

نقدی بر مقاله

«بررسی فقهی و حقوقی

ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»*

- قاسم نخعی پور^۱
- سیدمحمد رضوی^۲
- سیدعلی رضوی^۳

چکیده

در مورد ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی میان اندیشمندان اختلاف نظر وجود دارد. در مقاله «بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی» (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۵: ش ۱۳/۱۲۹-۱۵۵) منتشر شده در دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، نگارنده از مواد قانون مدنی و دیدگاه فقیهان و حقوق دانان و رویه قضایی چنین استظهار نموده است که ضمانت اجرای شرط ترک فعل، حق فسخ مشروطه و حق مطالبه خسارت است. این نتیجه با اشکالات مبنایی عمده‌ای مواجه است؛ زیرا آن گونه

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۲/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۵/۵.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (ghasemnakhay@gmail.com).

۲. استادیار دانشگاه بیرجند (razavi1213@birjand.ac.ir).

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (razavi1515@goolemail.com).

که فقیهان بیان می‌کنند اولاً اجرای شرط ضمن عقد الزامی است؛ ثانیاً ضمانت اجرای شرط فعل حقوقی منفی یا شرط ترک فعل حقوقی، ایجاد حق فسخ نیست، بلکه باید نسبت به صحت، بطلان یا عدم نفوذ عمل انجام شده بر خلاف شرط، تعیین تکلیف نمود؛ ثالثاً شواهدی که به عنوان مؤید بر ایجاد حق فسخ از فقیهان نقل شده، صحیح نیست و هیچ یک از فقیهان قائل به صحت عمل ممنوع نمی‌باشند. در این نقد با استفاده از منابع دست اول فقهی و با روش تحلیلی، قطع نظر از مباحث موجود در کتب اصولی، با تعمق در راهکارهای متفاوت و البته کارآمدتری که در بیان فقیهان وجود دارد، این گونه نتیجه‌گیری شده است که بسته به اینکه اذن سابق بتواند منع را مرتفع کند یا خیر، حکم به عدم نفوذ یا بطلان معامله خواهد شد. از آنجا که ایقاعات بر اساس نظر مشهور فقیهان، به صورت غیر نافذ واقع نمی‌شوند، این تفکیک شامل ایقاعات نمی‌گردد و ضمانت اجرای ایقاع ممنوع، بطلان آن است.

واژگان کلیدی: منع از معامله، بطلان، عدم نفوذ، حق فسخ، رد.

مقدمه

قانون‌گذار می‌تواند انجام برخی معاملات را بنا به برخی مصالح یا به صورت موقت یا مطلق منع نماید. همین حق مادامی که به سلب کلی حقوق منتهی نشود، برای اشخاص نیز وجود دارد؛ به این معنا که اشخاص می‌توانند در مراودات مالی که با دیگران دارند، انجام برخی معاملات را منع نمایند. این منع علی‌الاصول و ابتدائاً از طریق شرط ضمن عقد در معامله ممکن است، هرچند در مواردی به دلیل مخالفت با حکم شرع یا قانون یا دلایل دیگر ممکن است باطل باشد. بنابراین استنادی که به مشهور فقیهان داده شده که آن را باطل می‌دانند (همان: ش ۱۳/۱۳۷)، صحیح نمی‌باشد. در مورد ضمانت اجرای انجام شرط ترک فعل حقوقی، میان اندیشمندان اختلاف است، این اختلاف آن گونه که مشهود است، در موارد پراکنده و از لابه‌لای بحث‌ها قابل استخراج بوده و به صورت متمرکز نمی‌توان آن را در میان کتب معتبر و دست اول فقهی یافت. آن گونه که برخی استقرا کرده‌اند، در این زمینه دست کم سه نظر عمده وجود دارد:

۱. فعل حقوقی انجام شده صحیح است، اما برای مشروطه حق فسخ وجود دارد.
۲. فعل حقوقی انجام شده باطل است.
۳. فعل انجام شده غیر نافذ است.

برخی حقوق‌دانان نیز در عین حال که اضطراب در مبانی آن‌ها مشهود است، در برخی موارد در مورد شرط ترک فعل حقوقی راهی را پیموده‌اند که شهید اول در *اللمعة الدمشقیة* در مورد شرط فعل بیان داشته است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۴۲/۱). در عبارت شهید اول که در دو جای کتاب تکرار شده، آمده است:

و کذا کل شرط لم یسلم لمشرطه فإنه یفید تخیرہ ولا یجب علی المشرط علیه فعله وإنما فائدته جعل البیع عرضة للزوال عند عدم سلامة الشرط (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۲۰).

در عبارت دوم هم چنین بیان شده است:

إذا شرط الوكالة فی الرهن لم یملک عزله ویضعف بأن المشروط فی اللازم یؤثر جواز الفسخ لو أخل بالشرط (همان: ۱۳۱).

نویسنده مقاله مذکور نیز در ضمانت اجرای شرط ترک فعل، دو نظریه بطلان و صحت را به فقیهان نسبت داده که صحیح نیست؛ زیرا فقیهان در برخورد با مسئله کسانی که شرط را الزام‌آور نمی‌دانند، عمل حقوقی انجام‌شده را صحیح می‌دانند و کسانی که شرط را الزام‌آور می‌دانند، در برخی موارد نظریه بطلان و در موارد دیگر عدم نفوذ را پذیرفته‌اند. بنابراین استناد صحت به طور مطلق به فقیهان صحیح نیست و نیز در فرض الزام‌آور بودن که نظریه مشهور فقیهان است، قول به بطلان در تمام موارد، آن گونه که در ادامه این پژوهش می‌آید، تنها قول موجود نیست، بلکه نظر برگزیده، نظریه عدم نفوذ خواهد بود.

در مورد موضوع مذکور مقالاتی به رشته تحریر درآمده است. نویسنده مقاله «ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی» (قاسم‌زاده و مرادی، ۱۳۸۹: ش ۱۵۴-۱۴۲/۶۲) منتشرشده در *مجله فقه اهل بیت*، پس از بیان سه قول در مسئله، به طور مطلق و به تبعیت از برخی اندیشمندان (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۴۷/۱)، بطلان فعل حقوقی مخالف شرط ترک فعل حقوقی را برگزیده است. نویسنده‌ای دیگر در مقاله «ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران با رویکردی بر آرای امام خمینی» (اصلائی، ۱۳۸۶: ش ۲۱-۱/۳۶) منتشرشده در *فصلنامه متین*، نظریه عدم نفوذ را دارای ترجیح دانسته است. در این مقاله، نویسنده به درستی بین شرط ترک فعل

حقوقی و اسقاط حق، تفاوت قائل شده است، در حالی که این تفاوت از دید مقاله «ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی» که بعد از آن هم نوشته شده، مخفی مانده است. در مورد شرط ترک فعل در نکاح نیز مقاله‌ای با عنوان «تعهد به عدم ازدواج مجدد در روایات و فقه امامیه» (محب‌الرحمان، صابری و قبولی، ۱۳۹۲: ش ۸۶-۶۵/۹۵) در مجله فقه و اصول به چاپ رسیده که محوریت بحث آن بررسی صحت یا فساد شرط ترک ازدواج است. نویسنده پس از بررسی مفصل روایات که حجم عمده مقاله را شامل می‌شود، صحت این شرط را نتیجه‌گیری کرده و در انتها نیز به صورت مختصر به بحث از ضمانت اجرای این شرط پرداخته و با استدلالی نه‌چندان درخور توجه، بطلان عمل حقوقی دوم را پذیرفته است.

شرط ترک فعل حقوقی غالباً زمانی مطرح می‌شود که مشروط‌علیه امکان انجام فعلی را دارد و در قالب شرط، تعهد عدم صدور آن را می‌پذیرد. به عبارت دیگر، در این موارد امکان صدور آن از مشروط‌علیه بدون وجود شرط وجود دارد، لکن زمانی که شرط می‌آید، مسئله رنگ دیگری به خود می‌گیرد.

یکی از مقالاتی که با عنوان «بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی» اخیراً در این مورد نگاشته شده، در دو محور مورد نقد قرار می‌گیرد:

محور اول اینکه به مشهور فقیهان نسبت داده است که شرط فعل منفی را معتبر نمی‌دانند. اگرچه در مورد نظریات فقیهان تقسیم‌بندی ارائه شده است، لکن از آنجا که موضوع مقاله مبتنی بر صحت شرط مذکور است، به نظر می‌رسد که در قسمت زیادی خروج موضوعی دارد. به علاوه در این مقاله ادعا شده که فقیهان در مورد اصل شرط دو گروه شده‌اند؛ برخی این شرط را قبول دارند و برخی نیز منکر آن هستند. تقسیم‌بندی نظرات فقیهان در مورد اصل شرط صحیح نیست؛ زیرا اولاً بحث در اصل صحیح بودن یا نبودن شرط مذکور نیست و فقیهانی که شرط مذکور را در برخی مصادیق باطل می‌دانند، به دلایل دیگری نظیر مخالفت با مقتضای ذات عقد یا مخالفت با شرع بوده است، نه اینکه شرط مذکور به‌خودی‌خود باطل باشد؛ برای مثال، شرط عدم فروش به نظر محقق بحرانی باطل است، نه به دلیل باطل بودن شرط ترک فعل

حقوقی، بلکه به دلیل مخالفت با اقتضای ملکیت در عقد بیع و عدم امکان سلب کلی حق فروش از مالک، و نویسنده محترم در تقسیم دوم و در تحلیل نظر فقیهان به این مسئله اشاره کرده است.

محور دوم نقد که محور اصلی نیز می‌باشد، مربوط به ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی است. نویسنده در این مورد، ضمانت اجرای ایجاد حق فسخ برای مشروطه در عقد اصلی را ارائه نموده است، لکن آن گونه که در متن مقاله می‌آید، نظر ارائه شده نه تنها صحیح نبوده، بلکه شواهدی از نظرات فقیهان نیز در این مورد دیده نشده است. تنها بر اساس نظر تعداد اندکی از فقیهان که شرط ضمن عقد را الزام‌آور نمی‌دانند، عمل حقوقی انجام شده صحیح است و برای مشروطه حق فسخ ایجاد می‌کند. همچنین در مجموع مباحث، برای ضمانت اجرای شرط ترک فعل هیچ تفکیکی بین عقود و ایقاعات صورت نگرفته و برای بحث از عقود، مثال از ایقاعات مطرح شده است که به نظر ناقص می‌رسد.

در این پژوهش، در راستای بررسی مسئله، ابتدا مبانی نظریه بطلان عمل حقوقی انجام شده، بررسی شده و هر یک از مجاری فقهی که طرفداران این نظریه به عنوان مؤید به آن استناد جسته‌اند، به صورت جداگانه بررسی و در نهایت بطلان این نظریه نتیجه‌گیری شده است.

نظریه عدم نفوذ نیز به همین صورت بررسی و اشکالات وارد بر آن تبیین شده است. در مورد نظریه ایجاد حق فسخ نیز این گونه اظهار نظر می‌شود که این نظر در عرض دو نظر دیگر نیست و در واقع با نظریه مختار ناسازگار نیست.

۱. کیفیت تعلق نهی به معامله

در کتاب‌های اصولی برای منع و نهی در معاملات، حالت‌های مختلفی بیان شده است. در ادامه برای جلوگیری از اطناب مطلب، فقط به یکی از تقسیم‌بندی‌های مذکور که به اعتبار متعلق نهی است، اشاره می‌شود. بر این اساس، متعلق نهی ممکن است یکی از موارد ذیل باشد:

۱-۱. نهی در سبب

در مواردی که نهی به سبب می‌خورد، نهایت چیزی که نهی بر آن دلالت می‌کند حرمت تکلیفیه است، اما دلالت بر فساد ندارد. به عبارت دیگر بین حرمت و فساد در این مورد ملازمه‌ای وجود ندارد؛ برای مثال، خواندن صیغه عقد نکاح در حال احرام برای دیگران حرام است، اما اگر کسی چنین کاری انجام داد و برای دیگری صیغه نکاح را جاری کرد، نکاح واقع شده و باطل نخواهد بود.

به نظر برخی فقیهان، نهی در معاملات منافات با صحت ندارد. حتی می‌توان گفت زمانی که نهی به لحاظ آثار به معامله تعلق گرفت، دلالت بر صحت می‌کند؛ زیرا اگر معامله صحیح نباشد، تکلیف به محال لازم می‌آید (حائری یزدی، ۱۴۱۸: ۱۸۹/۱).

توضیح مطلب آنکه همان گونه که صحت مساوق با وجود است، فساد نیز مساوق با عدم می‌باشد. در نتیجه زمانی که عقد فاسد باشد، اصلاً معامله‌ای صورت نگرفته است که از آن نهی و منع شود و زمانی می‌توان منع کرد که بتوان متعلق منع را در خارج انجام داد. در فرضی که نهی به اسباب تعلق گرفته، قطع نظر از مسیبات، هرچند نهی دلیل بر صحت نیست، اما منافات با صحت هم ندارد؛ زیرا این احتمال وجود دارد که عمل مبغوض باشد، اما آثار لازم را نیز به دنبال داشته باشد. برخی منع‌ها نیز به گونه‌ای است که برای بیان فساد متعلق خود وارد شده است. البته این نکته نیز فقط با کمک قراین قابل کشف است (همان). پس طبق این بیان، اصل اولی در منع، عدم فساد معامله خواهد بود.

۲-۱. نهی در مسبب

اگر متعلق نهی مسبب باشد، در مورد وجود ملازمه بین حرمت مسبب و فساد آن، میان اندیشمندان اختلاف نظر وجود دارد. برخی ملازمه را قبول ندارند (انصاری، ۱۳۸۳: ۱۶۳/۱؛ آخوند خراسانی، ۱۴۲۷: ۸۹/۲). در حالی که برخی دیگر می‌گویند وقتی مسبب مبغوض مولا باشد، نمی‌تواند آن را تنفیذ نماید (سبحانی تبریزی، درس خارج اصول، ۱۳۹۱/۹/۲۸). استناد این گروه نیز به سیره عقلاست؛ بدین بیان که در عرف عقلا زمانی که مولا مسببی را مبغوض می‌داند، نمی‌تواند از سوی دیگر آن را مشروع و قانونی بداند

و این دو با هم منافات دارد. همین منافات موجب شده است که برخی احتمال بطلان اجاره مشتری را در مدت خیار بایع به عنوان یکی از وجوه موجود در مسئله مطرح نمایند. توضیح اینکه اگر شخصی کالایی را بفروشد و در ضمن عقد برای خود شرط خیار نماید و مشتری در مدتی که بایع خیار دارد، کالا را اجاره دهد، در مورد حکم اجاره در میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. از دید شیخ انصاری اگر اجاره با اجازه ذوالخیار باشد یا به خود او اجازه داده شود، با فسخ بیع اجاره باطل نمی‌شود. اما اگر اجاره بدون اجازه ذوالخیار و به شخص ثالث باشد، دو احتمال وجود دارد؛ احتمال اول اینکه اجاره صحیح باشد، به این دلیل که عین مزبور در ملکیت موجر بوده است و احتمال دوم اینکه اجاره باطل باشد، زیرا اجاره با تسلط فسخ‌کننده بر عین منافات دارد (۱۴۱۵: ۱۴۷/۶).

از سوی دیگر برخی معتقدند که مبعوضیت در مورد معاملات، اعم از فساد است. به همین دلیل، صرف مبعوض بودن موجب فساد نیست. به عبارت دیگر، اگر نهی ارشادی باشد و بیانگر این مطلب باشد که برخی شروط باید در متعاقدين یا در موضوع و مورد عقد وجود داشته باشد، مثل بلوغ و عقل در بایع و معلوم بودن عوضین، عمل بر خلاف نهی موجب بطلان خواهد بود. لکن در مواردی که تمامی اجزا و شرایط لازم برای معامله موجود است و نهی صرفاً به مضمون معامله تعلق گرفته است، وجود نهی موجب فساد معامله نیست. مثال این مورد، نهی از بیع مصحف به کافر است. در این مثال، آنچه حرمت تکلیفی دارد، مضمون معامله یعنی مالک شدن کافر است، نه صدور آن از شخص (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۸: ۱۶۵/۱).

در برخی از آرای محاکم نیز این تفکیک دیده می‌شود، در رأی شماره ۵۰۵-۱۳۷۹/۹/۲۰-۱۷ شعبه ۱۷ دیوان عالی کشور آمده است: نهی در عبادت موجب فساد است، ولی در معاملات که در مقابل عبادات قرار گرفته، باید قائل به تفکیک شد. در نهی ارشادی، گاه نهی به مانعیت یک شیء یا لزوم شرطی در معاملات تعلق می‌گیرد که قطعاً دلالت بر فساد دارد و نهی دیگر عبارت است از نهی مولوی که خود دو حالت دارد؛ گاهی نهی به ذات سبب تعلق می‌گیرد و علماً نظر داده‌اند که این نهی مقتضی فساد معامله نیست. ولی چنانچه نهی به ذات مسبب تعلق گیرد، معامله باطل است.

۳-۱. نهی در تسبب

در این مورد هیچ یک از سبب و مسبب منهی عنه نیستند، بلکه آنچه مورد نهی واقع شده و مبعوض مولاست، تسبب است؛ یعنی طریقه وصول به مسبب (همان)، مانند موردی که از اجرای طلاق با لفظ «أنتِ خلیة» نهی شده باشد. در این صورت اگر نهی ارشاد به فساد نباشد، موجب بطلان نخواهد بود و ملازمه‌ای بین فساد و منع وجود نخواهد داشت.

برخی فقیهان نیز نهی‌ای را که به تسبب تعلق می‌گیرد، همانند نهی‌ای دانسته‌اند که به مسبب تعلق می‌گیرد و بیان داشته‌اند همان گونه که نهی در مسبب موجب بطلان عمل است، نهی در تسبب هم بطلان عمل را در پی خواهد داشت (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۰: ۳۰۰/۱).

۴-۱. نهی از تصرف در ثمن

زمانی که متعلق نهی، تصرف در ثمن یا مضمن باشد، معامله بی‌تردید باطل است (طباطبایی قمی، ۱۳۷۱: ۲۹۷/۱)؛ زیرا غرض از معامله، تصرف در ثمن است و اگر جلوی تصرف گرفته شود، بدین معنا خواهد بود که معامله اثر ندارد. به عبارت دیگر، شارع نمی‌تواند هم معامله را صحیح بداند و هم تصرف در مبیع یا ثمن را منع کند. این نکته در مورد منع ناشی از اراده افراد در قراردادها نیز وجود دارد، لکن در مقام عمل کمتر دیده می‌شود. به عبارت دیگر، آنچه در معاملات موجود بین مردم دیده می‌شود، منع از معامله است، نه منع از تصرف در ثمن یا مضمن؛ برای مثال، در متن قرارداد ذکر می‌کنند: «مشتری تا مدت یک ماه حق انتقال ندارد» یا می‌گویند: «مشتری قبل از پاس شدن چک‌هایی که بابت ثمن معامله به بائع داده است، حق انتقال مبیع را ندارد».

همچنین هیچ تردیدی وجود ندارد که گرفتن ربا حرام است و مالی که بدین طریق دریافت می‌شود، نیز سحت و حرام است (منسوب به امام رضا علیه السلام، ۱۴۰۶: ۲۵۶). اما درباره وضعیت عقد متضمن ربا، در عین اینکه بی‌تردید مورد نهی شارع است، در میان فقیهان دو نظریه وجود دارد؛ برخی آن را فاسد و باطل می‌دانند و به همین جهت در مورد عقد

قرض بیان می‌دارند که اگر قرض مشتمل بر ربا باشد، مقترض مالک عین مقترضه نخواهد شد (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۲۵). اما برخی دیگر هرچند چنین عقدی را حرام می‌دانند، در صحت آن تردید نمی‌کنند (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۹: ۴۱۰). برخی فقیهان نیز مسئله را مبتنی بر ممنوع بودن ربا یا ممنوع بودن عقد مشتمل بر ربا می‌دانند؛ در فرض اول، عقد را صحیح و در فرض دوم، آن را باطل می‌دانند.^۱

در برخی موارد، نهی از تملک زیادی در عقد ربوی، نهی در تسبب دانسته شده است و لذا احکام نهی در تسبب را خواهد داشت (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۸: ۱۶۶/۱).

در این مورد به روایت معروف *تحف العقول* نیز استناد شده است:
 وَأَمَّا وَجْهَ الْحَرَامِ مِنَ الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ، فَكُلُّ أَمْرٍ يَكُونُ فِيهِ مِمَّا هُوَ مِنْهُ عِنْدَ مَنْ جِهَةٌ أَكَلَهُ
 وَشَرِبَهُ... فَجَمِيعُ تَقْلِبِهِ فِي ذَلِكَ حَرَامٌ (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۸۴/۱۷).

امام علیه السلام در این روایت، بیع ربوی را در زمرهٔ اموری قرار داده که خود آن متضمن فساد است. در نتیجه روایت صراحت دارد در اینکه معامله‌ای که فی نفسه حرام است، از وجوه حرام بوده و فاسد خواهد بود (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۰: ۳۰۲/۱). به نظر می‌رسد که همین استدلال در این مورد، از اتقان کافی برخوردار است و حتی اگر دلالت نهی بر فساد را نیازمند وجود قرینه بر فساد بدانیم، همین روایت می‌تواند به عنوان قرینه‌ای عام به کار آید.

۵-۱. نهی‌ای که ارشاد به فساد یا تقیید و تخصیص باشد

مراد از نهی‌ای که ارشاد به فساد باشد، نهی‌ای است که وجود آن مانع از انجام معامله باشد؛ بدین صورت که شارع بیان می‌کند این معامله را واقع نکن، زیرا اصلاً قابلیت وقوع ندارد.

در آیه *﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾* (نساء/۲۴)، خداوند همهٔ زن‌ها را بر مرد حلال نموده، به جز هفت موردی که قبل از آن ذکر می‌کند، لکن در آیاتی دیگر، مواردی را

۱. در قوانین موضوعه، مقررهای در مورد صحت یا فساد عقد ربوی وجود ندارد و مادهٔ ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی، تعزیرات، ناظر به جرم‌انگاری و مجازات مرتکبان ریاست. هرچند مقررۀ فوق نسبت به بطلان یا صحت معاملهٔ ربوی ساکت است، نمی‌توان صحت را از آن استنباط کرد.

بیان می‌کند که نشان‌دهنده تخصیص عموم آیه می‌باشد؛ برای مثال در آیه ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ (نساء/ ۲۳) جمع بین دو خواهر ممنوع شده است و یا در آیه ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (نساء/ ۲۲)، از نکاح پسر با زن پدر منع شده است.

همچنین ازدواج با دو خواهر به طور همزمان به همین دلیل باطل است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۵۲۲/۲)، هرچند برخی فقیهان مرد را در انتخاب یکی از دو مورد معیر دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۵۴) که به نظر می‌رسد مراد، تخییر در زمان لحوق قبول مرد به ایجاب زن باشد.

آنچه اهمیت دارد این است که تشخیص تعلق نهی به هر یک از موارد فوق ساده نیست. حتی به نظر می‌رسد که اصولیان نیز ابتدا بطلان معامله را در نظر گرفته و سپس حکم داده‌اند که نهی به مسبب می‌خورد یا ارشاد به فساد دارد و... و به همین نحو در سایر معاملات. همچنین با توجه به این تفکیک روشن می‌شود که حکم به بطلان معاملات منهی عنه به صورت مطلق صحیح نیست؛ چه نهی آن به واسطه شرع ثابت شده باشد و یا اینکه به موجب قرارداد، منهی عنه باشد. بر این اساس، در ادامه به استقرای برخی نظریات موجود در کتاب‌های فقهی خواهیم پرداخت.

۲. ادله بطلان

۲-۱. الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً

یکی از استدلال‌های ارائه‌شده بر بطلان شرط ترک فعل حقوقی از سوی برخی اندیشمندان، قاعده «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً» می‌باشد. بر این اساس، مشروط‌علیه با التزام به شرط، ممتنع شرعی شده است و ممتنع شرعی همانند ممتنع عقلی است؛ بدین معنا که قادر به انجام دادن آن عمل نخواهد بود (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۴۶/۲).

نکته مهمی که در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت اینکه امتناع شرعی در موارد متعدد و بسیاری وجود دارد، لکن اجرای امر ممتنع به معنای بطلان آن نیست؛ برای مثال، مادر ولایتی بر تزویج فرزند خود ندارد، لکن اگر چنین عملی انجام داد و کسی را به همسری وی درآورد، عقد واقع شده باطل نیست، بلکه غیر نافذ است. مصادیق این

مسئله نیز در فقه کم نیست که به برخی از آن‌ها در ادامه اشاره خواهد شد. به عبارت دیگر، این استدلال مغالطه‌ای بیش نیست و مستدل در لفظ «ممتنع» مصادره به مطلوب کرده است. همچنین لفظ ممتنع اعم از آن است که نتیجه آن بطلان باشد یا عدم نفوذ؛ پس در برخی مصادیق استناد به قاعده صحیح است و در برخی موارد صحیح نیست و آنچه محتمل است اینکه اجرای آن در تمام مواردی که مدنظر مستدل بوده، باطل است.

۲-۲. مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی

در ماده ۴۵۴ قانون مدنی آمده است:

هر گاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود، اجاره باطل نمی‌شود، مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت، بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است.

باید توجه داشت که قانون مدنی در مواردی به جای واژه انفساخ از واژه بطلان استفاده کرده است و قدر یقینی آن است که بطلان به معنای عدم تشکیل عقد است و انفساخ به انحلال عقد در اثر عواملی غیر از اراده طرفین و آن هم از اثناء، اطلاق می‌شود. این نحوه استعمال، استبعاد ندارد؛ چرا که قبل از آن در کتب فقهی نیز این گونه استعمالات فراوان به چشم می‌خورد. مسئله تا جایی شایع است که فقیهان از قاعده‌ای به نام «بطلان کل عقد یتعدّر الوفاء بمدلولة» بحث می‌کنند و آنچه مشهود است اینکه لفظ بطلان در اکثر موارد، انصراف به انفساخ دارد.

همچنین در ماده ۴۵۵ آمده است:

اگر پس از عقد بیع، مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، مثل آنکه نزد کسی رهن گذارده، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد.

آن گونه که برخی بیان داشته‌اند، ذیل هر دو ماده صراحت دارد که اگر عدم اجاره و یا عدم رهن شرط شده باشد، اقدام به اجاره یا رهن اثری ندارد و عقود مزبور، باطل و بی‌اثر است (همان: ۴۹/۲). برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز به این مطلب اشاره کرده‌اند

(کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱/۱۴۲).

بر اساس این استنباط، معنای ماده ۴۵۴ این است که اگر شخصی کالایی را بفروشد و در ضمن فروش شرط عدم اجاره نماید، در این صورت اگر خریدار کالا را به اجاره واگذار کرد، اجاره باطل خواهد بود.

آنچه در رد این استدلال می‌توان گفت اینکه اولاً فرض ماده ۴۵۴ موردی است که با فسخ بیع، اجاره باطل می‌شود؛ یعنی از ابتدا به صورت صحیح واقع شده و تا زمان فسخ بیع استمرار داشته است. دلیل این ادعا، سیاق ماده و نحوه استثنا از صدر آن است؛ زیرا در صدر ماده آمده است: «هر گاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود، اجاره باطل نمی‌شود» و وقتی در ذیل آن بخواهد چیزی را استثنا کند، نمی‌تواند غیر از مستثنی‌منه چیزی را استثنا نماید. پس مراد از ذیل ماده باید موردی باشد که مشتری مبیع را اجاره بدهد و بیع فسخ شود و با فسخ بیع، اجاره باطل شود. با توجه به این نکته، استدلال ذکر شده از سوی برخی اندیشمندان و معنایی که به ماده نسبت داده‌اند، خدشه‌دار می‌شود، لکن یک اشکال جدید به وجود می‌آید و آن اینکه آیا ممکن است اجاره با فسخ بیع باطل شود؟ به عبارت دیگر، آیا فسخ بیع این قدرت را دارد که اجاره را باطل کند؟

در جواب از این اشکال، ذکر دو نکته لازم است: نکته اول همان مطلبی است که در بالا راجع به خلط الفاظ بطلان و انفساخ توضیح داده شد. بنابراین معنای ماده این خواهد شد که اگر کسی کالایی را به دیگری بفروشد و شرط نماید که خریدار در آن تصرفات ناقله نداشته باشد و خریدار با وجود شرط، آن را اجاره دهد، با فسخ عقد توسط بایع، اجاره مشتری هم منفسخ می‌شود و این مطلب هیچ گونه استبعادی ندارد. نکته دوم اینکه فسخ عقد، کاشف از ملکیت مشتری بر عین و منافع در مدت عقد تا فسخ است و با فسخ، ملکیت مشتری از دست می‌رود و در ادامه مدت باید اجاره فضولی شمرده شود نه منفسخ. این گونه تعبیرات در کلام فقیهان نیز مشاهده می‌شود. شهید اول در ضمن مسائلی در مورد وقف بیان می‌دارد که اگر بطن اول، عین موقوفه را اجاره دهند و در خلال مدت اجاره از بین بروند و عین موقوفه به بطن بعدی منتقل شود، فوت بطن اول، کاشف از بطلان اجاره در مدت باقی‌مانده است (عاملی، ۱۴۱۰:

۱۰۱). حتی اگر بطن اول در حالتی است که علم به عدم بقا تا پایان مدت اجاره دارد، لکن برای همان مدت که قطعاً قابلیت بقا در آن مدت ندارد، عین موقوفه را اجاره دهد، برای مدت حیاتش صحیح است و نسبت به مدت اضافی باطل خواهد بود (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۸۸/۳). برخی نیز این دیدگاه را مقتضای قواعد دانسته‌اند (تستری، ۱۴۰۶: ۴۵۳/۶).

بر اساس مفهوم ماده ۴۵۵ اگر پس از عقد بیع با وجود شرط باع علیه مشتری مبنی بر اینکه مشتری حق ندارد مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، مثل آنکه نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور خواهد شد و زوال حق نیز زمانی معنا پیدا می‌کند که حقی ایجاد شود و سپس از بین برود. به عبارت دیگر، این ماده نه تنها به درد مستدل نمی‌خورد، بلکه کاملاً علیه استدلال بر بطلان عمل حقوقی انجام شده است و بر فرض که استدلال به ماده ۴۵۴ پذیرفته شود، ماده ۴۵۵ دقیقاً در مقابل آن قرار می‌گیرد. حتی می‌توان گفت که این ماده قادر است نارسایی ماده ۴۵۴ را جبران نماید.

۲-۳. تفاوت شرط عدم فسخ و شرط سقوط خیار

برخی اندیشمندان از عبارت «فمخالفة الشرط وهو الفسخ غیر نافذة فی حقه... فیستلزم ذلك کون الفسخ الواقع لغوا» (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۷-۵۶/۵) چنین استنباط کرده‌اند که زمانی که شرط ترک عمل حقوقی در ضمن عقد مطرح شود، عمل حقوقی مشروطی که انجام شده است، باطل و لغو خواهد بود (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۴۸/۲). شیخ انصاری در بحث از صور اشتراط سقوط خیار مجلس، بین شرط عدم وجود خیار و شرط عدم فسخ تفاوت گذاشته است. در مورد دوم که به بحث ما مربوط می‌شود، می‌فرماید که در مسئله دو احتمال وجود دارد: ۱. عدم نفوذ و در نتیجه لغویت فسخ؛ ۲. نفوذ فسخ. و احتمال اول با عموم وجوب وفای به شرط موافق‌تر است. برخی از محشیان دیدگاه شیخ در این زمینه را نپذیرفته (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۶۳) و بیان داشته‌اند که اقوی همان قول دوم است؛ یعنی اگر شخصی که مشروط علیه است، عقد را به استناد خیار مجلس

۱. در این حالت که قائل به نفوذ فسخ می‌شویم، تنها فایده این شرط وجود حرمت تکلیفی در مخالفت با شرط خواهد بود.

فسخ کرد، فسخ نسبت به او نفوذ دارد؛ چرا که آنچه در این فرض شرط شده است ترک فعل است نه رفع خیار، تا بگوییم که از اساس خیاری ثابت نشده است تا قابلیت اعمال نداشته باشد. نظیر این قضیه نیز موردی است که شخصی قسم بخورد خانه‌اش را نفروشد. در این فرض اگر شخص اقدام به فروش خانه نماید، بیع متحقق می‌شود، لکن شخص حث قسم کرده است و از این باب مرتکب حرمت تکلیفی شده است (همدانی، ۱۴۲۰: ۴۷۴-۴۷۵).

همین نکته نقطه افتراق «شرط ترک اعمال خیار» و «شرط اسقاط خیار» است. در مورد دوم اصلاً خیاری ثابت نمی‌شود، اما در حالت اول، خیار ایجاد می‌شود و حتی با وجود شرط هم از بین نمی‌رود و بقای آن مشکوک نیست تا با استناد به عموم، آن گونه که برخی فقیهان احتمال داده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۷-۵۶/۵)، وجود آن نتیجه‌گیری شود. اما سلطنت بر اعمال خیار، هرچند در نگاه اول ممکن است بقای آن مشکوک باشد، لکن دلیل «البیعان بالخیار» حتی با وجود شرط، آن را اثبات می‌کند (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۱۳/۴).

دلیلی که شیخ انصاری در این زمینه می‌آورد آن است که وجوب وفای به شرط، مستلزم وجوب اجبار مشروط‌علیه بر انجام شرط و عدم سلطنت او بر ترک است که البته آن گونه که برخی دیگر از فقیهان بیان داشته‌اند، نبود سلطنت بر ترک، اگر مراد از آن سلطنت وضعی است، خود اول کلام است و اگر سلطنت تکلیفی مراد است، به درد ما نمی‌خورد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۱/۲)؛ یعنی شیخ انصاری در بیان دلیل بر این مسئله، مرتکب مغالطه شده است.

از دید برخی نیز مقتضای خیار این است که فسخ در این موارد تأثیر و نفوذ داشته باشد؛ چرا که در این فرض، خیار ساقط نشده، بلکه شرط ترک آن مطرح شده است (همان). از سوی دیگر، وجوب تکلیفی پایبندی به شرط و ترتیب اثر دادن به آن و عدم فسخ مشروط به بقای موضوع آن است و زمانی که فسخ کرد، شرطی باقی نمی‌ماند تا وفا کردن و ترتیب اثر دادن به آن واجب باشد و اگر در وجوب ترتیب اثر به آن شک ایجاد شود، خود این شک مانع تمسک به عموم است. همچنین بیان شده است که در «شرط ترک اعمال خیار» خیار از بین نرفته و موجود است و نهایت چیزی که وجود

دارد اینکه «شرط عدم فسخ» مطرح شده است و مقتضای خیار موجود هم تأثیر اعمال آن است (همان).

البته شیخ انصاری در تحلیلی بیان می‌دارد که وجوب وفای به شرط، مقتضی عدم سلطنت بر اعمال خیار است؛ چرا که ترک خیار به معنای عدم سلطنت بر فسخ است و این در حقیقت به سقوط خیار برمی‌گردد و همان گونه که در قضیه سقوط خیار، امکان اعمال آن وجود ندارد، در اینجا نیز اگر اعمال کرد، اعمال آن لغو خواهد بود. این تحلیل شیخ، مورد انتقاد برخی محشیان واقع شده و بیان داشته‌اند آنچه شرط شده و مجعول است، التزام به عدم فسخ است نه ترک فسخ و عدم آن (همان).

تحلیل دیگری که می‌توان برای مبنای شیخ از آن استفاده کرد اینکه فسخ در این شرط، مورد نهی قرار گرفته و نهی هم مقتضی فساد است. در نتیجه اگر مشروط‌علیه اقدام به فسخ نمود فسخ او فاسد خواهد بود. در جواب از این تحلیل نیز بیان شده که نهی اصلاً به معامله تعلق نگرفته است، بلکه به امری خارج از معامله تعلق گرفته است. آنچه در جواب از این اشکال می‌توان گفت اینکه نهی‌ای که در اینجا وجود دارد، به ایقاع تعلق گرفته و در نتیجه صغرای قیاس صحیح خواهد بود. آنچه محل بحث است کبرای قیاس است که آیا نهی همواره مقتضی فساد است یا خیر؟

تحلیل سومی که در این مورد می‌توان ارائه کرد اینکه وجود شرط، موجب اثبات حقی برای مشروط‌له در خیار مشروط‌علیه شده است و همین وجود حق می‌تواند مانع عمل به مقتضای خیار شود؛ چرا که در این صورت، ملکیت او بر خیار، ملکیت طلق نخواهد بود. در جواب این تحلیل نیز بیان شده است که اصلاً حقی که برای مشروط‌له ایجاد می‌شود، به خیار تعلق نمی‌گیرد، بلکه این حق بر مشروط‌علیه قرار می‌گیرد (همان).

آنچه مشهود است اینکه در این دو مورد، فقیهان عمل حقوقی انجام شده را صحیح می‌دانند و البته نمی‌توان از صحت عمل در این دو مورد، صحت آن را به طور کلی نتیجه‌گیری کرد، هرچند برخی اندیشمندان حقوق اسلامی در قسمت عکس، یعنی بطلان در یک مورد خاص و به نظر یک فقیه، بطلان کلی را نتیجه‌گیری کرده‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۴۸/۲).

البته ذکر این نکته نیز ضروری است که شاید بتوان حتی بین سخن شیخ انصاری و حاشیه‌نویسان *المکاسب* این گونه جمع کرد که مراد شیخ از بطلان فسخ، فرضی است که حق وی (یعنی ذوالخیاری که خیار خود را ساقط کرده) ساقط شده و طبق قاعده‌ای که اجمالاً در فقه اسلامی پذیرفته شده، «الساقط لا یعود»،^۱ اما محشیان سقوط را انکار نموده‌اند. به عبارت دیگر، نزاع در این مورد لفظی است و برداشت کسانی که قائل به بطلان شرط ترک فعل حقوقی هستند، صحیح نیست.

همچنین این احتمال وجود دارد که از جهت عدم نفوذ، بین ایقاع و عقد تفاوت باشد؛ به این معنا که عدم نفوذ در ایقاعات با تردید جدی مواجه است. لذا شیخ انصاری نیز در مورد اعمال خیار توسط ذوالخیاری که خیارش را اسقاط نموده، بطلان عمل را برگزیده است. لکن در عقود، چنین نظری از احتمال ضعیف‌تری برخوردار است، همچنان که خود شیخ در بحث از فروش عین مرهونه، مسئله را به گونه‌ای دیگر مطرح می‌کند. شاهد بر این مدعا که عدم نفوذ در ایقاعات با تردید جدی مواجه است، مواردی است که در آن طلاق اکراهی یا سایر ایقاعات اکراهی باطل دانسته شده است.^۲

همچنین شیخ انصاری به فقیهان نسبت می‌دهد که از دید ایشان، ایقاع به صورت مراعا و متوقف بر اجازه واقع نمی‌شود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۶۱/۴). برخی بر این مطلب، نقل اجماع نموده‌اند (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۵۷/۲۲). از سوی دیگر، برخی از محققان بیان کرده‌اند که دلیلی بر بطلان فضولی در ایقاعات بعد از حقوق اجازه وجود ندارد (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۷۶/۲). نکته‌ای که در این مورد باید به آن توجه کرد اینکه عمل فضولی عملی است که از سوی شخصی غیر از مالک یا مأذون از سوی مالک واقع می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۶۹/۱) و مالک می‌تواند آن را تنفیذ نماید. اما در فرض حاضر، چون خیار ساقط شده است، مالک نیز نمی‌تواند اعمال آن را تنفیذ نماید و موافقت بر فسخ

۱. طبق قاعده کلی، اسقاط حق قابل رجوع نیست و انشاکنده نمی‌تواند از ایقاع بازگردد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۷).

۲. الظاهر أنّ یحکم ببطلان الطلاق - هنا أيضًا - لأنّ المناط فی صحّة العقود والإیقاعات، صدورها عن الرضاء وطیب النفس، ومن الظاهر أنّ الطلاق المزبور لیس كذلك (موسوی خوئی، بی‌تا: ۳۲۷/۳).

امری جدای از فسخ است.

نمونه بارز این قسم، شروطی است که در ضمن عقد اجاره مطرح می‌شود. به موجب این شروط، مستأجر متعهد می‌شود که عین مستأجره را به اجاره بعدی واگذار نماید. در این صورت اگر مستأجر بدون توجه به شرط، عین مستأجره را به اجاره بعدی دهد، اجاره دوم غیر نافذ بوده و موجر اول می‌تواند آن را رد نماید.

از سوی دیگر، این سؤال وجود دارد که آیا در این مورد برای موجر به استناد ماده ۴۹۶ قانون مدنی، حق فسخ اجاره اول هم به وجود می‌آید یا خیر؟ برخی اندیشمندان حقوقی با تحلیل مفاد شرط به سه قسم، بین موارد متفاوت تفکیک قائل شده‌اند. در ادامه به این تقسیم‌بندی اشاره می‌شود:

۱. مباشرت مستأجر در استفاده از منافع شرط شود؛ یعنی مقصود این باشد که آنچه برای موجر اهمیت دارد، انتفاع شخص مستأجر و عدم تصرف دیگری در ملک است، هرچند که منفعت نیز به دیگری منتقل می‌شود. در این صورت مستأجر می‌تواند مالکیت منافع را به دیگری واگذار و خود از آن استفاده کند.

۲. مباشرت مستأجر در استفاده از منافع و مالکیت منافع برای او شرط می‌شود که هم مالک منافع و هم مباشر تصرف باشد. در این حالت مستأجر نه تنها حق واگذاری منفعت به دیگری را ندارد، نمی‌تواند شخص خارجی را به عنوان نماینده خود بر مورد اجاره مستولی کند و تخلف از این شرط، به موجر حق می‌دهد که اجاره را بر هم زند.

۳. به موجب شرط، حق انتقال به غیر از مستأجر گرفته شده، ولی تسلیم عین مستأجره به غیر منع نشده است. در این صورت مستأجر می‌تواند اجاره را خود پردازد و دیگری را بر مورد اجاره مسلط کند؛ برای مثال کارمندی که خانه‌ای را اجاره کرده است، به شهر دیگری منتقل می‌شود، ولی چون تا پایان مدت، منافع از آن اوست، خانه را در اختیار یکی از دوستان یا نزدیکانش می‌گذارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۴۲/۱).

به نظر می‌رسد مورد اول و سوم، در صورت احراز اصلاً محل بحث نیست، بلکه محل بحث مورد دوم می‌باشد. در این فرض ظاهراً برای موجر حق فسخ اجاره اول در نظر گرفته شده است، لکن در ادامه بیان شده است: در مورد شرط عدم انتقال به غیر باید بین موردی که عدم انتقال به غیر، قید اجاره است با موردی که عدم انتقال به غیر،

شرط در اجاره است تفاوت گذارد؛^۱ زیرا در فرض نخست، مالکیت منفعت به طور ناقص واگذار و حق انتقال به غیر از مستأجر سلب شده است. پس اگر در چنین حالتی مستأجر مورد اجاره را به دیگری اجاره دهد، عقد نافذ نیست. ولی در فرض دوم که مستأجر متعهد شده است از مالکیت کامل خود استفاده نکند و منافع را به دیگری ندهد، اجاره‌ای که بر خلاف شرط انجام شده، باطل نیست، ولی موجر حق فسخ دارد. این جدایی از نظر منطقی درست است، ولی در عرف حقوقی، هر دو به عنوان «انتقال به غیر» شناخته شده و وظیفه قاضی است که تشخیص دهد اجاره باطل است یا اینکه موجر فقط حق فسخ دارد (همان).

این تحلیل نیز از اضطراب ویژه‌ای برخوردار است؛ زیرا در قسم اول از دو قسم فوق، عقد اجاره دوم را غیر نافذ دانسته، لکن در بیان قسم دوم، از عبارت «باطل نیست» استفاده شده که موهم این مطلب است که قسم اول باطل است؛ یعنی عدم نفوذ در قسم اول را به معنای بطلان گرفته‌اند. در نتیجه در این حالت، سرنوشت عقد در اختیار موجر اول نیز نمی‌باشد، در حالی که بر اساس تحلیل ما، با توجه به اینکه موجر می‌تواند اذن دهد، باید اجازه نیز در اختیار او باشد؛ یعنی نباید عقد را باطل دانست. مؤید این تحلیل، نظر همین اندیشمند حقوقی ذیل ماده ۵۰۰ قانون مدنی است. براساس این ماده:

در بیع شرط، مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد، اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار بایع باشد، باید 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.

چرا که وی در ذیل این ماده می‌گوید:

قانون مدنی در ماده ۵۰۰، اصطلاح «بطلان» را درست به کار نبرده است و شایسته بود عقد را تنها نسبت به زمان بعد از فسخ غیر نافذ اعلام کند (همان: ۱/۱۴۳).

۱. فرق بین قید و شرط این است که شرط ارتباطی به ارکان معامله ندارد و صرفاً الزام و التزامی است که در ضمن قرارداد مطرح می‌شود، لکن قید حالتی را گویند که معامله منوط به آن است و بدون آن، معامله وجود ندارد. در نتیجه اگر قیدیت امری را پذیرفتیم، فقدان آن موجب بطلان عقد بوده، در حالی که با فقدان شرط، احکام تخلف از شرط جاری می‌شود.

لکن به علت «شایسته بودن» هیچ اشاره‌ای نشده، ولی در ادامه بیان شده است: تا زمانی که مورد اجاره به حکم قانون در تصرف طلبکار است اجاره درست است؛ زیرا در این مدت نمی‌تواند اجرت‌المثل بگیرد؛ یعنی طلبکار مالک منفعت است یا لااقل حق انتفاع دارد و از زمان اعمال خیار به بعد، اجاره فضولی است و مالک می‌تواند آن را تنفیذ یا رد کند (همان). در واقع نتیجه‌ای که این گفته به دنبال آن است، همان نتیجه‌ای است که از ضابطه مد نظر ما به دست می‌آید.

۳. نظریات استقرار شده از کتاب‌های فقهی

۱-۳. کفایت و عدم کفایت اذن سابق

برای توضیح مسئله باید گفت که منع از معامله، دو گونه می‌تواند باشد:

۱. اگر قبل از انجام عمل، اذن می‌آید، عملی که ترک آن شرط شده، صحیح می‌شد. در این صورت، اجازه بعدی هم این قدرت را دارد که عقد را تصحیح کند. به عبارت دیگر، عمل انجام شده در این مورد غیر نافذ است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۵۹/۴).
 بطلان و عدم نفوذ بیع عین مرهونه توسط راهن در زمان رهن، محل اختلاف فقیهان است؛ برخی آن را غیر نافذ و برخی دیگر باطل می‌دانند. دلیل کسانی که آن را غیر نافذ می‌شمارند، اولویتی است که از بیع فضولی استفاده کرده‌اند، با این توضیح که وقتی بیع مال غیر که به صورت کلی متعلق حق غیر است، غیر نافذ باشد، بیع مالی که به خود مالک تعلق دارد، لکن صرفاً حق خاصی برای دیگری در آن جعل شده، به طریق اولی جایز خواهد بود (همان: ۱۷۳/۴؛ مروج جزائری، ۱۴۱۶: ۵۷۲/۷). به عبارت دیگر، اگر راهی برای تنفیذ مالک یا صاحب حق قابل پیش‌بینی باشد، یعنی همین که عقد با اجازه قابلیت تصحیح دارد، بدین معناست که مخالفت با منع به معنای بطلان عقد نیست (مروج جزائری، ۱۴۱۶: ۳۳۰/۴).

۲. اگر قبل از انجام عمل هم اذن می‌آید، برای صحت عقد کفایت نمی‌کرد. در این فرض، اجازه بعدی مؤثر در سرنوشت عقد نیست؛ چرا که چنین عقدی از اساس باطل است.

۱-۱-۳. طریقه شناخت کفایت و عدم کفایت اذن سابق

الف) تعلق و عدم تعلق حق غیر به موضوع

شیخ انصاری می‌فرماید:

اگر در مبیع حقی برای غیر باشد و مالک بدون توجه به حق غیر، آن را به دیگری منتقل کند، چنین عقدی نه لازم است و نه باطل، دلیل اینکه لازم نیست این است که نتیجه این عقد، سقوط حق غیر خواهد شد و سقوط حق غیر هم بدون سبب شرعی ممکن نیست و دلیل اینکه باطل نیست اینکه در تمام مواردی که بایع استقلال در مبیع ندارد، عقد غیر نافذ و متوقف بر اجازه صاحب حق است و مقتضای جمع بین دو حق نیز همین است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۶۸/۴؛ شیرازی، بی‌تا: ۲۹۶/۹).

ب) محجوریت تکوینی و شرعی

در تعبیرات برخی فقیهان، عنوان حجر آمده است. محقق نائینی در این مورد بیان می‌کند که محجوریت بر دو گونه است:

محجوریت تکوینی؛ مانند اینکه فروشنده، صغیر، مجنون و یا سفیه است.

محجوریت شرعی؛ مانند فروش قرآن به کافر که شارع مالک را از فروش منع نموده و در واقع مالک محجور شده است یا کسی که کالایی را نذر می‌کند و نمی‌تواند آن را بفروشد.

در این موارد، اذن سابق کفایت نمی‌کند و در واقع مجرای برای اذن او وجود ندارد. در نتیجه معامله با اجازه بعدی هم قابلیت تنفیذ نخواهد داشت.

در مثال سومی که محقق نائینی برای محجوریت شرعی مطرح می‌کند، ضمانت اجرایی مطرح نمی‌شود. در این مثال آمده است: اگر کسی خانه‌ای را به شخصی بفروشد و در ضمن عقد شرط کند که خریدار آن را به دیگری نفروشد، خریدار نمی‌تواند خانه را بفروشد؛ چرا که در این مورد هم شارع مشتری را از فروش خانه منع نموده است.

در این مورد می‌توان گفت که اولاً محجوریت در این مثال، محجوریت شرعی نیست، بلکه محجوریت قراردادی است، هرچند به نحوی بتوان محجوریت قراردادی را به محجوریت شرعی برگرداند. ثانیاً ما هم قبول داریم که خریدار نمی‌تواند خانه را به

دیگری بفروشد، سخن اصلی در این است که اگر فروخت، آیا فروش وی باطل است یا متوقف بر اجازه مشروطه. البته به نظر برخی فقیهان معاصر، در این فرض فقط برای فروشنده خیار تخلف از شرط ضمنی ثابت است (سبحانی تبریزی، درس خارج اصول، ۱۳۹۱/۹/۲۸).

نکته دیگری که در مثال محقق نائینی وجود دارد اینکه اگر این مورد را از مصادیق محجوریت شرعی بدانیم و بر اساس قواعد کلی نظیر عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شرعیت آن را اثبات کنیم، باید تمام موارد منع را منع شرعی بدانیم. به عبارت دیگر، مصداقی برای غیر از این دو قسم محجوریت پیدا نخواهد شد.

۲-۱-۳. کیفیت اجرای ضابطه

با توجه به این نکته، تکلیف معاملاتی که متعلق شرط ترک فعل حقوقی هستند، در بسیاری موارد روشن می‌شود؛ برای مثال، در عقد قراض اگر مالک بر عامل شرط نماید که با شخص یا اشخاص معینی معامله ننماید، هرچند برای عامل تعدی از شرط جایز نیست، لکن اگر تعدی کرد، عقد واقع شده صحیح بوده و متوقف بر اذن مالک خواهد بود (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۴۹/۳). بر همین اساس، شیخ انصاری قیاس بیع رهن با بیع وقف را صحیح نمی‌داند و می‌فرماید که در بیع وقف، اذن سابقی وجود ندارد تا بتواند مجوز بیع وقف باشد (۱۴۱۵: ۱۵۹/۴)؛ یعنی واقف بعد از وقف نمی‌تواند به موقوف‌علیهم اذن در فروش دهد، به این دلیل که با حقوق بطون بعدی و نیز با حق الله در تعارض است، لکن در رهن صرفاً برای مرتهن حقی وجود دارد که با اذن او می‌تواند زایل یا محدود شود.

همچنین مضمون برخی روایات که در آن «من علیه الشرط» را ملزم به وفای به آن دانسته است، دلالت بر وجوب تکلیفی می‌کند، اما بطلان یا عدم نفوذ از آن استفاده نمی‌شود؛ برای مثال، در روایت جمیل بن درّاج آمده است:

فی الرجل اشتری جاریة و شرط لأهلها أن لا یبیع ولا یهب، قال لایبیع: یفی بذلك إذا شرط لهم (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵/۷).

بر این اساس، عمل به شرط لازم است، لکن ضمانت اجرای آن معلوم نیست و

نهایت چیزی که می‌شود گفت اینکه وقتی «من علیه الشرط» به شرط خود عمل نمود، مشروطه حق دارد عقد اصلی را فسخ نماید.

۳-۱-۳. اجرای ضابطه در ایقاع فضولی

نویسنده مقاله مورد بحث در مجموع مباحث خود، بین عقود و ایقاعات هیچ تفکیکی قائل نشده و برای بحث در مورد عقود، از ایقاعات مثال آورده است، لکن در مورد ایقاعات، بر فرض پذیرش قاعده کلی «الإیقاعات لا تقع مراعاة» که برخی فقیهان بیان داشته‌اند، از آنجایی که ایقاع غیر نافذ نداریم، ایقاعی را که شرط ترک آن مطرح شده است، باطل می‌دانیم. لکن اگر قاعده مذکور را نپذیریم، برای صحت ایقاع فضولی می‌توان به قاعده کفایت و عدم کفایت اذن سابق تمسک کرد؛ با این بیان که اگر کسی ایقاعی را به صورت فضولی واقع سازد که با وجود اذن سابق می‌توانست آن را واقع کند، با اجازه بعدی نیز ایقاع او تنفیذ شده و واجد اثر می‌گردد.

در مقابل، یکی از ادله‌ای که سبب اعتقاد گروهی از فقیهان به بطلان ایقاع فضولی شده است، بحث از میزان تأثیر رضایت در تحقق اعمال حقوقی است. بر این اساس، برای صحت عمل حقوقی باید رضایت صاحب حق همزمان با انشا موجود باشد و حصول آن پس از انجام عمل بی‌تأثیر است و اقتضای قضیه شرطیه نیز همزمانی تحقق شرط و مشروط است. بنابراین برای اجازه مؤخر از عمل حقوقی نمی‌توان تأثیر رضایت مقارن را تصور کرد (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳/۳۴۰).

در جواب این دسته از فقیهان می‌توان گفت که میان اذن سابق و اجازه لاحق در کشف رضای دارنده حق تفاوتی نیست و نمی‌توان یکی را بر دیگری ترجیح داد (همو، ۱۴۱۳: ۵/۵۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲/۲۷۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۸/۲۲۲؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۳/۵۰). آنچه اهمیت دارد اینکه تصرف فاقد عنصر رضا نباشد و اثر عمل حقوقی همزمان با رضا محقق باشد. به علاوه ادله لزوم رضا نیز مقید به لزوم همزمانی رضا و انشا نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲/۲۷۳).

۴-۱-۳. اجرای ضابطه در عقود امانی

علی‌الاصول تخلف از مفاد عقد، موجب بطلان آن نمی‌شود و عقد همچنان پابرجا باقی

می ماند؛ برای مثال، تعدی یا تفریط در عقود امانی، موجب تبدیل ید امانی به ید ضمانی می گردد. در تبدیل ید امانی به ید ضمانی، عقد موجد امانت از بین نمی رود، بلکه وضعیت حقوقی متصرف از امانی به ضمانی تبدیل می گردد. به عبارت دیگر، ید امانی به ید «در حکم غصب» مبدل می شود.

برای مثال، وکیل نمی تواند عملی (مادی یا حقوقی) خارج از حدود وکالت انجام دهد (ماده ۶۶۳ ق.م.ا). بر این اساس اگر وکیل وکالت در بیع داشته باشد، اجاره و صلح و سایر عقود او ممنوع است، لکن در این فرض قطعاً اعمال وی باطل نیست؛ زیرا همان گونه که اذن سابق موکل می تواند دایره اذن وی را گسترده یا محدوده نماید، براساس ضوابطی که سابقاً بیان شد، اجازه بعدی هم می تواند آن را تنفیذ نماید و این چیزی جز عدم نفوذ معامله نیست.

در همین مثال اگر وکیل عملی انجام دهد که اذن سابق موکل قادر بر آن نیست، اجازه بعدی وی هم نمی تواند عقد را تصحیح و تنفیذ نماید و چنین عقده باطل است. به همین دلیل است که در ماده ۶۶۲ قانون مدنی آمده است:
وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را به جا آورد....

۳-۱-۵. اجرای ضابطه در شرط ترک فعل حقوقی

بر طبق ضابطه فوق می توان نسبت به شروط ضمن عقدی که در قالب شرط ترک فعل یا شرط منفی مطرح می شوند، تعیین تکلیف نمود. در اکثریت قریب به اتفاق شروط ترک فعل، طرفین معامله شرطی را ممنوع می نمایند که علی الاصول و در صورت نبود شرط در معامله قابلیت اجرا داشته است. بنابراین منع همانند منع قسم اول از اقسام دوگانه فوق خواهد بود؛ یعنی اگر منع نمی آمد یا از سابق اذن وجود می داشت، معامله صحیح می بود، در نتیجه معامله ممنوع می تواند با اجازه بعدی نیز تصحیح و تنفیذ شود.

قدر متیقن این است که عمل حقوقی انجام شده بر خلاف شرط، تمام اجزا و شرایط لازم برای صحت را دارد و اگر تردید شود که نبود همین شرط ضمن عقد می تواند موجب بطلان شود یا خیر، باید گفت اولاً فرض مسئله این است که تمام شرایط مقرر برای صحت عمل حقوقی موجود است؛ ثانیاً آنچه به عنوان نهی ارشادی

مطرح است، شرط به معنای رکن است که با «شرایط» جمع بسته می‌شود، نه شرط به معنای الزام و التزام در ضمن عقد که با «شروط» جمع بسته می‌شود و حال آنکه مفقود در مقام شرط، به معنای دوم است.

با توجه به این بیان، اشکال استدلال کسانی که برای بطلان عمل حقوقی انجام شده، به اقتضای نهی در معاملات استناد کرده‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۴۷/۲)، آشکار می‌شود؛ چرا که آنچه برای صحت یک معامله معتبر و لازم است، سلطنت وضعی است و نهی حتی اگر در مقام بیان حرمت هم باشد، موجب رفع سلطنت تکلیفی می‌شود، نه سلطنت وضعی؛ چرا که هیچ منافاتی بین حرمت شیء و نفوذ آن وجود ندارد (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۲۵/۱).

از سوی دیگر باید توجه داشت که آنچه برخی فقیهان به عنوان قاعده بیان کرده و فرموده‌اند: «النهی فی غیر العبادات قد یقتضی الفساد» (عاملی، بی تا: ۲۳۱/۱)، نه تنها ردی بر آنچه گفتیم محسوب نمی‌شود، بلکه مؤید ما نیز می‌باشد؛ چرا که تمام مصادیقی که در ذیل قاعده آورده شده‌اند، یعنی مواردی که نهی شارع به خود کالای مورد معامله یا وصف لازم آن تعلق گرفته، نمونه‌ای از مواردی هستند که اذن شارع بر جواز معامله در مورد آن‌ها وجود ندارد. در نتیجه طرفین معامله هم نسبت به آن مأذون محسوب نمی‌شوند.

مؤید مسئله نیز استناد فقیهان به روایت «لا تبع ما لیس عندک» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۵/۱۰)، برای عدم نفوذ عقد فضولی است و استدلال برخی از عامه که برای بطلان فضولی به این روایت استناد جسته‌اند، توسط برخی فقیهان مردود شناخته شده است، با این استدلال که نهی در معاملات، مقتضی فساد نیست (همان) و فساد تنها مربوط به موردی است که مالک عقد را اجازه نکند (همو، ۱۴۱۹: ۴۷۸/۲).

۳-۱-۶. اشکال این نظریه

اشکال عمده این ضابطه این است که در برخی موارد، تشخیص این مسئله که اذن سابق برای صحت عقد کفایت می‌کند یا نه، خود مسئله‌ای دشوار است. به عبارت دیگر، مسئله با این شیوه حل نشده، بلکه اشکال از جایی به جای دیگر منتقل شده است. پس با وجود این راه حل باید این مسئله را پی گرفت که در هر مورد و مصداق، آیا اذن

سابق کفایت می‌کند تا داخل در قسم اول قرار گیرد یا کفایت نمی‌کند تا داخل در قسم دوم قرار گیرد. برای برون‌رفت از این اشکال و پاسخ به سؤال فوق، راهکارهایی ارائه شده است که در ادامه به آن می‌پردازیم:

الف) قابلیت اسقاط حق و عدم قابلیت آن

آنچه از کلام برخی محشیان *المکاسب* استفاده می‌شود این است که کفایت و عدم کفایت اذن سابق را می‌توان از قابلیت و عدم قابلیت اسقاط حق استنباط کرد؛ به این معنا که اگر حق از حقوق قابل اسقاط است، اذن سابق کفایت کرده و می‌تواند مصحح عقد باشد، اما اگر حق قابلیت اسقاط ندارد، ذوالحق نمی‌تواند آن را ساقط کند تا مجوزی برای انجام عمل حقوقی گردد (مروج جزائی، ۱۴۱۶: ۵۱۱/۷). در نتیجه در این مورد عمل حقوقی باطل خواهد بود. مثالی که در این مورد وجود دارد، نهی از بیع ام ولد است که این حق قابل اسقاط نیست و عدم تأثیر اذن سابق در این مورد تعبدی است (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۴۵۶/۴). در نتیجه بیع ام ولد غیر نافذ و متوقف بر اجازه او نیست، بلکه باطل است.

نکته شایان ذکر در این مورد آن است که حق، قابل اسقاط باشد یا نباشد، ممکن است متعلق به شخص ثالثی غیر از طرفین عمل حقوقی باشد (شیرازی، بی‌تا: ۲۷۱/۹) و نیز ممکن است متعلق به یکی از طرفین یا طرفی باشد که موضوع عمل حقوقی است و آنچه در این موارد محل تردید نیست اینکه اگر حق قابل اسقاط و متعلق به یکی از طرفین باشد و او با علم به وجود حق، عمل حقوقی را واقع کند، عمل وی نه تنها نافذ، بلکه لازم نیز خواهد بود.

ب) تفاوت بین شرط فعل و شرط نتیجه

اثر شرط ترک فعل، تعهد بر عدم انجام تصرفات حقوقی است، اما اثر شرط نتیجه، زوال حق تصرف است. در نتیجه اگر شرط ترک فعل ضمن عقد به صورت شرط فعل مطرح باشد، چون مشروط‌علیه می‌تواند با اذن متعهد عمل نماید، اجازه بعدی او نیز قابلیت تنفیذ عقد را دارد. اما شرط نتیجه چون همراه با زوال حق است، اعمال آن در مرحله بعد امکان ندارد، لذا اذن سابق مؤثر نیست، در نتیجه اجازه بعدی هم نمی‌تواند کاری

انجام دهد.

آنچه در این مورد اهمیت دارد اینکه زمانی که حق قابلیت اسقاط ندارد، نمی‌توان ترک آن را به صورت شرط نتیجه مطرح نمود.

۷-۱-۳. شرط مصرف وام در مورد معین

با توجه به نکته‌ای که در تفاوت بین شرط فعل و شرط نتیجه بیان شد، جواب برخی سؤالات دیگر نیز روشن می‌شود و آن اینکه اگر در ضمن عقد، مصرف خاصی برای موضوع آن تعیین شود، خواه آن عقد قرض باشد یا غیر آن، اگر شرط موجود، تعهد بر ترک سایر تصرفات باشد، تصرف بعدی غیر نافذ بوده و منوط به اجازه صاحب حق خواهد بود. اما اگر شرط، اسقاط و زوال حق تصرف باشد، تصرفات بعدی را می‌توان باطل دانست.

در استفتائاتی که از برخی فقیهان معاصر شده است، معمولاً به بیان حکم تکلیفی بسنده می‌شود و حکم وضعی قضیه مسکوت می‌ماند؛ برای مثال در یکی از این استفتائات آمده است:

سؤال: آیا جایز است قرضی را که بانک برای استفاده خاصی به اشخاص می‌دهد، در امور دیگر مصرف نمود؟

جواب: اگر آنچه را که بانک به اشخاص می‌دهد، واقعاً قرض باشد و شرط کند که حتماً باید در مورد خاصی مصرف شود، تخلف از این شرط جایز نیست و همچنین اگر آنچه را از بانک دریافت می‌کند، به عنوان سرمایه مضاربه یا شراکت و مانند آن باشد، حق ندارد آن را در غیر کاری که بانک به خاطر آن پول را در اختیار او گذاشته است مصرف نماید (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۹: ۴۱۴).

۲-۳. حق الله یا حق الناس بودن متعلق نهی

آنچه برخی فقیهان بر اساس استنباط از برخی روایات بیان کرده‌اند این است که هر عقدی که متعلق نهی در آن حق آدمی یا حق الناس باشد، منعی که در مورد آن وجود دارد، با وجود اذن یا اجازه صاحب حق برداشته شده و عقد تأثیر می‌کند. اما در مواردی که منع به دلیل تعارض با حق الله است، نه تنها امکان الحاق رضای خداوند

وجود ندارد، بلکه انجام عمل بر خلاف نهی الهی معصیت خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۵۴/۴-۱۵۵). به عبارت دیگر، هر جا عدم صحت معامله به دلیل وجود حق قابل اسقاط دیگری باشد، با اسقاط حق معامله صحیح خواهد شد (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۴/۴۵۵).

الف) روایت نکاح عبد

روایتی را که در این مورد مستند شیخ انصاری است، در ادامه ذکر می‌کنیم. محل استناد ما در این روایت این است که نکاح عبد بدون اذن ولی ممنوع و مورد نهی است. اما اگر با وجود چنین نهی‌ای عبد بدون اذن مولی اقدام به انعقاد نکاح نماید، امام فرموده است که نکاحش باطل نیست، بلکه غیر نافذ است.^۱ تعلیل امام این است که این شخص با انعقاد نکاح، خداوند را معصیت نکرده است، بلکه فقط با مولایش مخالفت ورزیده، لذا عمل انجام شده صحیح بوده و با اجازه مولی تنفیذ می‌شود (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۱۴/۲۱) و حتی در نقلی که شیخ صدوق بیان داشته است در انتهای روایت تأکید شده که این عقد همانند عقد در حال عده و امثال آن نیست که عقد باطل باشد (همان: ۱۱۵/۲۱).

آنچه مهم است اینکه نمی‌توان از این روایت استفاده کرد که هر جا عصیان خداوند باشد، معامله باطل است. بلکه آنچه در روایت آمده است این است که عبد بر خلاف قانون خداوند عمل نکرده است؛ مثلاً با عمه یا خاله‌اش ازدواج نکرده، بلکه تنها چیزی که موجود نیست، اجازه مولی است که اگر ملحق شود عقد صحیح می‌شود. به عبارت دیگر، اگر بر خلاف قانون وضعی خداوند عمل می‌کرد، باطل بود، لکن الآن چون بر خلاف آن نیست باطل هم نیست (سبحانی تبریزی، درس خارج اصول، ۱۳۹۱/۹/۲۸).

بر این اساس شاید بتوان به مسائل دیگری نیز پاسخ گفت؛ برای مثال در مسئله ازدواج دختر باکره رشیده در فرضی که اذن پدر لازم باشد، عقدی که بدون اذن او واقع شده، با اجازه‌اش تنفیذ خواهد شد.

۱. برخی فقیهان هر چند می‌گویند که نهی در معاملات، منافات با صحت آن‌ها ندارد، لکن از این روایت، ملازمه حرمت و فساد را استفاده کرده‌اند (حائری یزدی، ۱۴۱۸: ۱/۱۸۹).

ب) وقف مندور و معهود

اگر کسی نذر کند یا عهد نماید یا قسم بخورد که چیزی را به نحو خاصی وقف کند، ولی به آن شیوه خاص عمل نکند، به نظر برخی وقف او باطل است و باید وقف خود را به همان شیوه معهود یا مندور اعاده نماید (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۷۱/۴). در واقع این قسم از نذر و عهد یا قسم به این معناست که در واقع نذرکننده و قسم‌خورنده نذر می‌کند و قسم می‌خورد که به شیوه دیگر وقف نماید و وقتی بر خلاف نذر و عهد و قسم عمل کرد، عمل او باطل است.

در تحلیل این قضیه می‌توان گفت از آنجا که با هر وقفی به طور معمول سه حق ایجاد می‌شود: حق واقف، حق موقوف‌علیهم و حق‌الله (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۶/۴)، پس یکی از حقوق موجود در هر وقفی حق‌الله است. در نتیجه عمل بر خلاف حق‌الله بوده و طبق ضابطه ارائه‌شده در همین مبحث، موجب بطلان وقف خواهد بود.

۳-۳. نهی از عقد یا از امور خارجی

ضابطه دیگری که از کلام برخی استفاده می‌شود این است که اگر متعلق نهی، خود عقد باشد، عقد باطل است. اما اگر نهی به امور خارج از عقد بخورد، عقد را باطل نمی‌کند (تستری، بی‌تا: ۱۹۰) و در این مورد تفاوتی نیست که سبب نهی، حق غیر باشد. در توضیح مطلب گفته شده که امر عقود از دو حال خارج نیست:

حالت اول: سرنوشت آن‌ها منتهی به نظر مالک باشد؛ مثل عقد فضولی، یعنی ابتدائاً و بدون دخالت مالک واقع شده باشند. این عقود موقوف بر اجازه هستند.

حالت دوم: اینکه به اذن یا اجازه مالک منتهی شده یا از او صادر شده باشد؛ یعنی اصالتاً واقع شده باشد. چنین عقدی یا صحیح است و یا فاسد (همان) و نمی‌تواند متصف به عدم نفوذ شود و تعلیلی هم که در روایت مربوط به نکاح آمد و بیان شد که «لم یعص الله و إنما عصی سیده» به همین دلیل بوده که عبد مالک امر خود نیست. اما در مواردی مثل راهن و امثال آن که شخص مالک است، با تصرف معصیت خدا کرده است؛ چون در واقع نمی‌توان او را نسبت به مرتهن عاصی دانست (همان).

همین قاعده در تمام مواردی که مالک به دلیلی مانند افلاس، از تصرف در اموالش

ممنوع است، جاری می‌شود؛ مگر در مواردی که علت حجر، رعایت مصلحت خود محجور باشد که در این صورت صحت خالی از وجه نیست؛ برای مثال، شخص مفلس اگر در مال خود معامله‌ای نماید، عمل او باطل خواهد بود، بر خلاف شفعه که اصل جعل آن به دلیل رعایت مصلحت است (همان) یا سفیه که عقد او با اجازه ولی تنفیذ می‌شود.

آنچه درباره این تحلیل می‌توان گفت اینکه اگر در مالی برای دیگری حقی عینی متصور باشد، اعم از اینکه درجه اعلائی آن یعنی مالکیت عین باشد یا درجات پایین‌تر مانند حق عینی تبعی، نفوذ عقد و سرنوشت آن منوط به اذن یا اجازه صاحب حق خواهد بود. در نتیجه در مواردی نیز که عقد اصالتاً از سوی مالک واقع می‌شود، اگر برای دیگری در مال متعلق به او حقی باشد، نفوذ عقد منوط به اجازه وی خواهد بود. با توجه به این بیان می‌توان عدم صحت حالت دومی را که سابقاً بیان شد، در برخی از فروض نتیجه‌گیری کرد.

نتیجه‌گیری

علی‌الاصول اگر معامله‌ای در قالب شرط ضمن عقد و به وسیله اراده طرفین ممنوع شده باشد، باطل نبوده، بلکه غیر نافذ است؛ زیرا همان اراده‌ای که می‌توانست در قالب اذن، مجوز معامله را بدهد، می‌تواند به وسیله اجازه بعدی، معامله را تنفیذ نماید. در موارد دیگری نیز نظریه عدم نفوذ از استحکام بیشتری برخوردار است و آن گونه که از برخی فقیهان بیان شد، اگر در مال حقی برای غیر باشد و مالک بدون توجه به حق غیر، آن را به دیگری منتقل کند، چنین عقدی نه لازم است و نه باطل. دلیل عدم لزوم این است که نتیجه این عقد، سقوط حق غیر خواهد شد و سقوط حق غیر هم بدون سبب شرعی ممکن نیست و دلیل اینکه باطل نیست اینکه در تمام مواردی که با بیع استقلال در مبیع ندارد، عقد غیر نافذ و متوقف بر اجازه صاحب حق است و مقتضای جمع بین دو حق نیز همین می‌باشد.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیه کتاب المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. همو، کفایة الاصول، تحقیق عباسعلی زارعی سزواری، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۷ ق.
۳. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۵. اصلائی، حمیدرضا، «ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران با رویکردی بر آرای امام خمینی (ره)»، پژوهش‌نامه متین، دوره نهم، شماره ۳۶، پاییز ۱۳۸۶ ش.
۶. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۷. همو، مطارح الانظار، تقریر ابوالقاسم نوری تهرانی (کلاتری)، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۳ ش.
۸. تستری، اسدالله بن اسماعیل دزفولی کاظمی، مقایس الانوار و تفاسیر الاسرار فی احکام النبی المختار و عترته الاطهار، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، بی تا.
۹. تستری، محمدتقی، النجعة فی شرح اللمعة، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۶ ق.
۱۰. حائری یزدی، عبدالکریم، درر الفوائد، چاپ ششم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۱۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
۱۲. حسینی خامنه‌ای، سیدعلی، رساله اجوبه الاستفتائات، چاپ شانزدهم، تهران، پیام عدالت، ۱۳۸۹ ش.
۱۳. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، منهاج الفقاهه، چاپ پنجم، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ ق.
۱۴. حسینی شیرازی، سیدمحمد، ایصال الطالب الی المکاسب، تهران، اعلمی، بی تا.
۱۵. سبحانی تبریزی، جعفر، الوسیط فی اصول الفقه، چاپ چهارم، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۸۸ ش.
۱۶. سکوتی نسیمی، رضا، «بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، دوفصلنامه علمی پژوهشی آموزه‌های فقه مدنی، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۳، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۱۷. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة، الطبعة الحدیثه، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۸ ق.
۱۸. طباطبایی قمی، سیدتقی، آراؤنا فی اصول الفقه، قم، محلاتی، ۱۳۷۱ ش.
۱۹. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه المکاسب، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۲۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۱. همو، تهذیب الاحکام، تحقیق سیدحسن موسوی خراسان، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۲. عاملی، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، قم، کتاب‌فروشی مفید، بی تا.
۲۳. همو، اللمعة الدمشقیه، تصحیح محمدتقی مروارید و علی اصغر مروارید، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.

۲۴. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۵. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۲۶. همو، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۲۷. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۸. همو، *نهایة الاحکام فی معرفة الاحکام*، قم، مؤسسه آل‌البت علیهم السلام، ۱۴۱۹ ق.
۲۹. قاسم‌زاده، عاتکه و خدیجه مرادی، «ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی»، *فصلنامه فقه اهل بیت*، سال شانزدهم، شماره ۶۲، ۱۳۸۹ ش.
۳۰. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی؛ اقیاع، نظریه عمومی - اقیاع معین*، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۳۱. همو، *دوره مقدماتی حقوق مدنی - درس‌هایی از عقود معین*، چاپ سیزدهم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۳۲. کاشف‌الغطاء، جعفر بن خضر مالکی، *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۳۳. محب‌الرحمان، محمدعلی، حسین صابری و محمد مهدی قبولی، «تعهد به عدم ازدواج مجدد در روایات و فقه امامیه»، *مجله فقه و اصول دانشگاه فردوسی مشهد*، شماره ۹۵، زمستان ۱۳۹۲ ش.
۳۴. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳۵. مروج جزائری، سیدمحمدجعفر، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۶ ق.
۳۶. منسوب به امام رضا علیه السلام، *الفقه المنسوب للامام الرضا علیه السلام (المشهور بفقه الرضا)*، تحقیق مؤسسه آل‌البت علیهم السلام لاحیاء التراث، مشهد، کنگره جهانی حضرت رضا علیه السلام، ۱۴۰۶ ق.
۳۷. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۳۸. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۳۹. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *افاضة العوائد (تعلیق علی دررالفوائد)*، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۰ ق.
۴۰. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۴۱. همدانی، رضا بن محمد هادی، *حاشیة کتاب المکاسب*، قم، دفتر مؤلف، ۱۴۲۰ ق.

