

شرط فعل بر ثالث

مهدی حسن‌زاده* - احد شاه‌ی دامن‌جانی** - حسن علی‌پور***

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۴/۱۰، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۵/۲۸)

چکیده

در حقوق ایران شرط فعل بر ثالث در معنای عام، شامل شرط فعل بر ثالث در معنای خاص و تعهد به فعل ثالث می‌شود. در شرط فعل بر ثالث در معنای خاص، طرفین قرارداد التزامی را برعهده ثالث قرار می‌دهند (بند پایانی ماده ۲۳۴ قانون مدنی)؛ درحالی‌که در تعهد به فعل ثالث، شخصی در برابر دیگری به التزام ثالث به پذیرش انجام کاری متعهد می‌شود. البته نکته درخور توجه این است که شرط فعل بر ثالث در معنای خاص که با بسیاری از اصول قراردادی و مقررات قانونی تعارض دارد، مبنا و توجیه حقوقی‌اش چیست؟ بنابراین، در مقاله پیش‌رو تلاش گردیده است تا مسائلی مانند ماهیت و وضعیت حقوقی شرط فعل بر ثالث، ارتباط و تفاوت‌های آن با تعهد به فعل ثالث، ملاک اعتبار شرط فعل بر ثالث و چگونگی رابطه حقوقی بین طرفین قرارداد با ثالث و نیز با یکدیگر در فرض‌های رد و قبول شرط به‌وسیله ثالث، مطالعه شود.

واژگان کلیدی: شرط فعل بر ثالث، تعهد به فعل ثالث، وضعیت، ماهیت، رابطه حقوقی.

M.hasanzadeh@qom.ac.ir

Ahadshahi@yahoo.com

HassanAlipour38@yahoo.com

* دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه قم (نویسنده مسئول)

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی

*** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس

مقدمه

به موجب ماده ۲۳۴ قانون مدنی: «شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا شخص خارجی شرط شود»؛ بنابراین، شرط فعل را، از نظر این که تعهدی را به عهده یکی از طرفین قرارداد یا ثالث می گذارد، می توان به دو نوع تقسیم کرد: نوع اول، شرط فعلی که تعهدی را به عهده یکی از طرفین عقد قرار می دهد؛ نوع دوم، شرط فعلی که تعهدی را برای ثالث به وجود می آورد.^۱

شرط فعل بر ثالث در معنای عام - شرط فعل بر ثالث در معنای خاص و تعهد به فعل ثالث به کاررفته است. شرط فعل بر ثالث در معنای خاص که در بند پایانی ماده ۲۳۴ قانون مدنی انشاء شده، با تأسیس حقوقی «تعهد به فعل ثالث» که تفصیل آن در ادامه خواهد آمد، متفاوت است؛ بنابراین، هدف اصلی این پژوهش، تبیین و تحلیل ماهیت، وضعیت و ضمانت اجرای شرط فعل بر ثالث در معنای خاص است.

در مقاله فعلی به این مسئله پرداخته شده است که وضعیت، ماهیت و ضمانت اجرای شرط فعل بر ثالث چیست؟ مقاله پیش رو به دنبال اثبات اعتبار شرط فعل بر ثالث، سازگاری ماهیت آن با نظریه در حکم ایجاب و تفاوت ضمانت اجرای شرط فعل بر ثالث برحسب چگونگی تعهد متعهد - تعهد به وسیله یا نتیجه یا حصول نتیجه - است.

از نظر سابقه تحقیقاتی، در فقه امامیه، شرط فعل بر ثالث، در قسمت مربوط به شرایط سحت شرط و زیر عنوان «توانایی انجام شرط» مطالعه شده است. برعکس، در حقوق فرانسه، ماده ویژه ای راجع به مفهوم شرط فعل بر ثالث دیده نمی شود؛ زیرا در ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی فرانسه از «تعهد به فعل ثالث» بحث شده است. علاوه بر این ها، در حقوق مصر، در بند نخست ماده ۱۵۳ قانون مدنی جدید «تعهد به فعل ثالث» بیان شده است. هم چنین حقوق دانان داخلی، در خصوص شرط فعل بر ثالث بحث نکرده اند یا گفتار مختصری را به آن اختصاص داده اند^۲ که ضرورت انجام پژوهش فعلی را می رساند.

باید دانست که به رغم هم پوشانی بخشی از موضوع این پژوهش با مقاله «تعهد به فعل

۱. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۳، تحقیق: عباس محمد آل سیاح القطیفی، (بیروت: دارالمصطفی لأحیاء التراث، ۱۴۲۳ هـ.ق)، ص ۲۵۲.

۲. محقق داماد، مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸)، ص ۱۱۶-۱۱۳.

ثالث^۱، بین آن دو عموم و خصوص مطلق برقرار است؛ از لحاظ حکمی نیز متفاوت است. در واقع، در مقاله «تعهد به فعل ثالث» از «تعهد به فعل ثالث» در جهت افزایش شمار وثیقه‌های شخصی استفاده شده است؛ در حالی که در این مقاله به تفکیک وضعیت، ماهیت و ضمانت اجرای شرط فعل بر ثالث، ارائه مباحث فقهی شرط فعل بر ثالث و نیز بیان نظریه‌های مربوط به ضمانت اجرای شرط فعل بر ثالث و تبیین نظریه برگزیده، پرداخته شده است.

بدین ترتیب، مباحث شرط فعل بر ثالث در چهار بخش به شرح زیر تنظیم گردیده است: مفهوم شرط فعل بر ثالث و اقسام آن (بخش نخست)؛ وضعیت و ماهیت شرط فعل بر ثالث (بخش دوم)؛ رابطه ثالث با اطراف قرارداد (بخش سوم)؛ ارائه نظریه‌های راجع به ضمانت اجرای شرط فعل بر ثالث و تبیین نظریه برگزیده (بخش چهارم). البته منطق حاکم بر تقسیم‌بندی مطالب به نحو بالا، این است که در نظام حقوقی ایران، مرز دقیقی بین شرط فعل بر ثالث در معنای خاص و تعهد به فعل ثالث دیده نمی‌شود و نیز انتخاب هر یک نظریه‌های مربوط به ماهیت شرط فعل بر ثالث، تأثیر فراوانی بر ضمانت اجرای آن شرط می‌گذارد و در نهایت این که شرط فعل بر ثالث مانند هر یک از نهادهای حقوقی ضمانت‌اجرائی دارد که باید به آن پرداخته شود.

بخش نخست: مفهوم شرط فعل بر ثالث و اقسام آن

در این بخش، ابتدا مفهوم شرط فعل بر ثالث بررسی می‌شود و سپس، اقسام شرط فعل بر ثالث بیان خواهد شد.

۱. مفهوم شرط فعل بر ثالث

مطابق قواعد کلی حقوق مدنی، هیچ کس نمی‌تواند بدون اراده دیگری برای او حق و تکلیفی ایجاد کند؛ مگر این که از جانب او وکالتی یا ولایتی یا اختیاری داشته باشد؛^۲ و در هر مورد که

۱. لازم به ذکر است که مقاله «تعهد به فعل ثالث» تألیف دکتر محسن ایزانلو در فصل‌نامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (سال ۱۳۸۶، شماره ۱)، به زیور طبع آراسته شده است.

۲. Beatson, J, *Anson's Law of Contract*, (New York: Oxford University Press, 1998), p 623; Chitty, *Chitty on Contracts*, Vol. 2, (London: Sweet & Maxwell, 1999), p1-2, Treitel, G.H, *The Law of Contract*, (London: Sweet & Maxwell, 2003), p 705.

تردید در داشتن وکالت یا ولایت یا اختیار کسی از طرف دیگری شود، اصل بر عدم وکالت یا ولایت یا اختیار کسی از جانب دیگری است و حتی برای این که در «تعهد به نفع ثالث»^۱ نیز شائبه اعمال ولایت از طرف دیگران پیش نیاید، ثالث اختیار ردّ «تعهد به نفع خویش» را دارد.^۲

باوجوداین، قانون مدنی در ماده ۲۳۴، می گوید: «شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا شخص خارجی شرط شود». بدین ترتیب با توجه به ماده مذکور، شرط فعل بر ثالث در حقوق ایران پذیرفته شده است.

درهرحال، شرط فعل بر ثالث در معنای عام، بدین معناست که یکی از طرفین معامله شرطی را در ضمن عقد قرار می دهد که مُتَعَلِّق آن انجام یا خودداری از انجام کاری به وسیله شخص ثالث است. برای مثال، یکی از طرفین قرارداد مالی را به طرف مقابل می فروشد و در ضمن آن، شرط می کند که برادر خریدار تا شش ماه مخارج زندگانی مادر سالخورده فروشنده را تأمین نماید.

مثال دیگر: یکی از شرکای مال مشاع، تمام مال مشترک را می فروشد و در برابر خریدار متعهد می شود که تنفیذ شریک دیگر را تحصیل می کند. این گونه شروط ضمن عقد، شرط فعل بر ثالث در معنای عام محسوب می شوند.^۳

۲. اقسام شرط فعل بر ثالث

در حقوق ایران، شرط فعل بر ثالث در معنای عام، شامل شرط فعل بر ثالث در معنای خاص - که در بند پایانی ماده ۲۳۴ قانون مدنی تصریح شده و تعهد به فعل ثالث، است؛ بنابراین، باید مفاهیم شرط فعل بر ثالث در معنای خاص و تعهد به فعل ثالث مطالعه شود.

۲-۱. شرط فعل بر ثالث در معنای خاص

۲-۱-۱. مفهوم

قانون گذار به تبعیت از نظر مشهور در فقه، شرط فعل بر ثالث در معنای خاص را در ماده

۱. Stipulation pour auturi.

۲. Voirin, Pierre et Gilles Goubeaux, *Droit civil*, T: I, (Paris: L. G. D. J, 2001), p 400-401.

۳. به منظور ملاحظه مثال های دیگر در این باره در فقه امامیه ر.ک به: مامقانی، عبدالله، *نهایه المقال فی تکمله غایه الآمال*، (قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ ه.ق)، ص ۱۴۶.

۲۳۴ قانون مدنی پذیرفته است. در واقع، به موجب بند پایانی ماده ۲۳۴: «شرط فعل [بر ثالث] آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر ... شخص خارجی شرط شود». در شرط فعل بر ثالث، دو طرف معامله التزامی را بر عهده ثالث قرار می‌دهند.^۱ بدین ترتیب، شرط فعل بر ثالث به مفهوم مقرر در ماده بالا، نمونه‌ای از مصادیق تعهد به ضرر ثالث به شمار می‌آید.

۲-۱-۲. محتوا

چنان که گفته‌اند؛ شرط فعل بر ثالث از نظر محتوا، ممکن است از اعمال حقوقی یا مادی باشد.^۲ مثالی که می‌توان برای شرط فعل بر ثالث به صورت عمل حقوقی بیان کرد، این است که «الف» خانه خود را به «ب» می‌فروشد و در ضمن عقد، شرط می‌کند که برادر «ب» تا شش ماه دیگر زمین خود را به فروشنده انتقال دهد.

البته شرط گفته‌شده، شرط فعل بر ثالث به صورت عمل حقوقی است. در همین مثال، اگر در ضمن فروش خانه، شرط شود برادر «الف» که نقاش زبردستی است، خانه فروخته‌شده را نقاشی کند؛ چنین شرط ضمن عقدی، از مصادیق شرط فعل بر ثالث به صورت عمل مادی است. مطابق ماده ۲۳۴ قانون مدنی، شرط فعل بر ثالث: «... آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی ... بر شخص خارجی شرط شود». قانون‌گذار اصطلاح «عدم اقدام» را که اصطلاح دقیقی نیست، در خصوص شرط فعل بر ثالث به کار برده است.

در واقع، اصطلاح «عدم اقدام»، به این دلیل تعبیر دقیقی نیست که «عدم اقدام»، امری عدمی است که جایگاه و پایگاه هر ماهیتی است و نمی‌توان در شرط فعل بر ثالث، شخص ثالث را به آن ملزم کرد. به همین جهت، اصطلاح خالی از مسامحه در این باره، «خودداری از انجام امری است که خودداری کردن نیز فعلی از افعال محسوب می‌شود، هرچند اثر آن در عالم خارج محقق نشود».^۳

بیهوده نیست که در حقوق مصر، هنگامی که بحث از «تعهد به فعل ثالث» می‌شود، استادان

۱. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، پیشین، ص ۲۵۴. مامقانی، عبدالله، پیشین، ص ۱۴۶. سبحانی، جعفر، المختار فی احکام الخیار، (قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۴ هـ.ق)، ص ۴۴۶.

۲. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی ۲)، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۷)، ص ۴۲.

۳. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (شروط ضمن عقد)، ج ۴، (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۷)، ص ۸۴.

حقوق مدنی ابتدا محتوای «تعهد به فعل ثالث» را به «التزام به انجام کاری»^۱ و سپس، همین التزام را به انجام کاری مثل احداث خانه یا خودداری از انجام کاری مانند عدم رقابت تجارتي تقسیم می‌کنند.^۲

گذشته از این‌ها، شرط فعل بر ثالث ممکن است ایجابی (مثبت) یا سلبی (منفی) باشد و هم‌چنین احتمال دارد عمل حقوقی یا مادی که به صورت شرط ضمن قرارداد به عهده ثالث قرار گرفته است، از حیث استمرار یا عدم استمرار زمانی، دائمی باشد یا برای مدت کوتاهی برای ثالث، ایجاد تعهد کند.

۲-۲. تعهد به فعل ثالث

به عنوان مقدمه، باید یادآوری کرد که اصطلاح «تعهد به فعل ثالث»^۳ یک تأسیس فرانسوی است و قانون مدنی ایران، برخلاف قانون مدنی فرانسه، ماده‌ای را به این تأسیس حقوقی، اختصاص نداده است.^۴ با وجود این، برخی از حقوق دانان از اصطلاح «تعهد به فعل ثالث»، برای توجیه بعضی از نهادهای حقوقی استفاده کرده‌اند.^۵

در حال، «تعهد به فعل ثالث»، در ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی فرانسه، بعد از این که در ماده ۱۱۱۹ آن، اصل نسبی بودن قراردادها انشاء گردیده، بیان شده است. به موجب ماده ۱۱۲۰ همان قانون: «با وجود این، هر کسی می‌تواند با دادن وعده ایفای تعهد، ضامن شخص ثالثی شود. ممکن است در فرض خودداری ثالث از ایفای تعهد، خسارتي متوجه کسی که ضامن شده یا وعده انجام تنفیذ از طرف ثالث را داده است، شود».

هم‌چنین، بند نخست ماده ۱۵۳ قانون مدنی جدید مصر در خصوص «تعهد به فعل ثالث»،

۱. Obligation de faire.

۲. سنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (نظریه الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام)، ج ۱، (قاهره: انتشارات دارالنهضة العربیه، [بی تا])، ص ۵۵۸.

۳. La promesse de porte-fort.

۴. ایزانلو، محسن، «تعهد به فعل ثالث»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۱، ۱۳۸۶، ص ۶.
 ۵. البته بعضی از استادان حقوق، در رفع ایرادهای وارد بر کلی نبودن تعهد ضامن و تفاوت دین ضامن و مضمون‌عنه در ضمان رد اعیان (عین معین) و نیز سبب دین در ضمانت‌اجرای حسن انجام قرارداد و ضمان غاصبان در ردّ عین مغضوبه، در مورد تعاقب ادبای در غضب، از نهاد حقوقی تعهد به فعل ثالث استفاده کرده‌اند. برای مطالعه تفصیلی در این خصوص ر.ک به: کاتوزیان، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۲، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳)، ص ۱۴۶؛ همو، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، (تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷)، ص ۴۴۴.

اعلام می‌کند: «۱ - چنانچه فردی متعهد شود که شخص ثالثی ملتزم به انجام کاری باشد، انجام آن کاربر ثالث الزامی نیست و در صورتی که ثالث [فعلی را که برای او تعهد شده است] رد کند، متعهد باید به طرف قرارداد خسارت بدهد و نیز جایز است برای رهایی از آن خسارت، التزامی را که تعهد کرده است، خودش انجام دهد...»^۱.

بدین ترتیب، «تعهد به فعل ثالث»، به تعبیر ساده و ابتدایی، بدین معناست که کسی در برابر دیگری، به این که شخص ثالث التزام به انجام کاری را خواهد پذیرفت، متعهد شود. به عنوان مثال، یکی از شرکای مال مشاع، تمام مال مشترک را از طرف شریک دیگر بفروشد و بدین وسیله در مقابل خریدار، متعهد شود که تنفیذ شریک دیگر را تحصیل می‌کند. چه اصولاً «تعهد به فعل ثالث»، درجایی که تأثیر عمل حقوقی منوط به تنفیذ دارنده اختیار است و دسترسی به دارنده اختیار ممکن نیست، استفاده می‌شود؛ در این صورت، دیگری از طرف دارنده اختیار تعهد می‌دهد.

مثال متعارف دیگر برای «تعهد به فعل ثالث»، در فرضی است که یکی از شرکای مالی، محجور باشد و شرکای دیگر نسبت به مال مشترک قراردادی منعقد نمایند و تعهد کنند که بعد از بلوغ شریک صغیر، رضایت او را نسبت به معامله‌ی انجام شده، تحصیل خواهند کرد.^۲

به همین دلیل، می‌توان گفت عناصر سازنده (مقومات) «تعهد به فعل ثالث» به شرح زیر است:

(۱) متعهد از سوی ثالث (متعهد به فعل ثالث)، به نام خودش تعهد می‌کند؛ نه شخص ثالث. بدین ترتیب، متعهد به فعل ثالث، برعکس قرارداد برای دیگری و وکیل، به نام خودش متعهد می‌شود و آثار این تعهد نیز به او انصراف دارد؛

(۲) متعهد به فعل ثالث با این تعهد، خودش را متعهد می‌سازد؛ نه این که تعهدی نماید که ثالث را متعهد کند؛

(۳) متعهد به فعل ثالث، تعهد می‌کند که التزام به انجام کاری که به عهده ثالث است، به وسیله

۱. متن عربی بند نخست ماده ۱۵۳ قانون مدنی جدید مصر بدین شرح است: «۱- اذا تعهد شخص بان يجعل الغير يلتزم بامر لا يلزم الغير بتعهده. فاذا رفض الغير، ان يلتزم وجب على المتعهد ان يعرض من تعاقد معه، و يجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بان يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به...» (عبدالصادق، احمد محمد، المرجع القضائي في شرح احكام القانون المدني، ج ۱، [بی‌جا]: [بی‌نا]، ۲۰۱۱)، ص ۱۵۳-۱۵۴؛ ابراهیم، احمد، القانون المدني، [بی‌جا]: المكتبة الجامعی الحدیث، ۲۰۰۵، ص ۵۰.

۲. سنهوری، عبدالرزاق، پیشین، ص ۵۵۷.

ثالث قبول شود (وادار کردن ثالث به قبول تعهد) یا انجام شود. برای مثال، وکیل، بنا به دلایلی، می‌خواهد از حدود اذن داده شده از طرف موکل، تجاوز کند و قراردادی را برای او منعقد سازد، ولی به موکل دسترسی ندارد. با وجود این، قرارداد را به نام خود می‌بندد؛ نه به نام موکل و در ضمن قرارداد، متعهد می‌شود که تنفیذ موکل را تحصیل کند. البته در صورت عدم قبول تعهد از طرف ثالث، مشروطه می‌تواند از متعهد خسارت بخواهد.

۲-۳. مقایسه و تفکیک

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، از مقایسه شرط فعل بر ثالث در معنای خاص با تعهد به فعل ثالث، تفاوت‌های زیر قابل استنباط است:

۱- متعهد: در تعهد به فعل ثالث، متعهد از طرف ثالث می‌خواهد خودش را متعهد سازد؛ در حالی که در شرط فعل بر ثالث، طرفین قرارداد التزام ثالث را در انجام یا خودداری از انجام کاری شرط می‌کنند؛ بنابراین، متعهد در تعهد به فعل ثالث، یکی از دو طرف معامله و در شرط فعل بر ثالث، شخص خارجی یا بیگانه است؛

۲- چگونگی تعهد: در تعهد به فعل ثالث، تعهد متعهد به وادار ساختن ثالث به قبول تعهد یا انجام آن، التزام از نوع «تعهد به نتیجه»^۱ و نه «تعهد به وسیله»^۲ است و متعهد، تنها در فرض وجود شرایط قوه قاهره و اثبات آن، از تعهد و پرداخت خسارت ناشی از عدم انجام آن، برائت می‌یابد؛^۳ در صورتی که در شرط فعل بر ثالث، تعهد متعهد، اصولاً، «تعهد به وسیله»^۴ است. با وجود این، متعهد در شرط فعل بر ثالث، می‌تواند به نحو «تعهد به نتیجه» یا «تعهد به حصول نتیجه» تعهد کند؛

۳- تعهد به ضرر ثالث: تعهد به فعل ثالث، از اقسام تعهد به ضرر ثالث محسوب نمی‌شود؛ زیرا متعهد از طرف ثالث قصد دارد برای خودش تعهد به وجود آورد؛ در حالی که شرط فعل بر

۱. Obligation de resultat.

۲. Obligation de moyen.

۳. سنهوری، عبدالرزاق، پیشین، ص ۵۷۷-۵۷۹.

۴. برای ملاحظه تفصیلی تفاوت‌های تعهدات به نتیجه و تعهدات به فعل ر. ک به:

Terré (François), Simler (Philippe) et Lequette, (Yves), *Droit civil: Les obligations*, (Paris: Dalloz, 1996), p 450 – 453.

ثالث از مصادیق تعهد به ضرر ثالث شمرده می‌شود. در واقع، طرفین معامله، التزامی را به عهده ثالث شرط می‌کنند؛

۴- استثنای بر اصل نسبی بودن قراردادها: تعهد به فعل ثالث، استثنای بر اصل نسبی بودن قراردادها به شمار نمی‌آید؛ زیرا التزام ثالث از قرارداد متعهد ناشی نمی‌شود، بلکه از قرارداد اصلی است که با قبول ثالث تنفیذ می‌شود؛ در حالی که اگر ماهیت شرط فعل بر ثالث، مطابق با نظریه در حکم فضولی تلقی گردد، تعهد ثالث از قرارداد متعهد ناشی می‌شود و در نتیجه، استثنایی بر اصل نسبی بودن قراردادها به شمار نمی‌آید و اگر با نظریه در حکم ایجاب تناسب داشته باشد، استثنایی بر اصل نسبی بودن قراردادها محسوب نمی‌شود؛

۵- ضمانت اجرا: ضمانت اجرای تعهد به فعل ثالث، پرداخت خسارت متعهد له از طرف متعهد است؛ در صورتی که ضمانت اجرای شرط فعل بر ثالث، بر حسب چگونگی تعهد متعهد، می‌تواند پرداخت خسارت به متعهد له یا فسخ قرارداد از طرف او باشد.

بخش دوم: وضعیت و ماهیت شرط فعل بر ثالث

برای توضیح رابطه ثالث با اطراف قرارداد، لازم است این پرسش مطرح شود که وضعیت و ماهیت «شرط فعل بر ثالث» به چه نحو است؟

۱. وضعیت

در خصوص وضعیت (اعتبار) شرط فعل بر ثالث، بین حقوق دانان اسلامی اختلاف وجود دارد که در ادامه به نظریه‌های آن‌ها در این مورد پرداخته می‌شود.^۱

۱-۱. نظریه بطلان

در عبارات برخی از حقوق دانان اسلامی، دلایل بطلان شرط فعل بر ثالث غرر، عدم قدرت بر تسلیم متعلق شرط و بیهوده بودن آن، اعلام شده است.^۲

۱. روحانی، محمدصادق، منهاج الفقاهه التعلیق علی مکاسب الشیخ الاعظم، (قم: چاپ العلمیه، ۱۴۱۸هـ.ق)، ص ۲۳۶؛ نجفی خوانساری، موسی، منیه الطالب فی شرح المکاسب (تقریرات: محمدحسین نایینی)، ج ۳، قم، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، [بی تا])، ص ۱۹۳-۱۹۲؛ موسوی خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات (به قلم: محمدعلی توحیدی)، ج ۷، (بیروت، نشر دارالهادی، ۱۴۱۲هـ.ق)، ص ۲۷۰؛ طباطبایی یزدی، محمد کاظم، پیشین، ص ۲۵۲-۲۵۴.

۲. موسوی خویی، ابوالقاسم، پیشین، ص ۲۷۱؛ طباطبایی یزدی، محمد کاظم، پیشین، ص ۲۵۲.

در رد این دلایل گفته شده؛ در شرط فعل بر ثالث، اگر منظور از وضع شرط، التزام مشروط علیه باشد، این التزام به نحو حقیقی (التزام حقیقی)^۱ مستلزم غرر، عدم قدرت بر تسلیم متعلق شرط و لغو بودن آن است؛ در غیر این صورت، اگر التزام به نحو عرفی باشد (التزام مسامحی)^۲، عرف سحت شرط را می‌پذیرد.^۳ بعلاوه، نظریه بطلان شرط فعل بر ثالث در قانون مدنی پذیرفته نشده است؛ زیرا قانون‌گذار در ماده ۲۳۴ قانون مدنی، شرط فعل بر ثالث را به صراحت پذیرفته است.

۱-۲. نظریه اعتبار

بعضی از فقیهان، نظریه اعتبار شرط فعل بر ثالث را، در صورت «نفی غرر و اعتماد به تحصیل فعل ثالث» یا از باب «تعهد به ایجاد اسباب مقدماتی» مشروط علیه در آن پذیرفته‌اند که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌شود.

۱-۲-۱. نفی غرر و اعتماد به تحصیل شرط

در صورتی که در شرط فعل بر ثالث، نفی غرر و اعتماد به تحصیل فعل ثالث وجود داشته باشد، چنین شرطی صحیح است و می‌تواند متعلق تراضی عقلاء واقع شود. چنان‌که پاره‌ای از فقیهان، پس از شمارش شروط غیرمقدور و بیان مثال‌هایی برای آن، در خصوص شرط فعل بر ثالث، گفته‌اند: شرط فعل بر ثالث صحیح است. چه اصولاً، تعلیق تراضی به انجام معامله بر حصول فعل دیگری مطلوب و مورد توجه عقلاء است.^۴ بدین ترتیب، مطابق دیدگاه بالا، شرط

۱. «التزام حقیقی»، بدین معناست که متعهد باید قادر به تحصیل شرط فعل بر ثالث از زمان شرط کردن تا زمان انجام آن باشد.

۲. منظور از «التزام مسامحی»، این است که ملاک در توانایی انجام شرط، عرف است، و اگر از اوضاع و احوال شرط چنین بر آید که امکان تحصیل آن وجود دارد؛ عرف سحت شرط را می‌پذیرد (برای مطالعه تفصیلی ر. ک به: نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرائع الاسلام، ج ۲۳، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۰ ه.ق.)، ص ۲۴؛ انصاری، مرتضی، المکاسب، ج ۴، (قم: دارالحکمه، ۱۳۷۱)، ص ۳۰۰؛ حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، ج ۱۰، (قم: مؤسسه آل‌بیت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۲۰ ه.ق.)، ص ۲۵۳؛ شهیدی تبریزی، فتاح، هدایه الطالب الی اسرار المکاسب، ج ۵، (قم: دارالفرقه للطباعه والنشر، ۱۴۲۸ ه.ق.)، ص ۸۲.

۳. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، پیشین، ص ۲۵۳-۲۵۲.

۴. تبریزی، جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، ج ۴، (قم: نشر اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ه.ق.)، ص ۳۷۷؛ هم‌چنین ر. ک به: ایروانی، علی، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۳، [بی‌جا]، انتشارات دار ذوی القربی، ۱۴۲۱ ه.ق.)، ص ۲۶۸؛ سبحانی، جعفر، دراسات موجزه فی الخیارات والشروط، (قم: المرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۱۳ ه.ق.)، ص ۱۳۱-۱۳۰؛ طباطبایی قمی، تقی، دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، (قم: مطبعه الخیام، ۱۴۰۰ ه.ق.)، ص ۳۶۸-۳۶۶؛ سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، ج ۱۷، (قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ه.ق.)، ص ۲۲۰.

فعل بر ثالث در صورت نفی غرر و اعتماد به تحصیل شرط نفوذ حقوقی دارد.

۱-۲-۲. تعهد به ایجاد اسباب مقدماتی

در فرضی شرط فعل بر ثالث اعتبار دارد که: متعهد تعهد به ایجاد «اسباب مقدماتی» کرده باشد. بعضی از فقیهان، پس از بیان این مطلب که تعلیق تراضی دو طرف معامله بر شرط فعل بر ثالث، مبنایی عقلایی دارد، بیان داشته‌اند: «[بطلان] شرط فعل بر ثالث را نباید پذیرفت ... زیرا امکان دارد فروشنده با توسل به شیوه‌هایی، از جمله استدعا و مانند این‌ها، آن [شرط فعل بر ثالث] را انجام دهد. پس این جمله که زراعت را به تو فروختم، به شرطی که آن را سنبل کنی، ... احتمال دارد ... شرط قراردادن زراعت به سنبل به وسیله فروشنده، «ایجاد اسباب مقدماتی» [از قبیل] آبیاری... باشد»^۱، لذا از دیدگاه این دسته از فقیهان، شرط فعل بر ثالث در موردی صحیح است که متعهد از باب ایجاد اسباب مقدماتی ضامن باشد.^۲

البته برخی از استادان حقوق، اعتقاد دارند: «قانون‌گذار در ماده ۲۳۴ فرض کرده که متعهد زمینه‌ای را برای اجرای فعل در اختیار دارد و به نفوذ خود در این راه امیدوار است»^۳، همین وضعیت در کفالت (تعهد به حضور ثالث) و ضمان از غاصب در رد عین مغضوب و مانند این‌ها دیده می‌شود.

به‌طور خلاصه، اگر از اوضاع و احوال چنین برآید که اعتماد به تحصیل شرط فعل بر ثالث وجود دارد، همین مقدار از اطمینان به تحصیل شرط، برای سخت آن کافی است.

۲. ماهیت

حقوق‌دانان و فقیهان، دو نظریه در خصوص ماهیت «شرط فعل بر ثالث» به معنای خاص مطرح کرده‌اند:

۱. انصاری، مرتضی، پیشین، ص ۳۰۵؛ تبریزی، جواد، پیشین، ص ۳۷۸؛ هم‌چنین ر.ک به: مامقانی، عبدالله، پیشین، ص ۱۴۶.
 ۲. به نظر می‌رسد که فرض مذکور (تعهد به ایجاد اسباب مقدماتی)، با شرط فعل بر ثالث به معنای عام سازگار است و به نوعی مفهوم تعهد به فعل ثالث را به ذهن می‌رساند.
 ۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۳، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰)، ص ۱۵۹.

۱-۲. نظریه در حکم ایجاب

بر اساس این نظریه، قراردادی که ضمن آن شرط فعل بر ثالث شده، حاوی دو ایجاب است: ایجابی برای طرف قرارداد و ایجابی برای ثالث. برای این که شرط، به ضرر ثالث قابلیت استناد داشته باشد، باید به وسیله او قبول شود.^۱

بدین ترتیب، برای تحقق قبولی، قصد انشاء ثالث لازم است و تنها اعلام رضایت او کافی نیست؛ آثار حقوقی شرط فعل بر ثالث، از تاریخ قبولی او به وجود می آید. با قبول نظریه مذکور، شرط فعل بر ثالث استثنایی بر اصل نسبی بودن قراردادها به شمار نمی آید.

۲-۲. نظریه در حکم فضولی

به موجب این نظریه، در شرط فعل بر ثالث، طرفین قرارداد به طور فضولی در اموال و عهده ثالث تصرف می کنند؛ این تصرف می تواند با تنفیذ بعدی ثالث، مؤثر و دارای آثار حقوقی باشد. مطابق نظریه بالا، صرف اعلام رضایت برای تشکیل قرارداد کافی است. بعضی از حقوق دانان نظریه در حکم فضولی بودن شرط فعل بر ثالث را پذیرفته اند و استدلال آن ها، بدین نحو است که نظریه فضولی «قاعده ای کلی است که در عقد تملیکی و عهده ی یکسان اجرا می شود و نباید آن را ویژه معامله ی تملیکی به مال غیر پنداشت».^۲ البته از مهم ترین نتایج نظریه مذکور، این است که شرط فعل بر ثالث استثنایی بر اصل نسبی بودن قراردادها شمرده نمی شود.

به نظر می رسد که چنین تفسیری از ماهیت شرط فعل بر ثالث با مبانی فقهی سازگار نیست. علاوه بر این، قیاس شرط فعل بر ثالث با معامله فضولی، قابل قبول نیست؛ زیرا در معامله فضولی، اصیل و معامل فضولی دو طرف قرارداد را تشکیل می دهند و توسط اراده انشایی معامل فضولی، معامله ولو به طور ناقص برای اصیل تشکیل شده؛ در حالی که در شرط فعل بر ثالث، متعهد و متعهد له، نسبت به ثالث یک طرف قرارداد محسوب می شوند و ثالث، طرف دوم قرارداد است؛ گرچه متعهد و متعهد له، در روابط بین خود نسبت به قرارداد، در دو طرف قرارداد قرار می گیرند. بدین ترتیب، شرط فعل بر ثالث ماهیت حقوقی ای است که اقتضای اثر حقوقی دارد و اثر آن با اعلام قبولی ثالث، به وجود می آید.

۱. نجفی، محمد حسن، پیشین، ص ۲۰۴؛ ابروانی، علی، پیشین، ص ۲۷۰؛ بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، ج ۲۱، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۴ ه.ق.)، ص ۳۲۴؛ طباطبایی یزدی، محمد کاظم، پیشین، ص ۲۵۴.
 ۲. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، ج ۳، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰)، ص ۱۵۸.

بخش سوم: رابطه ثالث با اطراف قرارداد

پس از بیان وضعیت و ماهیت شرط فعل بر ثالث، نوبت به بررسی رابطه ثالث با اطراف قرارداد می‌رسد که در زیر به آن پرداخته می‌شود.

۱. رابطه ثالث با متعهد له

می‌توان رابطه ثالث با متعهد له را، در دو فرض مختلف، مورد تجزیه و تحلیل قرارداد:

۱-۱. قبول شرط

چنان‌که گفته شد، طرفین قرارداد می‌توانند شرط فعل بر ثالث را در ضمن قراردادی که منعقد می‌کنند قرار دهند؛ منتها بر مبنای اصل نسبی بودن قراردادها (به موجب مواد ۱۰ و ۱۹۶ قانون مدنی) و نیز ماده ۲۳۱ همان قانون، متعهد له نمی‌تواند الزام ثالث را، برای انجام شرط از دادگاه تقاضا کند.

به دیگر سخن، در صورت عدم قبول شرط توسط ثالث، نمی‌توان الزام او را به منظور انجام شرط از دادگاه خواست.^۱ با وجود این، مواد یادشده تا زمانی قابلیت اعمال دارند که ثالث، شرط فعل به ضرر خود را نپذیرفته است؛ زیرا پس از قبول شرط توسط ثالث، دیگر عنوان «شخص ثالث» و آثار حقوقی آن بر او مترتب نمی‌شود؛ بلکه «مشروط علیه» محسوب شده و در صورت امتناع از انجام شرط فعل، متعهد له می‌تواند «اجبار مشروط علیه» را (به تعبیر ماده ۲۳۸ قانون مدنی) به انجام فعل از دادگاه تقاضا کند و در صورت عدم امکان اجبار مشروط علیه به انجام شرط فعل، «حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند» (به بیان ماده اخیر).

به تعبیر بعضی از فقیهان، نظریه قوی‌تر عدم لزوم اجرای شرط فعل به وسیله ثالث است. چه اصولاً، شرط به معنای قراردادن التزامی در ضمن التزام دیگر با یکی بودن ملتزم در آن‌ها [التزام اصلی و فرعی] است. التزام از طرف بیگانه [شرط فعل بر ثالث] زیر عنوان شرط به مفهوم مذکور قرار نمی‌گیرد تا مشمول عموم «المؤمنون عند شروطهم» شود.^۲ بدین ترتیب، ثالث تا

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱، (تهران: کتاب‌فروشی اسلامی، ۱۳۷۱)، ص ۲۹۳؛ صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۲، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۶)، ص ۲۳۹.

۲. مامقانی، عبدالله، پیشین، ص ۱۴۶.

وقتی که شرط به ضرر خود را قبول نکرده است، الزامی به انجام آن نخواهد داشت.

۲-۱. رد شرط

همان‌گونه که اشاره شد، به موجب مواد ۱۰، ۱۹۶ و ۲۳۱ قانون مدنی، آثار قرارداد تنها به طرفین قرارداد و قائم‌مقام قانونی آن‌ها اختصاص دارد و هیچ‌کس نمی‌تواند بدون اراده دیگری، برای او حق و تکلیف ایجاد کند؛ بنابراین، در فرض رد شرط به وسیله ثالث، نمی‌توان الزام او را برای قبول شرط و انجام آن از دادگاه تقاضا کرد؛ در صورت رد شرط از طرف ثالث، او هیچ رابطه با متعهد له پیدا نمی‌کند و در این فرض، ثالث در برابر متعهد له مسئول شناخته نمی‌شود.

۲. رابطه ثالث با متعهد

به نظر می‌رسد که می‌توان رابطه ثالث با متعهد را نیز در دو حالت بررسی کرد:

(۱) ثالث، وارث متعهد نیست. در این حالت، ثالث الزامی به قبول شرط به ضرر خود را ندارد. باین‌همه، تفاوتی در احکام این حالت با احکام رابطه ثالث با متعهد له، دیده نمی‌شود؛ (۲) ثالث، وارث متعهد است. در حالت دوم نیز، ثالث الزامی به قبول شرط فعلی که به وسیله مورث، علیه او شده، ندارد و صرف عنوان مورث بودن متعهد برای ثالث، مسؤولیتی از جهت «شخص ثالث» برای او به وجود نمی‌آورد. باید توجه داشت که حالت دوم را از حیث مسؤولیت متعهد (مورث ثالث)، به دو فرض تقسیم می‌شود:

(الف) مورث قبل از فوت، در انجام شرط فعل مرتکب تقصیر شده است. در فرض حاضر، تغییری در ماهیت شرط فعل بر ثالث به وجود آمده است و در حقیقت دین به ترکه مورث تعلق می‌گیرد.

(ب) مورث قبل از فوت، در انجام شرط فعل مرتکب تقصیر نشده است. البته برای دستیابی به پاسخ این حالت، فرضیه‌های متعددی قابل طرح است:

فرضیه اول) ثالث در قبول شرط الزامی ندارد؛ فرضیه دوم) ثالث ملزم به قبول شرط است؛ فرضیه سوم) ثالث در قبول یا رد آن مخیر است، ولی در صورت رد شرط، مسئول جبران

خسارت وارده به متعهد له خواهد بود؛ فرضیه چهارم) ثالث در رد یا قبول شرط مخیر است. منتها، در صورت رد شرط، وقتی ملزم به جبران خسارت است که ترکه را قبول کرده باشد یا خسارت وارده بر متعهد له، زائد بر میزان ترکه نباشد.

به نظر می‌رسد که فرضیه چهارم پذیرفتنی باشد؛ زیرا با موازین نظام حقوقی ایران، به‌ویژه قانون امور حسبی (مواد ۲۲۶ و ۲۴۸ آن)^۱ و قاعده فقهی «من باع شیئاً ثم ملک»^۲ و نیز وحدت ملاک ماده ۲۵۴ قانون مدنی،^۳ انطباق بیش‌تری دارد.^۴

بخش چهارم: ضمانت اجرای شرط فعل بر ثالث

۱. بیان نظریه‌ها

حقوق دانان و فقیهان، درباره ضمانت اجرای شرط فعل بر ثالث، اختلاف و تردید دارند:

(۱) اگر شرط فعل بر ثالث، غیرمالی باشد و ثالث از عمل به شرط خودداری کند، به این علت که در فرض یادشده، برای متعهد له امکان الزام ثالث وجود ندارد، برای او حق فسخ ایجاد می‌شود؛ ولی اگر موضوع شرط، مالی یا قابل تقویم به پول باشد، در این فرض، چون الزام متعهد موجب مدیون شدن او می‌شود، متعهد له حق فسخ ندارد و امکان مطالبه عوض شرط فعل بر ثالث، برای او به وجود می‌آید؛^۵

(۲) چنانچه ثالث از اجرای شرط خودداری کند، اگر انجام شرط، قائم به تخصص ثالث نباشد، متعهد له می‌تواند انجام آن را به وسیله شخص دیگری بخواهد و اگر شرط قائم به تخصص

۱. در واقع، به موجب ماده ۲۲۶ قانون امور حسبی: «ورثه ملزم نیستند غیر از ترکه چیزی به بستانکاران بدهند...»؛ هم‌چنین مطابق ماده ۲۴۸ همان قانون: «در صورتی که ورثه ترکه را قبول نمایند، هر یک مسؤول اداء تمام دیون به نسبت سهم خود خواهند بود...».

۲. به منظور ملاحظه مفهوم و احکام قاعده فقهی «من باع شیئاً ثم ملک» در بیع فضولی ر.ک به: خراسانی، محمد کاظم، حاشیه‌المکاسب، (تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ه.ق.)، ص ۷۳-۷۱.

۳. در ماده ۲۵۴ قانون مدنی می‌خوانیم: «هرگاه کسی نسبت به مال غیر معامله نماید و بعد آن مال به نحوی از انحاء به معامله‌کننده فضولی منتقل شود، صرف تملک موجب نفوذ معامله سابقه نخواهد بود».

۴. باید توجه داشت که پاره‌ای از حقوق دانان، در بررسی آثار «تعهد به فعل ثالث» در فرض مذکور، اعتقاد دارند که: ثالث الزامی به قبول شرط علیه خویش را ندارد؛ لیکن از باب وارث بودن متعهد، ملزم به جبران زیان متعهدله است و چه بسا دادگاه تأیید قرارداد فضولی را عادلانه‌ترین راه جبران خسارت ببیند؛ به شرط این که او ترکه را قبول کرده باشد (کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۲، (تهران: انتشارات شرکت سهامی، ۱۳۸۳)، ص ۱۴۸).

۵. محقق داماد، مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸)، ص ۱۱۴.

ثالث باشد (انجام شرط توسط دیگری ممکن نباشد)، متعهد له می‌تواند قرارداد را فسخ یا از طرف دیگر قرارداد تقاضای خسارت کند؛^۱

(۳) در صورتی که ثالث از وفای به شرط خودداری کند، متعهد باید خسارت پردازد؛^۲

(۴) عموم «المؤمنون عند شروطهم»، شامل شرط فعل بر ثالث نیز می‌شود؛ لیکن اگر ثالث به شرط عمل نکند، ظاهر عدم وجود خیار برای مشروطه است. چه اصولاً، امکان التزام طرف دیگر (مشروط علیه) به انجام شرط وجود ندارد. بعلاوه، شرط فعل بر ثالث به او ارتباطی ندارد و شاید بتوان گفت: اگر التزام مشروط علیه به انجام شرط وجود داشته باشد، برای مشروطه خیار وجود دارد. البته فرض بالا، از بحث شرط فعل بر ثالث خارج است؛ زیرا مشروط علیه و ثالث، هر دو ملزم به انجام شرط هستند؛ گرچه التزام نسبت به ثالث به نحو حقیقت (التزام حقیقی) و نسبت به مشروط علیه به صورت تسامح (التزام مسامحی) است. هم‌چنین، در فرضی که شرط فعل بر ثالث نسبت به مشروط علیه به صورت تقیید و نسبت به ثالث به نحو التزام باشد، برای مشروطه خیار وجود دارد؛^۳

(۵) نظریه پنجم، نظریه‌ای تفصیلی به شمار می‌آید و در واقع، برحسب چگونگی تعهد متعهد - تعهد به وسیله یا نتیجه یا حصول نتیجه بودن تعهد او^۴ - ضمانت اجرای شرط فعل بر ثالث متفاوت است.^۵ در ادامه به بررسی این نظریه پرداخته می‌شود.

۲. نظریه برگزیده

به نظر می‌رسد که از بین نظریه‌های مذکور، نظریه پنجم منطقی‌تر باشد؛ زیرا نظریه پنجم، بین نظریه‌های دیگر سازگاری ایجاد می‌کند. همان‌طور که گفته شد، ضمانت اجرای شرط فعل بر ثالث - برحسب چگونگی تعهد متعهد - متفاوت است. بدین ترتیب، می‌توان تعهد متعهد را در

۱. صفایی، حسین، پیشین، ص ۱۹۸.

۲. محقق داماد، مصطفی، پیشین، ص ۱۱۴. ایشان این نظریه را به برخی از حقوق دانان نسبت داده‌اند. ر.ک به: کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، (تهران، بنیاد حقوقی، ۱۳۸۷)، حاشیه شماره ۴ ماده ۲۳۴ قانون مدنی.

۳. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، پیشین، ص ۲۵۴.

۴. لازم به ذکر است که می‌توان اصطلاح «تعهد به رعایت شرط» یا «تعهد به انجام شرط» به وسیله ثالث را به جای عنوان «تعهد به حصول نتیجه» استفاده کرد.

۵. امامی، حسن، پیشین، ص ۲۵۸-۲۵۹؛ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۳، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰)، ص ۱۵۸.

برابر متعهد له، به سه حالت تقسیم کرد:

۱-۲. تعهد به وسیله

در این حالت، متعهد باید کوشش کند که ثالث، تعهدی را که به ضرر او شده است، قبول کند. در حالت نخست، اگر متعهد تلاش متعارف را برای قبول شرط توسط ثالث نماید ولو این که ثالث شرط را قبول نکند، مسئولیتی در برابر متعهد له نخواهد داشت و الزامی به پرداخت ضرر وارد به او را ندارد؛

۲-۲. تعهد به نتیجه

در حالت دوم، تنها تلاش متعارف متعهد برای قبولی شرط توسط ثالث کافی نیست؛ بلکه او تعهد کرده که ثالث تعهدی را که به ضرر او شده است، قبول خواهد کرد. در این حالت، اگر ثالث شرط را قبول نکند، متعهد ضرر متعهد له را باید جبران کند.

با وجود این، در حالت دوم باید به یک سؤال پاسخ داده شود و آن سؤال، این است که متعهد در شرط فعل بر ثالث، آنچه را که در حیطه اقتدار او قرار دارد به عهده گرفته است (تعهد به وسیله) یا نتیجه مطلوب انجام فعل را (تعهد به نتیجه)؟

بعضی از فقیهان اسلامی، بدون بیان این مطلب که قاعده کلی در تعهد متعهد در شرط فعل بر ثالث چیست (تعهد به وسیله یا نتیجه)، گفته‌اند: اگر منظور از شرط فعل بر ثالث، این باشد که آنچه در توان متعهد است، به وسیله او انجام شود؛ در این صورت، اگر آنچه در توان متعهد است، انجام شود (مثلاً، شرط کنند یکی از طرفین معامله، مالی را در برابر بهای معین به زید بفروشد؛ در شرط فروش مالی به بهای معین به زید، ایجاب بیع از طرف متعهد ولو این که آن را زید قبول نکند)، مشروطه حق فسخ ندارد؛ لیکن اگر هدف از شرط فعل بر ثالث، انجام آن توسط متعهد باشد (در مثال بالا، ایجاب بیع از طرف فروشنده و قبول آن به وسیله زید)، عدم انجام شرط از طرف متعهد عرفاً منافاتی با توانایی انجام این شرط در زمان شرط کردن آن ندارد و حادث شدن ناتوانی، او را از قدرت و توانایی خارج نمی‌کند. بدین ترتیب، شرط صحیح است و مشروطه حق فسخ ندارد.^۱

۱. به منظور مطالعه تفصیلی ر. ک به: نجفی، محمدحسن، پیشین، ص ۲۰۴؛ انصاری، مرتضی، پیشین، ص ۳۰۸؛ حلی، حسن بن یوسف، پیشین، ص ۲۵۳؛ شهیدی تبریزی، شهیدی تبریزی، فتاح، پیشین، ص ۸۲؛ خوانساری، احمد، جامع‌المصادرک فی

برخی از حقوق دانان، در این خصوص اعتقاد دارند که: «موضوع تابع مفاد تراضی است ولی ظاهر از شرط قرارداد تعهد شخص خارجی در عقد این است که طرف قرارداد نیز به گونه‌ای پای‌بند و ضامن اجرای فعل مشروط است و شرط قید قرارداد است نه وصله‌ای نا هم‌رنگ و بی‌اثر. پس در تفسیر قرارداد، دادگاه می‌تواند او را به تفاوت موارد ضامن قبول تعهد یا انجام آن تلقی کند»؛ بنابراین، از دیدگاه بالا، قاعده کلی این است که طرف قرارداد نیز ضامن اجرای فعل مشروط است و دادگاه می‌تواند با توجه به مفاد تراضی طرفین، طرف قرارداد را ضامن قبول تعهد یا انجام آن به شمار آورد.

البته به نظر می‌رسد که نمی‌توان جواب قاطعی را برای این سؤال پیدا کرد و اصولاً، باید با توجه به احراز قصد مشترک طرفین قرارداد و به‌ویژه با تفسیر قرارداد، پاسخ داد که متعهد در شرط فعل بر ثالث، آنچه در توان و اختیار او است، به عهده گرفته است (تعهد به وسیله) یا نتیجه مطلوب و انجام فعل را (تعهد به نتیجه). در واقع، این مسئله، بحثی متغیر است و بر حسب مورد، باید نظریه پردازی کرد.

تذکر این نکته بی‌مناسبت نیست که توانایی انجام شرط از طرف متعهد، در زمان انجام شرط لازم و ضروری است؛ نه در زمان شرط کردن آن. پس می‌توان قائل به این نظریه شد که اگر اعتماد به حصول شرط، با توجه به قرائن و اوضاع و احوال امکان‌پذیر باشد، همین اندازه «اعتماد ظاهری» برای صحیح تلقی شدن شرط کافی است.

به عبارت دیگر، آنچه در زمان اشتراط شرط فعل بر ثالث لازم است، «توانایی ظاهری انجام شرط» است؛ ولی شرط کافی نیست (توانایی ظاهری انجام شرط جزء علت است؛ لیکن علت تامه نیست) و امری که در زمان انجام شرط ضروری است، «توانایی واقعی انجام شرط» است.^۲ وانگهی، برای اثبات مطلب گفته شده، می‌توان به ماده ۲۴۰ قانون مدنی و همچنین وحدت ملاک ماده ۳۷۰ همان قانون استناد کرد. در واقع، به موجب ماده ۲۴۰ قانون مدنی: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود و یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط بر

شرح مختصر النافع، تحقیق: علی اکبر غفاری، ج ۳، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ه.ق.)، ص ۲۰۳-۲۰۲؛ نایینی، محمد حسین، المكاسب والبیع، ج ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ه.ق.)، ص ۱۰۲.
۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۳، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰)، ص ۱۵۸.

۲. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، پیشین، ص ۲۵۴.

نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت؛ مگر این که امتناع مستند به فعل مشروطه باشد؛ چنان که ماده ۳۷۰ قانون بالا مقرر می‌دارد: «اگر طرفین معامله برای تسلیم، موعدی قرارداد شده باشند، قدرت بر تسلیم در آن موعده شرط است؛ نه در زمان عقد». البته نحوه استدلال به دو ماده ۲۴۰ و ۳۷۰ قانون مدنی، بدین گونه است که از مفاد مواد بالا، بدست می‌آید که توانایی ظاهری متعهد بر انجام تعهد (شرط فعل بر ثالث)، در زمان اشتراط برای سحت آن کافی است و قدرت واقعی، در زمان انجام شرط لازم است.

از آنچه گفته شد، به خوبی برمی‌آید که از جمله نتایج تفکیک بین لازم بودن «توانایی ظاهری انجام شرط» در زمان اشتراط شرط فعل بر ثالث و «توانایی واقعی» در زمان انجام آن تعیین سحت یا بطلان شرط یا امکان فسخ عقدی است که در ضمن آن، شرط فعل بر ثالث شده و نیز عنوان این حق فسخ است. بدین ترتیب، می‌توان مطالب این مبحث را در دو فرض مورد تحلیل قرارداد:

- (۱) «توانایی ظاهری انجام شرط» در زمان اشتراط شرط فعل بر ثالث و نیز «توانایی واقعی» در زمان انجام آن وجود دارد. در این فرض، شرط صحیح است؛
 - (۲) «توانایی ظاهری انجام شرط» در زمان اشتراط شرط فعل بر ثالث وجود دارد، لیکن به سببی از اسباب، در زمان انجام آن «توانایی واقعی» وجود ندارد.
- هم‌چنین است، در فرض دوم شرط صحیح محسوب می‌شود، ولی عقدی که در ضمن آن شرط فعل بر ثالث شده، از سوی مشروطه قابل فسخ است؛ بنابراین، عنوان خیار بحث فعلی، «خیار تعدد از انجام شرط» خواهد بود؛ نه «خیار تخلف از شرط».
- همان‌طور که اشاره شد، تفکیک مذکور از ماده ۲۴۰ قانون مدنی و وحدت ملاک ماده ۳۷۰ قانون اخیر و نیز عبارات بعضی از فقیهان امامیه استنباط می‌شود.^۱

۲-۳. تعهد به حصول نتیجه

در حالت سوم، متعهد انجام شرط یا رعایت آن را به وسیله ثالث در برابر مشروطه تعهد می‌کند. با وجود این، می‌توان حالت بالا را در دو فرض مختلف بررسی کرد:

۱. به منظور ملاحظه این عبارات فقیهان ر.ک به: طباطبایی‌یزدی، محمد کاظم، پیشین، ص ۲۵۵-۲۵۴؛ حکیم، محمد سعید، منهاج‌الصالحین، ج ۲، (بیروت: دارالصفوه، ۱۴۱۵ه.ق.)، ص ۷۸.

(۱) ثالث، شرطی را که به ضرر او شده است قبول کند. در این فرض، اگر ثالث از انجام شرط خودداری نماید، مشروطه می‌تواند علیه ثالث و متعهد اقامه دعوا کند. البته علیه ثالث به این دلیل که او شرط به ضرر خود را قبول کرده است و هم‌چنین علیه متعهد، با توجه به ماده ۴۰۳ قانون تجارت و نص قراردادی به وسیله متعهد در خصوص مسؤولیت تضامنی، اقامه دعوا می‌کند؛

(۲) ثالث، شرطی را که به ضرر او شده است، قبول نکند. در فرض دوم، اگر انجام شرط توسط شخص دیگری امکان‌پذیر باشد، متعهد ملزم به انجام شرط فعل به وسیله خودش یا دیگری است، لیکن اگر شرط فعل بر ثالث، قائم به شخصیت ثالث باشد؛ مشروطه حق فسخ قرارداد را دارد. دلیل مطلب گفته‌شده، این است که شرط فعل بر ثالث در معنای متعارف آن، اقتضای چنین تفسیری دارد و در بیان مباحث مربوط به شرط فعل بر ثالث نباید ماهیت، احکام و آثار آن را با تأسیس حقوقی تعهد به فعل ثالث اشتباه کرد. گذشته از این‌ها، چنین تفسیری با نظریه فقهای امامیه نیز سازگاری کامل دارد.^۱

نتیجه

از مجموع مباحث گفته‌شده در طول مقاله، نتایج زیر بدست می‌آید:

۱. شرط فعل بر ثالث در معنای عام، شامل شرط فعل بر ثالث در معنای خاص و تعهد به فعل ثالث، است و شرط فعل بر ثالث در معنای عام، استثنایی بر اصل نسبی بودن قراردادها محسوب نمی‌شوند. چه اصولاً، در تعهد به فعل ثالث، التزام ثالث از قرارداد متعهد ناشی نمی‌شود؛ بلکه از قرارداد اصلی است که با قبول او تنفیذ می‌شود و نیز آثار شرط فعل بر ثالث در معنای خاص، با اعلام قبول ثالث به وجود می‌آید؛

۲. شرط فعل بر ثالث اعتبار دارد و اگر از اوضاع و احوال چنین برآید که نفی غرر و اعتماد به تحصیل آن وجود دارد؛ همین مقدار از اطمینان به تحصیل شرط، برای سحت آن کافی است؛

۳. ماهیت شرط فعل بر ثالث در معنای خاص، مطابق با نظریه در حکم ایجاب است و نظریه

۱. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، پیشین، ص ۲۵۴؛ طباطبایی قمی، تقی، پیشین، ص ۳۶۸.

در حکم فضولی بودن شرط فعل بر ثالث با مبانی فقهی سازگار نیست؛ زیرا در معامله فضولی، اصیل و معامل فضولی دو طرف قرارداد را تشکیل می‌دهند و با ارادهٔ معامل فضولی، معامله ولو به‌طور ناقص برای اصیل تشکیل می‌گردد؛ درحالی‌که در شرط فعل بر ثالث، متعهد و متعهد له، در برابر ثالث یک‌طرف قرارداد محسوب می‌شوند و ثالث طرف دوم قرارداد است. بدین ترتیب، شرط فعل بر ثالث مانند ایجاب، ماهیت حقوقی‌ای است که اقتضای اثر حقوقی دارد و آثار آن با قبول ثالث، تحقق می‌یابد؛

۴. رابطه ثالث با متعهد له، در صورتی تکوین می‌یابد که شرط از طرف او قبول شود و متعهد له پیش از قبول شرط به‌وسیلهٔ ثالث، نمی‌تواند الزام او را به انجام شرط از دادگاه بخواهد. هم‌چنین، رابطه ثالث با متعهد در دو فرض، قابل بررسی است و فرضی که شخص ثالث، وارث متعهد است، جای تأمل بیش‌تری دارد و نظریهٔ برگزیده در فرض بالا، این است که ثالث در قبول یا ردّ شرط اختیار دارد (من باع شیئاً ثم ملک). باوجوداین، در صورت ردّ شرط، متعهد وقتی ملزم به جبران ضرر متعهد له است که ترک او را قبول کرده باشد یا زیان متعهد له، زائد بر میزان ترک نباشد؛

۵. ضمانت‌اجرای شرط فعل بر ثالث در معنای خاص، برحسب این که تعهد متعهد به‌وسیله یا نتیجه یا حصول نتیجه باشد، متفاوت است: در فرض «به‌وسیله» بودن تعهد متعهد، تنها تلاش متعارف او برای برائت از مسئولیت پرداخت ضرر متعهد له، کافی است؛ لیکن در حالت «به نتیجه» بودن تعهد او، در صورت قبول شرط به‌وسیلهٔ ثالث، مسئول شناخته نمی‌شود. ولی چنانچه تعهد متعهد «به حصول نتیجه» باشد؛ به نظر می‌رسد که با توجه به سابقه فقهی این موضوع و نیز معنای متعارف «شرط فعل بر ثالث» در فقه امامیه، متعهد له می‌تواند در صورتی که شرط قائم به تخصص ثالث باشد، قرارداد را فسخ کند.

پیشنهاد

احاله احکام شرط فعل بر ثالث به قواعد و اصول حقوق مدنی، دادرس را در مقام اجرای قاعدهٔ مناسب درباره شرط فعل بر ثالث به تردید می‌اندازد. بعلاوه، قانون برای عموم افراد نوشته می‌شود و عموم افراد باید بتوانند احکام شرط فعل بر ثالث را بدون اجرای اصل حقوقی دریابند.

بدین ترتیب، به قانون‌گذار پیشنهاد می‌شود که ماده‌ای را در این خصوص بدین شرح تصویب کند:

«شرط فعل بر ثالث آن است که انجام یا خودداری از انجام کاری بر شخص ثالث شرط شود. شرط فعل بر ثالث، ممکن است درباره اقدام شخص ثالث باشد (تعهد به فعل ثالث). در این صورت، شرط ثالث را ملتزم نمی‌کند؛ لیکن اگر ثالث اقدام مطلوب را انجام ندهد، مشروط علیه باید خسارت بپردازد. با وجود این، در شرط فعل بر ثالث، طرفین قرارداد در بعضی موارد التزامی را بر عهده ثالث قرار می‌دهند. در حالت مذکور، ثالث تا وقتی که شرط به ضرر خود را قبول نکرده است، الزامی به انجام آن ندارد.

با این همه، ضمانت اجرای شرط فعل بر ثالث، بر حسب این که تعهد متعهد به وسیله یا نتیجه یا حصول نتیجه باشد، متفاوت است: در فرض به وسیله بودن تعهد متعهد، تنها تلاش متعارف او برای برائت از مسئولیت پرداخت ضرر متعهد، کافی است؛ لیکن در حالت به نتیجه بودن تعهد متعهد، در صورت قبول شرط به وسیله ثالث، مسئولیت ندارد. البته اگر تعهد متعهد به حصول نتیجه باشد، متعهد له می‌تواند در صورتی که اجرای شرط قائم به تخصص ثالث باشد، قرارداد را فسخ کند».

منابع

منابع فارسی و عربی

- ابراهیم، احمد. (۲۰۰۵). *القانون المدني*، چ ۱، [بی جا]: المکتب الجامعی الحدیث.
- اصفهانی، محمدحسین. [بی تا]. *حاشیه المکاسب*، تحقیق: عباس محمد آل سباع القطیفی، ج ۵، چ ۱، قم: انتشارات انوار الهدی.
- امامی، حسن. (۱۳۷۱). *حقوق مدنی*، ج ۱، چ ۱، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- انصاری، مرتضی. (۱۳۷۱). *المکاسب*، ج ۴، چ ۲، قم: دارالحکمه.
- ایروانی، علی. (۱۴۲۱ هـ ق.). *حاشیه کتاب المکاسب*، ج ۳، چ ۳، [بی جا]: انتشارات دار ذوی القربی.
- ایزانلو، محسن. (۱۳۸۶). «تعهد به فعل ثالث»، فصل نامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۱، ص ۶.
- بحرانی، یوسف. (۱۴۰۴ هـ ق.). *الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره*، ج ۲۱، چ ۳، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- تبریزی، جواد. (۱۴۱۶ هـ ق.). *ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب*، ج ۴، چ ۴، قم: نشر اسماعیلیان.
- حکیم، محمدسعید. (۱۴۱۵ هـ ق.). *منهاج الصالحین*، ج ۲، چ ۱، بیروت: دار الصفوه.
- حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ هـ ق.). *تذکره الفقهاء*، ج ۱۰، چ ۱، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام لاحیاء التراث.
- خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۰۶ هـ ق.). *حاشیه المکاسب*، چ ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- خوانساری، احمد. (۱۴۰۵ هـ ق.). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، تحقیق: علی اکبر غفاری، ج ۳، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- روحانی، محمد صادق. (۱۴۱۸ هـ ق.). *منهاج الفقاهه التعلیق علی مکاسب الشیخ الاعظم*، چ ۴، قم: چاپ العلمیه.
- سبحانی، جعفر. (۱۴۱۴ هـ ق.). *المختار فی احکام الخیار*، چ ۱، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- سبحانی، جعفر. (۱۴۱۳ هـ ق.). *دراسات موجزه فی الخیارات والشروط*، چ ۱، قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه.

- سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۱۳ ه.ق.). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، ج ۱۷، چ ۴، قم: مؤسسه المنار.
- سنهوری، عبدالرزاق. [بی تا]. *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (نظریه الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام)*، ج ۱، چ ۲، قاهره: انتشارات دارالنهضة العربیه.
- شهیدی تبریزی، فتاح. (۱۴۲۸ ه.ق.). *هدایه الطالب الی اسرار المكاسب*، ج ۵، چ ۲، قم: دارالفقه للطباعه و النشر.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۷۸). *حقوق مدنی (شروط ضمن عقد)*، ج ۴، چ ۲، تهران: انتشارات مجلد.
- صفایی، حسین. (۱۳۸۶). *دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، ج ۲، چ ۳، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- طباطبایی قمی، تقی. (۱۴۰۰ ه.ق.). *دراساتنا من الفقه الجعفری*، ج ۴، چ ۱، قم: مطبعه الخيام.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم. (۱۴۲۳ ه.ق.). *حاشیه کتاب المكاسب*، تحقیق: عباس محمد آل سباع القطیفی، ج ۳، بیروت: دارالمصطفی لأحیاء التراث.
- عبدالصادق، احمد محمد. (۲۰۱۱). *المرجع القضایی فی شرح احکام القانون المدنی*، ج ۱، چ ۱، [بی جا]: [بی نا].
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳). *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، ج ۲، چ ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۸۰). *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، ج ۳، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۸۷). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چ ۲۰، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- مامقانی، عبدالله. (۱۳۵۰ ه.ق.). *نهایه المقال فی تکمله غایه الآمال*، چ ۱، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۸). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، چ ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۷). *قواعد فقه (بخش مدنی ۲)*، چ ۸، تهران: انتشارات سمت.
- موسوی خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۱۲ ه.ق.). *مصباح الفقاهه فی المعاملات*، به قلم: محمد علی

- توحیدی، ج ۷، چ ۱، بیروت: نشر دارالهادی.
- موسوی خویی، محمدتقی. (۱۴۱۴ ه.ق.). *الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود*، ج ۱، چ ۱، بیروت: دارالمؤرخ العربی.
- نایینی، محمدحسین. (۱۴۱۳ ه.ق.). *المکاسب والبیع*، ج ۱، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۰ ه.ق.). *جواهرالکلام فی شرائع الاسلام*، ج ۲۳، چ ۱، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نجفی خوانساری، موسی. [بی تا]. *منیه الطالب فی شرح المکاسب*، تقریرات: محمدحسین نایینی، ج ۳، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

لاتین

- Beatson, J. (1998). *Anson's Law of Contract*, 27thed, New York: Oxford University Press.
- Chitty. (1999). *Chitty on Contracts*, Vol. 2, 28thed, London: Sweet & Maxwell.
- Terré (François), Simler (Philippe) et Yves Lequette. (1996). *Droit Civil: Les Obligations*, 6^e éd, Paris: Dalloz.
- Treitel, G. H. (2003). *The Law of Contract*, 11thed, London: Sweet & Maxwell.
- Voirin, Pierre et Gilles Goubeaux. (2001). *Droit Civil*, T: 1, 28^e éd, Paris: L. G. D. J.