

بررسی اقسام شرط و آثار آن (با تکیه بر نقض تعهد)*

- محسن جهانگیری^۱
- غلامرضا یزدانی^۲

چکیده

فقه امامیه و قانون مدنی شرط را به سه قسم تقسیم کرده‌اند. شرط صفت، نتیجه و فعل. نقض و تخلف شرط نتیجه ممکن نیست لذا سخن از ضمانت اجرای آن جایی ندارد، اما در تخلف از شرط صفت و فعل چگونه؟ در صورتی که مشروط علیه نقض شرط نمود راهی برای الزام او به شرط وجود دارد یا خیر؟ اگر به مشروط له خسارتی وارد شد در فقه و قانون راهی برای جبران خسارت او دیده شده است یا خیر؟

در این مقاله اثبات می‌کنیم که در تخلف از شرط صفت، قانون مدنی حق فسخ را برای مشروط له پیش‌بینی کرده است، در عین حالی که علاوه بر حق فسخ، امکان الزام متعهد به شرط نیز وجود دارد. اما در تخلف از شرط فعل، اگر شرط فعل مادی باشد، قانون‌گذار دو ضمانت اجرایی در نظر گرفته است،

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۸/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۹/۱۶.

۱. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (dr.jahangiri@razavi.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی (نویسنده مسئول) (y-gholamreza@yahoo.com).

اجرای اجباری و یا نیابتی و حق فسخ؛ و اگر شرط فعل، فعل حقوقی منفی باشد از طرفی امکان تخلف وجود دارد و از طرفی هم برای مشروط له حق فسخ ایجاد می‌شود.

واژگان کلیدی: شرط صفت، شرط فعل، شرط نتیجه، نقض تعهد، اجرای اجباری، اجرای نیابتی.

مقدمه

ماده ۲۳۴ قانون مدنی، شرط را از حیث موضوع به سه قسم تقسیم کرده است: شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل. همچنان که این تقسیم‌بندی در برخی تألیفات فقهی نیز به چشم می‌خورد (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۴/۳؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۱۳/۵؛ خویی، بی‌تا: ۳۶۰/۷). در مقابل، برخی محققان بر این تقسیم اشکال کرده‌اند که خود چند گروه می‌شوند؛ برخی تقسیم را منحصر به شرط فعل و شرط صفت دانسته‌اند و شرط نتیجه را غیر ممکن دانسته‌اند. برخی دیگر برعکس، شرط صفت را غیر ممکن دانسته و شرط را از حیث موضوع به شرط فعل و شرط نتیجه، تقسیم کرده‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۷۶/۵) و گروهی نیز هرچند در صحت شرط صفت اشکال نکرده‌اند، در مقام تحلیل و لب، برگشت شرط صفت را به شرط نتیجه دانسته‌اند (ایروانی نجفی، بی‌تا: ۶۶/۲).

در ادامه، هر یک از این اقسام سه‌گانه به طور مجزا در سه فصل بررسی می‌شود.

فصل اول: شرط صفت

شرط صفت همان طور که از اسمش پیداست عبارت از این است که در ضمن عقد مقرر شود دو عوض یا یکی از آن دو، وصف خاصی داشته باشد (خویی، بی‌تا: ۳۶۰/۷).

گفتار اول: صحت شرط صفت

همان طور که اشاره شد برخی از محققان شرط صفت را به این معنا صحیح نمی‌دانند و آن را غیر معقول می‌شمارند و برخی دیگر نیز ضمن پذیرش آن، آن را چهره دیگری از شرط نتیجه می‌دانند و البته گروهی نیز آن را صحیح دانسته و شرط صفت را قسیم شرط فعل و شرط نتیجه قرار داده‌اند که در ادامه این سه نظریه را به طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱- نظریه بطلان شرط صفت

این نظریه توسط محقق اصفهانی در حاشیه مکاسب مطرح شده است. برای توضیح این نظریه توجه به یک نکته اساسی ضروری است و آن اینکه آیا «شرط صفت» با «خیار تخلف وصف» یکی است یا اینها دو عنوان مستقل بوده و دارای آثار و احکام متفاوت می‌باشند؟ اگر این دو عنوان، تعبیر از یک حقیقت باشند و بین آنها تفاوتی نباشد برگشتش به این است که چنانچه وصف مشروط در کالا وجود نداشت، خیار تخلف وصف برای مشروط له ایجاد می‌شود نه خیار تخلف شرط. در این فرض که این دو عنوان اشاره به یک حقیقت باشد، نباید در صحت آن شرط تردید کرد و مرحوم محقق اصفهانی نیز به این مطلب اذعان دارند.^۱

منتهی آنچه از کتب فقهی استفاده می‌شود این است که اینها دو عنوان مستقل می‌باشند؛ زیرا فقها این دو را در دو مبحث جداگانه مورد مطالعه قرار داده‌اند (برای نمونه، ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵: ۳۴/۳ (شرط صفت) و ۴۲۱/۲ (خیار تخلف وصف)) و اساساً عنوان «شرط صفت» غیر از عنوان «خیار تخلف وصف» است. با توجه به احتمال دوم، محقق اصفهانی حکم به بطلان شرط صفت داده است با این استدلال که: شرط یعنی الزام و التزام و از طرفی در شرط صفت، تعهد و التزام قابل تصور نیست. توضیح اینکه التزام و متعهد شدن در جایی صحیح است که التزام باعث حصول شیء مورد التزام بشود یا اینکه شخص را متعهد و ملتزم به تحصیل آن شیء نماید. اما جایی که التزام، نه در حصول و نه در تحصیل شیء مورد التزام اثری ندارد، این التزام و تعهد، غیر معقول است. از طرفی در شرط صفت، تحقق و عدم تحقق وصف، متوقف بر حصول و عدم حصول اسباب خارجی آن است و ربطی به التزام متعهد ندارد. یعنی اگر اسباب تحقق وصف در خارج محقق شود، آن وصف ایجاد می‌شود و اگر محقق نشود، وصف به وجود نمی‌آید، در نتیجه تحقق و عدم تحقق وصف، ربطی به تعهد و التزام شخص ندارد (ر.ک: اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۷۶).

۱. وعلیه فشرط الوصف لا بدّ من إرجاعه إلى التوصیف، والخیار من باب تخلف الوصف لا تخلف الشرط وعلیه یسقط جملة من المباحث المختصّة بخصوص الشرط (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۷۶/۵).

۲- نظریه برگشت شرط صفت به شرط نتیجه

این نظریه توسط محقق ایروانی در حاشیه مکاسب مطرح شده است و ظاهراً برخی متأخران همین نظریه را به نحوی قبول نموده‌اند (ر.ک: خوبی، بی تا: ۳۶۰/۷).

همان طور که در ذیل نظریه محقق اصفهانی توضیح داده شد، التزام به وصفی در کالا، غیر معقول است؛ زیرا تحقق یا عدم تحقق وصف، ربطی به التزام و تعهد شخص ندارد و تابع اسباب وجودی خود می‌باشد، حال آنکه علی‌رغم این مطلب عقلایی، طرفین در قرارداد، شرط وصف را درج می‌نمایند و در حقیقت نظرشان به جعل خیار در فرض عدم وجود شرط است؛ به این معنا که آنچه اراده حقیقی طرفین به آن تعلق گرفته است، جعل خیار است؛ یعنی طرفین لحاظ می‌کنند که اگر فلان وصف در کالا نباشد، متعهد له خیار فسخ داشته باشد، از طرفی چون این نتیجه (حق خیار) به نفس اشتراط در عقد حاصل می‌شود، پس شرط صفت به شرط نتیجه باز می‌گردد.

برای مثال، فرض کنید طرفین قراردادی را به این شکل منعقد کرده‌اند: «من فلان شیء را از شما می‌خرم به شرطی که به مدت هفت روز، حق خیار داشته باشم» و طرف مقابل این را می‌پذیرد. بدون شک این شرط، شرط نتیجه خواهد بود؛ زیرا مشروط به نفس اشتراط حاصل می‌شود. حال اگر مفاد قرارداد طرفین چنین باشد: «من فلان شیء را از شما می‌خرم به شرطی که فلان وصف را داشته باشد»، در اینجا چون از یک طرف «شرط» یعنی تعهد و التزام و از طرف دیگر التزام نسبت به وصف خارجی معقول نیست، پس در حقیقت آنچه طرفین اراده کرده‌اند این است که: «من فلان شیء را می‌خرم به شرطی که اگر فلان وصف را نداشت، حق خیار داشته باشم». در این صورت نیز حق خیار به صرف اشتراط حاصل می‌شود و در نتیجه برگشت شرط وصف به شرط نتیجه است (ایروانی نجفی، بی تا: ۶۶/۲).

۳- نظریه صحت شرط وصف

در برابر دو گروه قبلی، سید یزدی و امام خمینی و عده‌ای دیگر (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۲۷۱/۲) معتقدند که شرط وصف، به عنوان یک نهاد حقوقی مستقل در مقابل «خیار

تخلف و وصف» صحیح بوده، اعتبار عرفی و عقلایی نیز دارد.^۱

نقد و نظر

در مقام داوری بین این سه نظریه، باید ماهیت حقوقی شرط صفت مورد توجه قرار گیرد. برای توضیح این مقدمه توجه به یک نکته ضروری است و آن اینکه اثر تخلف از شرط و وصف چیست؟ آیا صرفاً حق خیار است و یا علاوه بر آن، امکان الزام متعهد نیز وجود دارد؟ معروف و مشهور معتقدند که اثر تخلف و وصف، حق خیار است و همین نظریه در تعریف و تفسیر «شرط و وصف» به نوعی منعکس شده است. همان طور که در ابتدای بحث اشاره کردیم فقهای عظام در تعریف شرط صفت گفته‌اند: «شرط صفت عبارت از این است که در ضمن عقد مقرر شود دو عوض یا یکی از آن دو، وصف خاصی داشته باشد». اینکه عوض یا عوضین، وصف خاصی داشته باشد، ربطی به اراده و التزام طرفین ندارد؛ پس معنای «شرط صفت» این نیست که «مبیع» مثلاً دارای چنین صفتی باشد والا شرط لغو خواهد بود، بلکه به این معناست که متعهد علیه ملتزم می‌شود که مبیع دارای صفت مشروط باشد و نباید پنداشت که همیشه التزام و تعهد، به معنای التزام به انجام کاری است، بلکه ممکن است التزام در امور مربوط به عقیده یا حتی امور خارجیه باشد (موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۱۴/۵).

برای مثال وقتی کسی قول می‌دهد و ملتزم می‌شود که فلانی فردا از سفر می‌آید، عرف در صحت این شیوه سخن گفتن تردیدی نمی‌کند و آن را غیر معقول نمی‌شمارد و این گونه التزامات در محاورات عرفی فراوان است (ایروانی نجفی، بی‌تا: ۶۶/۲). در مورد بحث نیز ولو وجود وصف در مبیع، امری خارجی است ولی اشکالی ندارد که متعهد، وجود این وصف خارجی را در کالا تعهد نماید و چنین استعمالی از نظر عرف، نامعقول نیست.

۱. وحکم شرط الوصف خيار التخلّف عند فقدانها وهذا أيضاً أثر مطلوب ولأجله كان اشتراطه متعارفاً بلا ريب. فما في تعليقات بعض أهل النظر من الإشكال العقليّ فيه وإرجاعه إلى الوصف، ناشئ من عدم الالتفات إلى ما في الأسواق العقلانيّة ومن توهم كون الشرط التزاماً بعمل أو تعهداً بشيء، مع أنه أوسع من ذلك؛ إذ هو قرار خاصّ في البيع ونحوه والالتزام المذكور في القاموس ونحوه، ليس المراد منه إلا القرار، لا ما وقع في كلمات الفقهاء أحياناً (موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۱۴/۵).

همچنین می‌توان گفت که حقیقت شرط صفت این است که متعهد، ملتزم می‌شود مبیع دارای وصف معینی را به خریدار بفروشد؛ برای مثال وقتی فروشنده مبیع را به شرط داشتن وصف معینی می‌فروشد در حقیقت به این معناست که متعهد و ملتزم می‌شود مبیع را با این وصف در اختیار مشتری قرار دهد (یزدی، بی‌تا: ۱۲۰/۲). نتیجه اینکه نظریه سوم، صحیح‌تر به نظر می‌رسد.

گفتار دوم: ضمانت اجرای تخلف از شرط صفت

قانون مدنی ضمانت اجرای تخلف از شرط وصف را ایجاد حق خیار فسخ قرار داده است. ماده ۲۳۵ قانون مدنی چنین مقرر کرده است:

هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت.

برخی از حقوق‌دانان نیز همین نظریه قانون مدنی را پذیرفته‌اند (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۳۳/۳). در مورد ضمانت اجرای تخلف از شرط وصف، دو نظریه در فقه مطرح شده است؛ بسیاری از فقها، ضمانت اجرای آن را ایجاد حق خیار قرار داده‌اند (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵: ۳۴/۳) ولی در مقابل گروهی علاوه بر ایجاد حق خیار، امکان الزام متعهد به شرط را نیز صحیح می‌دانند (ر.ک: یزدی، بی‌تا: ۱۲۰/۲).

منشأ اختلاف در این است که آیا ادله لزوم شروط از جمله حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم» شامل شرط وصف نیز می‌شود یا خیر؟ گروه نخست معتقدند که این روایت شامل شرط وصف نمی‌شود در نتیجه در فرض تخلف و نقض آن، دلیلی برای الزام متعهد به انجام شرط نداریم. توضیح اینکه قاعده فوق در جایی جاری است که الزام ممکن باشد و تعهد همواره نسبت به یک عمل و فعل امکان دارد، نه نسبت به وجود امری خارجی که در واقع یا موجود و یا معدوم است. در نتیجه الزام وجود ندارد تا التزام معنا و مفهوم داشته باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۴/۳).

انتقادی که بر این نظریه وارد شده این است که اولاً: اگر ادله لزوم شروط، شامل شرط صفت نشود، نه تنها دلیلی بر لزوم پابندی به این شرط نداریم بلکه دلیلی بر صحت این شرط نیز نخواهیم داشت (یزدی، بی‌تا: ۱۲۰/۲) در حالی که طرفداران این

نظریه عموماً قائل به صحت شرط صفت شده‌اند. ثانیاً: مفاد روایت فوق این است که مؤمنان به التزامات خود پایبندند و به مقتضای تعهدات و شروط خود متعهدند، لکن پایبندی و وفا به تعهدات بر حسب مقتضای شرط متفاوت است؛ اگر شرط انجام عملی باشد، مشروط علیه مکلف است به آن اقدام کند و اگر شرط، وجود وصف در میبع باشد، وی مکلف است میبع با این وصف را تحویل دهد و ... (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۴).

مرحوم محقق نائینی در مقابل دو نظریه فوق، قائل به تفصیل شده است؛ به این صورت که اگر وصف از اوصافی باشد که امکان تحصیل آنها برای متعهد علیه نیست در این صورت ضمانت اجرای تخلف وصف، حق خیار است ولی اگر امکان تحصیل وصف برای متعهد علیه وجود داشته باشد، در این صورت امکان الزام متعهد علیه بر تحصیل شرط وجود دارد (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۲۶/۲).

فصل دوم: شرط نتیجه

شرط نتیجه عبارت است از تحقق اثر یک عمل حقوقی در ضمن عقد، مثل شرط وکیل بودن فروشنده در مقابل خریدار یا بالعکس در انجام دادن یک عمل یا ملکیت یک عین معین برای یکی از طرفین عقد و یا اجنبی. در این فصل، ضمن دو گفتار، صحت شرط نتیجه و ضمانت اجرای تخلف از آن مورد بررسی قرار می‌گیرند.

گفتار اول: صحت شرط نتیجه

قانون مدنی ایران ضمن تقسیم شروط از حیث موضوع به سه دسته در ماده ۲۳۵ شرط نتیجه را صحیح شمرده، در ماده ۲۳۴ نیز در تعریف آن بیان می‌کند که: «شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود».

اما در فقه اسلامی در صحت شرط نتیجه، اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی شرط نتیجه را صحیح و گروهی آن را باطل و بلااثر می‌شمارند.

نقد و بررسی نظریه بطلان شرط نتیجه

گروهی شرط نتیجه را باطل شمرده و برای اثبات ادعای خود به ادله زیر تمسک کرده‌اند:

۱- اعمال حقوقی دارای اسباب خاص هستند و نمی‌توان آنها را از طریق شرط محقق ساخت (انصاری، ۱۴۱۵: ۶۰/۶).

در پاسخ این دلیل می‌توان گفت که اعمال حقوقی دو قسم هستند؛ برخی اعمالی‌اند که در شریعت مقدس، برای تحقق آنها اسباب مشخصی معین شده است، نظیر طلاق. شرط کردن این دسته از اعمال، به صورت شرط نتیجه صحیح نیست ولی در مقابل اینها اعمالی وجود دارند که اسباب شرعی خاصی ندارند و صرف اراده طرفین برای تحقق آنها کافی است، نظیر وکالت و وصایت و... این دسته از اعمال حقوقی را می‌توان به صورت شرط نتیجه در قرارداد پیش‌بینی کرد (همان) و اکثر اعمال حقوقی در این دسته دوم قرار می‌گیرند تا جایی که گروه اول، به عنوان استثنا شناخته شده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۳۹/۳).

۲- نتیجه قابل تملک نیست؛ ایرادی که بر این دلیل وارد شده این است که برخی گفته‌اند شرط همیشه مملوک مشروط له است و از طرف دیگر نتیجه اعمال حقوقی نمی‌تواند مملوک شخص قرار گیرد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۷۱/۱۲).

در پاسخ گفته شده است که اگر مفاد شرط، جعل تملیک مشروط برای مشروط له باشد، ایراد وارد است ولی اگر مفاد شرط، مجرد التزام برای مشروط له به شرط باشد، ایراد وارد نیست، زیرا در فرض دوم، نتیجه یعنی مشروط در ضمن عقد شرط شده است و با توجه به عموم ادله شروط، این اشتراط صحیح خواهد بود (همان: ۷۲/۱۲).
نتیجه‌گیری: در خصوص صحت شرط نتیجه باید بین اعمال حقوقی‌ای که تحقق آنها علاوه بر اعلام رضایت و اعمال اراده طرفین، نیازمند سبب خاصی است، نظیر نکاح و طلاق و... و بین اعمال حقوقی‌ای که برای تحققشان، اعمال اراده کافی است، تفکیک کرد. دسته اول را نمی‌توان با شرط نتیجه محقق کرد ولی دسته دوم را می‌توان به صورت شرط نتیجه در قرارداد شرط کرد.

گفتار دوم: ضمانت اجرای تخلف از شرط نتیجه

قبل از بررسی ضمانت اجرای تخلف از شرط نتیجه باید به این سؤال پاسخ داد که آیا اساساً تخلف از شرط نتیجه ممکن و متصور است یا خیر؟ پاسخ این پرسش منفی

است. توضیح اینکه وقتی از «تخلف» صحبت می‌کنیم، تخلف ناظر به عقد صحیح است، اما اگر عقد یا شرط باطل باشد، اثری ندارد تا نوبت به اجرا و سپس تخلف برسد. پس تخلف، مترتب بر صحت عقد است.

از طرف دیگر نتیجه‌ای که به صورت شرط نتیجه شرط شده است، یا به نفس اشتراط حاصل می‌شود یا خیر. در صورت اول مقصود حاصل است، ولی اگر نتیجه به نفس اشتراط حاصل نمی‌شود، معلوم می‌شود که عقد، ممتنع عقلی یا شرعی بوده است و اگر طرفین، ممتنع عقلی یا شرعی را در ضمن عقد شرط کردند، معلوم می‌شود که این شرط از همان ابتدا باطل بوده است (عابدیان، ۱۳۸۹).

فصل سوم: شرط فعل

ماده ۲۳۴ در تعریف شرط فعل مقرر می‌دارد:

... شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.

کاری که موضوع شرط قرار می‌گیرد ممکن است فعل مادی و مثبت باشد (مانند ساختن عمارت یا مواظبت از کودک یا تعمیر ماشین معین) یا فعل مادی منفی باشد (مانند باز نکردن پنجره و نبریدن درخت و کار نکردن برای دیگران) و ممکن است ناظر به انجام دادن عمل حقوقی (مانند فروش یا دادن رهن) باشد و یا خودداری از آن (مانند اجاره ندادن ملک یا خودداری از فروش اتومبیل) (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۴۱/۳). به عبارت دیگر شرط فعل یا مادی است یا حقوقی و هر کدام ممکن است مثبت یا منفی باشد. لذا چهار فرض باید بررسی شود.

گفتار نخست: شرط فعل مادی مثبت

همان طور که گفتیم در این گونه شروط مفاد شرط، انجام دادن یک فعل مادی است مثل اینکه ضمن عقد شرط شود که مشروط علیه، لباسی را بدوزد. در صحت و نفوذ این شرط نباید تردید کرد؛ لذا در این گفتار به امکان یا عدم امکان تخلف از شرط فعل مادی و ضمانت اجرای تخلف از آن پرداخته می‌شود.

مبحث اول: امکان تخلف از شرط فعل مادی

در خصوص امکان تخلف از شرط فعل مادی و عدم آن، دو نظریه در فقه مطرح شده است؛ برخی معتقدند که امکان تخلف از این شرط وجود ندارد (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۳)، ولی مشهور فقها تخلف از آن را امکان‌پذیر می‌دانند (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵: ۶۲/۶). برای شناخت این دو نظریه لازم است «مفاد شرط فعل» را به تفصیل بررسی کنیم.

آیا مفاد شرط فعل، حکم تکلیفی محض است یا علاوه بر آن، متضمن حکم وضعی نیز هست؟ و اگر متضمن حکم وضعی است، آن حکم چیست؟ و در نهایت آیا شرط فعل، موجب ضمان برای متعهد علیه می‌شود یا خیر؟ نظریات فقهی مطرح درباره مفاد شرط فعل عبارتند از:

۱- نظریه تکلیف محض

مطابق این نظریه که به مشهور نسبت داده شده است (همان)، وفای به شرط، یک تکلیف شرعی محض است. طرفداران این نظریه به چند دلیل تمسک کرده‌اند:

۱- روایت شریف «المؤمنون عند شروطهم» (عاملی، ۱۴۰۹: ۳۰/۱۵) که در مقام انشا و تشریح صادر شده است و حمل آن بر مفاد خبری که مطابق با ظاهر حدیث است مستلزم کذب خواهد بود؛ زیرا بسیاری از مؤمنان به شروط و تعهدات خود پایبند نیستند (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۳۰۳).

۲- موثقه اسحاق بن عمار: «مَنْ شَرَطَ لَامْرَأَتِهِ شَرْطًا فَلَيْفَ لَهَا بِهِ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شَرْطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» (طوسی، ۱۴۰۷: ۴۶۷/۷). در این حدیث «فلیف» فعل امر است و دلالت بر وجوب دارد، پس وفای به شرط واجب است.

۳- ادعای اجماع: شیخ انصاری به نقل از علامه حلی، اجماع بر این مسئله را بیان می‌کند: «فی التذکرة: لو اشتری عبداً بشرط أن يعتقه المشتري صحَّ البيع ولزم الشرط عند علمائنا أجمع» (انصاری، ۱۴۱۵: ۶۲/۶).

اشکال وارد بر این ادله آن است که مطابق این ادله، عمل به شرط واجب است ولی دلالتی ندارند بر اینکه مفاد شرط، صرفاً وجوب عمل و حکم تکلیفی است.

۲- نظریه حق فسخ

مطابق این نظریه که توسط شهید اول ارائه شده است، مفاد شرط فعل، صرفاً اعطای حق فسخ به مشروط له است و هیچ تکلیفی برای متعهد علیه ایجاد نمی‌کند (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۲۰). به عبارت دیگر مطابق این نظریه، عمل به شرط برای متعهد علیه واجب نیست و صرفاً در فرض تخلف وی، برای متعهد له خیار فسخ ایجاد می‌شود.

برای مثال وقتی فروشنده‌ای خانه‌اش را به خریدار می‌فروشد به شرط اینکه خریدار یک ماه ماشینش را در اختیار وی قرار دهد، در این مثال فروشنده اصلاً در فکر ایجاد تکلیفی برای خریدار نیست بلکه صرفاً آنچه مد نظر اوست این است که یک ماه از ماشین او استفاده کند و اگر این امکان برایش محقق نشد، بتواند قرارداد فروش خانه را فسخ کند. در نتیجه آنچه مد نظر فروشنده است، این است که برای خود حق فسخ قرار دهد.

اشکال وارد بر این نظریه آن است که ادله شرط، اگر نگوییم منحصرأ مفادشان وجوب تکلیفی است،^۱ ولی می‌توان گفت که متضمن حکم تکلیفی نیز هستند (انصاری، ۱۴۱۵: ۶۴/۶).

۳- نظریه تکلیف و حق مطالبه

برخی معتقدند که مفاد شرط، حکم تکلیفی و وضعی هر دو است؛ یعنی شرط موجب تکلیف به عهده مشروط علیه و حکم وضعی به نفع مشروط له به نحو توأمان است. ولی حکم وضعی مزبور را صرفاً در حق مطالبه محدود می‌کنند، یعنی از یک سو مشروط علیه تکلیف می‌یابد که به شرط وفا کند و از سوی دیگر مشروط له حق دارد انجام آن را مطالبه کند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۰۳). از پیروان این نظریه می‌توان صاحب جواهر (ر.ک: نجفی، بی‌تا: ۶۹/۲۷) و امام خمینی (ر.ک: موسوی خمینی، بی‌تا: ۲۳۷/۵) را نام برد.

۱. آیه‌الله خویی مفاد روایت «المؤمنون عند شروطهم» را صرفاً حکم تکلیفی می‌داند و در ذیل روایت مذکور می‌فرماید: «الیس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعی: بمعنى أن ما التزم به المؤمن لا یزول بفسخه، بل المراد من ذلك إنما هو الالتزام التکلیفی: أي یجب علی کل مؤمن الوفاء بشرطه، لأنه من علائم إیمانہ» (خویی، بی‌تا: ۱۹۰/۲).

۴- نظریه تکلیف و حق مالی ذمی

بر اساس این نظریه، شرط، موجب نوعی «حق مالی» است و برای صاحب آن، «حق دینی» به وجود می‌آورد و حتی گاه «حق دینی» مزبور می‌تواند به «حق عینی» تبدیل گردد. بر این اساس، تعذر یا تخلف از شرط، مشروط له را بر سر دو راهی فسخ یا امضای مجانی عقد، سرگردان و شکست زده نمی‌کند، بلکه مشروط له در ردیف حقوق سنتی و مشهور خود یعنی حق فسخ، حق مطالبه بهای مالی شرط را دارد. از طرفداران این نظریه می‌توان به علامه حلی (ر.ک: ۱۴۱۳: ۱۳/۱۵۳)، کرکی (ر.ک: ۱۴۱۴: ۷/۳۵۹) و نیز سید یزدی (ر.ک: ۱۴۱۹: ۱۳/۱۷۶) اشاره کرد. در میان فقهای معاصر و حقوق دانان فعلی، استاد محقق داماد از این نظریه دفاع می‌کند (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۰۵-۳۰۶).

نتیجه گیری و پاسخ به سؤال

آیا امکان تخلف از شرط فعل وجود دارد یا خیر؟

مطابق سه نظریه اول، امکان تخلف از شرط فعل منطقی و صحیح است. برای مثال در جایی که فروشنده در ضمن قرارداد بیع خانه، شرط می‌کند که خریدار به مدت یک ماه ماشینش را رایگان در اختیار وی بگذارد، ممکن است خریدار از تحویل ماشین به فروشنده امتناع نماید و در نتیجه مرتکب نقض شرط فعل شود. اما بنا بر نظریه چهارم (نظریه تکلیف و حق ذمی مالی) تخلف از شرط فعل غیر ممکن است. برای توضیح این مطلب یک مثال مقدماتی ضروری است: فرض کنید شخصی یک میلیون تومان در برابر قرضی که کرده بدهکار است. در اینجا تنها کاری که طلبکار در مقابل بدهکار می‌تواند بکند این است که در فرض امتناع از تسلیم پول، از دادگاه تقاضا نماید وی را ملزم به پرداخت کند و ایجاد حق فسخ برای طلبکار در اینجا مفهوم ندارد؛ زیرا قراردادی در کار نیست و فقط دینی است که بر ذمه قرض گیرنده است و باید از او بازستانده شود.

در مورد بحث نیز مطابق این نظریه، اثر شرط، تملیک موضوع شرط در ذمه متعهد علیه است؛ یعنی به محض اینکه طرفین شرطی را در قرارداد به نفع متعهد له درج کردند، وی موضوع آن را در ذمه متعهد علیه طلبکار می‌شود و مفاد شرط

(تملیک) محقق شده است. اکنون که شرط، اثر قهری خود را گذاشت، معنایی برای تخلف از آن نیست. در مثال بالا، فروشنده به محض اشتراط یک ماه استفاده رایگان را از ماشین خریدار طلبکار می‌شود (یعنی شرط ایفا شده است) و نظیر سایر طلبکارها و بدهکارها باید برای استیفای طلب خود به دادگاه مراجعه کند.

به عبارت دیگر: «در شرط مالی ضمن عقد، در فرض امتناع مشروط علیه از ادا، حق فسخ برای مشروط له منتفی خواهد بود؛ زیرا با شرط، ضمان در عهده مشروط علیه محقق گردیده و همانند شرط نتیجه، مفاد شرط باید تحقق یافته تلقی شود و بنابراین، مشروط له فقط حق دارد از حاکم الزام مشروط علیه را به پرداخت دین بخواهد، نه ایفای تعهد را و تخلفی از شرط مطرح نمی‌شود تا حق فسخ برای مشروط له به وجود آید. حاکم در این مورد میان مشروط له و مشروط علیه باید درست مانند سایر دائنین و مدیونین عمل کند» (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۲۰).

خلاصه: مطابق سه نظریه اول در مفاد شرط فعل، امکان تخلف از شرط فعل متصور است ولی مطابق نظریه اخیر، تخلف از شرط فعل امکان‌پذیر نیست و مفاد شرط به محض اشتراط محقق می‌شود.

مبحث دوم: ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل

در جایی که شرط فعل نقض می‌شود، چه ضمانت اجرایی برای این تخلف در قانون و فقه پیش‌بینی شده است. قانون مدنی در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ دو ضمانت اجرا را برای این نقض برشمرده است: ۱- اجبار به انجام تعهد، ۲- حق فسخ. در فقه نیز عموماً این دو ضمانت اجرا مطرح است. در ادامه ابتدا به بررسی هر یک از این ضمانت اجراها می‌پردازیم و سپس به رابطه آنها با یکدیگر اشاره می‌کنیم.

بند اول: امکان اجبار مشروط علیه بر انجام شرط

در مورد مفاد شرط فعل گفتیم که چهار نظریه وجود دارد. مطابق نظریه دوم که اعتقاد داشت مفاد شرط فعل، صرفاً ایجاد حق فسخ برای متعهد له است و هیچ گونه تکلیفی برای متعهد علیه به وجود نمی‌آید، بحث اجبار مشروط علیه بر انجام شرط و عدم آن، موضوعیت ندارد.

اما مطابق سه نظریه دیگر این بحث مطرح می‌شود که در فرض امتناع مشروط علیه از انجام شرط، آیا امکان اجبار و الزام او بر انجام شرط وجود دارد یا خیر؟ در این خصوص چهار نظریه در فقه مطرح شده است؛ گروهی طرفدار جواز اجبار مشروط علیه به طور مطلق شده‌اند (ر.ک: کرکی، ۱۴۱۴: ۴۲۳؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۷۴/۳؛ نجفی، بی تا: ۲۱۸/۲۳) و برعکس گروهی دیگر از جمله شهید اول (ر.ک: عاملی، ۱۴۱۷: ۲۱۴/۳) و علامه حلی (ر.ک: ۱۴۱۳: ۹۲/۲)، معتقد به عدم جواز اجبار به طور مطلق هستند. همچنین علامه حلی در تألیفات مختلف خود، دو نظریه متفاوت بیان کرده است؛ در *تذکره الفقهاء* فرموده است که در حقوق الله، اجبار جایز است ولی در حقوق الناس، اجبار جایز نیست (بی تا: ۲۶۷/۱۰)، ولی در *تحریر الاحکام* فرموده است در موردی که شرط متعلق به مصلحت طرفین عقد است، مانند تضمین و رهن و تحقق صفت، اجبار جایز است ولی اگر شرط به نفع طرفین عقد نیست بلکه به مصلحت افراد خارج از عقد است مانند آزاد کردن بنده در راه خدا، اجبار جایز نیست (۱۴۱۳: ۱۸۰/۱).

از میان نظریات چهارگانه، نظریه‌های اول و دوم مهم‌تر است، لذا این دو را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

نظریه اول: عدم جواز اجبار

برای اثبات این نظریه چند دلیل بیان شده است:

۱. وجود راهی غیر از اجبار برای مشروط له؛ توضیح اینکه وقتی مشروط علیه از انجام شرط امتناع ورزید، مشروط له راه فرار دیگری دارد و آن فسخ عقد است، بنابراین نیازی نیست که مشروط له، مشروط علیه را اجبار به انجام شرط کند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۳۸).

به این دلیل ایرادهای متعددی وارد شده است از جمله اینکه اولاً: مبنای خیار فسخ در اینجا، لاضرر است و در نتیجه زمانی خیار فسخ موضوعیت پیدا می‌کند که امکان اجبار وجود نداشته باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۷۰/۶). حتی اگر مبنای خیار را لاضرر ندانیم، باز دلیلی جز اجماع بر حق فسخ نداریم و مادامی که امکان اجبار باشد،

اجماع به جواز فسخ وجود ندارد (آخوند خراسانی، حاشیة المکاسب، ۱۴۰۹: ۲۴۶).

ثانیاً: جواز فسخ به این معنا نیست که مشروط له، استحقاق اجبار مشروط علیه را نداشته باشد زیرا می‌توان فرض کرد که شارع دو طریق فرار برای مشروط له در این عقد در نظر گرفته باشد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۳۹).

۲. ظاهر شرط آن است که متعهد، کار را از روی اختیار و آزادی انجام دهد. در نتیجه هرگاه متعهد از انجام تعهد امتناع کند، این در حکم تعذر شرط است. لذا انجام اجباری و از روی اکراه، انجام فعل مشروط تلقی نمی‌شود و کسی که با اکراه تعهد را انجام می‌دهد، صدق نمی‌کند که به تعهدش وفا کرده است. لذا اجبار به انجام تعهد، بی‌مفهوم است (انصاری، ۱۴۱۵: ۷۰/۶).

در پاسخ این ایراد گفته شده است که مورد شرط، نفس فعل است قطع نظر از اینکه آیا این فعل در خارج، از روی اکراه انجام می‌شود یا از روی اختیار (همان).

۳. وجوب تکلیفی مستلزم جواز اجبار نیست؛ مطابق این دلیل اگر گفتیم که مفاد شرط فعل، صرفاً وجوب تکلیفی است نه وجوب وضعی، یعنی حقی به نفع مشروط له بر ذمه مشروط علیه قرار نمی‌گیرد، در نتیجه محملی برای جواز اجبار نخواهیم داشت (یزدی، بی‌تا: ۱۲۶/۲).

در پاسخ به این استدلال گفته شده است که آنچه از ادله استنباط می‌شود این است که برای مشروط له حقی بر ذمه مشروط علیه ثابت می‌شود و به همین دلیل، مشروط له می‌تواند آن حق را اسقاط کند (ایروانی نجفی، بی‌تا: ۶۷/۲).

۴. حق می‌تواند غیر قابل مطالبه باشد (یزدی، بی‌تا: ۱۲۶/۲). مطابق این استدلال، حق بر دو قسم است؛ یکی حقی که مطالبه آن جایز است و دیگری حقی که مطالبه آن جایز نیست هرچند که ادای آن واجب است.

در پاسخ به این استدلال گفته شده است که اصل در حقوق به دلیل قاعده لاضرر، جواز مطالبه است و از این اصل جز با دلیل خاص نمی‌توان گذشت (همان: ۱۲۷).

نظریه دوم: جواز اجبار

در مقابل گروه نخست، اکثر فقها معتقدند که مشروط له حق الزام و اجبار مشروط علیه

را دارد (انصاری، ۱۴۲۵: ۶۶/۶ به بعد). برای اثبات این نظریه به ادله‌ای تمسک شده است:

۱. لازم الاجرا بودن احکام تکلیفی؛ مطابق این استدلال، اگر کسی امر واجبی را زمین بگذارد و از انجام آن امتناع ورزد، دیگران می‌توانند او را مجبور به انجام آن واجب بنمایند. از طرفی در مورد بحث، عمل به شرط، بر متعهد علیه واجب است و در فرض استنکاف از انجام آن، طرف مقابل می‌تواند او را مجبور به انجام تعهد نماید. اشکالی که بر این استدلال وارد است این است که در این فرض، فرقی بین مشروط له و اشخاص ثالث نیست؛ یعنی همان طور که مشروط له می‌تواند متعهد را مجبور به انجام تعهد نماید، اشخاص ثالث نیز می‌توانند این کار را بکنند زیرا مبنای این جواز الزام، امر به معروف و نهی از منکر است و بحث ما در ثبوت و عدم ثبوت حق برای مشروط له است (همان).

۲. استحقاق مشروط له؛ مفاد شرط، علاوه بر حکم تکلیفی، متضمن حکم وضعی و حقی برای مشروط له است و در نتیجه همان طور که هر ذی‌حقی می‌تواند متعهد را در خصوص انجام تعهدش اجبار کند، مشروط له نیز می‌تواند مشروط علیه را اجبار کند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۴۲).

۳. سیره عقلا؛ به محض اشتراط، حقی برای مشروط له ایجاد می‌شود و وی استحقاق آن را دارد که متعهد را به انجام آن مجبور کند؛ زیرا این استحقاق و ثبوت حق در شروط، امری عقلایی است (موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۲۷/۵).

۴. ادعای اجماع؛ برخی بر جواز اجبار ادعای اجماع کرده‌اند (یزدی، بی‌تا: ۱۲۷). نتیجه: با توجه به اینکه ادله گروه دوم مصون از ایراد و تعریض جدی است، باید گفت که مشروط له حق الزام و اجبار مشروط علیه را دارد. منتها باید دقت شود که آیا در مسئله، ضمانت اجرای دیگری نیز وجود دارد یا خیر و رابطه آن با جواز اجبار چیست.

بند دوم: حق فسخ

بدون تردید هرگاه مشروط علیه از انجام شرط استنکاف نماید، فی‌الجمله امکان فسخ قرارداد برای مشروط له ثابت است. این خیار به خیار تخلف شرط مشهور

است.^۱ منتها آنچه در اینجا مهم و نیازمند دقت بیشتری است، مبنای خیار فسخ در این مسئله است. در این خصوص نظر محققان هماهنگ نیست و با یکدیگر اختلاف نظر دارند؛ برخی حق فسخ را در این مورد، خلاف قاعده دانسته و گاه به قاعده لاضرر و گاه به اجماع برای اثبات آن تمسک می‌کنند و گروهی دیگر برعکس حق فسخ را مطابق با قاعده می‌دانند و گاه به شرط ضمنی و گاه به رابطه بین عقد و شرط، تمسک می‌کنند:

۱- نظریه لاضرر

برخی مبنای حق فسخ را لاضرر می‌دانند (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵: ۷۰/۶)؛ با این توضیح که در موردی که مشروط علیه، از انجام شرط، استنکاف می‌نماید، لزوم عقد، ضرری است در نتیجه با لاضرر این لزوم را برمی‌داریم و حق فسخ برای متعهد له ثابت می‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۹۳/۵).

بر این نظریه ایرادات متعددی وارد شده است از جمله اینکه اولاً: در بسیاری از موارد خیار شرط، ضرری وجود ندارد و ثانیاً: خود قاعده لاضرر با مناقشاتی مواجه است (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۱۷۷/۲).

۲- نظریه تمسک به اجماع

برخی دیگر که حق فسخ را خلاف قاعده می‌دانند، تنها دلیل برای اثبات آن را اجماع می‌دانند و معتقدند که حق فسخ در مورد بحث به اجماع ثابت شده است و هیچ دلیل دیگری بر آن وجود ندارد (آخوند خراسانی، *حاشیه المکاسب*، ۱۴۰۹: ۲۴۶). این نظریه از سوی مرحوم آخوند خراسانی مطرح شده است و با توجه به مبنای ایشان در قاعده لاضرر، توجیه‌پذیر است؛ زیرا با توجه به مبنای ایشان در قاعده لاضرر، امکان اثبات حق فسخ با قاعده لاضرر در این مسئله وجود ندارد. با این توضیح به نظر مرحوم آخوند، لاضرر، موضوع ضرری را نفی می‌کند و در نتیجه از باب امتنان

۱. البته از کلمات محقق ابروانی استفاده می‌شود که ایشان در این فرض اساساً حق فسخ را جایز نمی‌دانند و به شیخ خرده می‌گیرد که طرح این بحث صحیح نبوده، جواز فسخ به خاطر نقض طرف مقابل، کاری کودکانه و لجبازی است (ابروانی نجفی، بی تا: ۶۷/۲).

حکم آن نیز منتفی می‌شود (به عبارت دیگر نفی حکم است به لسان نفی موضوع)؛ حال در مسئله مورد بحث، سه موضوع وجود دارد که هر کدام دارای حکم است: اول: عقد؛ هیچ ضرری از ناحیه عقد بر متعهد له وارد نمی‌شود.

دوم: شرط؛ شرط نیز چون موافق غرض طرفین است و خود طرفین آن را در قرارداد درج کرده‌اند، ضرری نیست.

سوم: امتناع و استنکاف متعهد علیه؛ حکم استنکاف، جواز است یعنی متعهد له می‌تواند از انجام تعهد، استنکاف نماید. از طرفی چون این استنکاف و امتناع، باعث ایراد ضرر بر متعهد له است، لاضرر این جواز امتناع را برمی‌دارد و در نتیجه امتناع، حرام خواهد بود. این نهایت چیزی است که لاضرر آن را اثبات می‌کند ولی اثبات جواز الزام متعهد علیه با لاضرر امکان‌پذیر نیست (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۹۳/۵).

۳- نظریه عقلایی بودن حق فسخ

برخی حق فسخ را در مسئله مورد بحث امری عقلایی می‌دانند، نه تشریحی؛ لذا برای اثبات آن به بنای عقلا تسمک می‌کنند. امام خمینی (ر.ک: بی تا: ۳۲۷/۵) و نیز فرزندان شهید ایشان (ر.ک: موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۱۷۷/۲)، پیروان این اندیشه‌اند.

۴- نظریه تعلیق التزام به شرط

برخی بر این باورند که حق فسخ در مسئله مورد بحث، امری خلاف قاعده نیست بلکه هماهنگ با قواعد است؛ به این بیان که شرطی که در ضمن عقد درج می‌شود، به نوعی عقد را معلق می‌کند، منتها این تعلیق در اصل عقد نیست بلکه در التزام است. به این معنا که با درج شرط، التزام و پابندی مشروط له، معلق و مشروط به انجام شرط می‌شود لذا اگر چنانچه مشروط علیه از انجام شرط، استنکاف کرد، مشروط له دیگر التزام و پابندی به عقد نخواهد داشت (خویی، بی تا: ۳۷۴/۷).

نتیجه گیری و بیان نظریه مختار

ظاهراً خلاف قاعده دانستن حق فسخ در این مسئله صحیح نیست؛ زیرا همان طور که در نظریه چهارم بیان شد، به راحتی می‌توان خیار فسخ را با شرط ضمنی ثابت

کرد. از طرفی سایر ادله و نظریات ارائه شده برای اثبات حق فسخ کافی نیست، اما در مورد قاعده لا ضرر ایرادات زیادی بر آن وارد است که توضیح داده شد. اجماع نیز هنگامی حجت است که ادله یا توهم دلیل دیگری در مسئله نباشد و بنای عقلا نیز نیازمند مبناست به این معنا که عقلا نیز وقتی مطلبی را می پذیرند قطعاً بر اساس مدرک و دلیل و مبنایی آن را پذیرفته اند. سؤالی که در این مسئله مطرح می شود این است که مبنای عقلا در پذیرش خیار فسخ چیست؟ لذا تمسک به بنای عقلا به تنهایی کافی نیست.

در نتیجه مبنای حق فسخ را در مسئله باید در رابطه بین شرط و عقد جستجو کرد. وقتی شخص، شرطی را در قرارداد به نفع خود قرار می دهد در حقیقت اراده می کند که مادامی من به قرارداد پایبند خواهیم بود که متعهد علیه نیز به شرط ملتزم باشد و همین که متعهد علیه، از انجام شرط خودداری نماید، مشروط له نیز التزام و پایبندی خود را به معامله سلب می کند و در نتیجه حق خیار برای او اثبات می شود.

بند سوم: رابطه حق الزام و حق فسخ

گفتیم وقتی متعهد علیه از انجام شرط و تعهد استنکاف می کند، طرف مقابل می تواند او را به انجام تعهد اجبار نماید و هم می تواند معامله را فسخ کند. حال آیا این دو حق برای متعهد له، به طور هم زمان و در عرض هم ثابت هستند یا اینکه این دو حق در طول یکدیگرند یعنی زمانی حق فسخ برای او به وجود می آید که امکان الزام و اجبار متعهد علیه وجود نداشته باشد؟

قانون مدنی در ماده ۲۳۹ مقرر نموده است:

هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

همان طور که ملاحظه می شود این ماده حق فسخ را زمانی صحیح می داند که امکان اجبار مستقیم یا انجام نیابتی عمل مشروط نباشد یعنی نظریه طولی بودن این ضمانت اجراها را پذیرفته است. این نظریه به تقلید از نظریه برخی از فقهاست و

ریشه این اندیشه در این نکته است که این گروه از فقها حق فسخ را خلاف قاعده می‌دانند و در جایی به آن مراجعه می‌کنند که هیچ راه دیگری برای جلوگیری از ضرر بر متعهد له ندارند.

اما در فقه اسلامی دو نظریه مطرح شده است؛ برخی این دو ضمانت اجرا را در عرض هم می‌دانند و گروهی برعکس، زمانی حق فسخ را صحیح می‌دانند که امکان الزام و اجبار نباشد. البته باید دانست که این مبحث رابطه نزدیک و تنگاتنگی با مبحث سابق (مبنای حق فسخ) دارد.

نظریه اول: حق خیار و حق اجبار در طول هم

شماری از فقها معتقدند که حق خیار زمانی ثابت است که امکان اجبار متعهد علیه بر انجام شرط نباشد. این گروه به ادله متعددی تمسک کرده‌اند:

۱- آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»: مطابق این آیه، عمل به قرارداد و هر تعهد و التزامی، واجب و لازم است و مادامی که امکان اجرای تعهد به هر شکل ولو با زور و اجبار وجود داشت، نمی‌توان از زیر بار تعهد شانه خالی کرد. در جایی که مشروط علیه، از انجام شرط استنکاف می‌نماید و امکان اجبار او به قرارداد و در نتیجه وفا به این آیه شریفه وجود دارد، طرف دیگر نمی‌تواند با فسخ قرارداد از زیر بار تعهد خلاص شود بلکه باید با ابزارهای اجبار، مشروط علیه را به انجام شرط مجبور نماید.

۲- تمسک به قاعده لاضرر: مبنای حق فسخ و حق خیار، قاعده لاضرر است. از طرفی زمانی می‌توان از قاعده لاضرر حکم لزوم را که منشأ ضرر شده است برداشت که امکان رفع ضرر به وسیله دیگری وجود نداشته باشد. لذا در جایی که با اجبار می‌توان از ورود ضرر جلوگیری کرد، دلیلی برای جواز حق فسخ نداریم (انصاری، ۱۴۱۵: ۷۱/۶).

۳- تمسک به اجماع: گروهی که مبنای حق فسخ را اجماع می‌دانند معتقدند که چون اجماع دلیل لبی است باید به قدر متیقن آن اکتفا کرد و قدر متیقن اجماع بر جواز فسخ زمانی است که امکان الزام و اجبار متعهد علیه وجود نداشته باشد (آخوند خراسانی، حاشیه المکاسب، ۱۴۰۹: ۲۴۶).

۴- مقتضای عقد مشروط: مقتضای عقد مشروط، عمل کردن بر طبق شرط چه به نحو اختیار و چه به نحو اجبار است (انصاری، ۱۴۱۵: ۷۱/۶). با این توضیح که التزام مشروط علیه به عقد، التزام مقید به تحقق شرط است؛ بنابراین تحقق شرط اعم از این است که قهری یا اختیاری باشد. از طرفی زمانی حق فسخ ثابت است که امکان انجام هیچ کدام از افراد شرط (قهری و اختیاری) نباشد و مادام که یکی ممکن باشد، حق فسخی به وجود نمی آید (ایروانی نجفی، بی تا: ۲۹۷/۲).

نظریه دوم: حق اجبار و حق فسخ در عرض هم

گروهی از فقها و محققان معتقدند که حق اجبار و حق فسخ در عرض همدیگر و برای اثبات این نظریه به ادله ای تمسک کرده اند.

۱- روایت ابوالجارود:

«إِنْ بَعَثَ رَجُلًا عَلَى شَرْطٍ فَإِنْ أَتَاكَ بِمَالِكَ وَإِلَّا فَالْبَيْعُ لَكَ» (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۳/۷)؛ در قراردادی که حاوی شرطی است، اگر مشروط علیه شرط را انجام داد، فیها و گرنه عنان قرارداد بیع در دست تو خواهد بود. (می توانی آن را امضا یا فسخ کنی).

البته ایرادی که بر استدلال به روایت وارد است این است که از حیث سند با مشکل مواجه است؛ زیرا به رغم اینکه تمامی راویان حدیث ثقه و از بزرگان علمای شیعه بوده اند و حتی برخی فضالة بن ایوب و ابان بن عثمان را از اصحاب اجماع می دانند، ولی راوی اول، ابوالجارود، قابل اعتماد نیست؛ زیرا علاوه بر اینکه زیدی است، در رجال توثیق نشده است. منتها به این ایراد پاسخ داده شده است که ضعف این روایت با عمل اصحاب جبران می شود و در نتیجه روایت از حیث فقهی، حجت و قابل استدلال است (یزدی، بی تا: ۱۲۹/۲).

۲- تمسک به عرف: عرف در این مسئله حکم به تخییر می کند یعنی وقتی مشروط علیه از انجام شرط امتناع ورزید، عرف مشروط له را مخیر میان فسخ و اجبار متعهد به انجام شرط می داند (همان).

نتیجه گیری و بیان نظریه مختار

نظریه هم عرض بودن حق اجبار و حق فسخ، منطقی تر به نظر می رسد؛ زیرا مبنای

حق فسخ را شرط ضمنی دانستیم به این معنا که مشروط له، التزامش به عقد مشروط و منوط به پابندی مشروط علیه بر شرط است و اگر وی از انجام شرط استنکاف کرد، دیگر التزامی برای مشروط له به قرارداد نیست و وقتی التزامی برای او نبود، حق فسخ به وجود می‌آید چه امکان اجبار باشد و چه نباشد (خوبی، بی‌تا: ۳۷۴/۷).

در طرف مقابل، برخی از ادله نظریه طولی بودن نیز مثبت ادعا نیستند و برخی ضعیف می‌باشند به این بیان که: استدلال به آیه وفا صحیح نیست زیرا مقتضای وفای به معامله این نیست که طرف در هر صورت پایبند به معامله باشد بلکه به این معناست که به عقد با لحاظ تمام شرایطش پایبند باشد و از جمله شرایط این است که متعهد علیه نیز شرط را انجام دهد (یزدی، بی‌تا: ۱۲۹).

استدلال به لاضرر نیز طولی بودن حق فسخ و حق اجبار را ثابت نمی‌کند بلکه برعکس مقتضای قاعده لاضرر، هم‌عرض بودن این دو ضمانت اجراست زیرا منشأ ضرر در لزوم عقد، هنگام امتناع مشروط علیه از انجام شرط، عدم ایجاد شرط است. یعنی آنچه باعث می‌شود که ضرر به متعهد له وارد نشود، فعلیت اجبار است نه صرف امکان اجبار. از طرفی وقتی به صرف امکان اجبار، ضرر دفع نمی‌شود، حق فسخ وجود خواهد داشت. یعنی در جایی که امکان اجبار هست (چون این امکان اجبار، باعث دفع ضرر نمی‌شود) در همین حالت، حق فسخ نیز وجود دارد (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۹۳/۵). در نتیجه نظریه هم‌عرض بودن حق اجبار و حق فسخ قوی‌تر به نظر می‌رسد.

گفتار دوم: شرط فعل حقوقی منفی

در این گونه شروط، ضمن عقد شرط می‌شود که یکی از طرفین یک عمل حقوقی را انجام ندهد.^۱ برای مثال ماجر در عقد اجاره شرط می‌کند که مستأجر مورد اجاره را به کس دیگری اجاره ندهد و یا در ضمن عقد نکاح، شوهر متعهد به عدم ازدواج مجدد می‌شود و امثال اینها.

۱. در زمینه ضمانت اجرای ناشی از نقض شرط ترک فعل حقوقی، مقالات خوب و دقیقی نوشته شده است از جمله: حمیدرضا اصلانی، «ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران با رویکردی بر آرای امام خمینی علیه السلام؛ سیدمصطفی سعادت مصطفوی، «ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی».

آنچه در مورد این شرط حائز اهمیت است، اثر تخلف از شرط فعل حقوقی منفی است. یعنی اگر مشروط علیه بعد از انعقاد قرارداد اول تخلف نمود و عمل منهی عنه را انجام داد، آیا عمل حقوق دوم او صحیح است یا خیر؟ و اگر صحیح است، آیا مشروط له، حق فسخ قرارداد اولیه یا قرارداد دوم را دارد یا خیر؟ برای مثال اگر در عقد اجاره، موجر شرط کرد که مستأجر حق اجاره دادن مورد اجاره را ندارد و مستأجر پذیرفت، ولی بعداً شرط را نقض کرده و مورد اجاره را به شخص ثالثی اجاره داد، چند سؤال مطرح می‌شود:

- ۱- آیا اجاره دوم (عمل منهی عنه) صحیح است یا باطل و یا غیر نافذ؟
- ۲- آیا برای موجر، حق فسخ اجاره اولیه و یا اجاره دوم، ایجاد می‌شود یا خیر؟
- ۳- اثر بطلان و یا عدم نفوذ بر رابطه بین مستأجر متخلف و شخص ثالثی که عین را اجاره کرده است، چیست؟

هر یک از این سؤالات را در ضمن چند مبحث به طور جداگانه بررسی می‌کنیم. قبل از ورود به بحث، بیان این نکته ضروری است که در قانون مدنی و همچنین در فقه اسلامی این مسئله به صورت مستقل و مشخص بررسی نشده و تنها در برخی از مصادیق و معاملات مطرح شده است که با مدد تحلیلهای حقوقی و استدلالهایی که در این موارد ارائه شده، یک حکم کلی قابل استنتاج می‌باشد.

مبحث اول: وضعیت قرارداد منهی عنه از حیث صحت و بطلان

در اینجا بحث از این است که اگر مشروط علیه تخلف کرد و عمل حقوقی منهی عنه را انجام داد، وضعیت این معامله چگونه خواهد بود؟ برخی معتقدند که معامله منهی عنه باطل است و برخی آن را صحیح و در نهایت برخی آن را غیر نافذ می‌شمارند.

اول: نظریه بطلان عمل حقوقی منهی عنه

برخی از فقها معتقد به بطلان معامله منهی عنه در مورد بحث شده‌اند؛ از جمله شیخ انصاری در خیار مجلس (۱۴۱۵: ۵/۵۷)، یزدی در کتاب الاجاره (۱۴۱۹: ۲/۶۰۷) و همچنین محقق داماد همین نظریه را اختیار کرده‌اند (۱۳۸۸: ۲۵۶). طرفداران بطلان، ادله متعددی دارند که به آنها اشاره می‌شود:

دلیل اول: نهی باعث فساد است

مطابق این استدلال، نهی در معاملات باعث فساد معامله می‌شود. توضیح این استدلال متوقف بر بیان چند مقدمه اصولی است:

۱- مطابق ادله وفای به شرط از جمله «المؤمنون عند شروطهم» عمل به مقتضای شرط واجب است.

۲- امر به شیء مقتضی نهی از ضد آن می‌باشد؛ از این رو در مورد بحث، امر به «وفای به شرط»، مقتضی آن است که هر عمل منافی با آن ترک شود؛ از جمله این اعمال، «ترک وفای به شرط» است. در نتیجه به «استنکاف و امتناع از وفای به شرط و نقض آن» نهی تعلق گرفته است.

۳- نهی در معاملات، مقتضی فساد است. نتیجه اینکه از طرفی امر به وفای به شرط تعلق گرفته است و این امر مقتضی نهی از ضد (ترک وفای به شرط) است و چون نهی به ضد (عمل حقوقی منافی با شرط) تعلق گرفته است، معامله مشروط، منهی عنه شده است، لذا فاسد است.

ایراد این استدلال روشن است و آن اینکه دو مقدمه از مقدمات بالا ثابت نیست: اولاً: در علم اصول فقه ثابت شده است که امر به شیء، مقتضی نهی از ضد آن نیست. به ویژه این مطلب بین علمای اصولی متأخر مورد اتفاق نظر است (آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۱۴۰۹: ۱۲۹؛ مروج، ۱۴۰۷: ۴۵۴/۲). در مورد بحث نیز درست است که عمل به شرط، واجب است، ولی این وجوب به این معنا نیست که از ضد آن نهی شده باشد. لذا در جایی که موجر، مستأجر را از اجاره دادن مورد اجاره منع می‌کند، نهی شرعی به اجاره دوم تعلق نمی‌گیرد تا باعث فساد آن شود.

ثانیاً: مقدمه سوم استدلال نیز صحیح نیست زیرا علی التحقیق نهی در معاملات باعث فساد نیست (خوبی، بی تا: ۳۱/۵)؛ نظیر نهی که از معامله در ظهر روز جمعه شده است: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ...﴾ (جمعه/ ۹).

دلیل دوم: عدم قدرت شرعی بر معامله دوم

این استدلال از طرف محقق نائینی مطرح شده است. توضیح استدلال این است که

در جایی که مشروط له بر مشروط علیه، شرط عدم فسخ (یا هر عمل حقوقی دیگری) کرده باشد، وفای به عقد تکلیفاً لازم است. حال اگر مشروط علیه، با شرط مخالفت کرد و عقد را فسخ نمود، مرتکب کار حرامی شده است (زیرا با نهی تکلیفی مخالفت کرده است) و در نتیجه حکم وضعی (معامله دوم یا فسخ در مثال ایشان) محقق نمی‌شود؛ زیرا همان طور که تکلیف، مشروط به قدرت عقلی است، مشروط به قدرت شرعی نیز می‌باشد و می‌دانیم که نهی شارع، موجب سلب قدرت شخص می‌شود (نائینی، بی تا: ۲۰/۲۴-۲۵).

به عبارت دیگر از یک سو شخص به خاطر نهی که به معامله دوم تعلق گرفته است، قدرت شرعی بر معامله دوم ندارد و از سوی دیگر، «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً» در نتیجه معامله دوم اصلاً منعقد نمی‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۵۶).

ایراد وارد بر این استدلال آن است که تعلق نهی به معامله دوم ثابت نیست؛ زیرا اولاً: همان طور که در ذیل استدلال اول گفتیم امر به شیء مقتضی نهی از ضدش نیست. ثانیاً: حرمت تکلیفی، مستلزم حرمت وضعی نیست؛ مثلاً حرام است کسی با آب متعلق به دیگری و بدون اذن وی لباسش را تطهیر کند، ولی لباسش پاک می‌شود (خویی، بی تا: ۱۲۹/۶). ثالثاً: این استدلال متوقف بر این است که نهی به مسبب تعلق گرفته باشد، در حالی که در اینجا نهی به سبب تعلق گرفته است؛ زیرا فرض این است که شرط، فعل است یعنی «عدم بیع»، «عدم فسخ» و... بیع و فسخ به معنای مصدری (موسوی خمینی، بی تا: ۴/۱۸۰).

دلیل سوم: عدم سلطه بر معامله دوم

این استدلال مورد توجه اکثر محققانی که اعتقاد به بطلان دارند، قرار گرفته است (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵: ۵۶/۵) و اساس اختلاف بین علما در حل همین مسئله است. برخی معتقدند که ادله وجوب وفا، مستلزم عدم سلطه مشروط علیه بر ترک آن است، با این بیان که ادله وجوب وفا، موجب ثبوت حق برای مشروط له می‌گردد و این حق، مانع از تصرفات منافی با آن می‌شود و در نتیجه، عمل مشروط علیه از نظر فقهی به دلیل تجاوز به حق مشروط له بی اثر خواهد بود.

در پاسخ به این ایراد که مهم‌ترین استدلال قائلان به بطلان است، باید دو مرحله طی شود؛ مطابق مرحله اول، اساس این استدلال باطل می‌شود و در مرحله دوم معتقدیم که نتیجه استدلال بر فرض صحت آن بطلان معامله دوم نیست:

مرحله اول: در مباحث قبل گفتیم که در مفاد شرط، اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی مفاد شرط را صرفاً حکم تکلیفی مبنی بر وجود عمل می‌دانند و برخی برای آن حکم تکلیفی قائل نیستند و مفاد آن را قرارداد در معرض فسخ می‌دانند و برخی هر دو حکم تکلیفی و وضعی را مفاد شرط می‌دانند و در برخی نیز مفاد شرط را نوعی ایجاد حق برای مشروط له بر ذمه مشروط علیه می‌دانند. این استدلال در صورتی صحیح است که نظریه چهارم در مفاد شرط پذیرفته شود والا اگر نظریه سوم که معروف و مشهور علما به آن معتقدند و یا هر یک از نظریات اول و دوم پذیرفته شود، این استدلال ناتمام است. مرحله دوم: بر فرض که این استدلال صحیح باشد و مفاد شرط، جعل حق برای مشروط له باشد، نتیجه‌ای که از این استدلال گرفته شده است (بطلان معامله منهی عنه) صحیح نیست. با این توضیح که مشهور معتقدند معامله فضولی - که فروشنده نه مالک عین است و نه از طرف مالک یا ولی مالک، اذن و وکالت در فروش دارد - غیر نافذ است نه باطل.

حال در مورد بحث ولو با شرط، حقی برای مشروط له نسبت به مورد شرط (عدم انجام معامله دوم) ایجاد می‌شود و این حق، سلطنت مشروط علیه را بر معامله دوم زائل می‌کند، ولی در عین حال اگر مشروط علیه معامله دوم را که بر آن سلطنت ندارد، انجام داد باید این معامله فضولی و غیر نافذ تلقی شود نه باطل.

ثانیاً: منظور از عدم سلطنت چیست؟ اگر مراد عدم سلطنت وضعی باشد، اول کلام است و اگر مراد عدم سلطنت تکلیفی باشد، ملازمه‌ای بین عدم سلطنت تکلیفی و وضعی نیست (یزدی، بی تا: ۱۱/۲).

دلیل چهارم: تمسک به عموم احوالی «المؤمنون عند شروطهم»

«المؤمنون عند شروطهم» همان طور که دارای عموم افرادی است، دارای عموم احوالی نیز هست و بنابراین، شامل جمیع حالات از جمله حالت بعد از وقوع فسخ

می‌شود؛ یعنی مقتضی لزوم وفای به شرط اعم از حالت قبل از فسخ و بعد از آن است. نتیجه آنکه عمل فسخ به دلیل مخالف بودن با عموم دلیل وفای به شرط بی‌اثر خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۵: ۵/۵۷).

ایرادهای متعددی به این استدلال وارد است از جمله اینکه اولاً: مراد از «عموم احوالی» چیست؟ آنچه که مستدل در توضیح عموم احوالی گفته است، چیزی جز مفاد «اطلاق» نیست. لذا باید گفت که مراد مستدل تمسک به اطلاق «المؤمنون عند شروطهم» است، نه تمسک به عموم احوالی.

ثانیاً: مفاد «المؤمنون عند شروطهم» وفای به عقد است که در مثال مورد بحث، همان عدم فسخ است. این ادله، اطلاق برای بعد از فسخ ندارند؛ زیرا اگر مشروط علیه مخالفت کرده، عقد را فسخ کند و فسخ او مؤثر باشد دیگر متعلق و جوب وفا وجود ندارد تا لازم الاتباع باشد، چرا که بعد از فسخ، عقد منحل می‌شود و اگر فسخ او مؤثر نباشد، وجهی برای تمسک به ادله وفای به شرط نمی‌ماند (خویی، بی‌تا: ۱۲۹/۶).

دوم: نظریه صحت عمل حقوقی منهی عنه

در مقابل برخی معتقدند که عمل حقوقی منهی عنه صحیح است و عمده دلیل این گروه، علاوه بر ادله عمومی صحت معاملات، اصالة الصحة است. با این توضیح که در صورتی که وقوع صورت عرفی یک عمل حقوقی محرز باشد با تردید در صحت و اعتبار آن عمل حقوقی، اصل بر آن است که عمل، صحیح واقع گردیده است مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. قانون مدنی در ماده ۲۲۳ نیز به این اصل تصریح کرده است (اصلائی، ۱۳۸۶: ۱۵).

دلیل دیگری که مورد تمسک این گروه قرار گرفته است، قاعده استصحاب و اصل تسلیط است با این بیان که بر مبنای اصل تسلیط، هر مالکی علی‌الاصول حق و اختیار هرگونه تصرف مادی و حقوقی را در مایملک خود دارد مگر آنچه مشمول نهی واقع شود. همچنین بر اساس قاعده استصحاب در صورت تردید در بقا یا زوال امری، باید به بقای آن حکم کنیم، مگر آنکه زوال آن به صورت قطعی و یقینی به اثبات رسیده باشد. حال با مد نظر داشتن این دو مقدمه می‌توان در بحث حاضر چنین استدلال کرد

که اصل اولیه آن است که مشروط علیه، سلطه و اختیار ایقاع هرگونه معامله‌ای را در ملک خود دارد. سپس با قبول شرط ترک فعل حقوقی منفی در ضمن عقد، در بقا و زوال اختیار وی تردید می‌کنیم. در نتیجه با فقدان دلیل یقینی بر زوال چنین سلطه‌ای، بقای سلطه و اختیار او را استصحاب می‌کنیم و حکم به صحت عمل حقوقی واقع شده می‌نماییم (همان).

ایرادی که بر این دلیل وارد است آن است که اولاً: اصل عملی در جایی جاری می‌شود که در مسئله دلیل اجتهادی نداشته باشیم. ثانیاً: موانعی که قائلان نظریه نخست ارائه کرده‌اند، کافی است برای اینکه شک لاحق بقای باقی نماند.

سوم: نظریه عدم نفوذ عمل حقوقی دوم

از مباحث قبل روشن شد که نه نظریه صحت، دلیل صحیحی دارد و نه نظریه بطلان. در نتیجه می‌توان چنین استشهاد کرد که: از یک سو وقتی شرط در ضمن معامله به نفع متعهد له درج می‌شود، نوعی حق برای وی نسبت به معامله دوم ایجاد می‌شود به عبارت دیگر، مشروط علیه با قبول شرط فعل حقوقی منفی، سلطه خود را نسبت به مورد شرط محدود می‌کند و حق تصرف منهی عنه را با اختیار و اراده خود، از خود سلب می‌کند در نتیجه وقتی علی‌رغم سلطه بر عمل حقوقی منهی، آن را انجام می‌دهد مثل این است که در ملک غیر تصرف نموده است یعنی معامله او، مشمول معاملات فضولی و غیر نافذ است.

مبحث دوم: ایجاد حق فسخ برای مشروط له

اگر مشروط علیه، بر خلاف شرط، عمل حقوق منهی را انجام داد، آیا برای مشروط له حق فسخ ایجاد می‌شود یا خیر؟ این بحث ارتباط تنگاتنگی با مبحث قبل دارد چرا که اگر معتقد شدیم که عمل حقوقی دوم، باطل و بلااثر است در اینجا برای مشروط له نسبت به معامله اول، حق فسخ ایجاد نمی‌شود زیرا در این فرض، اساساً تخلف از شرط محقق نشده است تا مشروط له به استناد اختیار تخلف شرط، حق فسخ پیدا کند. اما اگر عمل حقوقی دوم را صحیح و یا حتی غیر نافذ دانستیم، می‌توان گفت که به علت تخلف مشروط له از شرط، اختیار تخلف شرط برای وی پیدا می‌شود.

نتیجه گیری

قانون مدنی، شرط را از حیث موضوع به سه قسم تقسیم کرده است: شرط صفت، شرط فعل و شرط نتیجه. شرط صفت عبارت است از اینکه در ضمن عقد، مقرر شود دو عوض یا یکی از آن دو، وصف خاصی داشته باشد. از حیث تحلیلی، شرط صفت، شرط صحیحی است و اعتقاد به بطلان یا برگشت آن به شرط نتیجه، صحیح به نظر نمی‌رسد. ضمانت اجرای تخلف از شرط صفت، علاوه بر حق فسخ که در ماده ۲۳۵ قانون مدنی مقرر شده است، جواز الزام مشروط علیه بر انجام شرط است. قسم دوم، شرط نتیجه است. شرط نتیجه عبارت است از تحقق اثر یک عمل حقوقی در ضمن عقد. بر خلاف عقیده گروهی که آن را باطل شمرده‌اند، شرط نتیجه در عداد شروط صحیح باید مورد مطالعه قرار گیرد. به دیگر سخن در آن دسته از اعمال حقوقی که تحقق آنها علاوه بر اعلام رضایت و اعمال اراده طرفین، نیازمند سبب خاصی است، شرط نتیجه باطل و نسبت به آن دسته از اعمال حقوقی که برای تحقق آنها، اعمال اراده کافی است، شرط نتیجه صحیح است. باید دانست که شرط نتیجه، تخلف پذیر نیست لذا سخن از ضمانت اجرای تخلف از آن، بیهوده می‌نماید. قسم اخیر، شرط فعل است و تردیدی در صحت چنین شرطی در ضمن معاملات نیست. شرط فعل ممکن است، عمل مادی یا حقوقی باشد و در هر صورت ممکن است، فعل مشروط، مثبت یا منفی باشد. در خصوص امکان تخلف از شرط فعل مادی مثبت، بسته به اینکه اثر شرط در قرارداد چیست، حکم مسئله متفاوت می‌شود. اگر اثر شرط، تکلیف محض یا ایجاد حق فسخ یا تکلیف و حق مطالبه باشد، امکان تخلف از چنین شرطی در قرارداد می‌رود. ولی اگر اثر شرط، تکلیف و حق مالی ذمی باشد، چنین شرطی، تخلف پذیر نخواهد بود. حال در صورتی که شرط فعل، تخلف پذیر باشد، ضمانت اجرای تخلف از آن عبارت است از اجرای اجباری، اجرای نیابتی و حق فسخ. اما شرط فعل حقوقی منفی - که مشروط علیه متعهد می‌شود از انجام یک عمل حقوقی صرف نظر کند- در صورت تخلف، عمل حقوقی منفی، صحیح ولی غیر نافذ خواهد بود و مطابق این نظریه، برای مشروط له نسبت به عمل حقوقی اول، حق فسخ ایجاد می‌شود.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم، *حاشیه المکاسب*، قم، آل البيت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ ق.
۲. همو، *کفایة الاصول*، قم، آل البيت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ ق.
۳. اصفهانی، محمدحسین (کمپانی)، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، محقق، ۱۴۱۸ ق.
۴. اصلانی، حمیدرضا، «ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران با رویکردی بر آرای امام خمینی علیه‌السلام»، *پژوهش‌نامه متین*، پاییز ۱۳۸۶ ش.
۵. انصاری، مرتضی، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۶. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، *حاشیه المکاسب*، بی‌جا، بی‌تا.
۷. تبریزی، جواد، *ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق.
۸. جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی، *مسائل الافهام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۹. حرّ عاملی، محمد، *وسائل الشیعه*، قم، آل البيت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ ق.
۱۰. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
۱۱. همو، *تذکره الفقهاء*، قم، آل البيت علیهم‌السلام، بی‌تا.
۱۲. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
۱۳. خوبی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، بی‌جا، بی‌تا.
۱۴. سعادت مصطفوی، سیدمصطفی، «ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، قابل دستیابی در وبگاه < www.rasekhoon.net >.
۱۵. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۱۶. طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۱۷. عابدیان، جزوه درسی حقوق مدنی، دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه رضوی، ۱۳۸۹ ش.
۱۸. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق.
۱۹. همو، *اللمعة الدمشقیة*، بیروت، دار التراث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ ش.
۲۱. کرکی، علی بن حسین بن عبدالعالی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، آل البيت علیهم‌السلام، ۱۴۱۴ ق.
۲۲. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریة عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸ ش.
۲۳. مروج، سیدمحمدجعفر، *منتهی الدرایه*، قم، مطبعة الخيام، ۱۴۰۷ ش.
۲۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *کتاب البیع*، قم، دار العلم، بی‌تا.
۲۵. موسوی خمینی، سیدمصطفی، *کتاب الخیارات*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۲۶. نائینی، میرزا محمدحسین، *منیة الطالب فی حاشیه المکاسب*، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۲۷. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
۲۸. یزدی، سیدمحمدکاظم، *العروة الوثقی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۹. همو، *حاشیه المکاسب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بی‌تا.