

## شرط الحاقی انتقال تعهد بدون رضایت متعهد له

وکیل دکتر محمد عابدی<sup>۱</sup>

### چکیده:

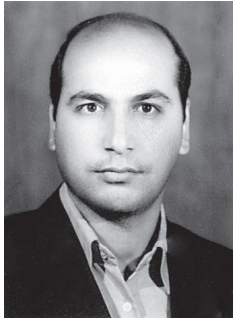
اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادهای (ماده ۱۰ قانون مدنی) موجب شده که از یک طرف، روابط معاملاتی مردم محدود به قالب‌های کهن نشود و مبادلات تجاری تسهیل شود، و از طرف دیگر، متعاملین امکان قانونی داشته باشند تا توافقی‌های مطلوب خود را به قدرت خلاقیت اراده با قراردادهای با نام یا بی نام منعقد شده پیوند بزنند. پیوند شرط الحاقی به قرارداد سابق و جاری ساختن احکام شرط ضمن عقد در خصوص شرط الحاقی، یکی از این نمونه‌هاست. در مقاله حاضر، مختصری از یک پرونده حقوقی نقل می‌شود که به موجب شرط الحاقی شده به قرارداد انتقال سهام، تعهدات انتقال دهنده از بابت تضمین تسهیلات دریافت شده به وسیله شرکت، باید به منتقل‌إلیه انتقال یابد بدون اینکه موافقت بانک پرداخت کننده تسهیلات، به عنوان متعهد له، نسبت به شرط جلب شده باشد. بررسی اعتبار شرط الحاقی، تحلیل ماهیت حقوقی آن و ضمانت

### مقدمه:

شرکت سهامی الف در قالب دو قرارداد مشارکت مدنی و رهنی اعتباری، مبالغی تسهیلات از بانک ب دریافت می‌کند. علاوه بر توثیق اموال منقول و غیر منقول، سهامداران شرکت الف کلیه تعهدات مندرج در قرارداد مذکور را منفرداً و متضامناً تضمین و تعهد نموده‌اند. پس از مدتی، یکی از سهامداران تمامی سهام خود را به یکی دیگر از صاحبان سهام انتقال می‌دهد. با توجه به مذاکرات قبل از عقد در خصوص انتقال تعهدات انتقال دهنده، مرتبط با شرکت، به منتقل‌إلیه، از زمان انتقال سهام، به عدم مسؤولیت انتقال دهنده در یکی از بندهای قرارداد تصریح می‌شود. سه روز بعد با هدف تکمیل و تفسیر توافق قبلی مقرر می‌شود که (پیرو قرارداد مورخ ... در خصوص انتقال سهام از آقای ... به آقای ... و با عنایت به تعهدات انتقال دهنده در نزد بانک ب مقرر شده که تمامی این تعهدات از انتقال دهنده به انتقال گیرنده منتقل شود و از زمان انتقال سهام، انتقال دهنده هیچ گونه مسؤولیتی نخواهد داشت و منتقل‌إلیه پاسخگو خواهد بود).

پیرو قرارداد اصلی و شرط الحاقی، مدیر عامل و عضو هیأت مدیره شرکت (صاحبان امضاء مجاز) مراتب انتقال تعهدات انتقال دهنده به انتقال گیرنده سهام را به بانک ب اطلاع می‌دهند. بانک مذکور، ابتدا به موجب یک مصوبه با این نقل و انتقال سهام موافقت می‌کند، لیکن با این قید که: این تغییر و تحول در اسناد به منزله تبدیل تعهد نمی‌باشد و کلیه تعهدات و تضمینات اسناد ماقبل کماکان به قوت و اعتبار خود باقی خواهد ماند،

۱- استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد



اجرای مخالفت متعهد له با شرط انتقال تعهد که موجب ممتنع شدن شرط شده است، مباحث مورد مطالعه را تشکیل می‌دهد.

#### کلید واژگان:

شرط الحاقی، شرط فعل بر ثالث، ممتنع شدن شرط، فسخ قرارداد

مجدداً بانک ب موافقت خود را موکول به افزایش مال مرهون و سپردن تعهدات و تسلیم سفته توسط منتقل‌إلیه می‌کند و مدت زمان اجرای آن را ۱۵ روز اعلام می‌کند. علیرغم گذشت مدت مزبور، انتقال‌گیرنده از انجام شروط مقرر شده به وسیله بانک امتناع می‌کند.

به علت عدم پرداخت بخشی از ثمن معامله و لاینحل ماندن وضعیت انتقال تعهدات مرتبط با بانک ب، انتقال‌دهنده به موجب اظهار نامه فسخ معامله را به علت ممتنع بودن یا ممتنع شدن شرط فعل انتقال تعهدات اعلام می‌کند و منتقل‌إلیه نیز دعوای الزام به انجام تعهد موضوع امضاء و ثبت انتقال سهام را اقامه می‌کند.

هرچند این پرونده، به لحاظ مصالحه در خارج از دادگاه و استرداد دعوا از سوی منتقل‌إلیه، منجر به صدور قرار رد دعوی شد، لیکن از لحاظ حقوقی سه موضوع قابل توجه وجود دارد:

یکی مفهوم شرط ضمن عقد و اینکه آیا شرط مندرج در قرارداد الحاقی دایر بر انتقال تعهدات، از مصادیق شرط ضمن عقد محسوب می‌شود؟ دوم اینکه بر فرض پاسخ مثبت، آیا این شرط، که موافقت بانک ب را به عنوان متعهد له لازم دارد، قانوناً صحیح است یا خیر؟ و بر فرض صحت، ماهیت و مستند قانونی آن چیست؟ سوم اینکه آیا مخالفت بانک با انتقال تعهد از انتقال‌دهنده به منتقل‌إلیه می‌تواند از مصادیق ممتنع شدن شرط ضمن عقد و مستند خیار تخلف از شرط باشد یا خیر؟

#### مبحث اول - مفهوم شرط ضمن عقد

شرط در معنای مصدری عبارت است از این که چیزی را به امر دیگری مرتبط سازند (بجنوردی؛ ۱۳۸۶، ۲۵۶ / محقق داماد؛ ۱۳۷۴، ۳۳ و ۳۴) و شرط در اصطلاح شرط ضمن عقد، توافقی است که بر حسب طبیعت خاص موضوع آن، مانند شرط صفت و اجل، و یا تراضی متعاملین، مانند وکالت ضمن عقد نکاح، در شمار توابع عقد دیگری درآمده است. (کاتوزیان؛ ۱۳۷۶، ش. ۵۴۶، ص. ۱۲۳) خواه شرط را به عنوان جزئی از عقد به شمار آوردیم (همان؛ ش. ۵۴۴، ص. ۱۲۰) یا معتقد باشیم که شرط جزء عقد یعنی منشأ یا جزء موضوع عقد نیست، (شهیدی؛ ۱۳۸۶، ۲۵) تردیدی نیست که شرط به عنوان فرع، با قرارداد مشروط به عنوان اصل، مرتبط است و همین ارتباط ایجاب می‌کند که در صورت تخلف از شرط، مشروط له حق فسخ بیابد.

شرط ضمن عقد یا مصرح است به این معنا که در بین ایجاب و قبول ذکر می‌شود، یا پس از توافق متعاملین در مفاد آن و شروط ضمن عقد، ایجاب و قبول تحقق می‌یابد که در اعتبار آن تردید نیست (همان؛ ۴۰ / علامه؛ ۱۳۸۷، ۳۴). یا شرط تبانی یا بنایی است که به هنگام ایجاب و قبول ذکر نشده لیکن قبل از عقد متعاملین نسبت به آن توافق کرده و عقد را با بنای ذهنی نسبت به آن انشا کرده‌اند (شهیدی؛ همان، ۴۱). هرچند مشهور فقها برای شرط تبانی اعتباری قایل نیست و لزوم ذکر

شرط در عقد را لازم می‌داند. لیکن قانون مدنی به صراحت صحت شرط تبانی را در ماده ۱۱۲۸ در باب نکاح پذیرفته و حقوقدانان نسبت به اعتبار کلی آن در تمام عقود اتفاق نظر دارند (همان؛ ۵۰-۴۸ / کاتوزیان، همان؛ ش. ۵۴۸، ص. ۱۲۸-۱۲۵). شرط ضمنی که به علت تعاهد نزد عرف از مدلولات عرفی لفظ به شمار می‌رود هرچند به طور صریح یا اشاره در ایجاب و قبول ذکر نشود، (شیخ موسی خوانساری؛ منیه الطالب؛ به نقل از: علامه؛ همان، ۲۷ / شهیدی؛ همان، ۵۰ تا ۵۵ / کاتوزیان؛ همان، ش. ۵۵۲، ص. ۱۳۰ تا ۱۳۶) مانند توابع مبیع و پرداخت هزینه تسلیم کالا، جزء مفاد قرارداد بوده و ماده ۲۲۵ قانون مدنی با بیان اینکه (متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد به منزله ذکر در عقد است) اعتبار آن را پذیرفته است. لیکن، قانونگذار در خصوص شرط الحاقی ساکت است یعنی شرطی که در ایجاب و قبول نیامده و در مذاکرات قبل از عقد نیز مورد تراضی واقع نشده و مدلول عرفی الفاظ هم نیست، ولی متعاملین بعد از عقد اراده می‌کنند که آن را به قرارداد پیشین متصل کنند.

در فقه در خصوص عدم اعتبار شرط الحاقی به عنوان یکی از اقساط شروط ضمن عقد کمتر تردید شده است و با توجه به نظر مشهور در مورد بطلان شرط ابتدایی، یعنی الزام و التزامی که مندرج در عقد نباشد، شرط الحاقی از مصادیق شرط ابتدایی است نه شرط ضمن عقد «کل شرط تقدم العقد او تأخر فهو باطل» (علامه؛ همان، ۳۴).

در توجیه بطلان آن گفته شده است (شهیدی؛ همان، ۵۵ و ۵۶) که شرط ضمن عقد همراه با انشاء عقد مشروط و با همان قصد انشاء می‌شود و شرط الحاقی که با انشاء جداگانه به وجود می‌آید ماهیتاً شرط ضمن عقد نیست هرچند به گونه ای با عقد سابق مرتبط باشد. اینان معتقدند که خلاقیت اراده نامحدود نیست و باید در چهارچوب نظم عمومی باشد. مفاد اصل حاکمیت اراده خلاقیت اراده نسبت به اعمال حقوقی اعم از عقد، ایقاع و شرط است و صرف اتصال شرط به عقد قبلی نه عقد است و نه ایقاع، پس نمی‌تواند مخلوق اراده در جهان اعتبار باشد و در صورت تردید در قابلیت خلاقیت اراده نسبت به امری، نتیجه اصل عدم حاکمیت اراده است.

همچنین گفته شده است (علامه؛ همان، ۳۰ و ۳۱) که به جهت امکان ارتباط آثار عقد با حقوق دیگران، لازم است تا چهارچوب عقد و مندرجات آن به طور واضح و صریح معلوم باشد و آزادی قصد مشترک نباید تا آنجا باشد که هر زمان بتواند آنچه را که جزئی از عقد نبوده است داخل در آن محسوب و از آثار قانونی برخوردار نماید.

در پاسخ به دلایل موافقان بطلان شرط الحاقی باید دو فرض را از هم تفکیک کرد: گاه موضوع شرط الحاقی خود قراردادی مستقل است مانند وکالت یا ودیعه یا پیمانکاری که بعد از انعقاد عقد سابق مورد تراضی متعاملین قرار می‌گیرد و ارتباط آن با عقد سابق به نحوی نیست که انشاء

مستقل آن امکان پذیر نباشد مانند این که بعد از وقوع عقد بیع، شرط وکالت یا انتقال مبیع یا واگذاری سرقفلی مبیع به فروشنده شرط شود. در این فرض، اگر حتی نتوان وکالت یا انتقال سرقفلی مشروط را از شروط ضمن عقد بیع به شمار آورد، دلیلی بر بطلان آن‌ها وجود ندارد. نظریه بطلان شرط ابتدایی، علیرغم شهرتش، با تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی و قبول اصل آزادی قراردادی متروک شده است و امروزه، شرط الحاقی دارای موضوعی مستقل، خواه عقد معین باشد خواه نا معین، مسلماً معتبر شناخته می‌شود.

گاه موضوع شرط الحاقی، توافق در خصوص نحوه اجرای تعهدات قرارداد قبلی است (کاتوزیان؛ همان، ش. ۵۵۰، ص. ۱۲۹)، مانند این که مورد معامله قرارداد قبلی دارای فلان صفت باشد یا زمان تسلیم آن به تأخیر افتد، و یا مفاد قرارداد قبلی و شروط ضمن آن تفسیر و تبیین شود. در این فرض، ارتباط شرط الحاقی با قرارداد سابق چندان زیاد است که شرط جز در سایه قرارداد اصلی و به عنوان پاره ای از آن مفهوم ندارد و همین ارتباط موجب می‌شود که عنوان شرط ضمن عقد به آن نیز اطلاق شود. به بیان دیگر آنچه اهمیت دارد این است که میان شرط و تعهد سابق علاقه و ارتباطی مانند اصل و فرع باشد [۰\*]، زمان وقوع آن مهم نیست. اگر خلاقیت اراده می‌تواند شروط قبلی را که در عقد نیامده‌اند به عنوان شرط تبانی داخل در عنوان شروط ضمن عقد بیاورد و قانون نیز آن را رسمیت بخشد، همان اراده های مشترک نیز می‌توانند شرط الحاقی مرتبط با تعهد قبلی را به عنوان بخشی از پیکره آن تلقی کنند و اصل بر خلاقیت و حاکمیت اراده است نه عدم آن مگر جایی که بدهت عقلی یا منع صریح قانونی، کارگزاری حاکمیت اراده و تبعیت از قصد مشترک را مانع شود. در دعوی موضوع بحث نیز، از یک طرف با توجه به قصد مشترک طرفین، که از لفظ (پیرو قرارداد) به روشنی استنباط می‌شود؛ ارتباط قرارداد سابق با شرط الحاقی انتقال تعهدات محرز است؛ مضافاً آنکه در قرارداد سابق به عدم مسؤولیت انتقال دهنده از زمان انتقال سهام توافق شده و شرط الحاقی در مقام تبیین و تفسیر بخشی از قرارداد قبلی است. و از طرف دیگر، اوضاع و احوال و قرائن پرونده نشان می‌دهد که علت تراضی بر شرط انتقال تعهدات، نقل و انتقال سهامی بوده است که موضوع قرارداد سابق بوده است و همین اندازه ارتباط کافی است که به قصد مشترک طرفین احترام گذارده و شرط الحاقی را بخشی از قرارداد سابق و به عنوان شرط ضمن آن تلقی کنیم.

### مبحث دوم - شرط فعل بر ثالث

گفته شد که در پرونده مورد بحث، سهامداران شرکت الف استرداد اصل سود و خسارت تأخیر تادیه تسهیلات دریافت شده از بانک ب را تعهد کرده‌اند. ماهیت این تعهد ضمان به شکل ضم ذمه به ذمه طولی است به این معنا که در صورت عدم پرداخت دین از سوی شرکت الف دریافت

[۰\*] پی نوشت:

والتحقیق: ان الشرط فی العقد  
انما هو به معنی الربط و احداث  
العلاقة بین العقد و ما شرط (میر  
فتاح؛ بی تا، ۶۷ و ۶۸)

کننده تسهیلات و عدم کفایت وثیقه های تودیع شده، بانک به عنوان مضمون له حق رجوع انفرادی یا اجتماعی به سهامداران را به عنوان ضامن خواهد داشت. بدین ترتیب، بانک ب به عنوان متعهد له تعهدی بوده است که انتقال دهنده و انتقال گیرنده سهام، شرط انتقال آن را از شخص اولی به دومی مورد توافق قرار داده‌اند، بدون اینکه رضایت قبلی بانک را جلب کنند یا بانک همزمان با قرارداد با آن موافقت کند.

ممکن است این تردید مطرح شود با توجه به این که منتقل‌إلیه سهام، خود یکی از متعهدان تضامنی بوده است شرط انتقال تعهدات لغو و تحصیل حاصل است؛ زیرا قبل از شرط انتقال تعهدات نیز، بانک ب حق رجوع به منتقل‌إلیه را (به شکلی طولی) برای تمام طلب خود داشته است و بعد از توافق بر انتقال تعهدات نیز همین وضعیت حاکم است. لیکن این تردید، که در دفاعیات وکیل خوانده نیز مذکور بوده است، بلا وجه و مردود است زیرا، اولاً، شرط انتقال تعهدات به معنای سقوط حق رجوع بانک ب به انتقال دهنده است و لذا در رابطه بانک ب و انتقال دهنده مفید و دارای آثار حقوقی است ثانیاً شرط انتقال تعهدات در رابطه انتقال دهنده و انتقال گیرنده نیز دارای اثر حقوقی است زیرا در صورت فقدان شرط انتقال تعهدات، به فرض رجوع بانک مضمون له به منتقل‌إلیه و دریافت تمام طلب از وی، منتقل‌إلیه نیز حق خواهد داشت به نسبت سهام انتقال دهنده یا به نسبت تساوی (در صورت عدم احراز قصد مشترک) به وی رجوع کند و آنچه را که به بانک پرداخت کرده از انتقال دهنده مسترد کند. لیکن، در صورت وجود و صحت شرط انتقال تعهدات، انتقال گیرنده دیگر از چنین اختیاری برخوردار نیست و تعهدات انتقال دهنده به دوش وی خواهد بود.

اما در پاسخ به پرسش اصلی، که آیا شرط انتقال تعهدات؛ قبل از موافقت متعهد له، صحیح است یا خیر؟ و در صورت صحت، مستند قانونی و ماهیت آن چیست؟ چند مطلب به عنوان مقدمه باید گفت:

اولاً: «شخصیت و اعتبار مدیون در انجام تعهد و ادای دین غالباً از نظر متعهد له با اهمیت تلقی می‌شود و نظریه موضوعی یا مادی گرای سالی (حقوقدان آلمانی) که خواسته است تمام حقوق مالی را در حق عینی خلاصه کند و حقوق دینی را منکر شده است، به دلیل عدم توجه به نقش مدیون در تعهدات مورد انتقادات جدی و به حق واقع شده و مهجور افتاده است، به همین جهت، انتقال دین بدون رضایت داین مورد قبول نظام‌های حقوقی واقع نشده و قانون مدنی در بند ۲ ماده ۲۹۲ در باب تبدیل تعهد (که ماهیتاً ناظر به انتقال دین است) اعلام می‌کند (وقتی که شخص ثالث با رضایت متعهد له قبول کند که دین متعهد را ادا نماید) و عقد ضمان نیز که اثر آن انتقال دین اعلام شده است (کاتوزیان؛ ۱۳۷۶، ب، ۲۳۴ تا ۲۳۶) فی‌مابین ضامن و مضمون له به عنوان متعهد له منعقد می‌شود؛ لذا شرط انتقال تعهدات از متعهد به منتقل‌إلیه ثالث بدون جلب موافقت متعهد له قانوناً "امکان پذیر نیست».

ثانیا": اصل نسبی بودن اثر قراردادهای، که لازمه استقلال حقوقی اشخاص است، اقتضا می‌کند که قرارداد فقط نسبت به متعاملین و قائم مقام قانونی آن‌ها اثر داشته است و برای اشخاص ثالث حق یا تکلیفی ایجاد نکند. تنها استثنای قانونی، قسمت اخیر ماده ۱۹۶ قانون مدنی است که تعهد به نفع ثالث را پذیرفته است و در باب عقد صلح (ماده ۷۶۸) تکرار شده است؛ لذا تعهد یا شرط بر فعل ثالث را نمی‌توان مصداق دوم انحراف از اصل نسبی بودن قراردادهای دانست (کنعانی؛ ۱۳۸۸، ۳۰۶). سوم، ماده ۲۳۴ قانون مدنی در تعریف شرط فعل آورده است که (اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا شخص خارجی شرط شود). بدین ترتیب، با توجه به اینکه موضوع شرط فعل می‌تواند عمل مادی یا حقوقی اعم از مثبت یا منفی باشد و مشروط علیه می‌تواند طرف معامله یا شخص ثالث قرار گیرد؛ باید پذیرفت که قانون‌گذار با پیش‌بینی شرط فعل بر ثالث تردید در صحت آن را به جهت نامقدور بودن شرط دفع کرده و درجه احتمال معقول انجام شرط را برای درستی آن کافی دانسته است (کاتوزیان؛ ۱۳۷۶ الف، ۱۷۰)؛ معیاری که برخی فقها از آن به عنوان اطمینان عرفی یاد کرده‌اند.

لذا در دعوی موضوع بحث، شرط انتقال تعهدات، که متعاملین در قرارداد انتقال سهام، التزامی را برای بیگانه (بانک ب) شرط کرده‌اند و یکی از دو مشروط علیه، شخص ثالثی است که در انعقاد قرارداد دخالت نداشته است، از مصادیق شرط فعل حقوقی مثبت است که بر شخص خارجی شرط شده است و اعتبار و صحت آن به استناد ماده ۲۳۴ ق. م مسلم است.

از مجموع مقدمات فوق این نتیجه حاصل می‌شود که شرط انتقال از مصادیق شروط صحیح است و ماهیت آن شرط فعل بر ثالث است؛ لیکن این شرط نسبت به ثالث نفوذ حقوقی ندارد و هیچ تعهدی برای بانک ب به عنوان شخص ثالث ایجاد نمی‌کند.

برخی معتقدند (دموگ در «رساله تعهدات به طور کلی») که چنین شرطی نسبت به ثالث در حکم ایجابی است که باید مورد قبول واقع شود لذا اثر آن از زمان قبولی ثالث ظاهر می‌شود (به نقل از: ایزانلو؛ ۱۳۸۶، ۴) لیکن نظر قوی‌تر آن است که شرط نسبت به بیگانه فضولی است و با رضایت ثالث نسبت به شرط، اثر آن از زمان تحقق شرط جاری می‌گردد، زیرا نظریه معامله فضولی قاعده‌ای است که به نحو یکسان در عقود تکمیلی و عهدی اجرا می‌شود و نباید آن را منحصر به معامله فضولی نسبت به عین متعلق به غیر کرد (همان؛ ۵ / کاتوزیان، ۱۳۷۶ الف، ش ۵۶۴، ص. ۱۵۸).

مجدداً ذکر این نکته لازم است که غالباً در فعل بر ثالث، باید انجام عمل مشروط به وسیله ثالث مشروط علیه انجام شود و طرف قرارداد، فعل ثالث را تعهد یا تضمین می‌کند، لیکن در موضوع بحث ما (شرط انتقال تعهد)، به دلیل ماهیت مرکب عمل حقوقی مشروط (قرارداد انتقال تعهد)، انجام

بخشی از موضوع شرط به عهده طرف قرارداد و بخشی دیگر به ذمه ثالث قرار می‌گیرد و صرف تخلف طرف قرارداد از قبول انتقال تعهد و یا عدم رضایت ثالث به شرط می‌تواند مصداق تخلف از شرط فعل بوده، ضمانت اجرای قانونی را به دنبال داشته باشد

### مبحث سوم - حق فسخ ناشی از نامقدور بودن یا ممتنع شدن شرط:

یکی از شرایط صحت شرط، مقدور بودن آن است. قانون مدنی در بند اول ماده ۲۳۲، شرطی را که انجام آن مقدور نیست باطل دانسته، بدون آنکه مبطل عقد مشروط باشد. ماده ۲۴۰ قانون مدنی نیز مقرر داشته «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد».

مقصود از ممتنع بودن یا ممتنع شدن شرط، مقدور نبودن انجام شرط است که ممکن است از لحاظ مادی انجام شرط امکان پذیر نباشد یا از لحاظ قانونی نامقدور باشد. قانون گذار در شرط فعل، صرف تخلف مشروط علیه را موجب ایجاد حق فسخ برای مشروط له قرار نداده و هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت (م. ۲۳۹ ق. م). بنابراین توالی احکام مذکور در مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ قانون مدنی و سابقه فقهی امر (خیار تعذر شرط) نشان می‌دهد که ماده ۲۴۰ ناظر به عدم امکان اجرای شرط به دلیل امتناع مشروط علیه نیست و به ماهیت شرط یا عامل دیگری مانند منع قانونی یا عدم موافقت ثالث با شرط ارتباط دارد. لذا، در شرط فعل بر ثالث، که موضوع شرط انعقاد قراردادی باشد که یک طرف آن ثالث است، حتی اگر طرف قرارداد به عنوان یکی از دو مشروط علیه حاضر به انجام موضوع شرط باشد و به دلیل مخالفت ثالث اجرای شرط غیرممکن شود، برای مشروط له حق فسخ ایجاد می‌شود مگر اینکه مشروط له علم به ممتنع بودن شرط داشته یا ممتنع شدن انجام شرط مستند به فعل مشروط له باشد که در این صورت «خود کرده را تدبیر نیست» (قاعده اقدام).

در پرونده مورد بحث، شرط انتقال تعهدی که متعهد له آن ثالث بوده نا مقدور نبوده زیرا احتمال معقول وجود داشته که منتقل‌إلیه سهام به عنوان یکی از دو مشروط علیه، موافقت بانک ب را با انتقال تعهد جلب کند. اما هنوز این پرسش مطرح است که بطلان شرط انتقال تعهدات به دلیل ممتنع بودن شرط در زمان انعقاد قرارداد بوده یا به جهت ممتنع شدن شرط بعد از تحقق عقد مشروط؟

ممکن است گفته شود اگر شرط فعل بر ثالث را به منزله ایجابی تلقی

کنیم که مخاطب آن ثالث است و با قبول ثالث و رضایت با انتقال تعهد، شرط به نحو ناقل تحقق می‌یابد، مخالفت بانک ب با شرط انتقال تعهد، دلالت بر بطلان شرط از زمان انعقاد، به دلیل ممتنع بودن آن، دارد؛ زیرا رد ایجاب، آن را از ابتدا بی اعتبار می‌کند؛ و اگر فعل بر ثالث در حکم معامله فضولی باشد که با رضایت مشروط علیه به نحو کاشفیت از زمان تحقق شرط اثر گذار است و با مخالفت مشروط علیه معلوم شود که از ابتدا شرط اعتبار حقوقی نداشته است، عدم رضایت بانک ب با شرط انتقال تعهد، موجب ممتنع شدن شرط از زمان تحقق شرط شده است و شرط انتقال تعهد از مصادیق بند یک ماده ۲۳۲ ق.م. (شرط نامقدور) و باطل بوده است.

لیکن تحلیل فوق صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا در تمام مواردی که شرط فعل بر ثالث در عقد گنجانده می‌شود احتمال عدم رضایت مشروط علیه ثالث وجود دارد و قانون گذار، با عنایت به این احتمال، شرط فعل بر ثالث را از اقسام شروط صحیح شمرده است. لذا، حتی در فرضی که مشروط علیه ثالث با عدم رضایت خود، موجبات ممتنع شدن شرط فعل را ایجاد کرده، تا لحظه اعلام مخالفت ثالث، شرط فعل بر ثالث حیات حقوقی داشته است و قدر متیقن اینکه مشروط علیه طرف قرارداد تعهد به جلب رضایت ثالث داشته است. مضافاً اینکه در شرط فعل بر ثالث، حسب مورد و با توجه به قصد مشترک طرفین قرارداد، تعهد طرف قرارداد به جلب رضایت ثالث می‌تواند از نوع تعهد به وسیله و یا تعهد به نتیجه باشد که در قسم اول، صرف کوشش طرف قرارداد برای کسب رضایت مشروط علیه ثالث کفایت می‌کند و عدم توفیق در این راه نمی‌تواند منشأ حق فسخ قرارداد مشروط به وسیله مشروط له باشد؛ ولی در نوع دوم، یعنی تعهد به نتیجه است که عدم تحصیل رضایت ثالث به شرط، مشروط له جاهل را مختار در فسخ معامله اصلی خواهد کرد.

به نظر می‌رسد ممتنع بودن شرط فعل ناظر به جایی است که انجام کار مادی مشروط نوعاً از توان مشروط علیه ثالث خارج بوده یا به علت منع قانونی انجام آن ممکن نبوده یا موضوع شرط انجام عمل حقوقی غیر قانونی است که در حال اشتراط نیز ممتنع بوده است (الممنوع شرعاً کالممنوع عقلاً). لیکن ممتنع شدن فعل مشروط یا ناظر به عمل مادی است که در زمان اشتراط مقدور یا قانونی بوده و در زمان انجام شرط نامقدور یا ممنوع شده است یا عمل حقوقی است که علیرغم اباحه آن در زمان اشتراط، در زمان انجام شرط قانوناً ممنوع شده است.

در هر حال، شرط انتقال تعهدات از شروطی است که قانوناً ممکن بوده و با توجه به احتمال معقول جلب موافقت مشروط علیه ثالث در زمان اشتراط، مقدور به نظر آمده است و از زمانی که طرف قرارداد (منتقل‌إلیه سهام) از انجام شروط مقرر شده به وسیله بانک ب امتناع کرده است و عدم رضایت بانک ب با شرط انتقال تعهد محرز شده است، تحقق شرط ممتنع شده و از این لحظه به بعد، مشروط له (انتقال دهنده سهام) مختار



در فسخ معامله شده است.

### ارزیابی نهایی:

۱- شرط الحاقی، تا حدی که با قرارداد سابق ارتباط داشته باشد و قصد مشترک بین آن دو پیوند و علاقه ای مانند فرع واصل برقرار کرده باشد، صحیح است؛ همان گونه که خلاقیت می تواند شرط تبانی را، که در قرارداد صریحا یا ضمنا نیامده، به قرارداد لاحق پیوند بزند و قانونگذار بر اعتبار آن صحه گذارده است.

۲- قانون گذار شرط فعل بر ثالث را تجویز کرده است؛ لیکن چون شرط نامقدور باطل است پس باید اطمینان عرفی بر انجام شرط توسط ثالث وجود داشته باشد تا مقدور تلقی شود. در هر حال، طرف قرارداد متعهد است که رضایت ثالث را برای قبول شرط جلب کند و عدم توفیق وی در این امر، تخلف از شرط محسوب می شود.

۳- در صورتی که معلوم شود انجام شرط توسط ثالث در زمان انعقاد عقد اصلی از لحاظ مادی یا قانونی نامقدور بوده و یا بعد از تحقق عقد اصلی، از جمله به دلیل امتناع ثالث از قبول و اجرای شرط، انجام شرط ممتنع شود، مشروط له از باب تعذر شرط فعل و به استناد ماده ۲۴۰ قانون مدنی حق فسخ عقد اصلی را دارد مگر ثابت شود که ممتنع شدن شرط مستند به فعل مشروط له بوده است.

۴- شرط انتقال تعهدات یکی از طرفین قرارداد، که در مقابل ثالث (متعهد له) پذیرفته است، به طرف مقابل، بدون جلب رضایت متعهد له (ثالث)، از مصادیق شرط فعل بر ثالث محسوب می شود که در صورت عدم توفیق طرف قرارداد (متعهد قرارداد مشروط) به جلب رضایت ثالث برای انتقال تعهد، به جهت ممتنع شدن شرط فعل و تعذر آن، مشروط له حق فسخ قرارداد مشروط را خواهد داشت.

### منابع:

- ۱- ایزانلو، دکتر محسن؛ تعهد به فعل ثالث، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۷، شماره یک، بهار ۱۳۸۶.
- ۲- بجنوردی، محمد حسن؛ القواعد فقیه، ۷ مجلد، انتشارات دلیل ما، چاپ سوم، ج. ۳، ۱۳۸۶.

- ۳- شهیدی، دکتر مهدی؛ شروط ضمن عقد، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- ۴- علامه، سید مهدی؛ شروط باطل و تأثیر آن در عقود، نشر میزان، تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- ۵- کاتوزیان، دکتر ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ۵ مجلد، تهران، نشر انتشار، چاپ دوم، ج. ۳، ۱۳۷۶(الف).
- ۶- کاتوزیان، دکتر ناصر؛ عقود معین، ۴ مجلد، تهران، نشر انتشار، چاپ دوم، ج. ۴، ۱۳۷۶(ب).
- ۷- کنعانی، محمد طاهر؛ تعهد به فعل ثالث، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۸.
- ۸- محقق داماد، دکتر سید مصطفی؛ قواعد فقه، بخش مدنی ۲، تهران، نشر سمت، چاپ اول، ۱۳۷۴.
- ۹- میر فتاح؛ عناوین، ترجمه: دکتر عباس زراعت، انتشارات جنگل جاودانه، چاپ دوم، ج. ۲، بی تا.

