

## معاملات معارض با شرط فعل حقوقی

### در مذاهب خمس و حقوق ایران<sup>۱</sup>

سید زمان دریاباری \*

ناصر مریوانی \*\*

محمد عادل ضیائی \*\*\*

#### چکیده

منظور از تصرفات منافی شرط، عدم تحقق شرط مندرج در ضمن عقد است. با توجه به شروط ضمن عقد، تخلف شرط، در سه حالت تخلف از شرط صفت، فعل و نتیجه قابل بررسی است، با توجه به اینکه طرفین عقد از درج شرط ضمن عقد هدف و انگیزه خاصی در نظر داشته‌اند، بدون تردید تخلف از شرط در روابط ایشان تاثیر داشته و برای مشروطه حقوقی را ایجاد می‌کند. فقها در باب آزادی قراردادهای و در باب آزادی شرط در ضمن عقود اختلاف دارند؛ ولی در این باب اتفاق نظر دارند که هرگاه عقدی با ارکان و شروط کامل منعقد شود، از قدرت الزام‌آور برخوردار خواهد بود و هرگاه کسی با اراده آزاد خود عقدی را منعقد سازد، ملزم به آثار و نتایج آن خواهد بود. این تحقیق با بررسی توصیفی دیدگاه فقهای امامیه و اهل سنت و تحلیل دلائل آن، فعل حقوقی (عقد یا ایقاع) که برخلاف شرط انجام گرفته باشد را صحیح دانسته، ولی مشروطه می‌تواند در قبال تخلف از شرط دو اقدام انجام دهد: اولاً، می‌تواند عقدی را که شرط در ضمن آن درج گردیده فسخ نماید و ثانیاً، در صورتی که از تخلف مشروط علیه خسارتی به او وارد شده باشد، درخواست جبران نماید. البته در برخی موارد مانند ازدواج و... باید از این قاعده عمومی عدول کرد، چنانکه قانونگذار در برخی موارد عدول کرده است.

**کلید واژه‌ها:** عقد، شرط فعل، شرط فعل حقوقی، مطالبه خسارت، حق فسخ.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۸/۱۲/۰۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۰۷

\* دانشجوی دکتری گروه فقه شافعی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

\*\* استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه

آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) [nasermarivani@yahoo.com](mailto:nasermarivani@yahoo.com)

\*\*\* دانشیار گروه فقه شافعی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

## ۱- مقدمه

یکی از موضوعات مهم در فقه و حقوق در باب عقود و معاملات، شروط ضمن عقد می‌باشد. با توجه به اینکه شرط جزئی از قرارداد محسوب می‌شود، لزوم وفا به کل عقد، شامل شروط نیز می‌شود. شروط تبلور اصل حاکمیت اراده در قراردادها است و قانونگذار به دلیل اهمیت این موضوع، فصلی از فصول باب عقود و تعهدات قانون مدنی را به بیان اقسام و احکام آن اختصاص داده است. لذا این پرسش در اینجا مطرح است که اگر مشروط‌علیه عملی منافی با شرط انجام دهد، این عمل از نظر فقهی و حقوقی چه وضعیتی خواهد داشت و چه ضمانت اجرایی برای امتناع از التزام به مفاد شرط وجود دارد و آیا می‌توان بر آن اثر حقوقی مترتب کرد یا نه؟ البته بحث در این مقاله، مربوط به کل شروط نخواهد بود؛ بلکه فقط یکی از موارد جزئی اقسام شروط یعنی شرط «ترک فعل» مد نظر است. شروط ضمن عقد به دو قسم شرط باطل و صحیح تقسیم می‌شود؛ شروط باطل به دو قسم شروط باطلی که مفسد عقد هستند و شروط باطلی که مفسد عقد نیستند، تقسیم می‌شوند. شروط صحیح نیز به سه قسم تقسیم می‌شوند: ۱- شرط صفت ۲- شرط فعل ۳- شرط نتیجه. اگر اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود، این شرط، شرط فعل است. که به نوبه‌ی خود به دو قسم شرط فعل مثبت و شرط فعل منفی تقسیم شده است، شرط فعل اعم از مثبت و منفی می‌تواند عمل مادی یا حقوقی باشد. ضمانت اجرای شرط فعل مثبت مادی و حقوقی و شرط ترک فعل مادی در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی بیان شده است. همین امر که ضمانت اجرای مواد مذکور شامل شرط ترک فعل حقوقی نیز می‌باشد یا اختصاص به شرط فعل مثبت اعم از مادی و حقوقی دارد، موجبات اختلاف نظر حقوق دانان را فراهم آورده است. برای این منظور، در این مقاله پس از بیان مفهوم شرط و اقسام شرط ترک فعل، به اعتبار شرط ترک فعل حقوقی و ضمانت اجرای تخلف از آن، با بررسی توصیفی تحلیلی دیدگاه فقهای اهل سنت و امامیه و حقوق ایران به تحلیل دلائل آنها پرداخته و به رای دیدگاه راجح مورد نظر اشاره خواهد شد.

## ۲- شرط در لغت

واژه شرط در لغت، دو معنا دارد: ۱) الزام و التزام به آن در ضمن بیع و معاملات دیگر ۲) مطلق الزام و التزام (فیروز آبادی، ۱۹۹۸، ۳، ۶۷۳). جمع آن شریطه، شروط و شرایط است. اهل لغت در تعریف شرط تعابیر مشابهی دارند؛ متعهد ساختن و پذیرش تعهد در ضمن عقد بیع و مانند آن. و یا اینکه در جای دیگری

گفته شده؛ شرط باید همزمان با عقد باشد نه قبل از عقد شرط کند و نه بعد از آن (ابن منظور، ۱۹۹۹، ۷، ۸۰). کلمه شرط که در فارسی از آن به تعهد تعبیر می‌شود، عبارت است از آنکه شخصی به نفع دیگری امری را تعهد نماید. متعهد را «مشروط‌علیه» و کسی که تعهد به نفع اوست «مشروط‌له» گویند. بنابراین شرط در حقیقت الزامی است از طرف مشروط‌اله و التزامی است از طرف مشروط‌علیه. و می‌توان گفت: شرط یعنی متعهدساختن و ملزم‌کردن مشروط‌علیه و پذیرش تعهد در ضمن عقد بیع و یا در عقدی مانند آن.

### ۳- شرط در اصطلاح

تعریف اصطلاحی شرط نیز از دو دیدگاه فقهی و حقوقی قابل بحث و تحلیل است که در ادامه به بیان چگونگی آن پرداخته خواهد شد.

#### ۳-۱- در اصطلاح فقها و علم اصول

شرط در علم اصول و نزد فقها، عبارت از اینکه وجود یا صفت چیزی متوقف بر آن باشد بدون اینکه جزئی از ماهیت آن قرار گیرد؛ به نحوی که از وجود یافتن آن شرط، وجود یافتن شیء لازم نمی‌آید، ولی از عدم آن عدم شیء لازم می‌آید. آنچه از عدم آن، عدم چیزی دیگر لازم می‌آید. مثلاً زوجیت شرط است در ایقاع طلاق و هرگاه زوجیت نباشد، طلاق مفهومی نمی‌تواند داشته باشد؛ ولی از وجود زوجیت وجود طلاق لازم نمی‌آید. وضو شرط صحت نماز است و هرگاه طهور نباشد، نماز صحیح نیست؛ اما از وجود آن وجود نماز لازم نمی‌آید (حکیم، ۱۹۷۹، ۳۱۱؛ فیض، ۱۳۸۷، ۱۱۹؛ زلمی، ۱۳۹۴، ۳۴۵).

در منابع و متون فقهی برای شرط معانی دیگری نیز به کار برده‌اند: (۱) الزام و التزام در ضمن بیع و معاملات نظر آن (شربینی، ۱۹۹۷، ۱، ۲۸۴). (۲) عهده و مطلق ربط و تقیید. به عبارت دیگر، شرط گاه به معنای تقیید و گاه به معنای التزام انشایی است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸، ۳، ۱۳۸). (۳) شرط به معنای مطلق جعل و قرار و اثبات است که خود بر دو نوع است. گاه از باب الزام و التزام است و گاه از باب تغییر و در هر حال اسم جامد ندارد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳، ۲۵۶). شرط نه مطلق جعل، بلکه جعل خاصی است که مستلزم التزام و واجب‌الوفاست. به تعبیر دیگر، شرط جعل و قرار است که در ضمن عقد صورت می‌گیرد و

متضمن التزام و برعهده گرفتن چیزی است (خویی، ۱۴۱۲، ۵، ۲۶۲). اما همان‌طور که برخی از فقها گفته‌اند معنای کلی شرط، ایجاد رابطه بین دو چیز است.

### ۳-۲- در اصطلاح حقوق دانان

حقوقدانان هم به تبعیت از فقها به تعریف شرط پرداخته‌اند که اکنون به بیان نظرات آنها خواهیم پرداخت: دکتر سنه‌پوری در تعریف شرط می‌نویسد: «شرط امری است مربوط به آینده که حدوث یا زوال تعهد منوط به آن است». دکتر جعفر لنگرودی در تعریف شرط بیان می‌دارد: «الف- 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 الوقوع نماید (ماده ۲۳۲ به بعد قانون مدنی). ب- وصفی که یکی از طرفین، وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده باشد بدون اینکه آن وصف محتمل الوقوع در آینده باشد (ماده ۲۳۵ قانون مدنی؛ واثقی، ۱۳۹۱، ۱۳۸-۱۳۹).

معنای شرط در اصطلاح حقوق دانان جدا از معنای لغوی آن نیست و در معنی مشترک آنها عبارت است از تعهد مستقیم یا غیرمستقیم 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. واژه شرط در قانون مدنی از مواد ۲۳۲ به بعد در همین معنا به کار رفته و ماده ۲۳۴ آن را به سه قسم تقسیم نموده است. شرط بدوی یا تعهد ابتدایی به معنی تعهد و التزام مستقل و غیروابسته به عقد و ناشی از تعهد شخصی در برابر دیگری بدون قبول شخص اخیر نیز به کار رفته است؛ اما به نظر می‌رسد که این معنی مجازی است. چنین شرطی فاقد اعتبار است و لازم‌الوفاء نمی‌باشد (نجفی خوانساری، ۱۳۵۸، ۱۲۳). بنابراین شرط ابتدایی تعهدی است که شخص با قصد انشای یک طرفه علیه خود ایجاد می‌کند (بهرامی، ۱۳۸۱، ۱۷۶). شرطی که یک طرف انشاء می‌کند، اگر توافق طرف مقابل را به همراه داشته باشد، نوعی قرارداد و از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی خواهد بود. اما اگر توافق طرف مقابل نباشد، یک تعهد، یک طرفی و عنوان شرط ابتدایی و آثار آن را خواهد داشت. در معنای شرط در بین دو طرف عقد، آنکه شرط به خواسته و در جهت سود او در عقد درج می‌شود، اصطلاحاً مشروطه و طرف دیگر را مشروط‌علیه گویند. در مواردی ممکن است هریک از دو طرف از جهتی مشروطه و از جهت دیگر مشروط‌علیه باشد؛ یعنی، شرط به خواسته و سود هر دو طرف در عقد درج شود (شهیدی، ۱۳۹۴، ۱۹).

## ۴- پیشینه شرط در گستره فقه و حقوق

## ۴-۱- فقه

فقه‌های مذاهب اهل سنت و امامیه از همان ابتدا متعرض مباحث مربوط به شرط و شروط ضمن عقد شده‌اند. از دیدگاه امامیه این نگاه در اواخر قرن یکم و اواخر قرن دوم قمری وجود داشته و مورد توجه مردم آن زمان قرار گرفته بود، دلیل مستحکم امامیه بر وجود چنین امری در آن زمان، انعکاس آن در روایت نبوی «المسلمون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب الله» یعنی مومنان نزد شرط‌های خود هستند، جز شرطی که مخالف کتاب خدای عزوجل باشد. مفاد این روایت با اندکی تغییر از امام صادق(ع) نیز نقل شده است. در روایتی از امام باقر(ع): «ان علیا کان یقول من شرط لامرأته شرطاً فلیف لها به، فان المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۸، ۱۶-۱۷). و چه برهانی از این مستحکم‌تر که ائمه هدی(ع) در روایات خویش، اشاره به این امر داشته‌اند و این سبب شده که فقه‌های شیعه، همگی در این مساله اتفاق دارند، به طوری که در میان فقه‌های شیعه از واضحات تلقی می‌شود.

فقه‌های اهل سنت در مورد شروطی که مقارن عقد (یا شرط ضمن عقد)، به عقود جایز است با هم اختلاف دارند؛ برخی، این شروط را به صورت محدود پذیرفته‌اند و برخی، به صورت وسیع و بعضی، راه مابین این دو گروه را پیموده‌اند. گروه اول، اراده مکلف را ملغی می‌سازند و در عقدها و شروط، به دلیل روایت «نهی النبی عن البیع و الشرط» و روایت‌های دیگری از این قبیل، اصل را بر تحریم می‌گذارند، مگر اینکه نصی شرعی در مورد اباحه آنها وارد شده باشد. این گروه شامل «ظاهریه» و پیروان آنها هستند؛ اما گروه دوم اراده مکلف را آزاد گذاشته‌اند و در باب عقود و شروط قدرت و نفوذ زیادی برای آن مقرر کرده‌اند، به دلیل روایت «المسلمون علی شروطهم، الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً» (ترمذی، ۱۹۶۸، ۱۳۵۲). و معتقدند شروطی که استثنای روایت فوق‌اند «الا حرم حلالاً او احل حراماً» نزد ایشان بسیار زیاد است؛ چراکه در تعیین مصادیق شرطی که از طرف شارع حلال باشد، به روایت و ادله‌ای دیگر برای صحت شرط استناد می‌کنند و نهی وارده بر بیع همراه با شرط، بر بطلان شروطی دلالت دارد که از نظر شارع حرام است. زیرا آن‌ها اصل را در عقود و شروط بر اباحه می‌دانند، مگر اینکه نصی در مورد تحریم وارد شده باشد. این گروه شامل حنابله و پیروان آنان هستند و در میان این گروه تعدادی از فقه‌های مذاهب حنابله پیش از همه راه را برای اراده مکلف باز گذاشته‌اند (زیدان، ۱۳۸۹، ۶۰؛ زلمی، ۱۳۹۴، ۳۵۱؛ ابن تیمیه، ۱۴۰۸، ۴، ۷۶).

## ۴-۲- حقوق

شرط به عنوان یک نهاد وابسته به عقد از زمان‌های گذشته، نقش مهمی در روابط معاملاتی داشته است. بسیاری از روابط حقوقی که به علت عدم امکان اجتماع دقیق شرایط مقرر قانونی یا به دلیل عدم انطباق الگوهای عقود معین نمی‌توانسته است مستقلاً در عالم اعتبار تحقق پیدا کند، به صورت شرط مندرج ضمن عقد با لحاظ رابطه وابستگی با عقد که آثار حقوقی خاصی را اقتضا می‌کند، محقق گردیده است. پس از وضع ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی که تحت تاثیر اصل آزادی اراده یا اصل حاکمیت اراده قراردادها را از چهارچوب عقود معین بیرون کشیده و گسترش داد و علی‌رغم اینکه بسیاری از روابط معاملاتی خارج از الگوهای معاملاتی کهن و سنتی، امکان تحقق مستقل در عالم حقوق پیدا کرد، اما هنوز شرط و شرط ضمن عقد مخصوصاً نسبت به نهادهایی که در قالب عقد نمی‌گنجد، از موقعیت حقوقی با اهمیتی برخوردار است. شرط در معنای تخصصی حقوقی از معنای لغوی آن دور نیفتاده است و در معنی محصولی عبارت است از تعهد مستقیم یا غیرمستقیم مرتبط به عقد مشروط، به اراده طرف‌های آن. در این اصطلاح تعلیق خارج از معنای تخصصی شرط است. واژه شرط در فصل چهارم (از باب اول از قسمت دوم از کتاب دوم قانون مدنی) و مواد ۲۳۲ به بعد قانون مدنی در همین معنا به کار رفته است. شرط بدوی یا تعهد ابتدایی به معنی تعهد و التزام مستقل و غیروابسته به عقد و ناشی از تعهد شخصی در برابر دیگری بدون قبول شخص اخیر نیز به کار رفته است. اما، به نظر می‌رسد که این معنی مجازی است. چنین شرطی فاقد اعتبار است و لازم‌الوفاء نمی‌باشد (نجفی خوانساری، ۱۳۵۸، ۱۲۳). در معنای چهارم شرط در بین دو طرف عقد، آنکه شرط به خواسته و در جهت سود او در عقد درج می‌شود؛ اصطلاحاً مشروطه و طرف دیگر را مشروط‌علیه گویند. در مواردی ممکن است هریک از دو طرف از جهتی مشروطه و از جهت دیگر مشروط‌علیه باشد؛ یعنی، شرط به خواسته و سود هر دو طرف در عقد درج شود (شهیدی، ۱۳۹۴، ۱۸).

## ۵- انواع شرط از دیدگاه مذاهب

شرط به اعتبارات مختلف به انواع متعددی تقسیم می‌شود که مهم‌ترین آن در این تحقیق عبارت‌اند

از:

شرط را به اعتبار شرط مقارن (یا شرط ضمن عقد)، و منظور از آن قرار دادن شروطی که طرفین عقد

کاملاً بر حسب اراده و اختیارشان آن را در قرارداد آورده و مصوب می‌کنند، تقسیم می‌کنند.

## ۵-۱- دیدگاه مذهب احناف

شرط ضمن عقد نزد احناف بر سه دسته است: شرط صحیح، شرط فاسد، شرط باطل (ابوزهره، ۱۹۷۶، ۲۷۶).

**الف) شرط صحیح:** شرط صحیح چهار نوع است؛ شرطی است که ۱. موافق مقتضای عقد است، ۲. یا اینکه ملائم و موکد مقتضای عقد باشد؛ ۳. شرع در مورد آن اذن داده است. ۴. و یا اینکه در عرف و میان مردم ساری و جاری است.

همراه گردانیدن عقود به هرگونه شرط صحیح ضمن عقد شرعاً جایز است و دو طرف عقد ملزم به رعایت مفاد آن شروط صحیح خواهند بود. چهار نوع شرط صحیح به عنوان موارد صحت شرط صحیح دانسته شده است (زلمی، ۱۳۹۴، ۳۵۲). توضیح هر کدام از آنها به شرح زیر می باشد:

۱. وقتی که شرط موکد مقتضای عقد باشد، مانند اینکه بایع بر مشتری شرط کند که تا قبض و دریافت کامل قیمت انجام نپذیرد مبیع را تسلیم وی ننماید. یا اینکه خریدار بر فروشنده شرط می کند که هرگاه عیبی در مبیع باشد و ببیند، آن را برگرداند (سرخسی، ۱۴۲۱، ۱۳، ۱۴).

۲. هنگامی که شرط مناسب و همخوان با مقتضای عقد باشد، همچون شروطی که شریعت آنها را مورد تایید قرار داده است. مثلاً هنگامی که پرداخت قیمت نسبی باشد، بایع می تواند بر مشتری شرط کند که باید تعهد پرداخت بدهی را با کفالت یا رهنی تضمینی، محکم گرداند، چرا که این عقود در شرع برای توثیق تشریح شده اند و لذا شرط قرار دادن آنها در عقد صحیح و از طرفی بیان کننده معنای عقد یعنی لزوم پرداخت ثمن هستند، اگرچه در ظاهر مقتضای عقد نیستند (کاسانی، ۱۴۲۴، ۱۶، ۷). حنفیه این گونه شروط را بر اساس استحسان جایز می داند زیرا براساس قیاس این گونه شروط به دلیل اینکه در ظاهر مخالف مقتضای عقد هستند، فاسد و مفسد می باشند (سرخسی، ۱۴۲۱، ۱۳، ۱۹).

۳. شروطی که از جانب شارع قید شده و بدان اعتبار داده شده باشد، مانند خیار شرط برای هریک از متابعین و آنچه که از طریق قیاس ملحق می شود مانند انواع خیارات، که با قیاس صحیح ثابت شده شرع هم آن را قبول و قابل اعتبار بدانند (ابن عابدین، ۱۴۱۲، ۵، ۵۹۱).

۴. شروطی که در عرف و میان مردم ساری و جاری باشد، مانند تعهد و التزام شرکتها نسبت به تعمیر مبیع در خلال زمان معینی، یا شرط کردن اینکه هزینه های حمل و نقل بر عهده بایع یا مشتری باشد، بر حسب شرط مورد اتفاق میان آنان، همچنین سایر شروطی که در عرف و عادات تجاری رایج

می‌باشد (کاسانی، ۱۴۲۴، ۷، ۱۶؛ ابن نجیم، ۱۴۱۸، ۶، ۱۴۵). آن هم عرفی معتبر است که با نص قرآن و سنت مخالف نباشد و قاعده شرعیه را نقض نکند.

### ب) شرط فاسد

شرط فاسد یعنی یکی از انواع شروط چهارگانه صحیح را که بیان کردیم در آن نباشد، ولی منفعتی برای یکی از متعاقبین یا غیر آن دارد. مثل اینکه کسی چهارپایی را بفروشد و فروشنده شرط کند که خریدار او را تا خانه‌اش برساند. یا با زنی ازدواج کند و زن بر زوج خودش شرط کند که نباید مرا از شهر من بیرون ببری، یا شرط کند به اینکه زن دومش می‌شود به این شرط که زن اول را طلاق دهد. یا زمینی و خانه‌ای را بفروشد به شرطی که تا یک سال به او اجاره دهد، و آنچه از شروط که مشابه است. این شروط را به این دلیل که انجام دادن آن غیرمشروع است ملغی کردند و نصی هم برای آن وارد نشد و در عرف هم چیزی نمی‌بینیم و از نظر وقت مخالف مقتضای عقد است و وقتی که عرف و شرع آن را نمی‌پذیرد، پس ملغی و لغو می‌شود (کاسانی، ۱۴۲۴، ۷، ۱۶).

### ج) شرط باطل

منظور از شرط باطل، شرطی است که موافق و ملائم مقتضای عقد نیست، و از طرف شارع هم اذنی و اعتباری به آن نداده، و در عرف هم جاری نیست و نفعی هم برای طرفین در آن نیست. مانند کسی که خودروی شخصی‌اش را بفروشد و بر مشتری شرط کند که جز با بنزین مرغوب آن را به کار نگیرد و یا اینکه شخصی چیزی را بفروشد و بر مشتری شرط کند که نه آن را بفروشد و نه آن را ببخشد. و یا شوهر در هنگام عقد ازدواج شرط کند که نفقه زنش را نمی‌دهد و یا از او ارث نبرد (سرخسی، ۱۴۲۱، ۱۳، ۱۵؛ کاسانی، ۱۴۲۴، ۷، ۱۴).

## ۵-۲- دیدگاه مذهب مالکیه

از نظر مالکیه هر شرطی که موافق شروط صحت عقد نباشد، در صورت ملحق شدن به عقد، مفسد عقد می‌شود. این به عنوان اصل اول؛ زیرا در چنین حالتی از شروط صحت عقد برخوردار نبوده، در نتیجه حقیقت شرعی آن هم ثابت نخواهد شد. اصل دوم؛ هر عقدی که طرفین عقد به عنوان شرط قرار بدهند و باعث غرر و جهالت گردد، باز مفسد می‌باشد، حال اگر یکی از طرفین عقد بر چنین شرطی پافشاری کند و یا اگر از آن کوتاه بیاید؛ در چنین حالتی عقد صحیح است و شرط باطل است (ابن رشد، ۱۹۹۵، ۳،



۱۶۴۰؛ خرسی، ۱۳۱۷، ۵، ۸۰). براساس این دو اصل، مالکيه شروط را به سه نوع تقسیم کرده‌اند؛ نوع اول: شروطی که یکی از عاقدین به نفع خود، شرط می‌کند و از طرف عاقد دوم به معنای مقتضای عقد و حقی که شارع به هر کدام داده مخالفتی صورت نمی‌گیرد. مانند اینکه بایع سکونت خانه فروخته شده را به مدت کمی (یک ماه یا کمتر از یک سال) شرط کند و مشتری هم به مقتضای عقد با آن موافقت می‌کند، چنین عقد و شرطی صحیح است. نوع دوم: شروطی که یکی از متعاقدين، دیگری را از حقی که شارع به مقتضای عقد به او اذن داده، منع می‌کند بدون اینکه در شرط جهت نیکی کردن نسبت به کسی و یا چیزی وجود داشته باشد. مانند اینکه شخصی مالی را به شخص دیگری می‌فروشد به شرط اینکه آن را نفروشد. نوع سوم: در این نوع از شرط جهت نیکوکاری وجود دارد. مانند اینکه بایع ملک و یا اموال غیرمنقولی را بفروشد و شرط کند که مشتری آن را به‌عنوان مسجد وقف کند. اگر تنفیذ فوری چنین شرطی مشروط باشد، عقد و شرط صحیح است و در غیر این صورت به‌علت وجود غرر صحیح نمی‌باشد. این رای جزو انفرادات مالکيه می‌باشد (ابن رشد، ۱۹۹۵، ۳، ۱۶۴۱ به بعد؛ خرسی، ۱۳۱۷، ۵، ۸۰).

### ۵-۳- دیدگاه مذهب شافعیه

تقسیم شروط از دیدگاه شافعیه به حنفیه نزدیک است. این تقسیم بندی شامل: (۱) شروطی که مقتضای مطلق عقد است. مانند: قبض و جواز انتفاع و رد مبیع به‌وسیله حق خیار عیب. (۲) شرطی که مقتضای عقد نیست؛ ولی مصلحتی برای خود عقد در آن نهفته است. مانند شرط رهن تضمینی و یا کفالت برای قیمت نسیه. (۳) شرطی که به مصلحت عقد نیست. باعث به وجود آمدن غرر و منجر به نزاع می‌شود و یا مانع مقتضای عقدی می‌شود که شارع به آن اذن داده است. مانند: شرط قرض همراه با بیع آن و یا شرط اینکه مشتری مبیع را نفروشد. (۴) شرطی که نفعی برای متعاقدين ندارد. چنین شرطی باطل است و در عین وجود آن هم، عقد صحیح می‌باشد. لازم به ذکر است که بیشتر این شروط شافعیه با حنفیه همخوانی دارند؛ ولی در موضوع بیع به شرط آزاد کردن با حنفیه اختلاف دارند، شافعیه چنین شرط زاید بر مقتضای عقد را به‌علت قربت، قبول و صحیح می‌دانند (الآمدی، ۲۰۰۳، ۱، ۱۷۴؛ رافعی، ۱۹۹۷، ۴، ۱۰۵؛ شربینی، ۱۹۹۷، ۲، ۴۶).

#### ۴-۵- دیدگاه مذهب حنابله

قابل توجه است که سه مذهب حنفیه و مالکیه و شافعیه در بیشتر شرطها با محدودیت‌های کم و زیاد مشترک هستند؛ اما نگاه مذهب حنبلی نسبت به آن سه مذهب، بلند نظرتر و بارزتر به شرط می‌باشد. اصل در مذهب حنبلی در مورد شروط ضمن عقد لزوم وفای به عقود می‌باشد مگر زمانی که دلیلی از طرف شارع بر عدم صحت ذکر شده باشد. به همین دلیل آنها تمام شروط را مورد قبول می‌دانند؛ ولی در دو مورد از شروط قائل به استثناء هستند و آن را فاسد عقد می‌دانند: ۱) هر شرطی که در عقدی متضمن انشاء عقد دیگری باشد. مانند: اینکه کالایی را به زنی بفروشد که در عوض با او ازدواج کند. این نوع شرط چون متضمن عقد جدیدی است و در روایت آمده است که رسول اکرم (ص) از انجام دو معامله در یک معامله نهی کرده است. ۲) اینکه شرط کند مالی را که می‌فروشد مشتری از آن منتفع نشود. مانند فروختن چیزی به شرط نبخشیدن آن. بنابراین چنین شرطی فاسد است. عقد صحیح و شرط باطل است (ابن قدامه، ۱۹۹۷، ۶، ۳۲۳).

#### ۵-۵- فقه امامیه

شرط در فقه امامیه هم از لحاظ اعتبار و عدم اعتبار به دو دسته صحیح و فاسد تقسیم می‌شود و هیچ تفاوتی در معنای باطل و فاسد وجود ندارد و آنها را مترادف می‌دانند. اینکه چه شرایطی صحیح و چه شرایطی فاسد است، به اختصار بر می‌شمریم:

- ۱- شرط نباید با کتاب و سنت مخالف باشد (امام خمینی، ۱۴۰۹، ۱۰۳). ۲- شرط باید جایز باشد. ۳- شرط نباید با مقتضای عقد مخالف باشد (همان، ۵، ۱۸۵). ۴- شرط باید مقدور باشد یعنی توان انجام آن را داشته باشند. بنابراین اگر چیزی را که مقدور آنان نیست، شرط قرار دهند، چنین شرطی باطل است. مثل شرط خلبانی هواپیما برای کسی که تنها تصدیق رانندگی ماشین را دارد (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۷). ۵- شرط باید دارای غرض عقلایی باشد (شرط باید فایده‌ای عقلایی داشته باشد و یا برای مشروط‌الهُ دارای فایده باشد) (امام خمینی، ۱۴۰۹، ۱۵۱). ۶- شرط نباید مجهول باشد و ابهامی داشته باشد (همان، ۱۹۱). ۷- شرط در متن عقد ذکر شود (انصاری، ۱۴۱۵، ۵۴). ۸- شرط، منجز باشد مقصود کسانی که عقد را مقید به شرط می‌دانند، تعلیق عقد بر شرط نیست؛ بلکه تقييد عقد بر التزام به شرط است که این امر نیز، حین العقد حاصل است (همان، ۵۷). ۹- شرط، محال نباشد. شرایطی که برای صحت شرط بر شمرديم به نه عدد

می‌رسید. نبود هریک از این شرایط وجود یک شرط فاسد است. بنابراین تعداد شرط فاسد به قرار زیر خواهد بود: (۱) شرط مخالف کتاب و سنت (۲) شرط غیرجایز (۳) شرط نباید با مقتضای عقد مخالف باشد (۴) شرط غیرمقدور (۵) شرط بیهوده و کم‌فایده نزد عقلا (۶) شرط مجهول باشد و ابهامی داشته باشد. (۷) شرط معلق و ... هر شرطی که فاقد یکی از شرایط صحت باشد، باطل است؛ ولی آیا بطلان شرط به عقد هم سرایت می‌کند یا خیر؟ آیا همه‌ی شرایط از این جهت یکسان‌اند؟ اجمالاً از این جهت، شرط فاسد به دو قسم تقسیم می‌شود: (۱) شروطی که مفسد عقد هستند. (۲) شروطی که مفسد عقد نیستند. برخی شرایط فقط فاسد است و برخی هم فاسد است و هم مفسد عقد. منظور امامیه از فاسد همان باطل است که تفاوتی از نظر معنای اصطلاحی با فاسد ندارد. در مورد یکسان بودن مفهوم بطلان و فساد همچنین گفته شده است: باطل و فاسد هر دو ماهیت واحدی هستند زیرا بحث، دائر مدار تاثیر یا عدم تاثیر است و این دو از این جهت که بلااثر هستند هیچ فرقی با هم ندارند (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ۱۲۵-۱۲۳).

### ۶- ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل

هرگاه بعد از درج شرط فعل در ضمن عقد، معامله معارضی از سوی مشروط‌علیه انجام گیرد این سوال مطرح می‌شود که معامله مذکور چه وضعیتی از حیث حکم وضعی داشته، و آیا چنین معامله‌ای را باید صحیح دانست یا باطل و غیرنافذ؟

برای روشن شدن ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل، دیدگاه فقهای امامیه، فقهای مذاهب اهل سنت و دیدگاه حقوق‌دانان ارائه می‌شود.

### ۶-۱- دیدگاه احناف

از دیدگاه احناف شرط فعل صحیح چهار شکل دارد:

۱. شروطی که مقتضای عقد باشد. مثل اینکه خریدار بر فروشنده شرط کند که مبیع را به او تسلیم کند. یا اینکه خریدار بر فروشنده شرط می‌کند که هرگاه عیبی در مبیع ببیند آن را برگرداند، یا فروشنده بر خریدار شرط کند که ثمن و پول را قبل از تحویل مبیع و کالا بدهد. یا اینکه فروشنده بر خریدار شرط می‌کند مبیع را تا زمانیکه پول را دریافت نکرد تحویل ندهد (سرخسی، ۱۴۲۱، ۱۳، ۱۴).

۲. شرطی که ملائم با مقتضای عقد است یعنی سازگار و موافق آن می باشد و عقد را کامل می کند؛ مثلاً فروشنده بر خریدار شرط کند با این پولی که قرار است بپردازد کفیلی بگیرد. یا اینکه برای قیمت مبیع تا زمان پرداخت ثمن، رهنی بگذارد. چراکه این عقود در شرع برای توثیق تشریح شده‌اند و لذا شرط قرار دادن آنها در عقد صحیح است و از طرفی بیان‌کننده‌ی معنای عقد یعنی لزوم پرداخت ثمن می باشند، گرچه در ظاهر موافق مقتضای عقد نیستند. حنفیه اینگونه شروط را براساس استحسان جایز می‌داند زیرا براساس قیاس این‌گونه شروط به دلیل اینکه در ظاهر مخالف مقتضای عقد هستند، فاسد و مفسد می‌باشند (کاسانی، ۱۴۲۴، ۷، ۱۶؛ زحیلی، ۱۹۸۵، ۴، ۲۰۳).

۳. شروطی که شرع مقدس جواز آن را صادر کرده و روایت خاصی وارد شده است؛ مانند شرط خیار برای هریک از متبایعین و شرط خیار رویت. یا اینکه شرط کند که ثمن را در آینده بپردازد یا مدت مشخص خیار شرط داشته باشد و یا آنچه که از طریق قیاس ملحق می‌شود مانند شرط خیار تعیین (زمان) و (خیار) نقد، آنچه که با قیاس صحیح ثابت شده شرع هم آن را قبول دارد و معتبر است (ابن عابدین، ۱۴۱۲، ۷، ۲۸۳).

۴. شرطی که عرف آن را قبول دارد و شروطی که در معاملات و تعامل بین مردم جاری بوده، بر آن توافق دارند. مثل اینکه خریدار بر فروشنده شرط کند که این مال را به مدت معینی تعمیر یا اصلاح کند مثل ماشین جدید و غیر آن و عرف آن را می‌پذیرد. یا اینکه خریدار به شرطی قفل را می‌خرد که فروشنده آن را نصب کند. این شرط معتبر است؛ اما اگر خرید و فروش در شهری باشد که این شرط متعارف نباشد، جزو شروط فاسد است و بیع هم فاسد می‌شود. این بابی است که اسلام آن را آزاد گذاشت که آن را بپذیرند یا نه (کاسانی، ۱۴۲۴، ۷، ۱۶؛ ابن نجیم، ۱۴۱۸، ۶، ۱۴۵). با توجه به اینکه عرف نزد مذهب معتبر است و این در صورتی است که با نص و قرآن مخالف نباشد و قاعده شرعی‌ای را نقض نکند، حنفیه شرط عرفی را اعتبار کرده و توسعه دادند که این نظر با مذهب حنابله هم مطابقت دارد.

شروط چهارگانه‌های که بیان کردیم جزء شرط نیستند برای اینکه جزء عقد و از شرایط عقد می‌باشند و برای هر عقدی لازم و واجب است و شرط جدیدی را اضافه و اثبات نکردیم. برای اینکه لازمه عقد بوده و عقد آن را ایجاب می‌کند و مضمون این شروط در عقد ثابت بوده و واجب است که ما آن را انجام دهیم. حتی اگر عاقدین این موارد را به عنوان شرط بیان نکنند انجام این شروط بر هر دو طرف واجب است و این نوع شروط ضمن عقد جزء شرط زاید و زاید بر عقد نبوده بلکه جزء عقد می‌باشند.

## ۶-۱-۱- ضمانت اجرای شروط در احناف

در خصوص ضمانت اجرای این شروط باید بین شروط تفکیک نمود. در خصوص شرط نوع اول یعنی شرطی که مقتضای عقد محسوب می‌شود، این نوع از شروط، شرط به مفهوم خاص آن محسوب نمی‌شود؛ زیرا اطلاق عقد بدون اشتراط نیز در این شروط دلالت دارد. لذا درج این‌گونه شروط برای تاکید محسوب می‌شود و هیچ اثری ندارد و وجود آن مانند عدم آن است (زحیلی، ۱۹۸۵، ۴، ۲۰۳). در خصوص شرط ملائم با مقتضای عقد مثال‌هایی برای این قسم از شروط آمده است که از جمله آن دادن رهن و ضامن می‌باشد. در مذهب حنفیه در خصوص این‌گونه از شروط اختلاف نظر است و غالب پیروان ابوحنیفه استدلال نموده‌اند که اگر از تسلیم رهن امتناع نمود اجبار نمی‌شود؛ زیرا رهن از عقود تبرعی است و تنها حق فسخ برای بایع قائل شده‌اند.

در مقابل، برخی گفته‌اند که به او امر به پرداخت ثمن یا تسلیم رهن می‌شود. حال اگر رهن نداد یا ثمن را نپرداخت، بایع در فسخ یا پای‌بندی به معامله مخیر می‌شود. همچنین در توجیه عدم اجبار استدلال‌های دیگری نیز شده است. پاره‌ای گفته‌اند: «بایع جز با وثیقه‌ی رهن یا قیمت مال راضی به زوال ملکیت خود از مبیع نشده است و اگر خریدار از پرداخت ثمن یا اعطاء رهن امتناع کرد، برای بایع است که به لحاظ از دست رفتن شرط و غرض فسخ معامله نماید». همچنین در توجیه عدم اجبار گفته‌اند: «مشروط‌علیه اجبار نمی‌شود بلکه برای بایع خیار است؛ زیرا با فسخ عقد ضرر از بین می‌رود». اما برخی از اصحاب ابوحنیفه گفته‌اند: «مشری اجبار بر تسلیم رهن می‌شود؛ زیرا رهن اگر در عقد شرط شود، از حقوق بایع می‌شود و جبر بر تسلیم از حقوق بیع برای بایع است» (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ۱۰۸). اتمام رهن با قبض صورت می‌گیرد و لذا حقی برای رهن جز با قبض ندارد. همین‌طور اشتراط رهن در عقد نیز وی را مگر با قبض دادن ملزم نمی‌نماید، و لذا اگر مشتری از رهن دادن امتناع کرد، بایع حق دارد که عقد را فسخ نماید. زیرا رضای وی به بیع به همراه این شرط بوده است و بدون آن، رضای وی به عقد بیع تمام نمی‌شود (سرخسی، ۱۴۲۱، ۱۳، ۱۹). اما در خصوص سایر شروط از جمله شروط نوع چهارم که مورد تعامل مردم است، مشروط‌علیه اجبار به آن می‌شود و به صرف تخلف، حق فسخ داده نمی‌شود (زرقاء، ۱۹۸۹، ۲۳۷).

## ۶-۲- دیدگاه مالکیه

۱) مذهب مالکی شرطی را پذیرا است که مقتضای عقد بوده و با آن سازگار باشد. آنها بعضی از شروط را استثناء کرده و اجازه دادند که عبارت‌اند از: الف) فروشنده شرط می‌کند که خریدار اطراف زمین

خریداری شده را دیوار بکشد (تجیر کند). این شرط باطل است و بیع را هم باطل می‌کند، مگر اینکه فروشنده شرطش را ساقط کند. ب) مالکی‌ها اجازه دادند که فروشنده زمان معینی از منفعت بیع را به نفع خود استفاده کند. ج) اجازه شرط جایز نیست، مگر اینکه زمان شرط، کم باشد، در این صورت بیع صحیح بوده و شرط باطل می‌شود. مثلاً فروشنده بگوید اگر تا سه روز پول را نیاوری، خرید و فروشی بین ما نباشد. اما اگر شرط سنگینی باشد، بیع باطل می‌شود، مثلاً فروشنده به خریدار بگوید هر وقت ثمن را از تو خواستم آن موقع مبیع را به تو خواهم داد (ابن رشد، ۱۹۹۵، ۳، ۱۶۴۱).

۲) شرطی که مقتضای عقد نیست، ولی منافی مقتضای عقد نیز نمی‌باشد و تحت‌عنوان شرطی که مصلحت عقد به آن تعلق می‌گیرد آورده می‌شود (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ۴، ۱۱۳). برخلاف فقه حنفیه، شرط نوع دوم در این مذهب اصل جایز شناخته می‌شود؛ زیرا همینکه شرط منافی مقتضای عقد نباشد و معارضی با آن از جهت نص شرعی وجود نداشته باشد، اندراج آن جایز شمرده می‌شود و لذا در این مذهب برخلاف فقه حنفیه و شافعیه، شرطی که در آن منفعتی برای متعاقبین است، اجازه می‌دهد.

### ۶-۲-۱- ضمانت اجرای شروط نزد مالکیه

شروطی که عقد در حالت اطلاق، اقتضاء آن را دارد و تحت این عنوان آورده‌ایم در این مذهب هیچ‌گونه اثری الا تأکید بر مقتضای عقد ندارد. در خصوص شروط نوع دوم مانند رهن دادن، نزد مالکیه که معلوم و معین بودن مورد رهن شرط نیست، مشتری بر تسلیم رهن یا به تسلیم آن، اگر غیرمعین باشد، اجبار می‌گردد (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ۴، ۱۱۵). «لأن المؤمن عند شرطه»، و حق فسخ به صرف تخلف داده نمی‌شود (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ۴، ۱۱۵-۱۱۲).

### ۶-۳- دیدگاه شافعیه

در مذهب شافعیه نیز شروط صحیح به اقسام زیر تقسیم شده است: (۱) شرطی که مقتضای عقد است؛ مانند اشتراط قبض یا رجوع یا انتفاع مشتری از بیع یا شرط انفاق در عقد نکاح. (۲) شرط ملائم عقد که مصلحت عقد یا حاجت مردم به آن باشد (شریبینی، ۱۹۹۷، ۲، ۴۶). همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در فقه شافعیه نیز بین شرطی که ملائم با عقد است و شرطی که حاجت مردم به آن است، فرقی نمی‌گذارند و همه را تحت‌عنوان دوم می‌آورند. گویا هر دو قسم شرط نزد آنان شیء واحدی می‌باشد (سنه‌وری، ۱۹۹۸،

۱۵۳). در مذهب شافعی شرطی که واجد منفعتی برای یکی از متعاقدين باشد و از جمله شروط صحيح بالا و مورد حاجت مردم نباشد براساس اتباع از روایات وارد شده در خصوص نهی نبی از بیع و شرط، فاسد و مفسد عقد شمرده شده است (رافعی، ۱۹۹۷، ۴، ۱۰۵). حال فرقی نمی‌کند در معاوضات باشد یا تبرعات، حال آنکه در فقه حنفی همان‌گونه که آوردیم در غیر معاوضات تنها شرط باطل است و عقد صحيح است. همچنین در این مذهب نیز تعدد صفت یا اشتراط عقدی در عقد دیگر نهی شده است (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ۱۵۵). اما در خصوص ضمانت اجرای شرط نوع دوم، برای این قسم از شروط مثالهایی را بیان نموده‌اند که شامل شرط اعطاء رهن یا ضامن است. آن‌چنان‌که دکتر سنه‌وری می‌نویسد: «مثال‌های دیگری غیر از اشتراط اشهاد بر عقد و اشتراط نوشتن در سند برای این قسم (شروط مورد حاجت مردم) در مذهب شافعیه ندیدیم» (همان، ۱۵۳).

### ۶-۳-۱- ضمانت اجرای شروط نزد شافعیه

در خصوص ضمانت اجرای این شروط از جمله دادن رهن، در صورت تخلف از تسلیم رهن، اجبار را جایز نشناخته‌اند؛ زیرا با فسخ، ضرر از بین می‌رود (شربینی، ۱۹۹۷، ۲، ۴۴). آن‌چنان‌که یکی از خيارات که به‌صراحت در این مذهب شناخته شده، خيار امتناع از وفای به شرط صحيح مانند شرط اعطاء رهن و كفيل در بیع می‌باشد (زحیلی، ۱۹۸۵، ۴، ۵۲۱). در خصوص شرط آزاد نمودن برده در «المهذب» آمده است: «اگر شخصی چیزی را بخرد به شرط اینکه برده‌ای را آزاد کند و سپس امتناع نماید، دو وجه صادق است، یکی اینکه: او را اجبار کنند، زیرا آزادی بر او شرط شده است و اگر امتناع نماید، اجبار می‌شود. دوم: اجبار نمی‌شود، بلکه برای بایع خيار فسخ ثابت می‌شود؛ زیرا مشتری آن را در مقابل عوض مالک شده است و شرط برای بایع نیز حقی ایجاد می‌نماید. پس اگر وفا نشد برای بایع خيار است، مانند رهن» (شیرازی، ۱۹۹۶، ۳، ۲۰۱). نزد شافعی هر دو قول اجبار یا فسخ وجود دارد ولی قول غالب همان است که اجبار مشروط‌علیه جایز نیست و تنها حق فسخ ایجاد می‌شود.

### ۶-۴- دیدگاه حنابله

از دیدگاه حنابله نیز شروط صحيح به اقسام زیر تقسیم شده است: ۱) بعضی از حنابله تمسک جستند به اینکه آن شرطی مورد تایید است که مقتضای عقد باشد و بعضی از شروط را استثناء کردند، که عبارت‌اند

از: الف) شرط خیار از سه روز بیشتر باشد، اشکال ندارد. ب) فروشنده شرط کند در منفعت مبیع فروخته شده شریک باشد. دلیل حنابله برای اینکه استثنائاتی را در مقتضای عقد قائل شدند، این بوده که: هر شرطیکه مخالف مقتضای عقد باشد، باطل است مگر شرطی که مصلحت متعاقدين در آن باشد (بهوتی، ۱۹۹۷، ۵، ۹۱-۹۵). ۲) همان‌گونه که بیان گردید، شرط دوم شرطی است که مصلحت عقد یا متعاقدين به آن تعلق می‌گیرد و شروطی که واجد منفعت مباح و معلومی برای یکی از متعاقدين باشد، زیر این عنوان درج می‌شود. (ابن‌قدمه، ۱۹۹۷، ۶، ۴۹-۵۱). ابن تیمیه در مذهب حنبلی دست به ابداعی عظیم زد و اصل در عقود و شروط را جواز و صحت دانست مگر آنکه بر تحریم و بطلان آن نصی یا قیاسی دلالت کند. البته اختلافی که میان حنابله و شافعیه و احناف وجود داشته به اختلاف در روایات ماخوذه نیز برمی‌گردد. مثلاً در خصوص شرط سکونت بایع در مبیع برای مدت معین، فقهای حنبلی قائل به صحت شرط هستند؛ اما فقهای شافعی و حنفی با وجود منفعت موجود در شرط قائل به بطلان شرط می‌باشند. ایشان در تحلیل نظر خود به روایت پیامبر اکرم(ص) که بیع دارای شرط را باطل اعلام کرده استناد می‌جویند (شرینی، ۱۹۹۷، ۲، ۴۶؛ ابن نجیم، ۱۴۱۸، ۶، ۱۴۵). اما حنابله تفسیر روایت مذکور را به نحوی که شافعیان و حنفیان بیان می‌دارند، نمی‌پذیرند و معتقدند پیامبر اکرم(ص) از بیعی که دو شرط داشته باشد، نهی کرده است؛ نه از بیعی که دارای شرط است و این دو شرط، شرط مخالف مقتضای عقد و شرطی است که مصلحتی را محقق نسازد (بهوتی، ۱۹۹۷، ۲، ۴۹۵).

#### ۴-۴-۱- ضمانت اجرای شروط نزد حنابله

در خصوص ضمانت اجرای این شروط همان‌گونه که آمد شرط نوع اول شرط در مفهوم خاص نیستند و اثری جز تأکید بر مفاد عقد ندارد. اما در خصوص شروط نوع دوم یعنی، شروطی که به مصلحت عقد یا متعاقدين تعلق می‌گیرد، اجبار مشروط‌علیه به وفای به شرط جایز شناخته شده است. پس شرط جائز و واجب‌الوفاست (زحیلی، ۱۹۸۵، ۴، ۲۰۳).

اما برخی معتقدند که شروطی که مصلحت عقد یا متعاقدين به آنها تعلیق می‌گیرد شرط اعطاء رهن یا دادن ضامن، وفای به آن لازم، و در غیر آن، برای شرط‌کننده حق فسخ بیع، به سبب از دست رفتن شرط یا عوض آنچه که به سبب شرط از دست رفته است، را دارد. بنابراین نوع دیگری برای شروط ذکر کرده‌اند و آن شرطی است که واجد منفعت معلومی برای یکی از متعاقدين باشد، مثل اینکه شخصی خانه‌اش را به



شرط سکنی یک ماه در آن یا به شرط حمل متاعی به محل معین بفروشد، در این شروط بایع به آن اجبار می‌شود (بهوتی، ۱۹۹۷، ۲، ۴۹۶).

ولی باید گفت اگرچه مثال‌های سنتی برای شرطی که به مصلحت عقد یا متعاقدين تعلق می‌گیرد همان دادن رهن و ضامن است و آن شروط لازم‌الوفاست. لازم به ذکر است که در فقه اهل سنت منظور از ملزم نمودن، اجبار نمودن وی است و صاحب مصادر الحق نیز تفکیکی بین رهن و ضمان از غیرشروط دیگر در مذهب حنبلی قائل نشده و همه را ملزم‌الوفاء می‌داند، ولی این امر باعث تفکیک این قسم از شروط و داخل نمودن آنها در تحت عنوان شروط مصلحت عقد یا متعاقدين و خارج نمودن، سایر شروطی که حاوی منفعتی معلوم و مباح برای طرفین است از شمول این عنوان نمی‌شود. زیرا، شرط رهن و ضمان از جمله شروطی است که مصلحت عقد یا متعاقدين به آن تعلق می‌گیرد و سایر شروط نیز از زمره‌ی شروطی هستند که مصلحت متعاقدين به آنها تعلق می‌گیرد. به نظر می‌رسد که این اختلاف ناشی از اختلاف در مبانی است. اصولاً در فقه حنابله و در نزد برخی مالکیه نیازی به تفکیک بین شروط ملائم با مقتضای عقد که از جمله این شروط، اعطاء رهن یا ضامن می‌باشد، از شروطی که مصلحت عقد یا متعاقدين به آن تعلق می‌گیرد نیست؛ چراکه در نظر اینان ضروری نیست که شرط منافعی مقتضای عقد نباشد بلکه همین که شرط مخالف ارکان اساسی عقد که شرط خلاف آن باعث از بین بردن غایت شرعی از عقد می‌شود، نباشد، برای صحت آن کافی است (زرقاء، ۱۹۸۹، ۲۳۷).

در واقع محققین حنابله چون ابن قیم و ابن تیمیه از پایه‌گزاران این فکر در فقه اهل سنت و علی‌الخصوص مذهب حنابله هستند (ابن تیمیه، بی‌تا، ۲۵۶). لذا برخلاف مذهب حنفی که شرط اعطاء رهن یا کفیل را از جمله شروط ملائم با مقتضای عقد قرار می‌دهد، برخی مالکیه و حنابله از تئوری مقتضای عقد عدول کرده و شروط مزبور را داخل عنوان شرطی که به مصلحت عقد یا متعاقدين به آن تعلق می‌گیرد، قرار می‌دهند. به این دلیل این شروط (شروط ملائم با مقتضای عقد مانند دادن رهن یا ضامن) و شروطی که واجد منفعتی برای یکی از متعاقدين است در مذهب حنفی به عنوان شروط مورد تعامل مردم در کنار هم ذکر شده‌اند و احکام یکسانی برای آنها جاری است.

## ۶-۵- مذهب امامیه

به طور کلی سه دیدگاه در میان فقهای امامیه مطرح شده است که یکی بطلان عمل حقوقی مغایر با

شرط، دیگری عدم نفوذ و دیدگاه سوم صحت عمل حقوقی مزبور است که در ذیل به بررسی هریک از این دیدگاه‌ها می‌پردازیم.

### ۶-۵-۱- بطلان عمل حقوقی مغایر شرط

براساس این نظریه، معاملات معارض با شرط باطل است و اجازه بعدی مشروطه باعث تصحیح عقد منافی نمی‌شود. در تایید نظریه بطلان عمل حقوقی مغایر شرط چند دلیل را بیان می‌کنیم.

۱. معاملات معارض با حق شرط مورد نهی قرار گرفته است زیرا امر به وفای شرط، مقتضی نهی از سایر تصرفات ضد آن است و مقتضای نهی، بطلان است؛ خواه به این دلیل که نهی، ارشاد به بطلان است و خواه به این دلیل که بین نهی فعلی و انجام دادن آن تصرف، تنافی وجود دارد (خویی، ۱۳۷۷، ۷، ۳۴۰).  
 ۲. در نتیجه شرط، برای مشروطه نوعی حق ایجاد می‌شود؛ هرچند که این حق به عمل مورد شرط، مانند بیع یا عتق تعلق دارد. پس معامله مخالف با شرط، موجب تضییع حق مشروطه می‌گردد؛ بنابراین چنین معامله‌ای باطل است (امام خمینی، ۱۴۰۹، ۵، ۳۴۷).  
 ۳. عمل به شرط واجب است و انجام بیع و سایر تصرفات منافی با آن، موجب می‌شود که انجام شرط، با اراده خود مشروطه نامقدور گردد و انجام دادن کاری که موجب معصیت می‌شود معقول نیست (همان، ۱۴۰۹، ۵، ۳۴۷).  
 ۴. وجوب عمل به شرط موجب می‌شود که سلطنت و توانایی مشروطه‌علیه محدود گردد و تنها توانایی انجام دادن شرط را داشته باشد؛ بنابراین تصرفات منافی با شرط صحیح نیست (همان، ۳۴۷).  
 توضیح بیشتر اینکه وجوب وفای به شرط مقتضی نهی از ضد آن است و چنین نهی‌ای موجب می‌شود که سلطنت مالک، یعنی مشروطه‌علیه، از سایر تصرفات سلب شود؛ بنابراین قرارداد منافی با شرط، به تصرف در متعلق نذر یا معاملات ممنوع، مانند فروش برده‌ای مسلمان یا قرآن به کفار، شباهت دارد و چنین معامله‌ای باطل است و حتی اجازه مشروطه‌علیه نیز موجب تصحیح آن نمی‌شود؛ چون نفوذ قرارداد منافی منوط به این است که مالک سلطنت بر انعقاد آن داشته باشد و شارع او را مؤاخذه نکند؛ درحالی‌که عین مورد شرط، متعلق حق غیر است و مالک، شرعاً از تصرفات دیگر ممنوع است و این منع شرعی موجب می‌شود که مشروطه‌علیه از عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» خارج گردد؛ منع شرعی همانند منع عقلی است و باوجود آن، مالک توانایی تصرف در مال خود را ندارد (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ۳، ۲۶۳-۲۶۴).  
 ۵. در شرط فعل، نه تنها فعل مشروطه‌علیه، متعلق حق مشروطه است، بلکه عین مورد شرط نیز متعلق حق مشروطه است؛ مثلاً شرط

فروختن عین، موجب تعلق حق مشروطه به آن عین می‌شود و مشروطه‌علیه باید آن را نگهداری کند و به مشروطه منتقل نماید، و تصرف در متعلق حق غیر، باطل است (امام خمینی، ۱۴۰۹، ۵، ۳۴۸-۳۴۷).

پاسخی که به این دلیل داده‌اند این است که: ۱. اولاً در جای خود ثابت شده است که امر به شیء مقتضی نهی از ضد نیست (امام خمینی، ۱۳۷۳، ۲، ۷-۲۰). ثانیاً دلیل وجوب وفای به شرط نمی‌تواند برای متعلق شرط، مانند عنوان بیع، وقف، خیاطی کردن و امثال آن، «امر» درست کند؛ زیرا موضوع وجوب در دلیل شرط، وفای به شرط است و معقول نیست تکلیف از یک عنوان به عنوان دیگر یا از یک عنوان به مصادیق عنوان دیگر سرایت کند؛ برای مثال متعلق امر در وجوب اطاعت از پدر، عنوان «اطاعت» است و معقول نیست که عنوان اطاعت، حاکی از متعلق امر پدر- مثلاً دوختن لباس- یا حاکی از مصادیق ذاتی آن باشد. همچنین معقول نیست که امر متعلق به «اطاعت»، به‌عنوانی دیگر یا به مصادیق عنوانی دیگر تعلق یابد. بنابراین دلیل شرط نمی‌تواند متعلق شرط یا مصادیق آن را واجب کند؛ بلکه آنچه واجب است، خود شرط و مصادیق ذاتی آن است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱، ۱۹۳). ۲. پاسخ به این نظریه بطلان این است که: صحت وضعی قرارداد منافی منوط به این است که تمام شرایط صحت و اعتبار را داشته باشد و اگر تمام شرایط جمع بود، معامله صحیح است. اینکه قرارداد منافی با شرط، موجب تضييع حق مشروطه می‌گردد، باعث بطلان قرارداد نمی‌شود، بلکه حداکثر این است که تضييع حق مردم است و حرمت تضييع حق دیگران، موجب حرمت معامله نمی‌شود؛ بر فرض که این حرمت، موجب حرمت معامله شود، نه تنها موجب بطلان آن نیست، بلکه ممکن است دلیل بر صحت آن باشد (امام خمینی، ۱۴۰۹، ۵، ۳۴۷). ۳. پاسخ به این نظریه گفته‌اند: در قواعد کلی شرعی، مزاحمات، معارضات، لوازم یا ملزومات لحاظ نمی‌شود؛ و حرمت انجام چیزی که موجب معصیت است، دلیل خاصی ندارد؛ بنابراین صحت معامله حرام نیز با مانعی مواجه نیست، چه رسد به معامله‌ای که مستلزم حرمت است (امام خمینی، ۱۴۰۹، ۵، ۳۴۷). ۴. پاسخ به این نظریه این است که: اینکه وجوب عمل به شرط، موجب محدود شدن سلطنت مشروطه‌علیه و ناتوانی شرعی او از معامله می‌گردد، معنای محصلی ندارد و توهمی بیش نیست (امام خمینی، ۱۴۰۹، ۵، ۳۴۷). از این گذشته، بر فرض پذیرش اصل مطلب، اینکه بحث ما از مصادیق و صغریات آن باشد، مبتنی بر این نکته است که وجوب وفای به شرط را، همانند وجوب وفای به نذر، یک حق الهی و حکم تکلیفی محض به حساب آوریم، نه یک حکم وضعی، اما پذیرش این مبنا دشوار است؛ زیرا اگر حق ناشی از شرط، صرفاً یک حق الهی و حکم تکلیفی بود، با اسقاط و گذشت مشروطه، ساقط نمی‌شد؛ درحالی که فقها متفق‌اند که اسقاط حق

توسط مشروطه، در غیر از مواردی مانند عتق امکان‌پذیر است و موجب سقوط حق وی می‌شود؛ بنابراین تکلیف وجوب عمل به شرط با تکلیف وجوب عمل به نذر یکسان نیست. تکلیف ناشی از شرط، یک تکلیف تبعی و تابع حکم وضعی و دائر مدار آن است و چنین تکلیفی نمی‌تواند ادله سلطنت را تخصیص بزند (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ۳، ۲۶۳-۲۶۵).

۵. در پاسخ به این دلیل نظریه بطلان چنین گفته‌اند که: اولاً در مورد بحث ما حق تنها از شرط نشأت گرفته و شرط فعل نمی‌تواند به خود عین تعلق گیرد، بلکه متعلق شرط، فعلی است که شرط به آن اضافه می‌شود؛ مانند بیع، وقف و امثال آن. وقتی شرط به عین تعلق نگیرد نمی‌توان از آن، حقی را نسبت به عین انتزاع کرد و اگر گفته شود که مشروط‌علیه نسبت به عین نیز حق دارد، سخنی مجازی است. اضافه متعلق حق به چیزی دیگر، موجب پیدایش حق نسبت به آن چیز نمی‌شود؛ همان‌طور که خیار، حق متعلق به عقد است و عقد به عوضین اضافه می‌شود؛ اما این اضافه موجب نمی‌شود که عوضین نیز متعلق حق باشند. حتی می‌توان گفت معقول نیست حق متعلق به فعلی که به عین اضافه شده، به خود آن عین تعلق دارد؛ چون بین آن دو، اختلاف رتبه وجود دارد. باید بین اجزای موضوع مرکبی که متعلق حق است، نوعی وحدت وجود داشته باشد و در امور طولی چنین وحدتی وجود ندارد؛ ثانیاً اگر در تعلق حق به عین شک شود، با تمسک به استصحاب مرتفع می‌شود (امام خمینی، ۱۴۰۹، ۵، ۳۴۸).

## ۶-۵-۲- عدم نفوذ عمل حقوقی مغایر شرط

این نظریه به لحاظ آنکه در هر حال و بنا بر فرض اولیه مشروطه ذینفع در اتیان شرط از جانب مشروط‌علیه بوده و این نفع نیز خود مشروع و محترم است، لذا در واقع می‌توان او را دارای حقی دانست که با ایقاع عمل حقوقی منتهی‌عنه توسط مشروط‌علیه مورد تجاوز قرار گیرد. به بیان دیگر، مقتضای توافق طرفین در درج شرط ضمن عقد نیز ایجاد چنین حقی برای مشروط‌ه بوده لذا هرگونه اقدام مغایر منوط به اذن قبلی یا اجازه بعدی اوست. سنگ بنای اولیه این نظریه نیز همین نکته است که در اثر شرط نوعی حق مالکیت برای مشروط‌ه ایجاد می‌شود که هرچند تمامی اوصاف مالکیت را دارا نیست لیکن تجاوز بدان بدون رضایت صاحب آن روا نمی‌باشد و لذا همان‌طور که انجام معامله به صورت فضولی و بدون جلب رضایت قبلی مالک، مطابق ادله مفصلی که در این باب ارائه شده است (انصاری، ۱۳۷۹، ۱، ۲۴۱) غیرنافذ بوده و با تنفیذ و اجازه از سوی مالک اعتبار و نفوذ خود را باز می‌یابد، به همان صورت در بحث حاضر نیز

عقدی که بدون اعتنا به حق مشروطه واقع گردیده منوط به تنفیذ بعدی او می‌باشد. در نتیجه هم حق مشروطه محترم و مصون از تعرض باقی می‌ماند و هم اصل اعتبار معامله واقع شده یکسره دستخوش بطلان نخواهد شد.

به نظریه عدم‌نفوذ می‌توان انتقادهایی را وارد کرد که از یک سو مالکیت اصیل در معاملات فضولی شرط جریان ادله و مبانی ارائه شده در باب عدم نفوذ است. بدون وجود چنین حقی اصولاً حکم به عدم نفوذ و امکان تنفیذ بعدی از سوی مشروطه که به تحکم و ادعای بلاوجه و دلیل می‌باشد و در مساله مورد بحث ما، نیز امکان وجود «گونه‌ای حق مالکانه» برای مشروطه با تردید جدی مواجه است و چنین نیست که بتوان هرگونه نفع یک‌طرفه را در وجود یا عدم امری، حق مالکیت دانست. در واقع، حصول مالکیت نیازمند سبب خاص است و تا وقتی قطع بر حصول آن برای شخصی حاصل نشود، اصل، عدم آن است. البته این سخن به معنی نفی ذی‌نفع بودن مشروطه در ایفای شرط نخواهد بود.

از سوی دیگر، حکم عدم‌نفوذ حتی در معاملات فضولی نیز حکمی خلاف قاعده و استثنایی و (قائم به نص) است که بایستی در جاری‌نمودن آن به قدر متیقن اکتفا نمود و از توسعه‌دادن دامنه شمول آن خودداری کرد. جاری‌کردن حکم مذکور در فرض حاضر براساس یک قیاس باطل صورت گرفته و مصداق تفسیر موسع از حکم استثنایی عدم‌نفوذ است. بنابراین استناد به نظریه عدم‌نفوذ در این مورد هرچند به مصلحت هر سه طرف مسأله است لیکن با دشواری‌هایی مواجه است.

### ۶-۵-۳- صحت عمل حقوقی مغایر شرط

فقهایی مانند مامقانی و میرزا فتاح شهیدی تبریزی فسخ ناشی از تخلف از شرط عدم فسخ را نافذ و معتبر شمرده و تخلف از شرط را فقط از جنبه تکلیفی حرام دانسته‌اند ولی این امر را موجب بی‌تأثیری فسخ تلقی نکرده‌اند (شهیدی تبریزی، ۱۴۰۷، ۴۲۱).

تخلف از شرط عدم فسخ نه تنها موجب بی‌تأثیر بودن حق فسخ نیست بلکه برخلاف سایر موارد که تخلف از شرط، موجب ایجاد حق فسخ برای مشروطه می‌شود در مورد تخلف از شرط عدم فسخ، حق فسخ ایجاد نمی‌شود (حسینی روحانی، ۱۴۱۸، ۱۷، ۶۴). دلیل عدم ایجاد حق فسخ در مورد حاضر این است که با پذیرش اثر فسخ، عقد از بین رفته و خیار تخلف از شرط موضوع خود را از دست می‌دهد. اصفهانی ضمن قبول نفوذ و اعتبار فسخ واقع شده در حاشیه المکاسب، استدلال شیخ انصاری را در مورد عدم‌تأثیر

فسخ مبنی بر اینکه شرط عدم فسخ مستلزم عدم سلطه و اختیار مشروط‌علیه بر ترک شرط است، این‌گونه مورد نقد قرار داده که سلطنت گاهی جنبه تکلیفی دارد و گاهی جنبه وضعی. در سلطنت تکلیفی که با شرط رفع می‌شود، شخص رخصت و اختیار را از دست می‌دهد و تخلف از شرط بر وی حرام می‌شود؛ ولی اینکه حرمت مقتضی فساد فسخ باشد محل بحث است و از طرفی دلیلی بر اعتبار رخصت و اباحه تصرف در نفوذ معاملات نه شرعاً و نه عقلاً وجود ندارد. ایشان همچنین اضافه نموده است که حرمت فسخ به دلیل وجوب ترک فسخ ناشی از شرط عدم فسخ، محال است که مقتضی فساد و عدم تحقق فسخ باشد. در غیر این صورت، از وجود شرط عدم آن لازم می‌آید (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸، ۴، ۱۱۰).

محقق یزدی نیز در حاشیه المکاسب ضمن قبول نفوذ و تأثیر فسخ، دلایل شیخ انصاری را در مورد عدم تأثیر فسخ مورد نقد قرار داده است، از جمله اینکه وجوب وفای به شرط مقتضی ترتب آثار شرط نمی‌باشد، بلکه مقتضی وجوب عمل به شرط است. بنابراین در ما نحن فیه، عموم وجوب وفا، مقتضی وجوب ترک فسخ است، نه مقتضی عدم ترتب آثار فسخ. چنان‌که در عکس آن یعنی شرط فسخ نیز چنین است؛ بدین معنا که وجوب عمل به شرط مقتضی ایجاد و انشای فسخ است نه مترتب کردن اثر فسخ بدون انشای فسخ (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ۲، ۱۱-۱۲). طرف‌داران این نظریه، عمدتاً به رد نظریه بطلان و عدم تأثیر اشاره دارند. باین‌حال، با تامل در پاسخ ایشان به دیگر نظریات، مبنای نظر ایشان روشن می‌شود: قرارداد معارض، تمام اجزا و شرایط یک قرارداد صحیح را دارد. تنها مانعی که ممکن است بر سر راه صحت و نفوذ چنین قراردادی تصور شود، تعلق حق مشروط‌له به عین مورد شرط است؛ اما چنین مانعی اصلاً وجود ندارد؛ چون حق مشروط‌له به عین مورد شرط تعلق ندارد، بلکه در درجه اول به یک فعل یا ترک فعل تعلق دارد و به واسطه آن به عین تعلق می‌یابد؛ برای مثال اگر شرط شده باشد که مشروط‌علیه خانه معینی را به مشروط‌له بفروشد، حق مشروط‌له به بیع تعلق دارد، نه به خانه‌ی آن. بین حق مشروط‌له و خانه، یک فعل یعنی بیع واسطه شده است؛ بنابراین بین آنها اختلاف رتبه وجود دارد (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱، ۱۹۷).

## ۷- دیدگاه حقوق دانان

حقوق دانان در مورد ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل، نظریه یکسانی ندارند؛ البته این مطلب به‌صراحت در آثار ایشان دیده نمی‌شود، بلکه جمع‌آوری نظراتشان ما را به چنین نتیجه‌ای می‌کشاند. دیدگاه غالب حقوق دانان ایران در مورد ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل برگرفته از فقه امامیه می‌باشد که قائل

به عدم نفوذ می‌باشند. ما هم در این مقاله در مورد ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی، چهار دیدگاهی را که حقوق دانان مطرح کرده‌اند بیان می‌کنیم:

(۱) برخی از حقوق دانان ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل را از ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل مثبت تفکیک کرده و ضمانت اجرای مقرر از سوی قانون‌گذار در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق. م. را به‌طور تلویحی به شرط فعل مثبت اختصاص داده‌اند و در مورد شرط فعل منفی صورت‌هایی را در نظر گرفته‌اند. ولی هرگاه شرط فعل منفی، انجام ندادن یک عمل حقوقی مثل نفروختن زمین یا اجاره ندادن ساختمان باشد، تخلف مشروط‌علیه را موجب ایجاد حق فسخ برای مشروط‌له دانسته‌اند؛ زیرا با درج شرط به سود مشروط‌له، حقی برای او ایجاد می‌شود و وی معامله مشروط را با لحاظ شرط فعل حقوقی منفی انشاء کرده است لذا در صورت تخلف از شرط می‌تواند معامله را فسخ کند (شهیدی، ۱۳۹۴، ۱۵۰).

(۲) برخی دیگر بدون تفکیک بین شرط فعل مثبت و منفی، ضمانت اجرای هر دو را همان حکم مقرر در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ دانسته‌اند (امامی، ۱۳۶۸، ۱، ۲۸۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۱، ۳۰۵). بدین معنا که اگر فعل، قائم به شخص مشروط‌علیه نباشد، ابتدا الزام می‌شود و در صورت عدم تمکین، فعل مزبور به‌وسیله شخصی دیگر با هزینه مشروط‌علیه انجام می‌گیرد و مشروط‌له حق فسخ ندارد؛ ولی اگر قائم به شخص باشد، ابتدا مشروط‌علیه الزام می‌شود و در صورت عدم تمکین، مشروط‌له حق فسخ عقد مشروط را خواهد داشت. انتقادی که بر این نظریه وارد است، این است که وضعیت حقوقی عمل حقوقی را 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 بدون توجه به شرط، آن را فروخته باشد، این معامله چه وضعیتی دارد؟ و چگونه می‌توان مشروط‌علیه را ملزم به اجرای شرط نمود؟ و انتقاد دیگر این است که در این دیدگاه به ماهیت شرط ترک فعل حقوقی توجه نشده است که با الزام به انجام شرط سازگاری ندارد و نمی‌توان در این‌گونه موارد مشروط‌علیه را به انجام شرط وادار نمود.

(۳) عمل حقوقی که برخلاف شرط انجام گرفته باطل و فاقد هرگونه اثر است؛ زیرا طبق ادله شروط، عمل حقوقی مورد نظر حرام و منهی می‌شود و نهی در معاملات نیز مقتضی فساد است. به‌علاوه لزوم وفای به شرط مستلزم آن است که مشروط‌علیه مجبور به انجام دادن آن بوده، قدرت بر ترک نداشته باشد (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۲۵۶). حقوق دان مزبور بطلان اجاره و رهن در ماده‌های ۴۵۴ و ۴۵۵ ق. م. را نیز مبتنی بر این دیدگاه دانسته و حکم مزبور را قابل تسری به سایر تصرفات ناقله و مقیده تلقی نموده است

(محقق داماد، ۱۳۷۶، ۴۶-۴۷). البته به نظر وی، بطلان در خصوص مورد به معنای مطلق آن نیست بلکه نسبی است؛ یعنی غیرنافذ است نه باطل مطلق. زیرا فرض این است که عدم حمایت قانون‌گذار به خاطر وجود حق مشروطه است و بنابراین با تحصیل رضایت او می‌توان معامله مزبور را تصحیح و تنفیذ کرد (همان، ۱۳۸۸، ۲۷۵) و بر همین اساس، ضمانت اجرای تخلف مستأجر از شرط عدم اجاره‌عین مستأجره به دیگری به شرح ماده‌ی ۴۷۴ ق.م. و همچنین معاملات معارض با حق فسخ بایع در بیع شرط را غیرنافذ دانسته و صحت آن‌ها را منوط به تنفیذ مشروطه نموده است (همان، ۲۷۶).

ضمانت اجرای تخلف از شرط عدم انتقال بطلان نیست؛ زیرا فرض این است که مالک، حق عینی متعلق به خود را انتقال داده است و التزام شخصی مالک نمی‌تواند به معامله خریدار ملک (ثالث) صدمه بزند. تخلف از تعهدهایی که مالک کرده است به طرف قرارداد (مشروطه) حق می‌دهد که به استناد خیار تخلف از شرط، پیمان خود را با عهد شکن فسخ کند و فسخ قرارداد مانع از مطالبه خسارت ناشی از عهد شکنی نیست؛ یکی وسیله جبران خسارت وارد شده و دیگری (فسخ) وسیله احتراز از آن است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۸۹). از بیان حقوق دان مزبور استفاده می‌شود که ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی در رابطه با عقود و ایقاعات یکسان است و در هر دو مورد فقط برای مشروطه حق فسخ ایجاد می‌شود و عمل حقوقی که خلاف شرط انجام شده صحیح و معتبر می‌باشد. چنان‌که ایشان در شرط عدم عزل و کیل ضمن عقد لازم می‌نویسد: در این حالت حق عزل از بین نمی‌رود و هرگاه برخلاف شرط آن را به کار برد، عزل نفوذ خود را دارد و وکالت را منحل می‌سازد 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 (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴، ۲۰۶).

## ۸- نتیجه گیری

در خصوص ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی، میان فقهای امامیه، فقهای اهل سنت و حقوق دانان اختلاف نظر است، چنان‌که سه نظریه صحت، بطلان و عدم نفوذ یا عدم تاثیر تصرفات منافی با حق شرط در آن مطرح است و هریک از طرفداران این نظریه ادله قابل توجهی در تایید نظر خود و رد نظر دیگران اقامه می‌کنند.



نظریه صحت مطلق به دلیل ایرادات جدی وارد بر مبانی آن مردود است. چون معاملات معارض با حق مشروطه، همه اجزاء و شرایط یک قرارداد صحیح را دارد. تنها مانعی که ممکن است بر سر راه صحت و نفوذ چنین قراردادی باشد، تعلق حق مشروطه به عین مورد شرط است، که چنین مانعی اصلاً وجود ندارد؛ چون این حق به عین مورد شرط تعلق ندارد، بلکه در ابتدای امر این حق به یک فعل یا ترک فعل تعلق دارد. نظریه بطلان عمل حقوقی نیز در مواردی، با دشواری‌های جدی مواجه است. به‌خاطر اینکه درست است که تضييع حق دیگران حرام است، ولی حرمت تضييع حق دیگران موجب حرام بودن معامله نمی‌شود و برفرض که باعث حرمت شود، باعث بطلان آن نمی‌شود، بلکه حتی ممکن است دلیل بر صحت آن باشد. لذا بیشتر فقهای امامیه قائل به نظریه عدم نفوذ و فقهای اهل سنت قائل به عدم تاثیرند. این نظریه هرچند با مخالفت‌هایی روبه‌روست، لیکن از یک سو این ایرادات در مقایسه با ایرادات دو نظریه فوق کمتر و محدودتر است و از سوی دیگر مصلحت متعاملین در هر دو عقد (عقد اولیه میان مشروطه و مشروط‌علیه و عقد بعدی میان مشروط‌علیه و طرف قرارداد وی) را به‌صورت همزمان رعایت می‌کند.

پذیرش چنین نظریه‌ای مورد قبول برخی از حقوق‌دانان نیز می‌باشد و با اینکه در برخی از مواد مربوط به این بحث در قانون مدنی، واژه بطلان به کار رفته است حقوق‌دانان آن را بر بطلان بدون اجازه مشروطه حمل کرده‌اند و معاملات مشمول این مواد را از مصادیق فضولی دانسته‌اند. ضمانت اجرای مقرر در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق. م. (ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل مثبت و منفی را بیان نموده است و ظاهر آن حکایت از عدم فرق ضمانت اجرای آن دو دارد) نمی‌تواند در مورد شرط ترک فعل حقوقی جریان داشته باشد، بلکه باید ضمانت اجرای مقرر در موارد فوق را به شرط فعل مثبت، اعم از مادی و حقوقی و همچنین شرط فعل منفی مادی اختصاص داد و دیدگاه‌های متعددی که در میان فقها و حقوق‌دانان و رویه قضایی در مورد ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی مطرح گردیده، خالی از اشکال نیست و فعل حقوقی (عقد یا ایقاع) که برخلاف شرط انجام گرفته، صحیح است؛ ولی مشروطه می‌تواند در قبال تخلف از شرط دو اقدام انجام دهد. اولاً می‌تواند عقدی را که شرط در ضمن آن درج گردیده، فسخ نماید و ثانیاً در صورتی که از تخلف مشروط‌علیه خسارتی به او وارد شده باشد، درخواست جبران بنماید. البته در برخی موارد مانند ازدواج و ... باید از این قاعده عمومی عدول کرد، چنان‌که قانون‌گذار در برخی موارد عدول کرده است.

## فهرست منابع

- ۱- قرآن کریم
- ۲- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم، (بی تا)، القواعد النورانیة الفقهیه، دار ابن الجوزی، عربستان.
- ۳- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم، (۱۴۰۸)، الفتاوی الکبری، دار الکتب العلمیه.
- ۴- ابن رشد، محمد، (۱۹۹۵)، بدایة المجتهد و نهایة المقتصد، دارالسلام، قاهره، چاپ اول.
- ۵- ابن عابدین، محمد بن امین، (۱۴۱۲)، رد المحتار علی الدر المختار، دارالفکر، بیروت.
- ۶- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، (۱۹۹۷)، المغنی، دار عالم الکتب، ریاض، چاپ سوم.
- ۷- ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، (۱۹۹۹)، لسان العرب، بیروت، چاپ اول.
- ۸- ابن نجیم المصری، زین الدین، (۱۴۱۸)، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، دار الکتب العلمیه، بیروت: چاپ اول.
- ۹- ابو زهره، محمد، (۱۹۷۶)، المالکیه و نظریه العقد فی الشریعه الاسلامیه، دار الفکر العربی، قاهره.
- ۱۰- الآمدی، علی، (۲۰۰۳)، الاحکام فی اصول الاحکام، دار الصمیعی، ریاض، چاپ اول.
- ۱۱- امام خمینی، روح الله، (۱۴۰۹)، البیع، اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.
- ۱۲- امام خمینی، روح الله، (۱۳۷۳)، مناهج الاصول الی علم الاصول، موسسه نشر آثار امام خمینی، قم، چاپ اول.
- ۱۳- امامی، سید حسن، (۱۳۶۸)، حقوق مدنی، کتاب فروشی اسلامیة، تهران، چاپ هفتم.
- ۱۴- انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۵)، المکاسب، کنگره شیخ انصاری، قم، چاپ اول.
- ۱۵- انصاری، شیخ مرتضی، (۱۳۷۹)، المکاسب، موسسه مطبوعات دینی، قم، چاپ اول.
- ۱۶- بجنوردی، سید محمد حسن، (۱۴۱۹)، القواعد الفقهیه، نشر هادی، قم، چاپ او.
- ۱۷- بحر العلوم، سید محمد، (۱۳۶۲)، بلغة الفقیه، مکتبه العلمین العامه، نجف اشرف، چاپ چهارم.
- ۱۸- بهرامی، حمید، (۱۳۸۱)، کلیات عقود و قراردادهای، نشر میزان، تهران، چاپ اول.
- ۱۹- بهوتی، منصور بن یونس، (۱۹۹۷)، کشف القناع، دارالفکر، بیروت.
- ۲۰- ترمذی، محمد بن عیسی، (۱۹۶۸)، سنن ترمذی، مکتبه الحلبی، مصر، چاپ دوم.
- ۲۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۲)، حقوق تعهدات، دانشگاه تهران، تهران.
- ۲۲- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۹)، مجموعه محشای قانون مدنی، گنج دانش، تهران، چاپ اول.
- ۲۳- حکیم، سید محمد تقی، (۱۹۷۹)، الاصول العامه فی الفقه المقارن، موسسه آل البیت، قم، چاپ دوم.
- ۲۴- حر عاملی، محمد بن الحسن، (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه، موسسه آل البیت، قم، چاپ اول.
- ۲۵- حسینی روحانی، سید محمد صادق، (۱۴۱۸)، فقه الصادق (ع)، دارالکتاب، قم، چاپ سوم.
- ۲۶- خرشی، محمد، (۱۳۱۷)، شرح الخرشی علی مختصر خلیل، مطبعه الامیریة، مصر، چاپ دوم.

- ۲۷- خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۲)، مصباح الفقاهه، دارالهادی، بیروت، چاپ اول.
- ۲۸- رافعی، عبدالکریم، (۱۹۹۷)، العزیز شرح الوجیز، دار الکتب العلمیه، بیروت، چاپ اول.
- ۲۹- زحیلی، وهبه، (۱۹۸۵)، الفقه الاسلامی و ادلته، دارالفکر، بیروت، چاپ دوم.
- ۳۰- زرقاء، احمد بن الشیخ محمد، (۱۹۸۹)، شرح القواعد الفقهیه، سوریه.
- ۳۱- زلمی، مصطفی ابراهیم، (۱۳۹۴)، اصول فقه کاربرد، نشر احسان، تهران، چاپ اول.
- ۳۲- زیدان، عبدالکریم، (۱۳۸۹)، الوجیز در اصول فقه، نشر احسان، تهران، چاپ اول.
- ۳۳- سنهوری، عبدالرزاق احمد، (۱۹۹۸)، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، منشورات الحلبي الحقوقیه، بیروت.
- ۳۴- سرخسی، محمد، (۱۴۲۱)، المبسوط، جلد ۷، دارالفکر، بیروت.
- ۳۵- شریبینی، محمدبن احمد الخطیب، (۱۹۹۷)، مغنی المحتاج الی معرفه المنهاج، دارالمعرفه، بیروت، چاپ اول.
- ۳۶- شهیدی، مهدی، (۱۳۹۴)، شروط ضمن عقد، انتشارات مجد، تهران، چاپ پنجم.
- ۳۷- شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، (۱۴۰۷)، هدیة الطالب الی اسرار مکاسب، دارالکتاب، قم.
- ۳۸- شیرازی، ابراهیم، (۱۹۹۶)، المهذب فی الفقه الامام الشافعی، دارالقلم، دمشق.
- ۳۹- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۲۰)، العروه الوثقی، موسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول.
- ۴۰- غروی اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۱۸)، حاشیه مکاسب، دار المصطفی لایه التراث، قم.
- ۴۱- فیروز آبادی، محمدبن یعقوب، (۱۹۹۸)، القاموس المحيط، موسسه الرساله، بیروت.
- ۴۲- فیض، علیرضا، (۱۳۸۷)، مبادی فقه و اصول، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ نوزدهم.
- ۴۳- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، اموال و مالکیت، دادگستر، تهران، چاپ دوم.
- ۴۴- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، حقوق مدنی، دوره عقود معین، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ هفتم.
- ۴۵- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ دوم.
- ۴۶- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، (۱۴۲۴)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
- ۴۷- مامقانی، عبدالله بن محمد حسن، (بی تا)، مناہج المتقین، چاپ سنگی، موسسه آل البیت، قم.
- ۴۸- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۸)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران.
- ۴۹- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۷۶)، قواعد فقه (بخش مدنی ۲)، سمت، تهران، چاپ دوم.
- ۵۰- نجفی خوانساری، شیخ موسی، (۱۳۵۸)، منیة الطالب، مطبعه المرتضویه، نجف اشرف.
- ۵۱- نجفی خوانساری، شیخ موسی، (۱۴۱۸)، منیة الطالب، تقریر درس نایینی، موسسه انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول.

۵۲- نعمت‌اللهی، اسماعیل، (۱۳۹۱)، تصرفات حقوقی منافی با حق متعهده، پژوهشکده علوم و فرهنگ اسلامی قم، چاپ اول.

۵۳- واثقی، محسن، (۱۳۹۱)، بررسی تطبیقی صحت و بطلان شرط بنایی در حقوق اسلام و حقوق ایران، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز ۱۳۹۲، صفحات ۱۷۵-۱۳۵.

