

بررسی فقهی و حقوقی

ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی*

□ رضا سکوتی نسیمی^۱

چکیده

شروط ضمن عقد در قراردادها یکی از مهم‌ترین موضوع‌های حقوق قراردادها و در واقع تبلور اصل حاکمیت اراده در قراردادهاست. یکی از شروط ضمن عقد شرط فعل می‌باشد که به دو صورت مثبت و منفی از یک طرف و فعل مادی و حقوقی از طرف دیگر در قراردادها درج می‌شود که اثر آن بر حسب مورد، تعهد و التزام به انجام یک فعل یا خودداری از انجام آن می‌باشد. قانون‌گذار در قانون مدنی به شرط فعل مثبت و منفی در مواد ۲۳۴ و ۲۳۷ تصریح نموده ولی به شرط فعل مادی و حقوقی تصریح نکرده است. همچنین در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل مثبت و منفی را بیان نموده است که ظاهر آن حکایت از عدم فرق ضمانت اجرای آن دو دارد. در این مقاله سعی شده است به این سؤال پاسخ داده شود که آیا ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی (شرط فعل حقوقی منفی) همان ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل

مثبت می‌باشد که قانون‌گذار در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ مقرر نموده است یا باید در پی ضمانت اجرای دیگری بود. برای پاسخ به مسئله فوق ابتدا سعی شده است موضوع از دیدگاه قانون‌گذار با توجه به مصداق‌های شرط ترک فعل حقوقی در قانون مدنی، و سپس از دیدگاه فقهای امامیه و حقوق‌دانان و رویه قضایی مورد بررسی قرار گیرد و در نهایت به نظریه مورد نظر و دلایل آن که عبارت از حق فسخ مشروطه و حق مطالبه خسارت است، اشاره شده که متفاوت از ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل مثبت است.

واژگان کلیدی: باطل، شرط فعل، التزام، حق فسخ، مطالبه خسارت.

مقدمه

یکی از موضوعات مهم در زمینه قراردادهای، شروط ضمن عقد می‌باشد که تبلور اصل حاکمیت اراده در قراردادها بوده و قانون‌گذار نیز به دلیل این اهمیت، یک فصل (فصل چهارم) از فصول باب عقود و تعهدات قانون مدنی را به بیان اقسام و احکام آن اختصاص داده است.

یکی از اقسام شروط صحیح، شرط فعل منفی می‌باشد که برای ایجاد تعهد و التزام بر عهده مشروط‌علیه در قرارداد درج می‌گردد که قانون‌گذار در مواد ۲۳۴ و ۲۳۷ ق.م. آن را به رسمیت شناخته و در هر دو ماده از آن تحت عنوان «شرط فعل نفیاً» یاد کرده و آن را مفید التزام به عدم اقدام به فعل مورد نظر دانسته است.

به رغم موارد فوق، دو مطلب در قانون مسکوت مانده است: مطلب اول، انواع شرط فعل منفی می‌باشد که می‌توان آن را به دو نوع شرط فعل حقوقی و شرط فعل مادی تقسیم کرد. البته در برخی از مواد قانون مدنی، مانند مواد ۴۵۴، ۴۷۴ و ۶۷۹ عباراتی مانند شرط عدم تصرفات ناقله، شرط عدم اجاره عین مستأجره و شرط عدم عزل وکیل به کار رفته که در اینکه مراد قانون‌گذار در مواد فوق شرط فعل حقوقی منفی بوده یا شرط نتیجه منفی، در میان حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد که به آن‌ها اشاره خواهد شد. مطلب دوم، ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل حقوقی منفی یا شرط ترک فعل حقوقی است که قانون‌گذار به صراحت در این خصوص سخن نگفته است و به همین دلیل، این تردید ایجاد شده است که ضمانت اجرای مذکور در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ شامل شرط ترک فعل حقوقی نیز می‌باشد یا اختصاص به شرط فعل مثبت

اعم از مادی و حقوقی دارد و همین امر نیز موجبات اختلاف نظر حقوق دانان را فراهم آورده است. برای این منظور، در مقاله حاضر پس از بیان مفهوم شرط و اقسام شرط ترک فعل، به اعتبار شرط ترک فعل حقوقی و ضمانت اجرای تخلف از آن از دیدگاه قانون مدنی، فقهای امامیه، حقوق دانان و رویه قضایی پرداخته شده و در نهایت به دیدگاه مورد نظر اشاره خواهد شد.

۱. مفهوم شرط

قانون گذار شرط را به طور اعم و شرط ضمن عقد را به طور اخص معنا نکرده است و حقوق دانان نیز تعریف های متفاوتی را برای آن ذکر کرده اند که خالی از اشکال نیستند. شرط را بر اساس اقسام سه گانه آن (فعل، صفت و نتیجه) می توان به توافقی که بین طرفین یک عقد در ضمن عقدی انجام می گیرد تعریف کرد؛ اعم از آنکه اثر توافق مزبور، ایجاد التزام بر اقدام یا خودداری از اقدام، وجود یا عدم صفتی در مورد معامله یا تحقق امری باشد.

۲. اقسام شرط ترک فعل

شرط فعل منفی یا شرط ترک فعل با توجه به ماهیت فعل مورد شرط به دو نوع تقسیم می شود:

۱-۲. شرط ترک فعل حقوقی

شرط ترک فعل حقوقی یا شرط فعل منفی حقوقی، شرطی است که به موجب آن مشروط علیه متعهد و ملتزم به خودداری از انجام یک فعل حقوقی می شود که فعل حقوقی می تواند عقد یا ایقاع باشد مانند اینکه ضمن عقد بیع با خریدار شرط شود که از انتقال مبیع به دیگران یا از عزل وکیل خودداری کند.

۲-۲. شرط ترک فعل مادی

شرط ترک فعل مادی یا شرط فعل منفی مادی شرطی است که به موجب آن مشروط علیه متعهد می شود که از انجام یک عمل مادی خودداری نماید؛ مانند اینکه

ضمن فروش یک قطعه زمین، شرط می‌شود که خریدار از احداث ساختمان بیش از دو طبقه در آن خودداری نماید.

۳. اعتبار شرط ترک فعل حقوقی

در این قسمت بحث در این است که آیا شرط ترک فعل حقوقی اعتبار داشته و منشأ آثار می‌باشد؟ آیا شرط مزبور جزء شروط صحیح است یا جزء شروط باطل؟ این موضوع از دیدگاه قانون‌گذار مدنی و فقهای امامیه و حقوق‌دانان به ترتیب و به اختصار مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۳-۱. دیدگاه قانون‌گذار

قانون‌گذار مدنی اگرچه به صراحت در مورد اعتبار شرط ترک فعل حقوقی سخنی نگفته است، صحت آن از اطلاق بیان قانون‌گذار قابل استفاده است؛ زیرا قانون‌گذار هم در ماده ۲۳۴ و هم در ماده ۲۳۷ به صراحت از شرط فعل منفی تعبیر آورده است و با توجه به اینکه فعل مورد شرط از نظر موضوع و ماهیت، یا فعل مادی است یا حقوقی، تردیدی در صحت شرط ترک فعل حقوقی باقی نمی‌ماند. همچنین صحت آن از برخی مواد قانونی مانند مواد ۴۵۴، ۴۷۴ و ۶۷۹ قابل استفاده است. البته برداشت حقوق‌دانان از مواد فوق متفاوت بوده و برخی مواد فوق را نه به شرط ترک فعل حقوقی بلکه به شرط نتیجه منفی تفسیر نموده‌اند؛ چنان که یکی از حقوق‌دانان، شرط خلاف در ماده ۴۷۴ ق.م. را به شرط نتیجه منفی (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۷۶/۱) و دیگری به شرط فعل (امامی، ۱۳۶۸: ۴۲/۲) حمل کرده است. با توجه به آنچه در قسمت بعد خواهد آمد، معلوم می‌شود که قانون‌گذار در اعتبار شرط فعل منفی حقوقی از دیدگاه مشهور فقهای امامیه پیروی نکرده است.

۳-۲. دیدگاه فقهای امامیه

فقهای امامیه اگرچه در مورد اعتبار شرط ترک فعل حقوقی بحث مستقلی را مطرح نکرده‌اند، از بیانشان در مورد برخی مصادیق شرط مزبور مانند شرط عدم فروش مبیع، سه دیدگاه قابل استفاده است:

۱-۲-۳. بطلان شرط و عقد

برخی از فقهای امامیه، شرط عدم فروش و عدم هبه مبیع را باطل و مبطل عقد دانسته‌اند و مرحوم بحرانی این دیدگاه را به مشهور فقهای امامیه نسبت داده است (بحرانی، ۱۴۱۰: ۶۶/۱۹). فقهای مزبور دو گونه استدلال کرده‌اند: برخی علت بطلان شرط و عقد را مخالفت چنین شروطی با مقتضای عقد دانسته‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۶: ۲۶۹/۳؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۴۶/۱۰؛ همو، بی‌تا: ۱۸۰/۱)، به طوری که علامه حلی شرط عدم فروش مبیع را مانند شرطی دانسته است که دلالت بر بقای مبیع در مالکیت فروشنده دارد یا مانند شرطی که خریدار به هیچ وجه از مبیع منتفع نشده یا آن را هرگز نفروشد (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۴۶/۱۰؛ همو، بی‌تا: ۱۸۰/۱). ولی برخی دیگر، علت بطلان شرط را مخالفت با احکام شرعی دانسته‌اند (بحرانی، ۱۴۱۰: ۶۶/۱۹).

۲-۲-۳. بطلان شرط و صحت عقد

برخی از فقهای امامیه، شرط عدم فروش یا عدم هبه مبیع را باطل، ولی عقد را صحیح دانسته و به صحت آن نیز تصریح کرده‌اند و دلیل بطلان شرط را مخالفت با احکام شرعی دانسته و صحت عقد را این گونه توجیه کرده‌اند که در این موارد، تراضی به هریک از شرط و عقد تعلق می‌گیرد و وقتی یکی از آن‌ها ممتنع می‌شود دیگری به قوت و اعتبار خود باقی است (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۴۸/۲؛ همو، ۱۴۱۷: ۱۵۷/۳).

البته برخی از فقهای امامیه، شرط عدم فروش یا عدم هبه مبیع را در هر حال باطل دانسته‌اند؛ اعم از اینکه برای مدت معین باشد یا مطلق و بدون قید زمان. دلیل آن نیز این است که اقتضای ماهیت مالکیت این است که مالک در هر زمانی بتواند در آن تصرف کند و در نتیجه شرط عدم تصرف در زمان معین نیز با مقتضای عقد منافی خواهد بود (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴۱۴/۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۶: ۲۶۹/۳).

ولی از عبارت برخی فقها استفاده می‌شود که بطلان اختصاص به موردی دارد که شرط عدم فروش ناظر به همه زمان‌ها باشد به طوری که خریدار در هیچ زمانی نتواند در مبیع تصرف نماید، ولی اگر ناظر به زمان معینی باشد اشکالی ندارد (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴۱۴/۴؛ انصاری، بی‌تا: ۲۸۱).

۳-۲-۳. صحت شرط و عقد

برخی از فقهای امامیه، شرط ترک فعل حقوقی را در مصداق شرط عدم فروش مبیع و هبه صحیح دانسته‌اند. البته دلایلی که برای صحت آن اقامه شده متفاوت است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

الف) محقق اردبیلی معتقد است که مقتضای آیات، اخبار و اصول، جواز هر شرطی است مگر اینکه عدم جواز و عدم صحت آن با عقل یا نقل معلوم شود که در این مورد چنین چیزی ثابت نشده است (۱۴۱۱: ۱۵۰/۸).

ب) صاحب جواهر صحت چنین شروطی را این گونه توجیه می‌کند که نمی‌توان چنین شروطی را مخالف با مقتضای عقد یا شرع دانست؛ زیرا مشروط‌علیه قطع نظر از شرط می‌تواند از فروش یا هبه مال خودداری کند و با شرط فقط ملتزم می‌شود که از فروش یا هبه خودداری کند و در نتیجه با شرط مزبور نه حلالی حرام می‌گردد و نه حرامی حلال می‌شود. ایشان همچنین وجود اجماع و عدم خلاف در خصوص بطلان چنین شروطی را پذیرفته و آن را محل تردید دانسته و معتقد است که ظنّ قوی بر خلاف اجماع وجود دارد، به ویژه روایاتی از امام صادق ع نقل گردیده که در آن‌ها به صراحت شرط عدم فروش و عدم هبه را تجویز نموده و فقط شرط عدم توارث را منع کرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۵: ۲۰۱/۲۳).

ج) نراقی در رد استدلال کسانی که شرط عدم فروش و هبه را به دلیل مخالفت با احکام شرعی باطل دانسته‌اند می‌نویسد: چنین شرطی مخالف کتاب و سنت محسوب نمی‌شود؛ زیرا در کتاب و سنت خود تصرف نیامده است تا شرط عدم تصرف، مخالف کتاب و سنت باشد بلکه آنچه در کتاب و سنت آمده، جواز تصرف است و مخالف آن شرط عدم جواز تصرف است، نه شرط عدم تصرف، و شرط اخیر مستلزم عدم جواز تصرف نیست (نراقی، ۱۳۷۵: ۱۴۵-۱۴۸).

۳-۳. دیدگاه حقوق دانان

در میان حقوق دانان تردیدی درباره اعتبار و صحت شرط ترک فعل حقوقی وجود ندارد و همه آن را قبول دارند اگرچه در مورد شرط نتیجه منفی که اثر آن سقوط حق انجام عمل می‌باشد تردیدهایی دیده می‌شود.

۴. ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی

برای روشن شدن ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی به ترتیب به دیدگاه قانون‌گذار، فقهای امامیه، حقوق‌دانان، رویه قضایی و دیدگاه مورد نظر اشاره می‌شود.

۴-۱. دیدگاه قانون‌گذار

در مورد دیدگاه قانون‌گذار ابتدا به قاعده عمومی ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل و سپس استثنای آن اشاره می‌شود.

۴-۱-۱. قاعده عمومی

قانون‌گذار در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. در مقام بیان قواعد عمومی حاکم بر قراردادها بدون تفکیک بین شرط فعل مثبت و شرط فعل منفی، دو ضمانت اجرا برای آن‌ها به این ترتیب مقرر کرده است: اول الزام مشروط‌علیه به انجام شرط، و دوم انجام شرط با هزینه مشروط‌علیه به وسیله شخص ثالث یا حق فسخ مشروط‌له که بر حسب ماهیت فعل مورد شرط متفاوت است. قانون‌گذار به ضمانت اجرای اول یعنی الزام مشروط‌علیه به انجام شرط در ماده ۲۳۷ تصریح نموده است.

مطابق ماده فوق، به صرف تخلف مشروط‌علیه از انجام شرط، حق فسخ برای مشروط‌له ایجاد نمی‌شود بلکه اولین اقدام او عبارت از درخواست الزام مشروط‌علیه به انجام شرط از سوی محاکم می‌باشد که البته این دیدگاه قانون‌گذار مبتنی بر دیدگاه مشهور فقهای امامیه است.

اگر مشروط‌علیه از الزام تمکین نکند قانون‌گذار ضمانت اجرای دوم را به این صورت مقرر نموده است؛ اگر فعل مورد شرط از جمله افعال قائم به شخص باشد به طوری که شخص دیگری غیر از مشروط‌علیه نتواند آن را انجام دهد و اجبار او هم به انجام آن مقدور نباشد در این صورت مشروط‌له حق فسخ معامله را خواهد داشت (ماده ۲۳۹ ق.م.). ولی اگر فعل مورد شرط، قائم به شخص نبوده و بتوان آن را به وسیله شخصی دیگر انجام داد، در این صورت مشروط‌له حق فسخ معامله را ندارد و حاکم به خرج ملتزم می‌شود و مشروط‌علیه موجبات انجام آن را به وسیله شخص ثالث فراهم

می‌کند (ماده ۲۳۸ ق.م.). البته قانون‌گذار علاوه بر مواد فوق، به موجب ماده ۴۴۴ ق.م. احکام خیار تخلف شرط را نیز تابع حکم مقرر در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. نموده است.

۴-۱-۲. استثنا از قاعده عمومی

قانون‌گذار در برخی مواد قانونی از قاعده مذکور در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹، در مورد شرط ترک فعل حقوقی عدول کرده و ضمانت اجرای دیگری را مقرر داشته است که به چند مورد اشاره می‌شود.

۱. قانون‌گذار در ماده ۴۹۶ ق.م. ضمانت اجرای تخلف از شروط مندرج در عقد اجاره را ایجاد حق فسخ برای مشروط‌له دانسته و مقرر داشته است:
عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل می‌شود و نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد.

به این ترتیب، قانون‌گذار در ماده فوق ضمانت اجرای تخلف از شروط مندرج در اجاره را حق فسخ دانسته است، بدون آنکه مشروط‌له نیازی به درخواست الزام مشروط‌علیه داشته باشد و بر همین اساس، به زمان ایجاد حق فسخ نیز تصریح نموده و مقرر داشته است که خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد نه از زمان عدم تمکین مشروط‌علیه از حکم الزام به وفای به شرط.

بنابراین ماده ۴۹۶ ق.م. را باید مخصص قواعد عمومی مربوط به ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل دانست. البته یکی از حقوق‌دانان، حکم قانون‌گذار را در ماده ۴۹۶ ق.م. بر عدم توجه قانون‌گذار به نظریه سابق (مواد ۲۳۷-۲۳۹) حمل نموده است (امامی، ۱۳۶۸: ۴۲/۲-۴۳)؛ زیرا به نظر ایشان، خصوصیتی در عقد اجاره وجود ندارد که مقتضی عدول از حکم کلی باشد.

نکته قابل توجه در مورد ماده ۴۹۶ ق.م. این است که شرط در ماده مزبور اطلاق دارد و شامل شرط فعل، نتیجه و صفت و همچنین شرط فعل مثبت و منفی و شرط فعل حقوقی و مادی می‌شود.

۲. استثنای دوم از قاعده عمومی حاکم بر ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک

فعل حقوقی، حکم مقرر در ذیل ماده ۴۵۴ ق.م. است که مقرر داشته است: هر گاه مشتری میباید 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.

البته حکم مزبور در صورتی استثنا تلقی می‌شود که مراد از شرط عدم تصرفات ناقله در ماده فوق، شرط ترک فعل حقوقی باشد، چنان که این مطلب از گفته یکی از حقوق دانان قابل استفاده است (همان: ۵۴۸/۱)، ولی اگر شرط مزبور به شرط نتیجه منفی تفسیر گردد، چنان که از مطالب برخی دیگر از حقوق دانان قابل استفاده است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۹۰-۹۲؛ صفایی، ۱۳۸۲: ۳۱۰/۲)، در این صورت، حکم بطلان در ماده مزبور چهره استثنایی نداشته و از بحث حاضر خروج موضوعی خواهد داشت.

۲-۴. دیدگاه فقهای امامیه

مطابق نظر مشهور فقهای امامیه که چنین شروطی را باطل دانسته‌اند، بحث از ضمانت اجرای چنین شروطی سالبه به انتفای موضوع می‌باشد. اکثر فقهای که شرط مزبور را صحیح دانسته‌اند به بحث از ضمانت اجرای تخلف از آن پرداخته‌اند، ولی برخی از فقهای امامیه از وضعیت معامله و عقدی که بر خلاف شرط انجام گرفته سخن گفته‌اند. به طور کلی دو دیدگاه در میان فقهای امامیه مطرح شده است که یکی بطلان عمل حقوقی مغایر با شرط و دیگری صحت عمل مزبور است که در ذیل به بررسی هر یک از دو دیدگاه و دلایل آنها و همچنین به نقد و بررسی آنها می‌پردازیم.

۱-۲-۴. بطلان و عدم تأثیر عمل حقوقی مغایر با شرط

شیخ انصاری در مبحث خیار مجلس در مورد تخلف از شرط عدم فسخ بیع (که به صورت شرط فعل منفی بوده و مفید التزام به ترک فسخ باشد) تصریح کرده است که اگر مشروط‌علیه (مثلاً بایع) بر خلاف شرط، عقد را فسخ کند دو احتمال وجود دارد. احتمال اول این است که فسخ نافذ و مؤثر نبوده و عقد منفسخ نمی‌شود؛ زیرا وجوب وفا به شرط مستلزم وجوب اجبار مشروط‌علیه به انجام شرط و عدم سلطه او بر ترک شرط است. احتمال دوم این است که فسخ نافذ و مؤثر است؛ زیرا دلیل خیار عام است

و التزام مشروط علیه بر ترک فسخ، موجب فساد و بطلان فسخ نمی‌شود بلکه در این صورت، مخالفت شرط فقط موجب گناه و حرمت تکلیفی است و حکم سایر موارد تخلف از شرط که موجب ایجاد حق فسخ برای مشروط‌له می‌شود در این مورد خاص جاری نمی‌شود. شیخ انصاری در نهایت، احتمال اول را به دلیل سازگاری بیشتر با عموم وفای به شرط (المؤمنون عند شروطهم) اقوی دانسته است؛ زیرا عموم مذکور دلالت می‌کند که در همه احوال، ترتب آثار شرط یعنی عدم فسخ واجب است حتی پس از فسخ، و لازمه این امر آن است که اگر وی عقد را فسخ کند لغو و بی‌اثر باشد (بی‌تا: ۲۲۰-۲۲۱).

برخی از فقها، شرط عدم فسخ را مانند شرط عدم فروش مبیع به شخص معین دانسته، معتقدند: همان گونه که در شرط عدم فروش، تخلف از شرط موجب بطلان بیع است، در شرط عدم فسخ نیز تخلف موجب بطلان فسخ و عدم تأثیر آن است؛ زیرا شرط موجب سلب قدرت مالک بر فروش مبیع به شخص مزبور می‌گردد و با توجه به اینکه در صحت عقد علاوه بر شرایط متعاقدين و عوضین، قدرت مالک نیز شرط است، لذا با فقدان قدرت که ناشی از شرط است عقد باطل می‌شود (خوانساری نجفی، ۱۴۱۸: ۴۸/۳).

دیدگاه شیخ انصاری مصون از نقد نمی‌باشد، چنانچه میرزا فتاح شهیدی که از محشّین کتاب مکاسب می‌باشد در ردّ استدلال شیخ بر عموم وجوب وفای به شرط (المؤمنون عند شروطهم) دو وجه را مطرح کرده است. وجه اول آن است که اگر مراد ایشان تمسک به عموم با شک در بقای عقد باشد که موجب شک در بقای شرط است، این امر در واقع تمسک به عام در شبهه مصداقیه است که باطل است. وجه دوم آن است که اگر مراد ایشان تمسک به عام با احراز بقای موضوع باشد، این امر نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا اگر احراز بقای موضوع با عموم باشد، دور و باطل است؛ زیرا علم به اینکه مانحن فیه از مصادیق عام است موقوف بر علم به عموم عام است در حالی که علم به عموم عام موقوف است بر علم به اینکه موضوع از مصادیق آن عام است و اگر احراز بقای موضوع با استفاده از اصل استصحاب باشد با این اشکال مواجه است که با وجود اطلاق ادله خیار (البیان بالخیار) وجهی برای مراجعه به استصحاب وجود ندارد. به تعبیر دیگر با وجود دلیل، نوبت به اصل نمی‌رسد. استدلال دیگر شیخ

انصاری بر بطلان و عدم نفوذ (به معنای عدم تأثیر) فسخ مبتنی بر تخلف از شرط این بود که وجوب وفای به شرط مستلزم عدم سلطه و اختیار مشروط‌علیه بر ترک شرط است. شهیدی معتقد است که عدم سلطه بر ترک شرط یا تخلف از شرط، موجب بطلان و بی تأثیری فسخ نمی‌شود؛ زیرا عدم سلطه جنبه تکلیفی دارد نه وضعی. به تعبیر دیگر، اگرچه مشروط‌علیه با تخلف از شرط و فسخ عقد مرتکب گناه شده، این تخلف آثار وضعی نداشته و فسخ را بی تأثیر نمی‌کند (شهیدی تبریزی، ۱۴۰۷: ۴۲۱).

امام خمینی نیز این استدلال شیخ انصاری را که وجوب وفای به شرط مستلزم وجوب اجبار و عدم سلطه بر ترک فسخ است قبول نکرده و چنین استدلالی را از شیخ انصاری غریب دانسته است؛ زیرا این دو امر متنافی می‌باشند، چون لازمه وجوب اجبار بر ترک فسخ، امکان آن می‌باشد و این امر منافی با عدم سلطه بر فسخ است و با عدم امکان فسخ، وجوب اجبار بر ترک فسخ معقول نمی‌باشد (موسوی خمینی، بی‌تا: ۱۲۳/۴). ایشان سپس در توضیح مطلب اشاره می‌کند که آنچه به موجب دلیل شرط واجب می‌شود وفای به شرط است و وجوب شرعی به عنوان وفا تعلق می‌گیرد و تعلق وجوب به هر عنوان دیگر مانند عدم فسخ یا اسقاط خیار غیر معقول می‌باشد، چنانچه در اشباه و نظایر این مورد نیز چنین است؛ مانند نذر، عهد و قسم که وجوب به عنوان وفای به آن‌ها تعلق می‌گیرد نه به عناوین دیگر (همان: ۱۱۷/۴).

علاوه بر ایرادات فوق، دیدگاه شیخ انصاری با این ایراد نیز مواجه است که شرط عدم فسخ به صورت شرط نتیجه با شرط عدم فسخ به صورت شرط فعل، در اثر واحد می‌شوند، در حالی که به نظر خود شیخ نیز اثر این دو متفاوت است. یعنی اثر شرط عدم خیار (شرط نتیجه) سقوط حق فسخ است، البته به معنای عدم ثبوت خیار نه رفع آن، ولی اثر شرط عدم فسخ (فعل منفی) التزام به ترک فسخ است. بر همین اساس چون التزام به ترک فسخ با شرط عدم خیار، آثار متفاوتی دارند لذا تخلف از شرط خیار و فسخ عقد، لغو و بی اثر است ولی تخلف از شرط عدم فسخ نمی‌تواند موجب بی تأثیری فسخ شود.

از طرف دیگر مطابق دیدگاه مشهور فقها، نهی در معاملات موجب فساد معامله نمی‌شود. بنابراین شرط عدم فسخ که در واقع مفید نهی مشروط‌علیه از فسخ معامله

است موجب بطلان و بی‌تأثیری فسخ در صورت تخلف از نهی نخواهد شد.

محقق یزدی نیز در مورد تخلف مستأجر از شرط عدم اجاره دو احتمال مطرح کرده است: یکی اینکه اجاره دوم به دلیل مخالفت با حق ناشی از شرط باطل است و احتمال دوم اینکه اجاره صحیح است ولی به دلیل تخلف از شرط، مشروطه‌له حق فسخ اجاره اول را دارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۷/۷۷).

آیه‌الله حکیم در خصوص مورد، اجاره دوم را باطل دانسته است؛ زیرا به نظر ایشان، ظاهر از شرط فعل مزبور، ایجاد حقی برای مشروطه‌له بوده است و اقتضای قاعده تسلیط مانع نفوذ تصرفات مغایر بوده و باطل خواهد بود و ایشان در رد استدلال کسانی که اثر شرط فعل را صرفاً التزام به موضوع و حکم تکلیفی می‌دانند نه حکم وضعی، اعلام نموده است که چنین برداشتی بر خلاف موازین است؛ زیرا با توجه به اینکه مفاد شرط قابل مطالبه و اسقاط است معلوم می‌شود که صرف التزام مراد نبوده بلکه ایجاد حق و حکم وضعی اثر شرط بوده است (۱۴۰۴: ۱۲/۹۰).

محقق یزدی در بحث وکالت بر خلاف اجاره به بیان احتمالات متصوره اکتفا نکرده بلکه نظر قاطع خود را اعلام نموده است. بدین معنا که اگر شخصی در ضمن عقد لازمی به دیگری وکالت دهد و در ضمن آن شرط شود که وکیل را عزل نکند ولی بر خلاف شرط وکیل را عزل کند، عزل مؤثر نبوده و وکالت به قوت و اعتبار خود باقی خواهد ماند و وجهی برای احتمال انعزال وکیل با عزل موکل وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۶/۱۸۸-۱۸۹). بنابراین محقق یزدی عمل حقوقی انجام گرفته بر خلاف شرط را باطل دانسته و اثری بر آن مترتب ندانسته است.

یکی از فقهای امامیه در مورد تخلف خریدار از شرط عدم فروش یا هبه مبیع معتقد است که عمل حقوقی انجام گرفته اعم از فروش یا هبه صحیح است، اگرچه مشروطه‌له حق فسخ عقد مشروط را خواهد داشت (موسوی خویی، ۱۳۶۸: ۷/۳۴۳).

از جمله مواردی که فقهای امامیه در مورد آثار مختلف ناشی از شرط ترک فعل حقوقی تصریح کرده‌اند، شرط عدم ازدواج مجدد در ضمن عقد نکاح است که فقهای امامیه در این باره اختلاف نظر دارند که به آن‌ها اشاره می‌شود. برخی از فقهای امامیه، ازدواج دوم را باطل دانسته‌اند (حکیم، ۱۴۰۴: ۲/۴۳؛ همو، بی‌تا: ۲/۲۹۶؛ موسوی بجنوردی،

۱۳۷۳: ش ۵۶/۱۱). بطلان ازدواج دوم به این صورت توجیه شده است که مشروط علیه با پذیرش شرط ترک ازدواج مجدد، سلطنت و توان شرعی بر انجام عمل مغایر با شرط را از خود سلب و ساقط کرده است و لذا اگر ازدواج کند چنین ازدواجی لغو و بی اثر خواهد بود؛ زیرا ممتنع شرعی همانند ممتنع عقلی می باشد (الممنوع شرعاً کالممنوع عقلاً) و در واقع شخص مزبور قادر به انجام آن عمل نخواهد بود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۳: ش ۵۶/۱۱). آنچه در خصوص استدلال فوق قابل توجه بوده اینکه این استدلال بیش از آنکه ناظر به شرط ترک فعل حقوقی باشد ناظر به شرط نتیجه منفی است؛ زیرا همان گونه که قبلاً بیان شد، اثر شرط فعل منفی عبارت از التزام به عدم انجام آن یعنی التزام به عدم ازدواج می باشد، نه سلب و اسقاط حق ازدواج، ولی اثر شرط نتیجه منفی، سقوط حق مزبور می باشد، یعنی با شرط مزبور، زوج حق ازدواج مجدد را از خود سلب و ساقط می نماید.

علاوه بر ایراد فوق می توان گفت که با بطلان ازدواج دوم، خسارت جبران ناپذیری بر زوجه دوم وارد می شود؛ زیرا در صورت عدم تحقق رابطه زناشویی، وی مستحق مهری نخواهد بود و در صورت برقراری رابطه زناشویی، فقط مستحق مهرالمثل خواهد بود نه مهرالمسمی (مواد ۱۰۹۸ و ۱۰۹۹ ق.م.ا).

۴-۲-۲. صحت عمل حقوقی مغایر با شرط

همچنان که شیخ انصاری مطرح کرده است، احتمال دیگری نیز در مورد تخلف از شرط عدم فسخ وجود دارد که فسخ انجام شده را نافذ و مؤثر می داند. فقهایمانند مامقانی (بی تا: ۲۲۳) و میرزا فتاح شهیدی تبریزی (۱۴۰۷: ۴۲۱)، فسخ ناشی از تخلف از شرط عدم فسخ را نافذ و معتبر شمرده و تخلف از شرط را فقط از جنبه تکلیفی حرام دانسته اند ولی این امر را موجب بی تأثیری فسخ تلقی نکرده اند. یکی از فقهای امامیه نیز تخلف از شرط عدم فسخ را نه تنها موجب بی تأثیر بودن حق فسخ ندانسته بلکه معتقد است که برخلاف سایر موارد که تخلف از شرط، موجب ایجاد حق فسخ برای مشروط له می شود در مورد تخلف از شرط عدم فسخ، حق فسخ ایجاد نمی شود (حسینی روحانی، ۱۴۱۸: ۶۴/۱۷). 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 حاشیه‌المکاسب، استدلال شیخ انصاری را در مورد عدم تأثیر فسخ مبنی بر اینکه شرط عدم فسخ مستلزم عدم سلطه و اختیار مشروط‌علیه بر ترک شرط است، این گونه 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 (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴/۱۱۰). 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 (همان).

محقق یزدی نیز در حاشیه‌المکاسب 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 مانحن‌فیه، عموم وجوب وفا، مقتضی وجوب ترک فسخ است نه مقتضی عدم ترتب آثار فسخ، چنان که 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، ۱۳۷۸: ۱۱/۲-۱۲).

در مورد تخلف از شرط عدم ازدواج مجدد نیز یکی از فقهای امامیه، ازدواج دوم را صحیح دانسته ولی معتقد است که زوجه اول می‌تواند الزام شوهر را به طلاق زوجه دوم درخواست نماید. دلیل عدم بطلان ازدواج دوم از دیدگاه فقیه مزبور این است که بطلان نکاح بر خلاف اصل صحت است ولی صحت نکاح دوم مطابق با اصل مزبور می‌باشد (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۶۷/۶۹).

برخی از فقهای امامیه به رغم اینکه ازدواج دوم را صحیح دانسته‌اند، هیچ اقدامی را برای مشروط‌له یعنی زوجه اول پیش‌بینی نکرده‌اند (حسینی روحانی، ۱۴۱۴: ۲۰/۲۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲۸۱/۲؛ وحید خراسانی، بی‌تا: ۲۶۶/۲).

در نقد دیدگاه فوق می‌توان گفت که در این صورت، شرط عدم ازدواج مجدد لغو و بی‌فایده خواهد بود که قانون‌گذار چنین شرطی را باطل تلقی کرده است (بند ۲ ماده ۲۳۲ ق.م.ا)، چنان که شیخ انصاری در مکاسب از تذکره علامه در تبیین شرط بی‌فایده نقل کرده است که شرط لغو و بی‌فایده شرطی است که با اجرای آن مالی به دست نیاید یا هدف عاقلانه‌ای تأمین نشود (انصاری، بی‌تا: ۲۷۷).

۳-۴. دیدگاه حقوق‌دانان

در مورد ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی، حقوق‌دانان چهار دیدگاه را مطرح کرده‌اند:

۱- برخی از حقوق‌دانان بدون تفکیک بین شرط فعل مثبت و منفی، ضمانت اجرای هر دو را همان حکم مقرر در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ دانسته‌اند (امامی، ۱۳۶۸: ۲۸۹/۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۳۰۵/۱؛ عدل، ۱۳۷۸: ۱۲۳؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۴۲). بدین معنا که اگر فعل، قائم به شخص مشروط‌علیه نباشد ابتدا الزام می‌شود و در صورت عدم تمکین، فعل مزبور به وسیله 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 دیدگاه وارد بوده، 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 با وجود این معامله چگونه می‌توان مشروط‌علیه را ملزم به اجرای شرط نمود؟ همچنین 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 این گونه موارد، مشروط‌علیه را به انجام شرط وادار نمود.

۲- برخی حقوق‌دانان 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.ا را به طور تلویحی به شرط فعل مثبت اختصاص داده‌اند و در مورد

شرط فعل منفی دو صورت را در نظر گرفته‌اند. صورت اول ناظر به موردی است که شرط فعل منفی، فعل مادی باشد که در صورت تخلف مشروط‌علیه در دو وضعیت متفاوت، ضمانت اجرای جداگانه‌ای در نظر گرفته‌اند که به دلیل خروج موضوعی از بحث حاضر از ورود به آن خودداری می‌شود. ولی هر گاه 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، حتی برای او ایجاد می‌شود و وی معامله مشروط را با لحاظ شرط فعل حقوقی منفی انشا کرده است لذا در صورت تخلف از شرط می‌تواند معامله را فسخ کند (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۵۰).

البته حقوق‌دان مزبور در جای دیگری از کتاب خود (در بحث ضمانت اجرای تخلف از شرط اسقاط حق) اشاره کرده است که اسقاط حق به دو صورت متصور است: اسقاط حق به صورت شرط نتیجه و اسقاط حق به صورت شرط فعل. سپس در توضیح اسقاط حق به صورت شرط فعل آن را به دو نوع تقسیم نموده است؛ بدین معنا که اگر اسقاط حق به صورت شرط فعل، متضمن ایجاد حق برای مشروط‌له باشد، مانند اینکه مراد از شرط عدم فروش به دیگری، تعهد به فروش به مشروط‌له باشد در این صورت با تخلف مشروط‌علیه و فروش آن به دیگری، معامله مزبور به دلیل نادیده گرفتن حق مشروط‌له غیر نافذ است. ولی اگر اسقاط حق به صورت شرط فعل، متضمن ایجاد حق برای مشروط‌له نباشد مانند تعهد بر عدم نکاح با زن معین، در این صورت ازدواج صحیح است اما تعهد از حیث خسارات احتمالی، تخلف معتبر است (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۳۴-۱۳۵).

اشکالی که در مورد قسمت اخیر به نظر می‌رسد این است که نسبت دادن اسقاط حق به شرط فعل به عنوان اثر شرط فعل درست نمی‌باشد؛ زیرا اثر شرط فعل در ماده ۲۳۴ ق.م. عبارت از ایجاد التزام و تعهد بر انجام فعل یا خودداری از انجام فعل است نه اسقاط حق انجام فعل، و اسقاط حق اثر شرط نتیجه منفی می‌باشد، مانند اینکه در ضمن عقد بیع شرط شود که خریدار حق فروش مبیع را به مدت ۵ سال به اشخاص ثالث نداشته باشد که در این صورت اگر خریدار با تخلف از شرط آن را به دیگری بفروشد چنین معامله‌ای نامعتبر و غیر نافذ خواهد بود، چنان که خود حقوق‌دان مزبور نیز به این مطلب تصریح کرده است (ر.ک: شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۵۰).

۳- حقوق دانانی دیگر مانند برخی از فقهای امامیه معتقد است که عمل حقوقی که بر خلاف شرط انجام گرفته باطل و فاقد هر گونه اثر است؛ زیرا طبق ادله شرط، عمل حقوقی مورد نظر حرام و منهی می شود و نهی در معاملات نیز مقتضی فساد است. به علاوه لزوم وفای به شرط مستلزم آن است که مشروط علیه مجبور به انجام دادن آن بوده و قدرت بر ترک نداشته باشد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۵۶).

حقوق دان مزبور بطلان اجاره و رهن در ماده 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 (همو، ۱۳۷۶: ۴۶-۴۷؛ همو، ۱۳۷۷: ش ۵۴/۹).

البته به نظر وی، بطلان در خصوص مورد به معنای مطلق آن نیست بلکه نسبی است یعنی غیر نافذ است نه باطل مطلق؛ زیرا فرض این است که عدم حمایت قانون گذار به خاطر وجود حق مشروطه است و بنابراین با تحصیل رضایت او می توان معامله مزبور را تصحیح و تنفیذ کرد (همو، ۱۳۸۸: ۲۷۵) و بر همین اساس، ضمانت اجرای تخلف مستأجر از شرط عدم اجاره عین مستأجره به دیگری به شرح ماده ۴۷۴ ق.م. و همچنین تصرفات منافی با حق فسخ بایع در بیع شرط را غیر نافذ دانسته و صحت آن ها را منوط به تنفیذ مشروطه نموده است (همان: ۲۷۶).

مطلبی که در خصوص دیدگاه فوق قابل توجه بوده، این است که آیا مراد از عدم نفوذ، عدم نفوذ مطلق می باشد یا عدم نفوذ نسبی؟ ایشان به صراحت آن را مشخص نکرده است، ولی از اینکه صحت عمل حقوقی را منوط به تنفیذ مشروطه دانسته، عدم نفوذ مطلق استفاده می شود نه عدم نفوذ نسبی.

۴- یکی از حقوق دانان برجسته کشور، ضمانت اجرای تخلف از شرط عدم انتقال را بطلان نمی داند؛ زیرا فرض این است که مالک، حق عینی متعلق به خود را انتقال داده است و التزام شخصی مالک نمی تواند به معامله خریدار ملک (ثالث) صدمه بزند. تخلف از تعهدهایی که مالک کرده است به طرف قرارداد (مشروطه) حق می دهد که به استناد خیار تخلف از شرط، پیمان خود را با عهدشکن فسخ کند و فسخ قرارداد مانع از مطالبه خسارت ناشی از عهدشکنی نیست؛ یکی وسیله جبران خسارت وارد شده و دیگری (فسخ) وسیله احتراز از آن است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۸۹).

به نظر حقوق‌دان مزبور، شرط عدم انتقال در ماده ۴۵۴ و شرط عدم اجاره در ماده ۴۷۴ و شرط خیار در بیع شرط در ماده ۴۶۰ ق.م.، شرط نتیجه منفی است نه شرط فعل منفی حقوقی (همو، ۱۳۶۹: ۸۰/۵ و ۱۷۱-۱۷۲).

از بیان حقوق‌دان مزبور استفاده می‌شود که ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی در رابطه با عقود و ایقاعات یکسان بوده و در هر دو مورد فقط برای مشروط‌له حق فسخ ایجاد می‌شود و عمل حقوقی که خلاف شرط انجام شده صحیح و معتبر می‌باشد، چنان که ایشان در شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد لازم می‌نویسد: در این حالت حق عزل از بین نمی‌رود و هر گاه بر خلاف 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 پیمان‌شکنی را جبران کند (همو، ۱۳۷۶: ۲۰۶/۴).

۴-۴. رویه قضایی

در مورد شرط ترک فعل حقوقی و ضمانت اجرای آن از دیدگاه رویه قضایی، به یک رأی از هیئت عمومی دیوان عالی کشور و یک نشست قضایی اشاره می‌شود.

۴-۴-۱. رأی اصراری شماره ۱۳۴۸/۱۱/۱-۱۹۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در معامله‌ای شرط می‌شود که خریدار تا مدتی (زمان رشد کودک) حق انتقال مبیع را، اعم از قطعی و شرطی به دیگران ندارد ولی خریدار بر خلاف شرط، آن را به دیگران انتقال داده و در نتیجه فروشنده به استناد تخلف از شرط عدم انتقال، دعوایی مبنی بر ابطال انتقال در دادگاه مطرح می‌نماید. صرف نظر از اختلافی که بین دادگاه‌های بدوی و شعبه دیوان عالی کشور در توصیف شرط مندرج در قرارداد به شرط نتیجه و شرط فعل وجود داشته است، دادستان کل کشور و هیئت عمومی دیوان عالی کشور به رغم اینکه شرط مزبور را شرط فعل منفی حقوقی توصیف کرده‌اند، ضمانت اجراهای متفاوتی را برای آن مطرح نموده‌اند. دادستان کل کشور معامله‌ای را که در اثر تخلف از شرط انجام گرفته، باطل، و الزام مندرج در ماده ۲۳۷ ق.م. را جز اعلام بطلان معامله از طرف دادگاه ندانسته است. در حالی که هیئت عمومی دیوان عالی کشور در

رأی فوق، معامله انجام گرفته را صحیح و نافذ تلقی، و طرق جبران خسارت را به نحوی که در قانون مدنی ذکر گردیده مقرر داشته است (کیهان، ۱۳۴۹: ۲۸۱ به بعد).
از مقایسه دو دیدگاه در رأی فوق معلوم می‌شود که ضمانت اجرای در نظر گرفته شده از سوی دیوان نسبت به ضمانت اجرای در نظر گرفته شده توسط دادستان کل کشور با قوانین مربوطه سازگارتر است.

۴-۴-۲. نشست قضایی در دادگستری چالوس (شهریور ۱۳۸۱)

سؤالی که در این نشست قضایی مطرح بوده این است که: شخص الف به موجب عقد بیع، منزل خویش را که شامل یک باب ساختمان می‌باشد به شخص ب که فرزند وی بوده می‌فروشد و در عقد منعقد شرط می‌نمایند که خریدار حق فروش منزل را تا زمانی که شخص الف زنده است ندارد، لیکن شخص ب بعد از گذشت سه سال از تاریخ وقوع معامله، مورد معامله را به شخص ج می‌فروشد و شخص الف به محض اطلاع، دادخواست ابطال معامله را به لحاظ تخلف از شرط مندرج در مبایعه‌نامه اول تقدیم دادگاه می‌نماید که در خصوص مورد، ۳ سؤال مطرح بوده است:

۱. آیا شرط مندرج در مبایعه‌نامه منعقد میان الف و ب صحیح است یا خیر؟
 ۲. آیا دادخواست ابطال معامله به لحاظ تخلف از شرط قابل پذیرش است یا خیر؟
 ۳. آیا حق فسخ نسبت به معامله اول برای الف ایجاد می‌گردد یا خیر؟
- خلاصه نظر اکثریت قضات به این شرح است:
۱. شرط مذکور در مبایعه‌نامه صحیح است؛ زیرا خلاف مقتضای ذات عقد بیع نمی‌باشد بلکه خلاف مقتضای اطلاق عقد است.
 ۲. با توجه به اینکه شرط مندرج در مبایعه‌نامه، شرط فعل بوده است مشروطه می‌تواند تقاضای ابطال معامله دوم و فسخ معامله اول را از دادگاه بنماید.
 ۳. حق فسخ برای شخص الف نسبت به معامله اول ایجاد می‌گردد.
- کمیسیون مربوط نیز با استناد به مواد ۲۳۷، ۲۳۹ و ۹۵۹ ق.م. شرط مذکور را از جمله شروط باطل ندانسته و مشروطه را در مراجعه به دادگاه و اقامه دعوی فسخ معامله ذی‌حق دانسته است.

در مورد نظر اکثریت و کمیسیون دو اشکال به نظر می‌رسد: اشکال اول مربوط به توصیف شرط مندرج در مبیعه‌نامه به شرط فعل است در حالی که شرط به شرح سؤال مطروحه: «شرط می‌نمایند که خریدار حق فروش منزل را تا زمانی که شخص الف زنده است ندارد»، ظهور در شرط نتیجه دارد که اثر آن سقوط حق فروش است نه شرط فعل تا موجب ایجاد التزام و تعهد بر عدم فروش مبیع گردد. همچنان که استدلال اکثریت کمیسیون نیز ناظر به شرط نتیجه است نه شرط فعل. در استدلال اکثریت آمده است: «زیرا طبق ماده ۹۵۹ ق.م. قانون‌گذار سلب حق را به صورت جزئی و برای مدت معین پذیرفته» و کمیسیون نیز با استناد به ماده ۹۵۹، شرط را صحیح دانسته است. با اندک توجه در ماده ۹۵۹ ق.م. معلوم می‌شود که ماده مزبور، ناظر به شرط نتیجه که اثر آن سقوط و سلب حق است، می‌باشد نه شرط فعل که مفید التزام است. اشکال دوم مربوط به ضمانت اجرای مقرر می‌باشد که به رغم اینکه شرط مندرج در مبیعه‌نامه را به شرط فعل توصیف کرده‌اند ولی انتقال مبیع به شخص ج را باطل دانسته‌اند، در حالی که بطلان انتقال ضمانت اجرای تخلف از شرط نتیجه است نه شرط فعل. چنان که دیوان عالی کشور نیز در رأی شماره ۱۹۱ به شرح قبل، معامله انجام‌شده را صحیح دانست نه باطل، اگرچه دادستان کل کشور به اشتباه نظر به بطلان عقد داده بود.

۵-۴. دیدگاه مورد نظر

بعد از بررسی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی از دیدگاه فقهای امامیه، حقوق‌دانان و رویه قضایی، به دیدگاه مورد نظر به شرح زیر اشاره می‌شود.

۱-۵-۴. قاعده عمومی

ضمانت اجرای مقرر در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹، در مورد شرط ترک فعل حقوقی جریان ندارد و شامل شرط فعل مثبت، اعم از مادی و حقوقی و همچنین شرط فعل مادی منفی است؛ زیرا در این ماده، سه ضمانت اجرا به ترتیب: الزام به انجام تعهد، انجام فعل مشروط به وسیله دیگری به خرج مشروط‌علیه و در نهایت حق فسخ قرارداد پیش‌بینی شده است که دو مورد اول در مورد شرط ترک فعل حقوقی قابل اعمال

نمی‌باشند؛ زیرا الزام زمانی امکان دارد که شخص متعهد به انجام امری باشد ولی از انجام آن خودداری کند ولی در خصوص مورد که شخص متعهد شده از انجام عمل حقوقی خودداری نماید ولی بر خلاف شرط آن را انجام می‌دهد، عمل مزبور واقع شده و در نتیجه الزام به عدم انجام آن سالبه به انتفای موضوع خواهد بود. ضمانت اجرای دوم نیز به دلیل فوق قابلیت اعمال ندارد. بنابراین مشروطه در مانحن‌فیه الزامی برای رعایت ترتیب ندارد بلکه از ابتدا به مجرد تخلف از شرط می‌تواند عقد مشروط را فسخ نماید.

البته باید توجه کرد که امکان فسخ عقد مشروط به وسیله مشروطه منافاتی با صحت و نفوذ عمل حقوقی انجام گرفته ندارد. ولی در صورتی که مشروطه از ناحیه تخلف مشروط علیه متحمل خسارتی شده باشد، می‌تواند جبران آن را بر اساس قواعد عمومی قراردادها از جمله ماده ۲۲۱ ق.م. درخواست نماید. بنابراین اگر خریدار در ضمن عقد بیع، متعهد به عدم فروش آن به شخص معین یا در مدت معین شده باشد ولی بر خلاف شرط آن را انتقال دهد، معامله مزبور صحیح است و همچنین است در صورتی که متعلق شرط، خودداری از انجام یک ایقاع باشد چنان که موکل در ضمن عقدی ملتزم شود که وکیل را از وکالت عزل نکند با عزل وی وکیل منعزل شده و وکالت از بین خواهد رفت، اگرچه وکیل مزبور می‌تواند عقدی را که شرط در ضمن آن درج گردیده، فسخ کند. برای حق فسخ مشروطه علاوه بر اصول حقوقی می‌توان به ماده ۲۴۰ ق.م. استناد کرد که مقرر می‌دارد:

اگر بعد از عقد، انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین‌العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروطه باشد.

زیرا با تخلف مشروط علیه از شرط مندرج در قرارداد و انجام عملی که ملتزم به خودداری از انجام آن بوده است در واقع شرط مزبور ممتنع گردیده و امکان اجرای آن از بین رفته است.

بنابراین به صورت یک قاعده عمومی می‌توان گفت که ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی، ایجاد دو حق برای مشروطه است که به موجب حق اول می‌تواند عقدی را که شرط در ضمن آن بوده فسخ نماید و به موجب حق دوم می‌تواند

در صورت ورود خسارت در اثر تخلف مشروط‌علیه، از وی درخواست جبران خسارات را نماید و قاعده فوق در مورد همه اعمال حقوقی مورد شرط اعم از عقد یا ایقاع قابل اعمال است و فرقی با هم ندارند.

البته اضافه می‌نماید که وجود قاعده فوق، مانع از اعمال احکام خاص در موارد استثنایی نمی‌باشد. بدیهی است که این موارد استثنایی مستلزم ذکر و تصریح قانون‌گذار یا امتناع عقلی است که به چند مورد اشاره می‌شود.

۴-۵-۲. استثنائات

۴-۵-۲-۱. شرط ضمن عقد نکاح

چنان که اشاره شد یکی از شرط‌های رایج ترک فعل حقوقی عبارت از شرط عدم ازدواج مجدد در ضمن عقد نکاح است که در صورت تخلف زوج از شرط مزبور و اقدام به ازدواج مجدد نمی‌توان حق فسخ نکاح را برای زوجه قائل شد و هیچ یک از فقهای امامیه نیز چنین حقی را برای زوجه در نظر نگرفته‌اند؛ زیرا عقد نکاح نیازمند دوام است و قانون‌گذار و شارع به هیچ وجه اجازه ایجاد تزلزل در آن را نداده‌اند و این مطلب از ماده ۱۰۶۹ ق.م. قابل استفاده است: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است...»؛ زیرا ماده مزبور، حکایت از منع هر گونه تزلزل در عقد نکاح دارد؛ چه مستقیم مانند شرط خیار یا غیر مستقیم مانند خیار تخلف از شرط. البته اگر در ضمن عقد نکاح شرط شود که در صورت ازدواج مجدد شوهر، زوجه وکیل و وکیل در توکیل خواهد بود که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد، چنین شرطی به موجب صریح ماده ۱۱۱۹ ق.م. اشکالی نخواهد داشت و امروزه نیز این شرط به عنوان یکی از شروط ضمن عقد نکاح در سندهای ازدواج درج گردیده است و در اکثریت قریب به اتفاق ازدواج‌ها مورد تراضی طرفین ازدواج واقع می‌گردد. بنابراین تنها ضمانت اجرایی که می‌توان در عقد نکاح در نظر گرفت، مطالبه خسارت از سوی زوجه می‌باشد که این خسارت در غالب موارد، یک خسارت معنوی است تا خسارت مادی، چنان که یکی از حقوق‌دانان نیز به آن تصریح نموده است (صفایی، ۱۳۸۷: ۵۹).

۴-۵-۲. بیع خیاری

منظور از بیع خیاری، بیعی است که در آن برای طرفین یا یکی از آنها یا برای شخص ثالث، اختیار فسخ معامله شرط شده باشد. در بیع مزبور اگرچه به ظاهر از شرط عدم انتقال مبیع یا ثمن (در صورت عین بودن) خبری نیست ولی باید پذیرفت که در چنین مواردی به صورت ضمنی و تلویحی طرفین تراضی می‌کنند که خریدار یا فروشنده عوضی را که در اختیار می‌گیرد تا زمانی که حق فسخ طرف دیگر یا ثالث باقی است از انتقال آن به دیگران خودداری نماید.

قانون‌گذار اگرچه در بیع خیاری به طور مطلق، از ضمانت اجرای تخلف از شرط عدم انتقال سخن نگفته است، در بیع شرط که می‌تواند یکی از مصادیق بیع خیاری باشد به نوعی به ضمانت اجرای مزبور تصریح کرده و ابتدا در ماده ۴۶۰ ق.م. مقرر داشته است:

در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید.

سپس در ماده ۵۰۰ مقرر می‌دارد:

در بیع شرط مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که با بیع حق خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار با بیع باشد به وسیله جعل خیار یا نحو آن حق با بیع را محفوظ دارد والا اجاره تا حدی که منافی با حق با بیع باشد باطل خواهد بود.

بنابراین به تصریح ماده ۴۶۰ ق.م. با شرط خیار برای با بیع، خریدار نمی‌تواند در مبیع تصرفی منافی با خیار با بیع انجام دهد که این حکم قانون‌گذار اختصاصاً به خیار با بیع ندارد بلکه با استفاده از وحدت ملاک می‌توان حکم مزبور را به مواردی نیز که خریدار یا ثالث حق فسخ دارد تعمیم و تسری داد. بنابراین اگر در عقد بیعی، ثمن عین معین بوده و برای خریدار شرط خیار شده باشد، تا زمانی که حق فسخ خریدار از بین نرفته، فروشنده نمی‌تواند ثمن را به دیگری انتقال دهد.

نکته مهم در خصوص مورد این است که آیا اثر شرط خیار، سقوط حق انتقال «مَن علیه الخیار» در طول مدت خیار است یا التزام او به عدم انتقال؟ به تعبیر دیگر آیا شرط خیار، مفید اثر شرط نتیجه منفی است یا مفید اثر شرط ترک فعل حقوقی؟ بدیهی است

که اگر مواد ۴۶۰ و ۵۰۰ ق.م. حمل بر شرط نتیجه گردد حکم مقرر در ماده ۵۰۰ ق.م. جنبه استثنایی نداشته بلکه حکمی مطابق با قواعد حقوقی است.

اما اگر شرط خیار را مفید نوعی التزام از جانب «من علیه الخیار» در عدم انتقال بدانیم در این صورت می‌توان حکم ماده ۵۰۰ را حکمی مخالف با قواعد عمومی که عبارت از حق فسخ مشروطه است، در نظر گرفت.

به نظر می‌رسد همان گونه که برخی از حقوق‌دانان اشاره کرده‌اند، شرط مزبور را باید بر شرط نتیجه حمل کرد و این مطلب از ماده ۴۶۰ و مفهوم ماده ۵۰۰ قابل استنباط است؛ زیرا در ماده ۴۶۰ واژه «نمی‌تواند» ظهور در سقوط حق «من علیه الخیار» دارد یعنی حق انتقال او در اثر شرط خیار ساقط شده و بر همین اساس نمی‌تواند مبیع را انتقال دهد. همچنین این مطلب از مفهوم مخالف ماده ۵۰۰ ق.م. نیز قابل استنباط است که این چنین خواهد بود: در بیع شرط مشتری نمی‌تواند مبیع را برای مدتی که با بیع حق خیار دارد اجاره دهد. البته باید توجه کرد که اجاره در ماده فوق خصوصیت ندارد و شامل هر گونه انتقال منافع می‌شود؛ اعم از آنکه به موجب عقد اجاره یا صلح یا عقد دیگری باشد و به قیاس اولویت می‌توان آن را به انتقال عین نیز تسری داد. استنباط اثر شرط نتیجه از شرط خیار با ماده ۴۷۴ ق.م. نیز تقویت می‌شود که مقرر می‌دارد:

مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد.

زیرا در صورت شرط خلاف، مستأجر نمی‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد و اصطلاح «نمی‌تواند» ظهور در سقوط حق انتقال وی دارد نه التزام وی به عدم انتقال؛ چنان که یکی از حقوق‌دانان نیز شرط عدم انتقال در ماده ۴۷۴ ق.م. را به سلب حق انتقال به غیر، یعنی شرط نتیجه منفی حمل کرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱/۳۷۶).

۴-۲-۳. یکی از مواردی که از شمول قاعده عمومی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی به شرح مذکور خارج است عبارت از مواردی مانند شرط عدم فسخ است که در صورت تخلف مشروط‌علیه از شرط و فسخ معامله، به دلیل آنکه عقد منحل شده و از بین می‌رود و به حکم عقل خیار تخلف شرط قابل تصور نمی‌باشد،

مشروطه له حق فسخ نخواهد داشت؛ زیرا با فسخ، عقد از بین رفته و دیگر وجود ندارد تا مشروطه له حق فسخ آن را داشته باشد. البته چنانچه شرط عدم فسخ در ضمن عقد لازم دیگری درج شده باشد، در این صورت امکان تصور خیار تخلف از شرط برای مشروطه وجود خواهد داشت و می‌تواند با استفاده از آن، عقد لازمی را که شرط ضمن آن درج گردیده فسخ نماید؛ مانند اینکه ضمن عقد بیعی شرط شود که فروشنده نباید عقد اجاره فیما بین را فسخ نماید یا چنانچه ضمن عقد لازمی عدم عزل وکیل شرط شود که در صورت تخلف موکل از شرط و عزل وکیل، اگرچه وکالت از بین می‌رود، مشروطه نیز حق فسخ عقد لازم را خواهد داشت.

نتیجه‌گیری

ضمانت اجرای مقرر در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. نمی‌تواند در مورد شرط ترک فعل حقوقی جریان داشته باشد بلکه باید ضمانت اجرای مقرر در مواد فوق را به شرط فعل مثبت، اعم از مادی و حقوقی، و همچنین شرط فعل منفی مادی اختصاص داد و دیدگاه‌های متعددی که در میان فقهای امامیه 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 بر خلاف شرط انجام گرفته، صحیح است، ولی مشروطه می‌تواند در قبال تخلف از شرط دو اقدام انجام دهد. اولاً می‌تواند عقودی را که شرط در ضمن آن درج گردیده، فسخ نماید و ثانیاً در صورتی که از تخلف مشروطه علیه خسارتی به او وارد شده باشد، درخواست جبران خسارت بنماید. البته در برخی موارد مانند ازدواج و... باید از این قاعده عمومی عدول کرد، چنان که قانون‌گذار در برخی موارد عدول کرده است.

کتاب‌شناسی

۱. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، چاپ دوم، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۱۰ ق.
۲. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ هفتم، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۶۸ ش.
۳. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، چاپ سنگی، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق تعهدات*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۲ ش.
۵. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، چاپ سوم، قم، دار الکتاب، ۱۴۱۸ ق.
۶. حسینی شیرازی، سیدمحمد، *الفقه*، چاپ دوم، بیروت، دار العلوم، ۱۴۰۹ ق.
۷. حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، چاپ سوم، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۸. همو، *منهاج الصالحین*، حاشیه سیدمحمدباقر صدر، نجف، مطبعة الآداب، بی‌تا.
۹. خوانساری نجفی، موسی، *منیة الطالب فی شرح المکاسب*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۱۰. شهیدی، مهدی، *شروط ضمن عقد*، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۷ ش.
۱۱. شهیدی تریزی، میرزا فتاح، *هدایة الطالب الی اسرار المکاسب*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۷ ق.
۱۲. صفایی، سیدحسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۱۳. همو، *مختصر حقوق خانواده*، چاپ پانزدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۱۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *العروة الوثقی*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق.
۱۵. همو، *حاشیه المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۸ ق.
۱۶. طوسی، محمد بن حسن، *الخلافة*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۷. همو، *المسوط فی فقه الامامیه*، قم، المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ش.
۱۸. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۱۹. عاملی کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۲۰. عدل، مصطفی، *حقوق مدنی*، قزوین، طه، ۱۳۷۸ ش.
۲۱. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، چاپ سنگی، مشهد، مؤسسه آل‌البتین، بی‌تا.
۲۲. همو، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البتین، لایحه التراث، ۱۴۲۰ ق.
۲۳. غروی اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه المکاسب*، قم، چاپ علمیه، ۱۴۱۸ ق.
۲۴. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، *اصول قراردادها و مقررات*، چاپ چهارم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۶ ش.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، *اموال و مالکیت*، چاپ دوم، تهران، دادگستر، ۱۳۷۸ ش.
۲۶. همو، *عقود معین*، چاپ ششم، تهران، انتشار، ۱۳۷۶ ش.
۲۷. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، به‌نشر، ۱۳۶۹ ش.
۲۸. کیهان (آرشیو حقوقی)، *مجموعه رویه قضایی، آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور*، ۱۳۴۹ ش.
۲۹. مامقانی، عبدالله، *مناهج المتقین فی فقه ائمة الحق و الیقین*، قم، مؤسسه آل‌البتین، لایحه التراث، بی‌تا.
۳۰. محقق داماد، سیدمصطفی، «تحلیل ماده ۴۵۴ قانون مدنی»، *مجله قضایی و حقوق دادگستری*، سال سوم، شماره ۹، ۱۳۷۷ ش.

۳۱. همو، قواعد فقه (بخش مدنی ۲)، چاپ دوم، تهران، سمت، ۱۳۷۶ ش.
۳۲. همو، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸ ش.
۳۳. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۳۴. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، «شرط ترک ازدواج مجدد در ضمن عقد نکاح»، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، شماره ۱۱، ۱۳۷۳ ش.
۳۵. موسوی خمینی، سیدروح الله، کتاب البیع، قم، چاپخانه مهر، بی تا.
۳۶. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، قم، وجدانی، ۱۳۶۸ ش.
۳۷. همو، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۳۸. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هشتم، قم، حیدری، ۱۳۶۵ ش.
۳۹. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۵ ش.
۴۰. وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، بی جا، بی نا، بی تا.

