

## ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۸/۱۰/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۹/۰۳/۱۲)

### فوزیه شریفیان ا

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی بوشهر

### مدینه جمالی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی بوشهر

### چکیده

ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از امور اختلافی در میان فقها و به دنبال آن حقوق دانان است، زیرا قانونگذار در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی، ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل مثبت و منفی را بیان کرده که ظاهر آن، حکایت از عدم تفاوت ضمانت اجرای آن دو را دارد. در این مقاله سعی شده که به این سوالات پاسخ داده شود که آیا ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی همان ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل می باشد؟ آیا قانونگذار در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی این موضوع را شرح داده یا باید در پی ضمانت اجرای دیگری بود، در واقع پرسش اصلی این است که اثر حقوقی مخالف، با چنین شرطی از نظر فقهی و حقوقی چیست؟ دو نظر در باره وضعیت عمل حقوقی مخالف شرط ترک فعل حقوقی وجود دارد که در این مقاله بررسی می شوند. نظر اول: (صحت فعل حقوقی مذکور همراه با حق فسخ برای مشروط له) نظر دوم: (بطلان فعل حقوقی مخالف شرط ترک فعل حقوقی)

**واژگان کلیدی:** شرط فعل، شرط ترک فعل، ضمانت اجرا، صحت، بطلان

<sup>۱</sup> نویسنده مسئول



## مقدمه

شروط ضمن عقد را می توان به شروط باطل و صحیح تقسیم کرد. شروط باطل به دو قسم شروط باطل که مبطل عقد هستند و شروط باطلی که مفسد عقد نیست، تقسیم می شوند.

شروط صحیح نیز بر سه قسم است. ۱- شرط صفت ۲- شرط فعل ۳- شرط نتیجه

یکی از اقسام شروط صحیح، شرط فعل منفی می باشد که قانونگذار در مواد ۲۳۴ و ۲۳۷ قانون مدنی آن را به رسمیت شناخته و در هر دو ماده از آن تحت عنوان «شرط فعل نفیاً» یاد کرده، به رغم موارد فوق، دو مطلب در قانون مسکوت مانده است.

مطلب اول؛ انواع شرط فعل منفی می باشد که می توان آن را به شرط فعل حقوقی و شرط فعل مادی تقسیم کرد. البته در برخی از مواد قانون مدنی مانند مواد ۴۵۴ و ۴۵۷ و ۶۷۹ عباراتی مانند شرط عدم تصرفات ناقله، شرط عدم اجاره عین مستاجر و شرط عدم عزل وکیل به کار رفته است.

مطلب دوم؛ ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی است. که قانونگذار به صراحت در این خصوص سخن نگفته است، به همین دلیل این تردید ایجاد شده که ضمانت اجرای مذکور در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی شامل ترک فعل حقوقی نیز می باشد یا اختصاص به شرط فعل اعم از مادی و حقوقی دارد.

بنابراین سوال اصلی در این مقاله این است:

الف) ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی چیست؟

ب) مشروط له در قبال تخلف مشروط علیه از چه حقوقی برخوردار است؟

در این مقاله موضوعات فوق از جهت مبانی فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار می گیرد.

## بخش اول: ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی به ترتیب

### بند اول: نظر مشهور فقهای امامیه

مطابق نظر مشهور فقهای امامیه که چنین شروطی را باطل دانسته اند، بحث ضمانت اجرای این شروط سالب به انتفاع موضوع می باشد. اکثر فقهایی که شرط مزبور را صحیح دانسته اند به بحث از ضمانت اجرای تخلف از آن نیز نپرداخته اند ولی برخی از فقهای امامیه از وضعیت معامله و عقدی که بر خلاف شرط انجام گرفته سخن گفته اند به طور کلی دو دیدگاه در میان فقهای امامیه مطرح شده است.

یک): بطلان عمل حقوقی مخالف با شرط ترک فعل حقوقی

دو): صحت عمل مزبور است.

حال به بررسی هر کدام از این دو مورد می پردازیم:

بطلان عمل حقوقی مخالف با شرط ترک فعل حقوقی: فقها در مباحث فقهی متعددی همچون؛ شرط عدم اعمال خیارمجلس، شرط عدم اجاره عین مستاجر، شرط عدم نکاح مجدد و.... وضعیت حقوقی فعل مخالف شرط ترک فعل حقوقی را بعضاً بطلان دانسته اند:

الف): شرط عدم اعمال خیار مجلس

شیخ انصاری<sup>۱</sup> و برخی از فقهای معاصر<sup>۲</sup> در نحوه اشتراط شرط خیار مجلس، عمل فسخ مشروط علیه بعد از شرط عدم اعمال خیار مجلس را لغو و بی اثر اعلام می کنند. زمانی که شخص ضمن عقد بیع، از طریق شرط متعهد میشود که خیار مجلس را اعمال نکند، چنانچه تخلف کرده و اقدام به فسخ کند از آنجا که شرط عدم فسخ بنا بر ادله ی وجوب وفا برای

<sup>۱</sup> المکاسب، ج ۵، ص ۵۶ و ۵۷

<sup>۲</sup> سید محمد روحانی، المرتقی الفقه الارقی، ج ۵، ص ۲۶۸ و ۲۶۹





مشروط له ایجاد حق می کند، مشروط له می تواند مشروط علیه را بر انجام آن اجبار کند. بدیهی است که این مطلب دلالت بر ثبوت حق برای مشروط له می کند؛ زیرا تا او دارای حقی نباشد، نمی تواند آنرا مطالبه کند<sup>۱</sup>. بعد از اثبات وجود حق برای مشروط له باید دید آیا این حق، مانع از تصرف در متعلقش است یا خیر؟ حقوق در این مقام دو دسته است:

یک- حقوقی که استیفای آنها مستلزم منع از تصرف در آنها نیست یعنی مانع از بهره برداری صاحب آن نمی شود مثل حق جنایت.

دو- حقوقی که استیفای آنها مستلزم منع از تصرف در آنهاست مثل حق رهن که مرتهن امکان بهره برداری دین خود را از عین مرهونه را مادامی که عین در ملک بدهکار باقی است، دارد لذا اگر بدهکار آنرا به دیگری منتقل کند، بهره برداری حق مرتهن از آن عین از بین می رود، پس برای حفظ حق او، نباید انتقال آن بدون اجازه مرتهن نافذ باشد حق متعلق به عدم فسخ نیز از این قبیل است؛ چون به واسطه ی فسخ دیگر مجالی برای استیفای حق باقی نمی ماند چون موجب انحلال عقد و عدم بقای موضوع است، در نتیجه موجب از بین رفتن حق مشروط له می شود، لذا نباید نافذ شناخته شود، به عبارت دیگر<sup>۲</sup>، چون پذیرش نفوذ تصرفات منافی در متعلق حق به معنای انکار تحقق آن حق است و این امر از نظر عقلی قابل پذیرش نیست؛ زیرا غرض از ثبوت حق برای هر شخصی امکان استیفای او از آن حق است و این غرض با پذیرش نفوذ تصرفات منافی با آن به هیچ عنوان سازگار نمی باشد؛ چون فرض وجود حق و امکان بهره برداری از آن، با فرض نفوذ عملی در متعلق همان حق که مساوی با زوال آن است، با هم قابل جمع نمی باشد.<sup>۳</sup>

ب): شرط عدم اجاره عین مستاجر:

<sup>۱</sup> سعادت مصطفوی، ص ۱۷۵ و ۱۷۶

<sup>۲</sup> سید محمد روحانی، العروه الوثقی، ج ۱، ص ۱۳۱

<sup>۳</sup> سعادت مصطفوی، همان، ص ۱۷۹

در این زمینه محقق یزدی فرع فقهی مستقلی را در عروه مطرح می کند و می فرماید: اگر در قرارداد اجاره ای بر مستاجر شرط شود که او عین مستاجر را به دیگری اجاره ندهد در صورت تخلف از این شرط دو احتمال وجود دارد یکی اینکه اجاره دوم که مخالف مفاد شرط واقع شده است باطل باشد و دیگری اینکه اجاره دوم صحیح و مشروط له به سبب تخلفی که انجام گرفته حق فسخ اجاره اول را داشته باشد. ابتدا نظر کسانیکه ضمانت اجرای تخلف از این شرط را حق فسخ اجاره اول می دانند بیان کرده و سپس به ارزیابی آن می پردازیم. یکی از مقالات محققان<sup>۱</sup>، تحلیل محقق اصفهانی در این زمینه می باشد، که دلیل را بر عدم نفوذ و صحت اجاره دوم مطرح می کند، از میان این ادله چهار دلیل را بر عدم نفوذ و صحت اجاره دوم مطرح می کند. از میان این ادله به چهارمین دلیل که مهمترین و مفصل ترین آنهاست می پردازیم. ایشان مبنای این نظریه بطلان را عدم تاثیر تصرف منافی با حق ایجاد شده برای مشروط له معرفی می نماید، سپس در تحلیل این نظریه دو مرحله بحث را مطرح می کند:

یک): اشتراط در ضمن عقد موجب پیدایش حق برای مشروط له می شود (صغری)

دو): تمامی تصرفات منافی با آن حق باطل می باشد. (کبری)

در نهایت صغری آن را می پذیرد و کبری آن را رد می کند.

ایشان برخلاف نظر خود در حاشیه مکاسب به وجود برای مشروط له اذعان می نماید و می فرماید؛ آثاری همچون انتقال به ارث و یا جواز اسقاط و یا لزوم مطالبه در اجرا، همگی دلیل بر وجود حق می باشد، زیرا حکم شرعی نه قابل اسقاط است و نه قابل ارث و نه اجرای آن محتاج به مطالبه دیگری است. بعد از پذیرش و اثبات حدوث حق برای مشروط له، به مرحله دوم می پردازد یعنی تحلیل این موضوع که آیا تصرف منافی با حق باطل است؟

در این مرحله حقوق را به دو قسم تقسیم می کند:

<sup>۱</sup> اصفهانی، ۱۴۰۹ ق، ص ۱۱۸ - ۱۱۵



الف): حقوق متعلق به عین مثل حق شفعه و حق رهانه و حق الجنایه، این قسم از حقوق خود به دو نوع تقسیم می شوند.

یک: حقوقی که وجود خود را در هر حالت و وضعیتی که عین داشته باشد حفظ می کند. مثل؛ حق شفعه که اگر حصه شریک به صدها نفر هم منتقل شود حق صاحب شفعه محفوظ می ماند.

دو: حقوقی که با فرض نفوذ تصرف در متعلقشان از بین می روند و بقای آنها در هر حالت و تغییری که در عین پیدا شود ممکن نیست. مثل؛ حق رهانه که حبس عین بر دین با صحت تصرفات و خروج آن از ملک مدیون سازگار نمی باشد و یا حق غرما که متعلق به مال مفلس است با خروج مال از ملک مفلس قابل جمع نمی باشد، این حالت باید هر متصرف منافی با حق را باطل و غیر نافذ شناخت.

ب): حقوق متعلق به فعل و یا ترک فعل مثل؛ ترک فسخ و ترک اجاره این قسم از حقوق هم بر دو نوع می باشند.

یک: حقوقی که در آن نسبت تصرف در متعلق آنها نسبت یک ضد به ضد دیگر می باشد مثل؛ بیع نسبت به هبه مشروط

دو: حقوقی که در آن نسبت تصرف در متعلق حق نسبت شی به نقیضش می باشد. مثل؛ اجاره دادن نسبت به ترک آن در حالت اخیر که موضوع بحث ما از مصادیق آن محسوب می شود، ایشان معتقدند حق مزبور نمی تواند مانع نفوذ تصرف منافی با آن بشود، زیرا مخالفت با شرط به مجرد انشاء اجاره تحقق می باید و به تبع آن حق ساقط می شود پس مانعی از تاثیر انشاء اجاره وجود ندارد، به بیان دیگر از آنجا که قدرت در متعلق شرط از عوامل صحت شرط است، پس باید اجاره ندادن، ممکن باشد و از آنجا که عملی، ممکن محسوب می شود که انجام و ترک آن هر دو مقدور باشد پس باید انجام مشروط به ترک اجاره میسر باشد و فرض

قدرت بر انجام اجاره که شرط ترک آن شده مساوی با فرض تحقق و نفوذ آن است پس ممانعت حق مذکور از وجود انشایی آن ممکن نیست در نتیجه اجاره دوم محقق می شود و مشروط له فقط حق فسخ اجاره را پیدا می کند.

## بند دوم: نقد و بررسی موضوع

وقتی حقی برای کسی ثابت می شود مهمترین هدف در آن، توان بهره برداری صاحب حق از آن است. بطوری که نباید عمل هیچ کس مانع از بهره برداری او بشود و هر عمل و فعلی که در متعلق حق مانع از آن گردد نباید نافذ محسوب شود. چون پذیرش نفوذ تصرفات منافی در متعلق حق به معنای انکار تحقق آن حق است و این امر از نظر عقلی قابل پذیرش نیست. چون غرض از ثبوت حق برای هر شخصی امکان استیفای از آن حق است و این غرض با پذیرش نفوذ تصرفات منافی با آن به هیچ عنوان سازگار نمی باشد چون فرض وجود حق و امکان بهره برداری از آن با فرض نفوذ عملی در متعلق همان حق که مساوی با زوال آن است با هم قابل جمع نمی باشند. پس برای رفع این تناقض هر عملی در متعلق حق که مانع استیفای صاحب حق از حقیش میشود باید غیر نافذ شناخته شود حال می خواهد متعلق حق، عین باشد مثل حق رهانه و یا فعل یا ترک فعل مثل ترک اجاره و بنابر همین قاعده اگر تصرفات در متعلق حق منافی با بهره برداری از حق نباشد آن تصرفات نافذ محسوب میشود مثل حق الشفعه. این مطلب ضابطه ای منطقی و گویا در عدم نفوذ تصرفات حقوقی در متعلق محسوب میگردد. با این بیان بعد از ثبوت حق دیگر نباید در متعلق حق تفصیلی قائل شد بلکه آنچه را که می بایست به عنوان معیار در عدم نفوذ تصرفات منافی در نظر گرفت. ممانعت تصرفات مذکور از بهره برداری از آن حق است.

## بخش دوم: شرط عدم نکاح

شرط ترک فعل حقوقی با عنوان عدم تزویج مجدد در ضمن عقد نکاح نیز مبتلا به است و بسیاری از فقها نیز این شرط را صحیح دانسته اند و عمل به آن را لازم و واجب عنوان کرده



اند<sup>۱</sup>. اما هیچ یک از فقه‌های که کتاب آنها مورد بررسی قرار گرفت قایل به حق فسخ برای مشروط له در نکاح نشده اند بلکه بعضاً ازدواج دوم را نیز صحیح دانسته‌اند. برای نمونه در فتوایی آمده است. جایز است که زوجه بر زوج در عقد نکاح یا غیر آن عدم ازدواج مجدد را شرط نماید و زوج نیز ملزم به عمل بنابر شرط است. اما اگر زوج برخلاف شرط مذکور ازدواج نماید عقد ازدواج او صحیح خواهد بود<sup>۲</sup>. بنابر برخی از فقها نباید حکم نکاح را با حکم دیگر عقود در این ضمانت اجرا یکی دانست. زیرا از نظر فقهی عوامل انحلال نکاح مشخص و محدود به طلاق یا فسخ یا انقضای مدت یا بذل و امثال آن است. قانون مدنی نیز به پیروی از فقه، عوامل انحلال نکاح را دقیقاً مشخص کرده و چنین خیار را برای یکی از طرفین قرار نداده است<sup>۳</sup>.

### بند اول: بررسی دیدگاه قانونگذار

قاعده عمومی است که قانونگذار در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی در مقام بیان قواعد عمومی حاکم بر قراردادها بدون تفکیک بین شرط فعل حقوقی و شرط ترک فعل حقوقی، به ترتیب سه ضمانت اجرا برای آنها مقرر کرده است:

یک): الزام مشروط علیه به انجام شرط.

دو): انجام شرط با هزینه مشروط علیه به وسیله شخص ثالث.

سه): حق فسخ برای مشروط له

یک): الزام مشروط علیه به انجام شرط: قانونگذار به وضوح در ماده ۲۳۷ قانون مدنی، این ضمانت اجرا را تصریح کرده و اشعار داشته به صرف تخلف مشروط علیه از انجام شرط، حق

<sup>۱</sup> وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۳۱۸؛ سیستمی منهاج الصالحین؛ ج ۳، ص ۱۰۲

<sup>۲</sup> وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۳۱۸

<sup>۳</sup> محقق داماد، تحلیلی درباره شرط ضمن عقد نکاح، صدر، منهج الصالحین، ج ۲، ص ۲۶۶



فسخ برای مشروط له ایجاد نمی شود بلکه ابتدا باید الزام مشروط علیه به انجام شرط را از خواستار شویم که البته می توان گفت به نوعی قانونگذار در این قسمت ماده قانونی مارالذکر از دیدگاه مشهور فقها امامیه پیروی کرده است.

دو): انجام شرط با هزینه مشروط علیه به وسیله شخص ثالث: قانونگذار در ماده قانونی مرقوم اشعار داشته؛ اگر مشروط علیه از الزام به انجام شرط تمکین نکند، ضمانت اجرای دوم؛ بر او بار می گردد؛ مگر اینکه فعل مشروط قائم به شخص باشد، بطوری که دیگری غیر از مشروط علیه نتواند آن را انجام دهد و یا انجام آن توسط شخص ثالث مقدور نباشد.

سه): حق فسخ برای مشروط له: قانونگذار در ماده ۲۳۹ قانون مدنی اشعار داشته، در صورتی که الزام مشروط علیه برای انجام شرط ممکن نبود و یا فعل مشروط قائم به شخص باشد، بطوری که دیگری غیر از مشروط علیه نتواند آن را انجام دهد و یا انجام آن توسط شخص ثالث مقدور نباشد، ضمانت اجرای سوم را مقرر نموده و مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت. البته قانونگذار در برخی مواد استثنایی ابتداً ضمانت اجرای سوم یعنی حق فسخ برای مشروط له را مقرر کرده: بطور مثال قانونگذار در ماده ۴۶۹ قانون مدنی ضمانت اجرای تخلف از شروط مندرج در اجاره را ایجاد حق فسخ برای مشروط له قلمداد نموده و اشعار داشته؛ عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستاجر از تاریخ تلف باطل می شود (منظور از باطل اینجا منفسخ است) و نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستاجر مقرر است خیاز فسخ از تاریخ تخلف ثابت می گردد. بنابراین قانونگذار در ماده قانونی صدالذکر ضمانت اجرای تخلف از شرط را حق فسخ دانسته، بدون آنکه مشروط له نیازی به درخواست الزام مشروط علیه داشته باشد، نکته قابل توجه در این ماده این است که کلمه «شرط» اطلاق دارد و شامل شرط فعل مثبت یا شرط فعل منفی حقوقی و مادی و حتی شرط صفت و نتیجه می شود.

ماده (۴۷۴): برا اساس این ماده مستاجر میتواند عین مستاجر را به دیگری اجاره دهد مگر اینکه در عقد اجاره خلاف ان شرط شده باشد ولی قانون مدنی ضمانت اجرای آنرا بیان نکرده





است، به گفته یکی از حقوقدانان<sup>۱</sup> ماده ۴۷۴ بر بطلان عمل حقوقی که شرط ترک آن شده است، دلالت دارد.

ماده ۷۹۳ قانون مدنی): راهن از تصرفات منافی با حق مرتهن ممنوع شده است، ولی ضمانت اجرای آن را بیان نکرده است، اما هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰، معاملات راهن را غیر نافذ دانسته است؛ مطابق مواد قانون مدنی گرچه رهن موجب خروج عین مرهونه از مالکیت راهن نمی شود لکن برای مرتهن نسبت به مال مرهونه حق عینی و حق تقدم ایجاد می نماید که میتواند از محل فروش مال مرهونه طلب خود را استیفا کند و معاملات مالک نسبت به مال مرهونه در صورتی که منافی حق مرتهن باشد نافذ نخواهد بود؛ اعم از اینکه معامله ی راهن بالفعل منافی حق مرتهن باشد یا بالقوه (ماده ۴۵۴ قانون مدنی): هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی شود، مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است.

ماده ۵۰۰ قانون مدنی): در بیع شرط مشتری میتواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد، اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار باشد، به وسیله جعل خیار یا نحو آن، حق بایع را محفوظ دارد، و الا اجاره تا حدی که منافی با حق بایع باشد، باطل خواهد بود، جای بحث دارد که مبانی بطلان در مواد ۴۵۴ و ۵۰۰ قانون مدنی چیست؟ سه احتمال وجود دارد:

یک): بطلان اجاره به دلیل مخالفت آن با نهی قانونگذار است، این احتمال قابل اعتنا نیست چون نهی قانون گذار در همه ی موارد باعث بطلان نیست و به علاوه در بحث ما حکم روشنی مانند آنچه در ماده ۴۶۰ دیده میشود، وجود ندارد تا حکم بطلان به نهی قانونگذار استناد شود: در بیع شرط مشتری نمیتواند در مبیع تصرفی کند که منافی با خیار باشد، از قبیل نقل و انتقال و....

<sup>۱</sup> ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم کنونی، ۱۳۸۳، ص ۳۴۹

دو): حکم بطلان ممکن است تنافی اجاره با حق مشروط له استناد داده شود. (تعبیر و الا اجاره تا حدی که منافی با حق بایع باشد باطل است) در ماده ۵۰۰ تا حدودی همین نکته را بیان میکند.

سه): توجیه دیگر این است که اگر اجاره قبل از تمام شدن موعد اجاره فسخ شود در دیگر عقود غیر از اجاره اثر فسخ و انفساخ به ما قبل سرایت نمیکند بلکه اثر آن از زمان فسخ یا انفساخ از بین می‌رود ولی نسبت به ما قبل صحیح است. در عقد اجاره نیز طبق نظری که به مشهور نسبت داده شده است، همین وضعیت حاکم است: اجاره نسبت به بعد از فسخ از میان می‌رود اما برخی از فقها با انکار نظر مشهور گفته‌اند: با پیدایش یکی از اسباب فسخ عقد در اثنای اجاره عقد نه تنها نسبت به زمان بعد از فسخ بلکه نسبت به زمان پیش از فسخ نیز از میان می‌رود یعنی عقد از ابتدا باطل میشود با توجه به این مطالب به نظر میرسد که قانون مدنی در مواد ۴۵۴ و ۵۰۰ از نظر اخیر پیروی کرده است. با فسخ عقد بیع توسط بایع ملکیت مشتری و عین حال مؤجر نسبت به منافع مبیع و در عین حال عین مورد اجاره از میان می‌رود و معلوم میشود که مستأجر مالک منفعت مورد اجاره نسبت به همه‌ی زمان اجاره نبوده، بلکه فقط مالک منفعت آن نسبت به زمان پیش از فسخ بوده و بنابر نظر اخیر عقد اجاره قابل تبعض نیست و اجاره نسبت به همین مدت از میان می‌رود. به طور خلاصه از این دو ماده نمی‌توان حکمی کلی درباره بطلان تصرف منافی با شرط استفاده کرد، چون این موارد از باب تمثیل بوده بیانگر هیچ خصوصیت ممتازی نیست.

### بند دوم: تحلیل حقوقی (صحت یا عدم صحت شرط ترک فعل حقوقی)

یکی از مباحث مهم در حقوق امروزه بحث اسقاط حقوق مدنی است این موضوع در قانون مدنی در م ۹۵۹ بیان شده است (هیچکس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند) یکی از مسائل این مبحث که مورد نقد و بررسی حقوقدانان واقع شده مسئله شرط ترک فعل حقوقی است زیرا این شرط از مصادیق





سلب حق محسوب می‌شود، لذا قبل از هر بحثی پیرامون این شرط باید دید آیا این شرط از نظر حقوقی اعتبار دارد؟ چون اگر این شرط از نظر حقوقی باطل باشد، بحث از ضمانت اجرای تخلف از این شرط بی‌معنا می‌شود، از مصادیق بارز این نوع شروط، شرط عدم عزل وکیل است، در رابطه با این شرط دو نظر متفاوت بین حقوقدانان وجود دارد که گروهی معتقدند این شرط بنابر ماده ۹۵۹ از درجه‌ی اعتبار ساقط است و گروه دیگر معتقدند این شرط از موارد سلب حق غیر معتبر در قانون مدنی نمی‌باشد.

گروه اول؛ در رابطه با مواد ۶۷۹ و ۹۵۹ قانون مدنی می‌گویند؛ ماده ۹۵۹ ناسخ ماده ۶۷۹ می‌باشد<sup>۱</sup>، با این بیان که که شرط مندرج در ماده ۶۷۹ قانده خاص است و در جلد اول قانون مدنی منعکس شده و ماده ۹۵۹ قانده ای عام است که مدتها بعد، در جلد دوم قانون مدنی آمده است و چون بنابر قواعد جدید تفسیر، اگر قانون عام مؤخر بر قانون خاص بیاید بر حسب مصالحی که موجب تدوین قانون عام بوده، این قانون ناسخ قانون خاص است و در این مورد گذشته از دلالت اوضاع و احوال بر نسخ، با التفات به اینکه ماده ۹۵۹ از اصول اولیه قوانین مدنی است و اصول اولیه قانون مدنی بر سایر مواد آن حاکم است ماده ۶۷۹ در قسمتی که با ماده ۹۵۹ مابینت دارد و به وسیله ماده اخیر فسخ می‌شود در مقابل این نظر، بعضی از حقوقدانان<sup>۲</sup> بیان داشته‌اند؛ این ادعا را رویه قضایی و عرف حقوقدانان ما به طور قاطع مردود دانسته‌اند زیرا گذشته از اینکه عام جدید را بدون یاری قرائن نمیتوان ناسخ خاص قدیم قرار داد، پیش‌بینی إسقاط حق در قوانین جدیدتر قرینه بارزی بر عدم نسخ است بنابراین منطوق ماده ۹۵۹ ناظر به سلب حق به طور کلی است (مثل اینکه بایع در ضمن عقد بیع شرط نماید که مشتری حق خرید ملک مزروعی از هیچ کس ندارد) لذا از مفهوم مخالف این ماده چنین بر می‌آید که سلب حق مدنی به طور جزئی منافاتی با سلب حق در ماده ۹۵۹ ندارد. پس شرط

<sup>۱</sup> امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۵۹

<sup>۲</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۲۰۳ و دکتر امامی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۱۵۸

ترك فعل حقوقی باعث ممنوعیت اسقاط حقوق مدنی منافاتی ندارد لذا این شرط صحیح است و تخلف از آن دارای اثر حقوقی می باشد

### بند سوم: دیدگاه حقوقدانان

در مورد ضمانت اجرای تخلف از شرط ترك فعل حقوقی، حقوقدانان چهار دیدگاه را مطرح کرده اند:

یک): برخی از حقوقدانان<sup>۱</sup> بدون تفکیک بین شرط فعل مثبت و منفی، ضمانت اجرای هر دو را همان حکم مقرر در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ دانسته اند یعنی اگر فعل قائم به شخص مشروط علیه نباشد ابتدا الزام میشود و در صورت عدم تمکین فعل مزبور به وسیله ی شخصی دیگر با هزینه مشروط علیه انجام میگردد و مشروط له حق فسخ ندارد، ولی اگر قائم به شخص باشد ابتدا مشروط علیه الزام میشود و در صورت عدم تمکین، مشروط له حق فسخ عقد مشروط را خواهد داشت. انتقادی که وارد شده است این است که وضعیت حقوقی عمل حقوقی که در اثر تخلف از شرط واقع شده است، مشخص نکرده است؛ مانند اینکه اگر شرط شده بود که خریدار مبیع را به دیگری نفروشد ولی بفروشد این معامله چه وضعیتی دارد؟

۱۹۵



دو): برخی از حقوقدانان ضمانت اجرای تخلف از شرط ترك فعل را ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل تفکیک کرده و بیان کرده اند که هر گاه شرط فعل منفی، انجام ندادن یک عمل حقوقی مانند نفروختن زمین یا اجاره ندادن ساختمان باشد تخلف مشروط علیه را موجب ایجاد حق فسخ برای مشروط علیه دانسته اند

سه): حقوقدانان دیگری مانند برخی از فقهای امامیه معتقد است که عمل حقوقی که بر خلاف شرط انجام گرفته باطل و فاقد هر گونه اثر است زیرا لزوم وفای به شرط مستلزم آن است که مشروط علیه مجبور به انجام دادن آن بوده و قدرت بر ترك نداشته باشد، حقوقدانان

<sup>۱</sup> امامی، ۱۳۶۸: ۲۸۹/۱؛ جعفر لنگرودی، ۱۳۷۲: ۳۰۵/۱

مزبور بطلان اجاره و رهن در ماده ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.مدنی را نیز مبتنی بر این دیدگاه دانسته و حکم مزبور را قابل تسری به سایر تصرفات ناقله و مقیده تلقی نموده است.

چهارم): یکی از حقوقدانان برجسته کشور، ضمانت اجرای تخلف از شرط عدم انتقال را بطلان نمی داند؛ زیرا فرض این است که مالک، حق عینی متعلق به خود را انتقال داده است و التزام شخصی مالک نمیتواند به معامله ی خریدار ملک (ثالث) صدمه بزند، تخلف از تعهد هایی که مالک کرده است به طرف قرارداد (مشروط له) حق میدهد که به استناد خیار تخلف از شرط، پیمان خود را با عهد شکن فسخ کند و فسخ قرار داد مانع از مطالبه خسارت ناشی از عهد شکنی نیست. یکی وسیله ی جبران خسارت وارد شده و دیگری (فسخ) وسیله ی احتراز از آن است. از بیان حقوق دانان مزبور استفاده میشود که ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی در رابطه با عقود و ایقاعات یکسان بوده و در هر دو مورد فقط برای مشروط له حق فسخ ایجاد میشود و عمل حقوقی که خلاف شرط انجام شده صحیح است چنانچه که ایشان در شرط عدم عزل و کیل ضمن عقد لازم مینویسد. در این صورت حق عزل از بین نمیرود و هرگاه برخلاف شرط ان ان را بکاربرد عزل نفوذ خود را دارد و وکالت را منحل می سازد ولی کسی که شرط عدم عزل به سود او شده است میتواند عقد لازم را فسخ کند. به اضافه موکل ناچار است که خسارت ناشی از این پیمان شکنی را جبران کند.

### بند چهارم: بررسی و تحلیل رویه قضایی

رای اصراری ۱۳۴۸/۱۱/۱ - ۱۹۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در معامله ای شرط می شود که که خریدار تا مدتی (زمان رشد کودک) حق انتقال مبیع را از قطعی و شرطی به دیگران ندارد ولی خریدار بر خلاف شرط انرا دیگران انتقال داده و در نتیجه فروشنده به استناد تخلف از شرط عدم انتقال دعوایی مبتنی بر ابطال انتقال در دادگاه مطرح می نماید. صرف نظر از اختلافی که بین دادگا های بدوی و شعبه ی دیوان عالی کشور در توصیف شرط مندرج در قرارداد به شرط نتیجه و شرط فعل وجود داشته است. داداستان کل کشور و هیئت عمومی



دیوان عالی کشور به رغم اینکه شرط مزبور را شرط فعل منفی حقوقی توصیف کرده اند. ضمانت اجراهای متفاوتی برای آن مطرح نموده اند. داداستان کل کشور معامله ای را که در اثر تخلف از شرط انجام گرفته، باطل، و الزام مندرج در ماده ۲۳۷ ق.م را جزء اعلام بطلان معامله از طرف دادگاه ندانسته است، در حالیکه هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی فوق معامله انجام گرفته را صحیح و نافذ تلقی و طرق جبران خسارت را به نحوی که در قانون مدنی ذکر گردیده مقرر داشته است. از مقایسه دو دیدگاه رأی فوق معلوم میشود که ضمانت اجرای در نظر گرفته شده از سوی دیوان نسبت به ضمانت اجرای در نظر گرفته شده توسط دادستان کل کشور با قوانین مربوطه سازگار تر است.

### نتیجه گیری

ضمانت اجرای مقرر در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی نمی تواند در مورد شرط ترک فعل حقوقی جریان داشته باشد بلکه باید ضمانت اجرای مقرر در مواد فوق را به شرط فعل مثبت اعم از مادی و حقوقی و همچنین شرط فعل منفی مادی اختصاص داد. دیدگاه های متعددی در میان فقه های امامیه و حقوقدانان مطرح شده است که خالی از اشکال نیست و فعل حقوقی (عقد یا ایقاع) که بر خلاف شرط انجام گرفته صحیح است ولی مشروط له می تواند در قبال تخلف از شرط دو اقدام انجام دهد. می تواند عقدی را که شرط در ضمن آن درج گردیده فسخ نماید و ثانیاً در صورتیکه از تخلف مشروط علیه خسارتی به او وارد شده باشد در خواست جبران نماید، البته در برخی موارد مانند ازدواج و.... باید از این قاعده عمومی عدول کرد، چنانچه قانونگذار نیز در برخی موارد عدول کرده است.



## منابع و مآخذ

۱. محمدی، دکتر ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی (اصول فقه)، ص ۲۰۳، ش ۱۸۹
۲. کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشار سال ۱۳۷۶
۳. انصاری، مرتضی المکاسب، قم چاپ اول ۱۴۲
۴. خویی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین، قم، مدینه العلم، چاپ بیست و هشتم، ۱۴۱۰
۵. سعادت مصطفوی، سید مصطفی، ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع)، ماده ۲۴، ۱۳۸۳
۶. روحانی، سید محمد صادق، العروه الوثقی، مدرسه الامام الصادق (ع)، چاپ اول ۱۴۱۲
۷. محقق داماد، سید مصطفی، «تحلیلی درباره شرط ضمن عقد نکاح»، ۸۷/۴/۳۱
۸. جعفر لنگرودی، محمد جعفر، حقوق تعهدات، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۲ ش
۹. وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، بی جا، بی نا، بی تا
۱۰. موسوی بجنوردی، سید محمد، «شرط ترک فعل ازدواج مجدد زوج در ضمن عقد نکاح» ۱۳۸۷/۵/۱۳
۱۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، چاپ ۱۶، ۱۳۷۵

