.م.) و وکالت (ماده ۶۷۸ و ۶۸۲ ق.م.) و جعاله.»

ندارد. پس مبنای انفساخ در عقود لازم می تواند از بین رفتن موضوع مورد معامله باشد.

نتیجه بحث: انحلال محصول عقد صحیح است و اسباب عمده آن اقاله، فسخ و انفساخ می باشد. انحلال به وسیله اقاله و فسخ، ارادی می باشد؛ ولی انفساخ، قهری است و متفاوت از فسخ، اقاله و بطلان می باشد. همچنین، انفساخ قهری گاهی به حکم قانون است و گاهی با تراضی طرفین در ضمن عقد صورت می پذیرد.

گفتار دوم: تعلیق و اثر آن در انعقاد و انحلال

عقد

با توجه به ارتباط تعلیق با انحلال و موضوع این اثر علمی، در این گفتار ابتدا عقد منجز و معلق را تعریف می نمایم و سپس وارد بحث تعلیق می شویم. پس از بیان مفهوم تعلیق، اقسام تعلیق را مورد بررسی قرار می دهیم.

۱- عقد معلق و منجز

عقد از جهت کیفیت انشاء به عقد معلق و منجز تقسیم می شود.

۱-۱- عقد منجز:

عقد منجز، آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد (ماده ۱۸۹ ق.م.ا). به عبارت دیگر، هر گاه عقد در هنگام ایجاد وابسته به چیز نباشد و بدون هیچ قیدی منعقد گردد، آن را منجز نامند.

۱-۲- عقد معلق:

عقد معلق، آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء، موقوف بر امری در آینده باشد. مثلاً فروشنده به خریدار بگوید ماشینم را به تو فروختم اگر فردا پسر م به مسافرت برود.

وابسته کردن عقد به امر دیگر را در اصطلاح «تعلیق» و امر محتمل الحصولی که عقد به آن وابسته و معلق شده است را «معلق علیه» می گویند.

۲- تعلیق

معنای لغوی تعلیق، آویختن است. در اصطلاح، تعلیق به معنی وابسته و متوقف کردن امری به یک رویداد محتمل الحصول در آینده می باشد. پس وابسته کردن تعلیق به امری قطعی و مسلم را تعلیق نمی گویند؛ بلکه تعلیق باید وابسته به یک امر محتمل، غیر قطعی و غیر مسلم باشد. در حقوق، به ایجاد وقفه در اثر حقوقی تعلیق می گویند.

۲-۱- اقسام تعلیق

تعلیق را می توان به سه دسته تقسیم کرد؛ تعلیق در ایجاد و اثر عقد، تعلیق در انحلال عقد و تعلیق بطلان عقد. در ذیل هر یک از اقسام تعلیق را به اختصار بررسی می نمایم؛

۲-۱-۱- تعلیق در ایجاد و اثر عقد

۲-۱-۱-۱- تعلیق در ایجاد عقد:

در خصوص تعلیق و وابسته کردن ایجاد عقد به امری محتمل الوقوع در فقه و حقوق، نظرات متفاوتی وجود دارد. «فقهای امامیه در وضعیت عقد معلق به سه دسته تقسیم شده اند؛ دسته اول آن را به طور مطلق صحیح می دانند. دسته دوم مطلقاً حکم به بطلان آن کرده اند و دسته سوم تفکیک کرده و معتقدند اگر تعلیق در انشاء باشد عقد باطل و اگر تعلیق در مُنشأ باشد عقد صحیح است.»^۱ البته بیشتر فقهای متأخر میان «تعلیق در انشاء» و «تعلیق در مُنشأ» تفکیک قائل شده اند، و از لحاظ عقلی، تعلیق در انشاء را محال و باطل و تعلیق در مُنشأ را بدون اشکال دانسته اند.^۲ در قانون مدنی ایران تعلیق در ایجاد

۱- شهیدی، ۱۳۸۹، حقوق مدنی ۳، تعهدات، ص ۱۹

۲- محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی،

عقد به صورت مطلق پذیرفته شده است؛ و عقد معلق به عنوان یکی از اقسام عقود در مواد ۱۸۴ و ۱۸۹ ق.م. آورده شده است. در این قانون، تفکیکی بین تعلیق در انشاء و تعلیق در منشأ صورت نگرفته است. تعلیق در انشاء، یعنی وابسته کردن ایجاد و انشای عقد به امری محتمل الوقوع؛ و تعلیق در منشأ، یعنی وابسته کردن وقوع ماهیت عقد ایجاد شده به امری محتمل الحصول.^۱ تعلیق در انشای عقد، باطل (مواد ۱۹۱، ۱۹۰ و ۱۹۵ ق.م.) و تعلیق در منشأ عقد، صحیح است (مواد ۱۸۹ و ۲۲۳

شیخ انصاری نیز بین تعلیق در انشاء و تعلیق در منشأ تفاوت قائل شده است. و تعلیق در انشاء را موجب بطلان عقد دانسته و تعلیق در منشأ را بلا اشکال می دانند. اما جالب است که ایشان منشأ را اثر عقد معرفی کرده اند. (شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۱ ص ۲۷۸ به بعد، به نقل از شهیدی، حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج اول، ص ۹۹)

۱- شهیدی، ۱۳۸۸، حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج اول، ص ۶۶ و حقوق مدنی ۳، همان منبع

ق.م.). تعلیق عقد در حقوق ایران استثنائاتی هم دارد که قانون گذار آنها را بیان کرده است. مثل، بطلان تعلیق در عقد ضمان (ماده ۶۹۹ ق.م.) و بطلان تعلیق در عقد نکاح (ماده ۱۰۶۸ ق.م.).

۲-۱-۱-۲- تعلیق در اثر عقد:

تعلیق در اثر عقد، یعنی وابسته کردن اثر عقد به امر محتمل الوقوع در آینده. اثر عقد، در تعلیق اثر عقد، «انشای ماهیت اعتباری و نیز تحقق ماهیت منشأ، معلق بر امری نیست، لیکن آثار آن معلق است. تعلیق در اثر عقد، صحیح است. مثلاً در وصیت تملیکی، انشاء و منشأ منجز است ولی اثر آن که عبارت از انتقال مالکیت موصی به، به موصی له است، معلق بر فوت موصی است و پس از فوت او محقق می گردد (ماده ۸۲۷ ق.م.).»^۱ بنابراین، انشاء یعنی به وجود آوردن و ایجاد کردن عقد، و منشأ

۱- شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، همان منبع، ص ۶۶ و ۶۸، و

حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، ج ۴، ص ۲۸

محصول انشاء، و اثر عقد، نتیجه حقوقی منشأ است. پس، عقد معلق با تعلیق در انشاء باطل و با تعلیق در منشأ و تعلیق در اثر آن صحیح است؛ مگر در مواردی که قانون تصریح به بطلان کرده باشد. در صورت تردید در نوع تعلیق، اصل بر این است که تعلیق در انشاء می باشد.^۱

۲-۱-۱-۳- آثار تعلیق عقد:

عقد معلق با تعلیق در انشاء باطل است و هیچ گونه اثری ندارد. در عقد معلق با تعلیق در منشأ، در صورتی

۱- به نظر شهیدی، در کتاب سقوط تعهدات، ج ۵، ص ۵۵، «در حقوق فرانسه تفکیکی بین تعلیق در انشاء و تعلیق در منشأ در عقد معلق به عمل نیامده و عقد معلق صحیح معرفی شده است. در عقد معلق که تشکیل آن معلق گردیده است، حصول معلق علیه سبب جریان آثار عقد از زمان انشای آن و در عقد معلق که زوال آن معلق گردیده است موجب از بین رفتن عقد و آثار آن، از همان زمان تشکیل خواهد بود. خصوصیت دیگری که در حقوق فرانسه نسبت به تعلیق زوال عقد وجود دارد، این است که لازم نیست مدت حصول معلق علیه معلوم باشد و مجهول بودن مدت، خدشه ای به اعتبار عقد وارد نمی سازد.»

که معلق علیه واقع شود آثار عقد از زمان انشاء جاری می‌شود. به عبارت دیگر اثر عقد معلق پس از وقوع معلق علیه، کاشف از زمان انشای عقد می‌باشد. در صورتی که معلق علیه واقع نگردد، ماهیت عقد معلق محقق نمی‌شود و عقد باطل است.

۲-۱-۲- تعلیق در انحلال عقد

در حقوق ایران، تعلیق در ایجاد عقد (با تعلیق در منشأ) پذیرفته شده است؛ اما «تعلیق در انحلال عقد» پیش بینی نشده است. بر همین اساس، تعلیق در حقوق ایران به تعلیق در انعقاد عقد تفسیر می‌شود نه انحلال آن. تعلیق انحلال عقد، به اندازه کافی مطرح نشده است و با عناوین مختلفی همچون، «تعلیق فاسخ»، «تعلیق انفساخ عقد» و «تعلیق در انحلال عقد» به صورت پراکنده و مختصر توسط برخی از حقوقدانان^۱ مورد بررسی قرار گرفته است. تعلیق در انحلال عقد، یعنی عقد در انشاء،

۱- شهیدی، ۱۳۸۶، حقوق مدنی، سقوط تعهدات، ج ۵، ص ۵۴ و

محقق داماد، همان منبع، ص ۱۵۶

منشأ و اثر به طور کامل ایجاد می شود؛ اما انحلال آن معلق و وابسته به یک امر محتمل الحصول در مدت معین می شود. اگر معلق علیه احتمالی واقع گردد، عقد خود بخود و بدون دخالت هیچ یک از طرفین منحل و منفسخ می گردد. 'تعلیق انحلال عقد، با تعلیق زوال عقد متفاوت است؛ زیرا تعلیق زوال عقد هم شامل تعلیق بطلان (از زمان تشکیل) و هم تعلیق انحلال عقد (از زمان وقوع معلق علیه) می شود. در حالی که منظور از تعلیق در انحلال عقد، از هم پاشیده شدن عقد، از زمان وقوع معلق علیه می باشد؛ نه از زمان تشکیل عقد که بطلان آن می باشد. همچنین، ماهیت تعلیق انحلال عقد متفاوت از ماهیتهای مشابه آن (مثل حق معلق فسخ، حق فسخ معلق

۱- به نظر جعفری لنگرودی، در دائره المعارف عمومی حقوق مدنی و تجارت، همان منبع، ص ۷۵۵ و ۷۵۶، تعلیق در انحلال عقد «در حقیقت موجب معلق شدن عقد نیست بلکه بقاء اثر عقد را در حال تزلزل نگه می دارد. عقد منجز است یعنی حدوثاً منجز است اما بقائاً معلق است.»

و توقیت انحلال عقد)^۱ می باشد. با توجه به اینکه تعلیق در انحلال عقد می تواند یکی از اسباب سقوط تعهدات باشد؛ در ماده ۱۲۳۴ قانون مدنی فرانسه، به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات پیش بینی شده است؛ اما در ماده ۲۶۴ قانون مدنی ایران، که با تغییراتی از ماده ۱۲۳۴ ق.م. فرانسه اقتباس شده است، تعلیق در انحلال عقد جزء اسباب سقوط تعهدات آورده نشده است.^۲ یکی از علل عدم اشاره به تعلیق در انحلال عقد به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهد در ماده ۲۶۴ ق.م. ممکن است این باشد که مقنن عنوان اقاله را برای بیان این مفهوم کافی دانسته و تعلیق در انحلال عقد یا شرط انفساخ را نوعی اقاله معلق تلقی کرده است.^۳

۱- ماهیت های مشابه با شرط فاسخ، در فصل سوم تعریف و با شرط فاسخ مقایسه شده است.

۲- شهیدی، سقوط تعهدات، همان منبع، ص ۱۸ و ۵۴

۳- ابهری و افچنگی، سال اول، زمستان ۱۳۸۸، مجله دانشگاه سمنان (مطالعات فقه و حقوق اسلامی)، مقاله «مفهوم، ماهیت و آثار شرط انفساخ در حقوق ایران»، ص ۱۶

گفتار سوم: شرط، اقسام شرط و ارتباط شرط با عقد

تا اینجا انحلال قرارداد و تعلیق را به اختصار بیان کردیم. اکنون با توجه به اینکه موضوع این اثر علمی در رابطه با شرط فاسخ می باشد، ضروری است که شرط و اقسام آن و ارتباط شرط با عقد به طور خلاصه بیان شود.

۱- معنی و مفهوم لغوی و اصطلاحی شرط

شرط، یکی از رایج ترین عهد و پیمان ها بین اشخاص می باشد که نقش مهمی در معاملات داخلی و بین المللی دارد. در ذیل ابتدا معنی و مفهوم لغوی و سپس معنی و مفهوم اصطلاحی شرط بیان می شود.

۱-۱- معنی و مفهوم لغوی و عرفی شرط:

شرط معانی گوناگونی دارد. در بسیاری از کتب فقهی و حقوقی^۱، شرط به معنای مطلق الزام و التزام می باشد.

۱- قاموس المحيط ج ۲، ص ۳۶۸ و لسان العرب ج ۷، ص ۸۲ (به نقل از قنوتی، وحدتی، عبدی پور، ۱۳۸۸، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱، ص ۵۴) صاحب قاموس اللغه شرط را به معنی «الزام

در برخی از منابع هم به معنای عهد و تعهد به کار رفته است؛ که در روایت معروف نبوی «المومنون عند شروطهم» نیز به همین معنا به کار رفته است. شیخ انصاری (ره)، نخستین فقیهی است که تعریف و احکام شرط را به طور مستقل مورد بحث قرار داده است. وی شرط فقهی را به معنی شرط عرفی دانسته و آن را به دو قسم «حدثی» و «مایلزم من عدمه العدم» تقسیم کرده است.^۱ بنابراین، با توجه به معنای لغوی شرط در اکثر

الشیء و التزامه فی البیع و غیره» تفسیر کرده اند. لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۱۳۸۸، ص ۴۲۴ و دائره المعارف عمومی حقوق، الفارق، ج ۳، ص ۱۱۵ و ۱۱۶

۱- انصاری، مکاسب، ج ۲، ص ۵-۴۰، به نقل از عمید زنجانی، ۱۳۸۶، قواعد فقه، بخش حقوق خصوصی، ص ۴۰۳

معنای حدّثی، همان معنای مصدری است که برفعلی دلالت دارد. به نظر می رسد در مواد ۲۴۱، ۲۴۲ و ۲۴۳ قانون مدنی، شرط در معنای حدّثی (شرط کردن) به کار رفته و در ماده ۲۴۰ شرط به معنای مشروط استعمال شده است. (به نقل از محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ص ۵۲، ۵۸، ۵۹، ۶۴)

کتب فقهی و حقوقی، به طور کلی شرط در لغت به معنای «الزام و التزام» می باشد.

۱-۲- معنی و مفهوم اصطلاحی شرط:

معنای اصطلاحی شرط در علوم مختلف متفاوت و گاهی هم یکسان است. در حقیقت یک لفظ واحد در علوم مختلف می باشد؛ اما معانی آن متعدد است.

۱-۲-۱- در حقوق اسلامی، منظور از شرط

یکی از مفاهیم زیر است:

شرط، چیزی است که عقد یا ایقاع بر آن معلق می شود.

شرط، تعهدات فرعی و التزام در ضمن معامله است.

شرط، آن است که صحت عقد منوط به وجود یا

تحقق آن باشد. شرط، به مفهومی که در باب مسئولیت

مدنی و ضمان قهری بیان شده و آن عبارت است از چیزی که تأثیر موثر متوقف بر آن باشد.^۱

۱-۲-۲- در معنای تخصصی حقوقی، شرط دارای مفاهیم زیر است:

شرط در معنای تخصصی حقوقی «از معنای لغوی آن دور نیفتاده و در معنی محصولی عبارت است از تعهد مستقیم یا غیر مستقیم مرتبط به عقد مشروط و در معنی مصدری عبارت است از مرتبط کردن تعهد مستقیم یا غیر مستقیم به عقد مشروط، به اراده طرفهای آن. در این اصطلاح، تعلیق خارج از معنای تخصصی شرط است.»^۲ شرط، «امری است محتمل الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع کننده، حدوث اثر حقوقی عقد یا ایقاع را (کلاً یا بعضاً) متوقف بر حدوث آن امر محتمل

۱- قنواتی، وحدتی، عبدی پور، ۱۳۸۸، حقوق قراردادها در فقه امامیه،

ج ۱، ص ۵۷

۲- شهیدی، ۱۳۸۷، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، ج ۴، ص ۱۸

الوقوع نماید.»^۱ شرط، «عبارت از چیزی است که عقد یا ایقاع بر آن معلق شود (جزء علت تامه) و چیزی که عقد یا ایقاع مقید به آن گردد (تعهد و التزام).»^۲ شرط، «امر فرعی متصل به عقد است که تشکیل عقد متوقف بر آن امر فرعی نیست، بلکه عقد در زمان انشاء محقق می گردد و شرط یا آثار آن را نیز با خود به وجود می آورد.»^۳ معنای اصطلاحی شرط در حقوق که از منطق و فلسفه گرفته شده است؛ عبارت است از «امری که در پیدایش و تحقق امر دیگری که مشروط نامیده می شود تأثیر دارد. در اصطلاح منطق و فلسفه، شرط عبارت است از امری که از عدم آن عدم مشروط لازم می آید ولی از وجود آن وجود مشروط لازم نمی شود.»^۴ بنابراین، شرط

۱- جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، و سیط در ترمینولوژی حقوق، ص ۳۸۰ شماره ۳۰۴۳

۲- شریف، ۱۳۸۷، شرط در آئینه فقه و حقوق، ص ۳۶

۳- شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، همان منبع، ص ۶۹ و ۷۰

۴- شهیدی، حقوق مدنی ۳، همان منبع، ص ۱۲۹ و ۱۳۰

در اصطلاح فقه و حقوق، عبارت است از امر فرعی متصل به عقد و محتمل الحصول، که طرفین ایجاد یا یا انحلال یا اثر عقد را معلق و مقید بر آن امر محتمل الحصول (غیر قطعی و غیر مسلم) می نمایند.

۲- اقسام شرط

همان گونه که در فقه و حقوق، عقد به اعتبارهای گوناگون به اقسام مختلف تقسیم می شود؛ شرط نیز به اعتبارهای گوناگون به اقسام مختلف تقسیم می شود. در ذیل تقسیمات مختلف شرط به اعتبارهای مختلف را به اختصار بیان می نمایم؛

۲-۱- اقسام شرط به اعتبار ارتباط آن با عقد:

شرط به اعتبار ارتباط آن با عقد، به «شرط ابتدائی (تعهدات مستقل)» و «شرط غیر ابتدائی» تقسیم می شود. شرط ابتدائی، شرطی است که در ضمن عقد نیامده، رابطه ای هم با عقد ندارد و در حقیقت یک تعهد مستقل می باشد. مثل اینکه شخصی در برابر شخص

دیگری تعهد نماید کار خاصی را انجام دهد. شرط غیر ابتدایی، شرطی است که به نحوی با عقد ارتباط دارد.

۲-۲- اقسام شرط غیر ابتدایی به اعتبار نحوه

ارتباط با عقد:

شرط غیر ابتدایی به اعتبار نحوه ارتباط با عقد و به اعتبار زمانی که موضوع شرط مورد تراضی واقع می شود، به «شرط قبل از عقد (شرط تبانی یا بنائی)»، «شرط ضمن عقد» و «شرط بعد از عقد (شرط الحاقی یا بعدی)» تقسیم می شود.

۲-۲-۱- شرط قبل از عقد یا شرط تبانی

(بنائی):

شرط غیر ابتدائی، گاهی قبل از عقد می باشد. شرط قبل از عقد، «التزاماتی است که طرفین یک قرارداد پیش از انشای آن در ارتباط با قرارداد پذیرفته اند و در هنگام انعقاد عقد و انشای آن تصریح نکرده، ولی عقد را مبتنی

بر آن واقع می سازند.»^۱ شرط قبل از عقد را شرط تبانی یا بنائی هم می گویند؛ زیرا توافق هایی که طرفین قبل از عقد انجام داده اند زیربنای تشکیل و انشای عقد می باشد. یعنی عقد بر اساس توافق های اولیه و مقدماتی بنا شده است؛ هر چند که در هنگام انشای عقد نامی از آنها برده نشود. قانون گذار ایران شرط تبانی را به صراحت در ماده ۱۱۲۸ ق.م. بیان کرده است و مقرر می دارد: «هر گاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد.» شرط قبل از عقد یا تبانی، به دو دسته تقسیم می شود؛ ۱- شروطی که قبل از عقد درباره آنها گفتگو شده و عقد بر آنها استوار نشده و در حال عقد از آنها غفلت شده است. ۲- شروطی که تبانی و توافق بر