

اجبار اعتباری در شرط ترک فعل حقوقی*

- محمد صالحی مازندرانی^۱
- پیام محمدی میرعزیزی^۲

چکیده

قانون مدنی در مورد ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی سکوت کرده و همین، باعث اختلاف نظر میان حقوق دانان شده است. برخی به بطلان، بعضی به صحت و دیگران به عدم نفوذ عمل حقوقی منهی عنه رأی داده‌اند. این پژوهش در تقویت نظریه اخیر می‌کوشد و بدین منظور، نظریه اجبار اعتباری را مطرح می‌نماید. به موجب این نظریه، ضمانت اجرای تخلف مشروط‌علیه در این نوع شرط، طبق قاعده اولیه، اجبار است و عدم امکان اجبار مشروط‌علیه متصور نیست؛ چرا که اجبار مشروط‌علیه در این فرض اعتباری است؛ بدین معنا که عمل حقوقی منهی عنه به نحو غیر نافذ در عالم اعتبار منعقد می‌شود. به عبارت دیگر، اجبار باید از سنخ فعل مورد نظر باشد و چون فعل مذکور اعتباری است، نحوه

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۳/۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم (m.salehimazandarani@qom.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم (نویسنده مسئول)
(p.m.mirazizi@gmail.com)

اجبار نیز باید اعتباری باشد. این اجبار خودبه‌خود و بدون نیاز به انجام هیچ گونه عمل مادی یا حقوقی ای انجام می‌شود. همین که به لحاظ حقوقی، بر نقض عهد مشروط‌علیه اثری بار نشود، اجبار محقق شده است و نیاز به عمل دیگری نیست. پذیرش صحت عمل حقوقی منهی‌عنه، علاوه بر ناسازگاری با قصد طرفین، به معنای تجویز پیمان‌شکنی و فسخ عملی قرارداد است. نظریه بطلان نیز با مبانی نظام حقوقی ماسازگاری ندارد.

واژگان کلیدی: شرط، ترک فعل، غیر نافذ، اجبار، اعتباری.

مقدمه

شرط فعل منفی حقوقی، یا شرط ترک فعل حقوقی، شرطی است که ضمن عقد درج می‌شود و مشروط‌علیه را ملزم می‌نماید که عمل حقوقی خاصی، اعم از عقد یا ایقاع را منعقد نسازد (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۵: ۱۳۱). حال اگر مشروط‌علیه، این شرط را نقض و عمل حقوقی‌ای را که به موجب شرط نهی شده، منعقد نماید، وضعیت دو عمل حقوقی را تحت تأثیر قرار می‌دهد: نخست، عقدی که شرط ترک فعل حقوقی در ضمن آن درج شده (عقد مشروط) و دوم، عمل حقوقی‌ای که به موجب عقد مذکور نهی شده، اما توسط مشروط‌علیه منعقد گردیده است (عمل حقوقی منهی‌عنه). منظور از عمل حقوقی منهی‌عنه، آن فعل حقوقی‌ای است که ضمن عقد، ترک و عدم انعقاد آن بر مشروط‌علیه شرط شده است. برای مثال، فرض کنیم که الف در عقد بیع ماشینی با ب، بر او شرط نماید که تا یک سال ماشین مذکور را نفروشد. اکنون اگر ب شرط را نقض کند و پیش از یک سال ماشین را به ج بفروشد، هم عقد بیع نخست میان خودش و الف (عقد مشروط) را تحت تأثیر قرار می‌دهد و امکان فسخ آن را ایجاد می‌کند و هم عقد بیع خودش با ج (عمل حقوقی منهی‌عنه) را در معرض عدم نفوذ قرار می‌دهد. قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه (امامی، ۱۳۹۰: ۳۴۷/۱)،^۱ ضمانت

۱. در میان متقدمان، شهید اول وفای به شرط را واجب ندانسته است (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۲۰). شهید ثانی در شرح این نظر، علت آن را اصل عدم برشمرده و بدون اشاره به رأی خود، به نظر مخالف نیز اشاره کرده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۰۶/۳). نراقی در *عوائد الایام*، ۵ قول را در خصوص وجوب وفای به شرط، به فقهای امامیه نسبت داده است (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۶-۱۳۷).

اجرای تخلف از شرط فعل ضمن عقد را طی مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ به طور کلی و بدون اشاره به نوع آن، مورد حکم قرار داده است. به موجب این مواد، در گام نخست، مشروط‌علیه به انجام فعل اجبار می‌شود. اگر اجبار وی نامقدور و انجام فعل از سوی شخص دیگر به نیابت از وی نیز ناممکن باشد، آنگاه در گام دوم، برای مشروط‌له حق فسخ قرارداد اصلی ایجاد می‌شود. اما ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی به طور خاص و مستقل، نه در قانون مدنی و نه در فقه مطرح نشده است (جهانگیری و یزدانی، ۱۳۹۱: ۴۷). سکوت قانون مدنی، باعث ایجاد اختلاف در این زمینه گردیده است. اختلاف مذکور در فقه نیز مسبوق به سابقه است و فقها نه به طور کلی، بلکه در ذیل مباحثی چون شرط عدم فسخ یا شرط عدم طلاق، به بحث در این زمینه پرداخته‌اند.

بررسی ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی، موضوعی مسبوق به سابقه است و دست کم هشت مقاله به این موضوع پرداخته‌اند که در این پژوهش به تمام آن‌ها اشاره می‌شود. آنچه نگارندگان را به نگارش پژوهشی دیگر در این موضوع وا داشته، این است که اولاً، در این مقاله برای نخستین بار، عدم نفوذ مراعی، به عنوان ضمانت اجرای نقض شرط ترک فعل حقوقی مطرح می‌شود.^۱ ثانیاً، بخش نسبتاً عمده‌ای از این پژوهش به بررسی مبانی این ضمانت اجرا می‌پردازد و بدین منظور برای اولین بار، نظریه اجبار اعتباری طرح می‌شود.^۲

۱. اشاره به مفهوم عدم نفوذ مراعی در خصوص معاملات منافی با شرط ترک فعل حقوقی، در نظریه برخی حقوق‌دانان مشاهده می‌شود؛ ولی ایشان اصطلاح مزبور را به کار نبرده و آن را یکی از مصادیق نظریه عمومی عقد فضولی محسوب نموده‌اند و تفکیکی میان انواع عقد غیر نافذ بیان نکرده‌اند (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۸: ۳۲-۳۳). ایشان در نتیجه‌گیری خود، قول صحت معامله با اجازه مشروط‌له را برمی‌گزینند که علی‌رغم شباهت‌های بسیار مهم، تفاوت‌هایی با غیر نافذ مراعی دارد. از جمله تفاوت‌ها این است که یکی صحیح می‌باشد و دیگری غیر نافذ؛ و از آن مهم‌تر اینکه اجازه مشروط‌له تنها راه جریان آثار چنین عقدی نیست. ضمن اینکه عقد فضولی در معنای خاص خود، یکی از مصادیق عقد غیر نافذ موقوف است. عباس کریمی که نظریه پرداز اصلی عقد غیر نافذ مراعی در حقوق است نیز در دو مقاله‌ای که در این باب نگاشته است، علی‌رغم اشاره به مصادیق متعددی از عقد غیر نافذ مراعی و اشاره به معاملات منافی خیار شرط و بیع شرط، به طور خاص، به اعمال حقوقی معارض با شرط ترک فعل حقوقی اشاره نکرده است (کریمی، ۱۳۹۱؛ کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶).

۲. اصطلاح اجبار اعتباری به معنای مورد نظر نگارندگان، در نظرات فقهی مشاهده نشد. با این حال به نظر می‌رسد مبنای نظرات برخی فقها به ویژه شیخ انصاری، همین مسئله باشد. در ادامه، تفصیل این موضوع خواهد گذشت.

استدلال نظریه مذکور آن است که امکان اجبار در شرط ترک فعل حقوقی، ساده‌تر از سایر شروط است؛ چرا که اجبار باید هم‌سنخ شرط باشد و از آنجا که شرط ترک فعل حقوقی، شرطی اعتباری است، اجبار آن نیز اعتباری خواهد بود. به عبارت دیگر، طبق ادعای نگارندگان، ضمانت اجرای نقض شرط ترک فعل حقوقی، این است که عمل حقوقی منهی عنه در حالت عدم نفوذ مراعی قرار می‌گیرد و مبنای این ضمانت اجرا، اجبار اعتباری مشروط‌علیه است. صورت مختصر استدلال، چنین است:

الف) با نقض شرط ترک فعل حقوقی، مشروط‌علیه به رعایت آن اجبار خواهد شد.
ب) اجبار در شرط ترک فعل حقوقی، مانند شرط فعل حقوقی، اجباری اعتباری است.

ج) منظور از اجبار اعتباری، بی‌اثر کردن یک عمل حقوقی است؛ یعنی عمل حقوقی منهی عنه که متضمن نقض شرط است، در عالم اعتبار، فاقد اثر (غیر نافذ) شناخته شود.

د) از آنجا که بی‌اثر نهادن عمل حقوقی متضمن نقض عهد، در راستای حفظ حقوق اشخاص ثالث، یعنی مشروط‌له می‌باشد، لذا عمل حقوقی مذکور، غیر نافذ مراعی خواهد بود.

بنابراین، منظر و منظور این مقاله، متفاوت با سایر پژوهش‌های انجام‌شده در این موضوع می‌باشد و با هیچ یک از آن‌ها همپوشانی ندارد.

جهت ارائه بهتر موضوع و عدم تکرار نظریات و دلایل ارائه‌شده، ابتدا به ایضاح مدعای خود می‌پردازیم و سپس مبنای آن را طرح می‌نماییم. در ادامه جهت تقویت مدعا، ادله و مبانی دیگری نیز ارائه می‌شود و در آخر به بررسی و رد نظریات صحت و بطلان عمل حقوقی منهی عنه می‌پردازیم.

۱. ایضاح مدعا

ضمانت اجرای نقض شرط فعل حقوقی منفی، عدم نفوذ عمل حقوقی منهی عنه است. برای مثال فرض کنیم که فروشنده ضمن عقد بیع یک خانه، بر خریدار شرط کند که تا یک سال آن را اجاره ندهد. در این حال اگر خریدار این شرط را نقض کند

و پیش از یک سال، خانه را اجاره دهد، عقد اجاره (عمل حقوقی منهی عنه) غیر نافذ است.

اما عقد غیر نافذ، خود به دو نوع تقسیم می‌شود: عقد غیر نافذ موقوف و عقد غیر نافذ مراعی. عدم نفوذ موقوف، وضعیت عقدی است که یکی از ارکان درونی (شرایط اساسی صحت عقود) آن مختل است، اما این اختلال به حدی نرسیده که باعث بطلان عقد شود. برای مثال، عقد اکراهی به علت فقدان رضا در حالت عدم نفوذ موقوف است و تنها راه تنفیذ و جریان آثار حقوقی چنین عقدی، ضمیمه شدن اجازه و تنفیذ می‌باشد. در مقابل، عدم نفوذ مراعی، وضعیت عقدی است که به لحاظ ارکان درونی کامل است و آنچه مانع جریان یافتن آثار آن شده، تعلق حقوق اشخاص ثالث به موضوع عقد است. برای مثال، تصرفات ناقله‌ی راهن در موضوع رهن، به علت تعلق حقوق مرتهن، در حالت عدم نفوذ مراعی قرار می‌گیرد؛ یعنی اگر راهن مال مرهونه را بفروشد، این بیع به علت نقض حقوق شخص ثالث (مرتهن) غیر نافذ محسوب می‌شود؛ چرا که مرتهن در عقد بیع مال مرهونه، ثالث محسوب می‌شود. در این حالت، تنفیذ و اجازه‌ی مرتهن یکی از طرق جریان آثار حقوقی است. حالت دیگر این است که حق شخص ثالث به نحو دیگری ادا شود؛ مثلاً راهن، دین مرتهن را پرداخت نماید. در این حالت، بدون نیاز به اجازه‌ی مرتهن، آثار عقد به جریان می‌افتد. بنابراین می‌توان گفت: در عقد غیر نافذ موقوف، تأثیر عقد متوقف بر حصول شرط است و در عدم نفوذ مراعی، عقد در حالت انتظار برای رفع مانع به سر می‌برد (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۰). اگر مانع زایل شود، معامله خودبه‌خود تنفیذ می‌شود و اگر مانع به ثمر بنشیند، از تصرفات منافی جلوگیری می‌کند (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶: ۶۸۶). واژه‌ی مراعی وقتی به کار می‌رود که وضعیت یک عمل حقوقی، منوط به تعیین تکلیف وضعیت دیگر است (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۷: ۲۳). به عبارت خلاصه‌تر، عقد غیر نافذ

۱. از یک منظر شاید بتوان گفت که هم در غیر نافذ مراعی و هم غیر نافذ موقوف، به هر حال باید یک شرط محقق شود و از این لحاظ، این دو تفاوتی با یکدیگر ندارند. با این حال باید به این نکته توجه نمود که شرط مذکور در عقد غیر نافذ موقوف، جزء ارکان اساسی عقد (مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی) است؛ اما در غیر نافذ مراعی، این شرط جزء شرایط و ارکان اساسی عقد نیست و بیش از آنکه جنبه‌ی تحقق شرط داشته باشد، جنبه‌ی رفع مانعیت دارد.

موقوف، چون شرطی از شروط اساسی آن مفقود است، بی اثر شناخته می‌شود و تا زمانی که شرط مفقود به عقد ضمیمه نشود، عقد جریان نخواهد یافت؛ اما در عقد غیر نافذ مراعی، تعلق حق شخص ثالثی، مانع تأثیر عقد شده است و این مانع به هر نحو که برطرف شود (رضایت ثالث یا ادای حق او)، عقد اثر خود را باز خواهد یافت.

در مانحن‌فیه، عمل حقوقی منهی‌عنه در وضعیت عدم نفوذ مراعی است؛ یعنی عدم جریان آثار عمل حقوقی مذکور، به علت تعلق حقوق اشخاص ثالث، یعنی مشروطه می‌باشد. بنابراین اگر به هر نحو حق وی ادا شود، عمل حقوقی مذکور جریان طبیعی خود را باز می‌یابد. فرض این است که عمل حقوقی منهی‌عنه دارای تمام شرایط صحت درونی است و بنابراین نمی‌تواند در حالت عدم نفوذ موقوف قرار گیرد. از این رو، سرنوشت این عمل حقوقی، به دست مشروطه سپرده می‌شود.

۲. طرح مبنای اجبار اعتباری

همان‌طور که گذشت، اجبار مشروط‌علیه به اجرای شرط، نظریه مشهور در فقه امامیه است (کاشف‌الغطاء نجفی، ۱۴۲۲: ۱۲۸؛ میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۹۳۸/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۴۳/۲) و قانون مدنی نیز در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ آن را پذیرفته است. ضمانت اجرای نقض شرط ترک فعل حقوقی منفی، از قاعده ارائه شده در این مواد تخلف نمی‌کند. لذا بر خلاف نظر برخی حقوق‌دانان که امکان اجبار را در این فرض منتفی می‌دانند (اصلائی، ۱۳۸۶: ۸)، در این مورد نیز مشروط‌علیه به انجام فعل اجبار می‌شود.

نحوه اجبار به یک فعل، متناسب با نوع فعل و از سنخ آن است. چنانچه موضوع شرط، فعل مادی مثبت باشد، نحوه اجبار، الزام مشروط‌علیه است؛ اما چون اجبار جسمی و فیزیکی شخص به انجام یک فعل مادی، با کرامت و شخصیت آدمی در تعارض است، مقنن انجام فعل از سوی شخص دیگر به هزینه مشروط‌علیه را تجویز نموده است. فقط هنگامی که امکان انجام فعل از سوی شخص دیگر نیز مقدور نباشد، اجازه فسخ عقد صادر می‌شود؛ مانند وضعیتی که فعل مذکور به علت تخصص یا وضعیت خاص مشروط‌علیه، تنها از وی برمی‌آید.

هنگامی که موضوع شرط، ترک فعل مادی باشد نیز اوضاع تقریباً مشابه است.

مشروط‌علیه به توقف عمل انجام‌شده، که مقتضی نقض شرط است، اجبار می‌شود و در صورت انجام آن فعل، حتی‌المقدور وضعیت ایجادشده به حالت اول باز می‌گردد؛ مگر اینکه مانعی، همچون تعلق حقوق اشخاص ثالث یا ایجاد ضرری نامتناسب وجود داشته باشد که در این صورت، وضعیت شرط، ملحق به عدم امکان اجبار است.

هنگامی که موضوع شرط، انجام یک فعل حقوقی است نیز ابتدا مشروط‌علیه به انعقاد آن اجبار می‌شود و اگر اجبار ممکن نبود، شخص دیگری به جای او و به هزینه او، عمل مذکور را انجام می‌دهد. عمل مذکور نیز یک عمل اعتباری (حقوقی) است؛ یعنی انعقاد یک عقد یا یک ایقاع است و به سادگی توسط شخص دیگر انجام می‌شود. قید به سادگی، به این خاطر به کار می‌رود که انعقاد یک عمل حقوقی، فعلی است که از هر شخصی برمی‌آید؛ لذا بر خلاف شرط مادی مثبت یا منفی، اصولاً عدم امکان انجام فعل از سوی شخص دیگر به نیابت از مشروط‌علیه، بلاموضوع است. شخص دیگر در این فرض، حاکم است که بنا بر قاعده «الحاکم ولی الممتنع» (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۰۱/۳)، فعل را به نیابت از مشروط‌علیه منعقد می‌نماید. پس اصولاً در اجبار شخص به ایفای تعهدی که موضوع آن، انعقاد یک عمل حقوقی است، دشواری‌های اجبار مادی وجود ندارد؛ مگر اینکه موضوع شرط به نحوی از انحاء از میان رفته یا از ابتدا وجود نداشته یا به نحوی دیگر ممتنع شده باشد؛ مانند حالتی که در مواد ۲۴۲ و ۲۴۳ قانون مدنی فرض شده است.

اجبار مشروط‌علیه در شرط ترک فعل حقوقی، از اجبار در شرط فعل حقوقی مثبت نیز ساده‌تر است؛ چرا که اولاً، امکان عدم اجبار در این نوع شرط وجود ندارد؛ زیرا در هر حال می‌توان عقد را در عالم اعتباری اثر شناخت. ثانیاً، این اجبار نیازمند انجام هیچ فعلی از سوی هیچ شخصی نیست. در این فرض، اجبار در عالم اعتبار رخ می‌دهد. با غیر نافذ شناختن عمل حقوقی متضمن نقض عهد، اجبار مشروط‌علیه خودبه‌خود انجام شده است. در شرط فعل حقوقی مثبت، اجبار، انعقاد یک عمل حقوقی در عالم اعتبار است و در شرط ترک فعل حقوقی، اجبار، ممانعت از ایجاد و انشاء یک وضعیت حقوقی در عالم اعتبار می‌باشد. به عبارت ساده‌تر، اجبار مشروط‌علیه در شرط فعل حقوقی، اعم از مثبت یا منفی، یک اجبار اعتباری است؛ چرا که نحوه اجبار باید

از سنخ فعل مشروط باشد. هنگامی که فعل مشروط مادی است، اجبار آن نیز مادی است و هنگامی که فعل مشروط اعتباری باشد، اجبار نیز اعتباری است. اجبار اعتباری نیز یعنی انعقاد یا ممانعت از انعقاد یک عمل حقوقی در عالم اعتبار. ظاهراً نظریه شیخ انصاری را نیز فقط از این طریق می‌توان توجیه کرد. از نظر ایشان، وفای به شرط ترک فعل حقوقی واجب است و مقتضای این وجوب، اجبار مشروط‌علیه و عدم سلطنت و اختیار وی در انعقاد فعل منهی عنه می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۶/۵). ظاهر نظریه مذکور دارای تضاد است؛ چرا که با عدم سلطنت و توان شخص بر انجام فعل، اجبار وی سالبه به انتفاء موضوع می‌باشد. اما این نظر را می‌توان با نظریه اجبار اعتباری توجیه کرد؛ بدین معنا که اجبار از طریق سلب سلطنت رخ می‌دهد. در بخش نقد نظریه صحت در این مقاله (بخش ۱۴)، این بحث را مفصل‌تر دنبال خواهیم کرد.

بنابراین، شرط ترک فعل حقوقی از لحاظ امکان اجبار، وضعیت بهتری از سه نوع شرط دیگر، یعنی اجبار به فعل یا ترک فعل مادی و اجبار به فعل حقوقی مثبت دارد؛ چرا که بر خلاف سه حالت فوق، تصور عدم امکان اجبار در آن نمی‌رود؛ یعنی هیچ حالتی را نمی‌توان تصور کرد که در آن، ممانعت از اثربخشی به عمل حقوقی منهی عنه ناممکن باشد. به عبارت دیگر، تخلف از شرط فعل حقوقی منفی هرگز واقع نمی‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۲۵۶) و لذا خیار تخلف شرط برای مشروط‌له مجال طرح نخواهد یافت؛ زیرا حق خیار، ناشی از تخلف از شرط است و حسب فرض، امکان انجام عمل حقوقی منهی عنه و تخلف از شرط وجود ندارد (همو، ۱۴۰۶: ۴۷/۲).

باید دانست که اجبار مشروط‌علیه به ترک فعل حقوقی، یعنی ممانعت از انعقاد فعل مشروط، خودبه‌خود و همزمان با انعقاد فعل صورت می‌گیرد. همزمان بودن اجبار با فعل به این معناست که اجبار به محض انعقاد عمل حقوقی منهی عنه صورت می‌گیرد و از همان ابتدا از تأثیر آن جلوگیری می‌نماید. خودبه‌خود بودن الزام و اجبار نیز به این معناست که برای اجبار و الزام شخص، نیاز به انجام هیچ فعل مادی یا حقوقی از سوی حاکم یا مشروط‌له وجود ندارد. بنابراین با اجبار اعتباری مشروط‌علیه به ترک فعل، که همزمان با انجام عمل حقوقی منهی عنه و بدون نیاز به هیچ عمل حقوقی خاصی صورت می‌گیرد، موضوع نقض شرط، یعنی عمل حقوقی نهی شده، به صورت غیر نافذ

ایجاد می‌شود و سرنوشت آن در دست مشروطه قرار می‌گیرد.

برخی معتقدند که با انشاء عمل حقوقی منهی عنه توسط مشروط‌علیه، نقض شرط رخ داده و دیگر بحث اجبار وی منتفی است. از نظر ایشان، انشاء عمل حقوقی مذکور معادل از میان رفتن محل اجرای شرط است. به عبارت دیگر، موضوع تعهد مشروط‌علیه، منعقد نکردن یک عمل حقوقی بوده و پس از تخلف از شرط و انعقاد آن، دیگر موضوعی باقی نمانده که بتواند متعلق اجبار قرار گیرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲/۲). به عبارت برخی دیگر، با انجام عمل حقوقی منهی عنه، موضوع آن در حکم تلف قرار گرفته است (سلطان‌احمدی و دیگران، ۱۳۹۸: ۸۰). این استدلال پذیرفتنی نیست؛ چرا که تخلف مذکور یک عمل مادی نیست که به محض رخ دادن آن، دیگر کار از کار گذشته باشد و توان چاره‌ای برای آن اندیشید. تخلف انجام‌شده یک عمل اعتباری است و به سادگی می‌توان راه آن را بست. هنگامی که آثار مورد نظر شخص متخلف را بر عمل خلاف وی بار نکنیم، در واقع مانند این است که وی هرگز تخلف مذکور را مرتکب نشده است. لذا در جایی که ابزار لازم برای جلوگیری از تخلف و ممانعت از اثربخشی به آن وجود دارد، نوبت به طرق جبرانی، مانند قائل شدن به حق فسخ برای مشروطه نمی‌رسد.

۳. طرح مبانی دیگر

در تقویت نظریه عدم نفوذ، مبانی دیگری نیز می‌توان مطرح کرد که در ادامه به بررسی برخی از آنها می‌پردازیم.

۳-۱. منع تجویز پیمان‌شکنی

دومین مبانی که می‌توان برای غیر نافذ شناختن عمل حقوقی منهی عنه قائل شد، منع تجویز پیمان‌شکنی است. شرط، بخشی از قرارداد است و عموماً «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل آن نیز هست (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۵۳/۳). عقد پیمانی است میان طرفین که نقض آن، هم به لحاظ حقوقی نهی شده است و هم به لحاظ اخلاقی، عملی نکوهیده است. هر عقدی یک کل یکپارچه است که طرفین با در نظر گرفتن آن در تمامیت

خود، یعنی همراه با شروط و قیود مختلف، به آن رضایت داده‌اند. الزامی که از پیمان برمی‌خیزد نیز پیش از پشتیبانی توسط قانون، مستظهر به اراده و توافق طرفین است. چنانچه پس از انعقاد، هر دو طرف از آن پشیمان شوند، راه اقاله و تفاسخ عقد گشوده است؛ اما چنانچه یکی از طرفین، منفعت خود را در گسستن تمام یا بخشی از عقد ببیند، با ضمانت اجرای قانونی روبه‌رو می‌شود. نیروی الزام‌آور قرارداد، طرف دیگر را قادر می‌سازد تا به قوای قهریه قانونی توسل جوید و عهدشکن را به اجرای عقد و وفای به آن وا دارد. مشروط‌علیهی که به عدم انعقاد یک عمل حقوقی متعهد شده است نیز از این قاعده مستثنا نیست. باید در برابر سودای عهدشکنی او ایستاد و اثر حقوقی را که جوهره و مقصود اصلی از عمل حقوقی است، از قصد وی ستاند.

اگر غیر از این باشد و عمل حقوقی نهی شده به موجب شرط، معتبر دانسته شود، تمام این قواعد دیرین و عقلانی در هم می‌ریزند. انعقاد عمل حقوقی‌ای که به موجب شرط ضمن عقد دیگری، مورد نهی قرار گرفته، عین پیمان‌شکنی و نقض عهد است و بار کردن آثار حقوقی بر آن، دقیقاً به معنای تجویز پیمان‌شکنی و تشویق پیمان‌شکن می‌باشد. قبول این نظر، فتح بابی است برای پیمان‌شکنان که هر زمان از انعقاد عقد پشیمان شوند و خود، حق فسخ آن را نداشته باشند، از طریق نقض شرط ضمن عقد، مشروط‌له را به فسخ عقد وا دارند.

همان طور که برخی از حقوق‌دانان به درستی تصریح کرده‌اند، صحیح دانستن عمل حقوقی منهی‌عنه، به معنای فسخ عملی بخشی از قرارداد است. نفوذ عمل حقوقی منهی‌عنه با لزوم اجرای قرارداد مشروط منافات دارد و به معنای فسخ بخشی از آن است؛ حال آنکه فسخ نیازمند تصریح قانونی یا قراردادی است (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۸: ۲۲). به عبارت دیگر، هنگامی که نظریه صحت عمل حقوقی منهی‌عنه را بپذیریم و ضمانت اجرای آن را تنها ایجاد حق فسخ برای مشروط‌له به شمار آوریم، به مشروط‌علیه اجازه داده‌ایم که بخشی از قرارداد را اجرا نکند و راهی نیز برای اجبار وی وجود نداشته باشد و این معنایی جز فسخ آن بخش از قرارداد ندارد. قائل شدن به حق فسخ برای مشروط‌له به ندرت می‌تواند مصالح وی را برآورد و حتی ممکن است این فسخ برعکس عمل کند و منافع مشروط‌علیه را بیشتر برآورده سازد. برای مثال در عقدی که ترک یک فعل

حقوقی بر مشروط‌علیه شرط شده است، چنانچه وی از قرارداد پشیمان شود، از آنجا که بنا بر فرض، حق فسخ قرارداد را ندارد، می‌تواند شرط را نقض نماید و بدین صورت مشروط‌له را در وضعیتی قرار دهد که چاره‌ای جز فسخ قرارداد نداشته باشد. خلاصه اینکه جواز تصرفات منافی با شرط ترک فعل حقوقی، چنان عواقب نامعمولی در بر دارد که چاره‌ای جز صرف نظر کردن از آن نیست. منظور از تصرف منافی نیز این است که تصرف در متعلق حق، مانع بهره‌برداری صاحب حق از حق خودش شود (سعادت مصطفوی، ۱۳۸۳: ۱۷۶).

۲-۳. تقدم ممانعت از نقض عهد بر طرق جبرانی

ممانعت کردن از نقض عهد، بر جبران خسارت ناشی از آن تقدم دارد. این قاعده، صرف نظر از اینکه عقلایی است، با قواعد عمومی نیز سازگاری دارد. از جمله مهم‌ترین این قواعد، مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی است که هنگام مواجهه با امتناع مشروط‌علیه از ایفای تعهد، نخستین گام را اجبار وی دانسته است. اجبار شخص به ایفای شرط، همان ممانعت از نقض عهد است. تنها هنگامی که چنین اجباری ناممکن شود، مقنن ناگزیر به طرق جبرانی متوسل می‌شود و راه فسخ را برای مشروط‌له می‌گشاید. این قاعده نه تنها در مورد شروط، که در خصوص عوضین اصلی قرارداد نیز اجرا می‌شود. هنگامی که یکی از طرفین از ادای تعهد اصلی خود سر باز زند، اجبار می‌شود و فقط هنگامی که اجبار وی ممکن نباشد، طرف دیگر نیز از تعهد خود بری می‌گردد. بنابراین تا هنگامی که می‌توان با غیر نافذ شناختن عمل حقوقی منهی عنه، از نقض عهد ممانعت کرد، دلیلی برای ایجاد راه جبران (قائل شدن به حق فسخ برای مشروط‌له) وجود ندارد.

۳-۳. نظریه عمومی عدم نفوذ مراعی

به موجب یک قاعده عام، هر گاه قراردادی به زیان شخص ثالث باشد و حق یا مالکیت بالقوه دیگری را نقض کند، در وضعیت عدم نفوذ مراعی قرار می‌گیرد. در این صورت، شخص ثالث می‌تواند از حق خود بگذرد و عقد مزبور را اجازه کند. همچنین اگر به هر طریقی حق وی تأمین شود، عقد معارض قبلی، خودبه‌خود نافذ می‌شود و

نیاز به تنفیذ ثالث ندارد؛ همان طور که رد او نیز تا زمانی که در مقام اجرای حق خود برنیامده است، اثری ندارد. معامله‌ی رهن نسبت به عین مرهونه، معامله‌ی ورثه نسبت به ترکه قبل از ادای دیون، معامله‌ی مفلس، معامله‌ی معارض با حق شفعه‌ی شفیع و معامله‌ی معارض با قولنامه از مهم‌ترین و رایج‌ترین مصادیق عدم نفوذ مراعی است (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۷۹-۱۸۰). انعقاد عمل حقوقی منهی عنه، که متضمن نقض شرط فعل حقوقی منفی است نیز یک مصداق از این نظریه‌ی عمومی می‌باشد؛ چرا که در آن نیز حق ثالثی (مشروطه) به عقد تعلق گرفته و مانع تصرفات منافی می‌شود.

همان طور که پیشتر به اختصار گذشت، عقد غیر نافذ مراعی در مقابل عقد غیر نافذ موقوف قرار می‌گیرد. اشاره به تفاوت میان این دو، در کلام بسیاری از فقها دیده می‌شود. از جمله، فقحانی به تفاوت نقش اجازه در این دو نوع عقد اشاره کرده است (فقحانی، بی‌تا: ۳۰۴). بسیاری از فقها نیز در بخش رهن متعرض آن شده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۶۰/۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۹/۲۵؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳۹/۲). محقق ثانی اخذ به شفعه در بیع خیار را مراعی به اعمال یا عدم اعمال خیار دانسته و اعلام می‌دارد که با عدم فسخ، کشف می‌شود که شفعه از ابتدا صحیح بوده است و با فسخ بیع، بطلان شفعه کشف می‌شود (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۹۶/۱۱). در مورد زمان انتقال مالکیت در بیع خیار نیز اگرچه نظر مشهور فقهای امامیه، انتقال از زمان عقد است، اما برخی فقها احتمال مراعی بودن انتقال ملکیت را نیز به عنوان یکی از نظرات طرح کرده و اعمال یا عدم اعمال خیار را کاشف از انتقال یا عدم انتقال مالکیت از زمان عقد محسوب کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۵۵/۱۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۴۵۱/۱؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۳۶۲/۳). در باب وصیت نیز در خصوص اینکه زمان انتقال مالکیت به موصی له، لحظه فوت موصی است یا لحظه قبول موصی له، به نظریه کشف اشاره شده است؛ به این معنا که موصی به با فوت موصی، به نحو مراعی به موصی له منتقل می‌شود و رد او کاشف از بطلان انتقال از زمان فوت موصی است (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸/۴؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۴۸۲/۲).

به موجب نظریه عمومی عدم نفوذ مراعی، باید عمل حقوقی نهی شده به موجب شرط ضمن عقد را نیز غیر نافذ مراعی محسوب کرد؛ چرا که عمل حقوقی مذکور، حق شخص ثالث یعنی مشروطه را نادیده گرفته است. فرض بر این است که عمل

حقوقی منهی عنه به لحاظ ارکان درونی کامل است و لذا غیر نافذ موقوف محسوب نمی‌شود. آنچه عمل حقوقی مذکور را با مانع روبه‌رو کرده، تعلق حقوق شخص ثالث است.

با این حال، برخی حقوق دانان بر آن‌اند که حق مشروطه بر موضوع عمل حقوقی تعلق نگرفته و لذا نمی‌توان ضمانت اجرای نقض شرط فعل منفی حقوقی را عدم نفوذ دانست. به اعتقاد ایشان، حتی اگر وجود شرط باعث ایجاد حقی برای مشروطه بر مشروط‌علیه باشد، چنین حقی متعلق به عقد است نه به عین مورد شرط؛ بنابراین فروش آن مال، فروش متعلق حق غیر نیست و با فروش مواردی چون عین مرهونه متفاوت است (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۸: ۱۵). این نظریه با سه انتقاد مواجه است: اولاً، مفهوم تعلق حق بر عقد روشن نیست؛ چرا که حق همواره متعلق به یک شخص است و عقد را نمی‌توان شخص به حساب آورد. ثانیاً، تعریفی که از نظریه عمومی عدم نفوذ مراعی ارائه شده، اظهار می‌دارد که هر گاه عقدی، حق یا مالکیت بالقوه دیگری را نادیده بگیرد، غیر نافذ مراعی است. در این تعریف، اشاره‌ای به لزوم تعلق حق ثالث بر عین مال نشده است. ثالثاً، برخی از مصادیق قطعی عدم نفوذ را نمی‌توان تعلق حق ثالث به موضوع عقد دانست؛ از جمله ماده ۶۶ قانون مدنی که وقف به ضرر دیان را غیر نافذ اعلام کرده است. همچنین تعلق حق طلبکاران نیز به عین ترکه نیست؛ چرا که در این صورت، وراثت نمی‌توانستند با پرداخت دیون طلبکاران، اعیان ترکه را منتقل نمایند؛ در حالی که ماده ۸۷۱ قانون مدنی این اجازه را به وراثت داده است. ضمن اینکه ماده ۸۶۸ قانون مدنی نیز ترکه را هرچند به نحو متزلزل، در مالکیت ورثه قرار داده است که به معنای نفی مالکیت طلبکاران است. ماده ۲۲۸ قانون امور حسبی نیز به وراثت اجازه داده که دیون متوفی را از اموال خود بپردازند و ماده ۲۲۹ این قانون، علاوه بر تنفیذ طلبکاران، ادای دیون متوفی را نیز باعث تنفیذ معاملات وراثت نسبت به ترکه دانسته است. تمام این مواد قانونی حاکی از آن است که طلبکاران متوفی، حقی بر اعیان ترکه ندارند. بنابراین ایراد مطرح شده وارد به نظر نمی‌رسد. تعلق حق شخص ثالث بر عین موضوع معامله، یکی از مصادیق عدم نفوذ معامله است؛ اما مصادیق دیگری از عقد غیر نافذ وجود دارند که در آن‌ها حق ثالث بر عین تعلق نگرفته است.

۳-۴. ناسازگاری با قصد طرفین

شرط، یک تعهد تبعی است. جزئی از ساختمان عقد اصلی می‌باشد که قصد طرفین به تمام آن تعلق گرفته است. قصد طرفین نیز اجرای قرارداد است با تمام توابع آن. آنچه طرفین در هنگام انعقاد عقود لازم در نظر دارند، پایبندی به مفاد عقد، و امکان اجبار طرف دیگر در صورت امتناع اوست. این موضوع، مفاد اصل لازم‌الاتباع بودن عقد نیز می‌باشد. اگر متعاقدين بخواهند، خود می‌توانند شرایطی را در عقد بگنجانند که امکان فسخ آن را برای یکی یا هر دوی آنها فراهم نماید. اختیارات قانونی نیز در مواردی محدود و معین، غالباً جهت جلوگیری از زیان یکی از طرفین وجود دارد. در جایی که امکان اجبار یکی از طرفین به اجرای مفاد عقد وجود دارد، قائل شدن به فسخ، انحراف از قاعده تبعیت عقد از قصد است. به عبارت ساده‌تر، اگر قصد طرفین این بود که در صورت تخطی مشروط‌علیه از مفاد شرط، برای مشروط‌له امکان فسخ عقد فراهم آید، این موضوع را در عقد لحاظ می‌کردند. بنابراین هنگامی که در قرارداد به ایجاد حق فسخ در صورت تخلف مشروط‌علیه اشاره نشده است، بدین معناست که ایشان قصد نداشته‌اند راه نقض شرط را باز بگذارند.

ایجاد حق فسخ، راه حلی ثانویه و استثنایی و منحصر به موردی است که امکان اجبار مشروط‌علیه وجود نداشته باشد؛ لذا نمی‌توان این راه استثنایی را به قصد طرفین الحاق کرد. ضمن اینکه موارد استثنایی باید حتی‌الامکان مضیق تفسیر شوند و دایره اجرای آن‌ها محدود گردد.

۴. رد نظریه صحت و بطلان عمل حقوقی منهی عنه

در مورد وضعیت حقوقی عمل حقوقی منهی عنه، دو نظریه دیگر نیز وجود دارد. برخی بر آن‌اند که عمل حقوقی منهی شده صحیح است و تنها ضمانت اجرای نقض آن، ایجاد حق فسخ برای مشروط‌له نسبت به عقد مشروط است. برخی دیگر نیز عمل حقوقی منهی عنه را باطل به حساب آورده‌اند. در ادامه، به نقد و بررسی این دو نظریه می‌پردازیم. اما پیش از ورود به بحث، ذکر این نکته لازم است که برخی حقوق‌دانان به پیروی از معدودی از فقها، ضمانت اجرای دیگری در این موضوع پیشنهاد داده‌اند. از

نظر ایشان، چنانچه شرط فعل مذکور مالیت داشته باشد، مشروطه می تواند بهای آن را از مشروط علیه مطالبه نماید (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۹۰).

۱-۴. نقد نظریه صحت

نظریه صحت عمل حقوقی منهی عنه بر آن است که عقد یا ایقاع نهی شده به وسیله شرط ضمن عقد، در صورت انعقاد صحیح است و تنها اثر این نقض عهد، ایجاد حق فسخ عقد اصلی برای مشروطه و درخواست جبران خسارت می باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۸۹). قبول نظریه صحت، محتاج دلیل نیست؛ چرا که صحت یک قرارداد مطابق اصل (اصل صحت) است. لذا باید دلایلی در رد نظریه صحت عمل حقوقی منهی عنه ارائه داد. تمام ادله ای که شرح آن‌ها پیشتر در تقویت نظریه عدم نفوذ گذشت، می توانند به عنوان ادله ای برای تضعیف نظریه صحت به حساب آیند. در ادامه به نحو خلاصه به چند نکته دیگر اشاره می کنیم.

قاعده عمومی و اولیه در مورد ضمانت اجرای شروط ضمن عقد، اجبار مشروط علیه است؛ یعنی با نقض شرط از سوی مشروط علیه، اولین گام این است که وی را به اجرای شرط الزام نماییم. صرف نظر نمودن از الزام مشروط علیه و اعطای حق فسخ به مشروطه، یک قاعده ثانویه است و تنها هنگامی به کار می رود که امکان الزام و اجبار مشروط علیه وجود نداشته باشد. با قبول نظریه صحت، از قاعده عمومی و اولیه شروط، یعنی اجبار مشروط علیه تخطی می کنیم، بدون اینکه تصریح قانونی یا دلیل موجهی، این تخطی از قواعد را توجیه نماید. عدول از قاعده عمومی به معنای ایجاد استثناست که موجب درهم ریختگی نظام حقوقی می گردد و حتی الامکان باید از قبول استثنائات خودداری کرد و کوشید موارد مشکوک را مطابق قاعده تفسیر نمود و مصادیق مشتبه را در چارچوب قواعد جای داد. هنگامی که می توان با عدم نفوذ عمل حقوقی منهی عنه و بار نکردن آثار حقوقی بر آن در عالم اعتبار، قاعده عمومی اجبار در شروط را پاس داشت، چرا باید از آن دست کشید و به استثنایی غیر ضروری تن داد؟ ایجاد چنین استثنایی، گذشته از عدم ضرورت، دارای پیامدها و عواقبی است که با عقلانیت حقوقی سازگاری ندارد و در مباحث پیشین به آن‌ها اشاره شد.

ایجاد خیار فسخ در مقررات مرتبط با شروط، تنها هنگامی است که اجبار مشروط‌علیه ممکن نباشد و شخص دیگری نیز نتواند عمل مذکور را از سوی او انجام دهد. لذا خیار مذکور مصداق بارز خیار تعذر شرط است که در ماده ۲۴۰ قانون مدنی به آن تصریح شده است.^۱ البته غالباً از این خیار با عنوان خیار تعذر تسلیم نام برده‌اند؛ اما با توجه به اینکه تسلیم اصولاً در مورد عوضین اصلی به کار می‌رود، به نظر می‌رسد به کار بردن تعذر شرط به عنوان تعهدی تبعی، صحیح‌تر باشد. همان‌طور که پیشتر به تفصیل توضیح دادیم هنگامی که موضوع شرط، ترک یک فعل حقوقی باشد، تصور تعذر شرط منتفی است؛ چرا که تأثیر اعمال حقوقی، بسته به خواست و اراده انسان است. برای درک بهتر این موضوع می‌توان آن را با شرط ترک فعل مادی، مانند خراب نکردن یک دیوار مقایسه کرد. در فرض اخیر، به محض خراب کردن دیوار، نقض عهد محقق شده و دیگر امکان اجبار شخص به انجام ندادن آن وجود ندارد. اما فعل اعتباری، اثری در عالم مادی ندارد و تأثیر یا عدم تأثیر آن منوط به قبول یا عدم قبول اثر آن از سوی مقنن است. لذا اگر مقنن بر یک عمل حقوقی اثری بار نکند، مانند آن است که عمل مذکور اصلاً رخ نداده است. بنابراین سخن گفتن از تعذر در امور اعتباری و حقوقی، و به تبع آن ایجاد خیار تعذر شرط برای این گونه اعمال، کاملاً منتفی است.

مطابق نظر شیخ انصاری، شرط ترک فعل حقوقی (مانند شرط عدم فسخ در بیع) باعث می‌شود که مشروط‌علیه قدرت و امکان انجام فعل منهی‌عنه را از دست بدهد. از نظر ایشان، وجوب وفای به شرط به معنای وجوب اجبار مشروط‌علیه و عدم توانایی وی در نقض شرط است^۲ (انصاری، ۱۴۱۵: ۵/۵۶)؛ یعنی چنانچه بر یکی از متعاملین شرط شود که نباید عقد را فسخ کند، فسخ بعدی وی مؤثر نخواهد بود؛ چرا که با اندراج شرط، قدرت و امکان فسخ از میان رفته است. اما برخی فقها با انتقاد از این نظر، اظهار داشته‌اند که اجبار شخص به عدم انجام یک فعل، مستلزم امکان انجام آن است و با

۱. گاه حتی همین ضمانت اجرا، یعنی امکان فسخ معامله از سوی مشروط‌له نیز وجود ندارد. مصداق بارز چنین فرضی، همان مثالی است که شیخ انصاری در مورد شرط عدم فسخ بیان نموده است. در این مورد، چنانچه مشروط‌علیه تخلف نماید و عقد را فسخ کند، دیگر عقدی باقی نمی‌ماند که مشروط‌له آن را فسخ نماید (عراقی، ۱۴۲۱: ۳۲۹).

۲. «لأن وجوب الوفاء بالشرط، مستلزم لوجوب إجباره علیه وعدم سلطنته علی ترکه».

عدم امکان انجام یک فعل، اجبار به آن معقول نیست^۱ (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۷۹/۴). مفهوم انتقاد مذکور آن است که نظر شیخ انصاری متعارض می‌باشد؛ چرا که ایشان از یکسو معتقد است که باید مشروط‌علیه اجبار گردد و از سوی دیگر بر آن است که مشروط‌علیه اصولاً امکان تخلف از این شرط را ندارد. بنابراین اگر شخص فاقد توان نقض شرط است، اجبار وی بی‌معناست. به نظر می‌رسد با اعتقاد به اجبار اعتباری، می‌توان این انتقاد را پاسخ گفت. در نظر شیخ انصاری، اجبار مشروط‌علیه، همان سلب توان نقض شرط است و اجبار و عدم سلطنت، عین یکدیگرند. به عبارت دیگر، اجبار مشروط‌علیه، از طریق سلب سلطنت و اختیار او برای نقض شرط حاصل می‌شود.

نقد دیگری که بر نظر شیخ انصاری وارد شده، این است که مقتضای دلیل شرط در این موارد، سلب سلطنت تکلیفی است، نه وضعی؛ لذا شرط عدم فسخ موجب عدم تأثیر فسخ نمی‌شود (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۷/۶۳-۶۴). به این نقد پاسخ داده‌اند که چنین شرطی، با اسقاط صاحب حق ساقط می‌شود و این، دلیل بر وضعی بودن حکم الزام است؛ چرا که حکم تکلیفی با اسقاط ساقط نمی‌شود (موسوی خویی، بی‌تا: ۳۶۷/۷-۳۶۸).

۲-۴. نقد نظریه بطلان

در نظام حقوقی ما، بطلان عقد یا ناشی از ایراد اساسی در ارکان عقد است مانند عدم قصد یا عدم مشروعیت جهت معامله، یا ناشی از حکم صریح قانون است مانند نقل و انتقال بلاعوض اموال تاجر متوقف مطابق ماده ۴۲۳ قانون تجارت. در مانحن‌فیه، فرض بر این است که عمل حقوقی منهی‌عنه، به نحو صحیح انشاء شده و از نظر ارکان درونی ایرادی ندارد و مخالف قوانین و مقررات آمره هم نمی‌باشد. علی‌رغم این دو فرض، برخی فقها^۲ به بطلان این عمل حقوقی فتوا داده‌اند. شیخ انصاری بطلان چنین عملی را ناشی از عدم قدرت و سلطه مشروط‌علیه دانسته است (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۶/۵)؛

۱. «لأنَّ لازم وجوب الإجبار علی ترك الفسخ إمکانه، وهو منافٍ لعدم السلطنة، ومع عدمها لا یعقل وجوب الإجبار».

۲. نظریه بطلان به نحو تلویحی مورد قبول برخی استادان حقوق نیز قرار گرفته است (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۷۲: ۵۱).

نظری که مورد تأیید برخی دیگر از فقها نیز قرار گرفته است (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲/۲۶).^۱ ظاهراً در زبان حقوقی، نظر ایشان را باید به فقدان اهلیت ترجمه کرد که منشأ قراردادی دارد؛ یعنی به موجب یک قرارداد، شخصی اختیار انجام یک عمل حقوقی را از خود سلب نموده و نتیجه چنین سلب اختیاری آن است که وی اهلیت تمتع خود را برای آن عمل حقوقی خاص از دست می‌دهد. منظور از حق کلی مدنی در مواد ۹۵۶ تا ۹۵۹ قانون مدنی، همین اهلیت تمتع است (شهیدی، ۱۳۶۹: ۱۳۳). بدین ترتیب اسقاط حق به معنای ایجاد وضعیت عدم اهلیت است.^۲ با این تفسیر، مطابق نظر شیخ انصاری، مشروط‌علیه به موجب شرط ترک فعل حقوقی، از خود سلب اهلیت نموده و لذا اقدام بعدی وی هیچ اثری نخواهد داشت. این نظر را در خصوص سلب حق به موجب شرط نتیجه می‌توان پذیرفت؛ اما در شرط فعل، مشروط‌علیه تعهد به یک ترک فعل می‌نماید، نه اینکه حق آن را از خود سلب کند. لذا قبول نظریه بطلان موجه نمی‌نماید و با قواعد کلی و عمومی سازگاری ندارد.

دلیل دیگری که در رد نظریه بطلان می‌توان آورد این است که چنانچه برای یک عمل حقوقی، ضمانت اجراهای متعددی وجود داشته باشد که از شدت و ضعف برخوردارند، در مقام تردید باید ضمانت اجرایی خفیف‌تر را برگزید که کمترین آسیب را وارد نماید. این راه حل با اصل استحکام معاملات و امنیت روابط حقوقی نیز سازگارتر است (میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۰: ۲۹۲). بدیهی است که عدم نفوذ از بطلان

۱. برخی فقها با این استدلال شیخ انصاری مخالفت کرده‌اند. شیخ انصاری در خصوص عدم سلطه مشروط‌علیه بر فسخ، به قاعده وجوب وفای به شرط تمسک کرده است. این استناد از جمله با این ایراد روبه‌رو شده است که وجوب وفای به شرط، یک وجوب تکلیفی است که مقتضی فساد عمل، یعنی فسخ نیست (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴/۱۱۰). بعضی دیگر از فقها، استناد به این قاعده را مستلزم دور دانسته‌اند؛ بدین ترتیب که برای اجرای این قاعده باید احراز شود که فسخ تأثیری نداشته است و احراز عدم فسخ، متوقف بر اجرای قاعده مذکور است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۶۳).

۲. برخی از استادان، محدودیت‌های ناشی از قرارداد را حجر به حساب نیاورده‌اند. به اعتقاد ایشان، اهلیت و حجر در اختیار قانون‌گذار است و تنها قانون است که استعداد اشخاص در تملک و اجرای حق را معین می‌کند و ایجاد محدودیت‌های قراردادی، نوعی تغییر در نظام مالکیت است و ارتباطی به شخصیت و لیاقت افراد ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲/۱۴). مفهوم تغییر در نظام مالکیت روشن نیست و باید معلوم شود که سلب حق به موجب قرارداد، چه وصف حقوقی‌ای دارد.

خفیف‌تر است. تا هنگامی که امکان تنفیذ عقد وجود دارد، متوسل شدن به ضمانت اجرای شدیدتر معقول نیست.

۵. پاسخ به چند ایراد

همان‌طور که گذشت، مدعای ما این است که ضمانت اجرای انعقاد عمل حقوقی منهی‌عنه، عدم نفوذ آن به نحو مراعی است. در ادامه به بررسی انتقاداتی می‌پردازیم که ممکن است نسبت به این نظر ابراز شوند.

۱-۵. وضعیت شخص ثالث با حسن نیت

چنانچه در عقدی بر مشروط‌علیه شرط شود که عمل حقوقی خاصی را منعقد نماید، اگر موضوع شرط یک عمل حقوقی دوجانبه، یعنی یک عقد باشد، باید به منافع شخصی که طرف قرارداد مشروط‌علیه است نیز توجه شود. برای مثال، شخص الف در معامله‌ای با شخص ب، بر او شرط می‌کند که تا دو سال خانه خود را نفروشد، اما شخص ب متعاقباً خانه مذکور را به شخص ج منتقل می‌نماید. اکنون شخص ج، که نسبت به قرارداد میان اشخاص الف و ب، ثالث محسوب می‌شود و بنا بر فرض دارای حسن نیت است، از عدم نفوذ قرارداد خود با شخص ب زیان می‌بیند. در مقابل اگر عمل حقوقی منهی‌عنه تجویز شود نیز منافع مشروط‌له برآورده نمی‌شود. لذا باید منافع یکی از آن دو را ترجیح داد و برای این ترجیح نیز وجه رجحانی معقول ارائه کرد. به نظر می‌رسد تنها وجه رجحانی که میان این دو شخص وجود دارد، تقدم زمانی تعلق حق مشروط‌له بر عقد است و بر همین اساس می‌توان عدم نفوذ عقد را توجیه کرد. ممکن است گفته شود که مشروط‌له می‌تواند با خیار که ناشی از تخلف شرط است، عقد اصلی را فسخ نموده و از زیان خود جلوگیری نماید، در حالی که شخص ثالث چنین امکانی را در اختیار ندارد. این ایراد وارد به نظر نمی‌رسد. صرف‌نظر از اینکه فسخ قرارداد اصلی غالباً منافع مشروط‌له را تأمین نمی‌نماید، شخص ثالث نیز بعد از رد عقد توسط مشروط‌له و بطلان آن، می‌تواند عوض پرداخت‌شده را به اضافه خسارات وارده از مشروط‌علیه مطالبه نماید. به عبارت دیگر، هم ثالث و هم مشروط‌علیه هر دو امکان حقوقی دفاع از منافع

خود را دارند و از این حیث هیچ کدام با مانعی روبه‌رو نمی‌باشند.

۲-۵. عدم تفاوت شرط فعل و شرط نتیجه (اسقاط حق) در فرض عدم نفوذ

یکی از انتقادهایی که ممکن است به نظریه عدم نفوذ عمل حقوقی منهی عنه به موجب شرط فعل وارد شود این است که با این نظر، دیگر تفاوتی میان شرط فعل و شرط نتیجه باقی نمی‌ماند. چنانچه حق انجام یک فعل حقوقی به موجب یک شرط نتیجه ضمن عقد از مشروط‌علیه سلب شود، وی حق انعقاد آن عمل حقوقی را ندارد و در صورت انعقاد، عمل حقوقی مذکور غیر نافذ خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۳۴ و ۱۷۷). برخی حقوق‌دانان معاملات معارض با شرط نتیجه را غیر قابل استناد محسوب کرده‌اند (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۶: ۲۲۶). در این پژوهش، قصد ورود به این موضوع (غیر نافذ یا غیر قابل استناد بودن معاملات با شرط نتیجه) را نداریم؛ چرا که به هر حال، همه متفق‌القول‌اند که با سلب حق انعقاد یک عمل حقوقی به موجب شرط نتیجه، معامله معارض با آن در برابر مشروط‌له اثری ندارد؛ خواه این عدم اثر ناشی از بطلان آن باشد و خواه ناشی از عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد. لذا مشابهت آن با شرط فعل در همین نکته است. چون طبق ادعای ما، ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل حقوقی منفی نیز عدم تأثیر آن نسبت به مشروط‌له می‌باشد.

به نظر نمی‌رسد که این شباهت، باعث تضعیف نظریه عدم نفوذ عمل حقوقی منهی عنه شود. صرف اینکه دو موضوع، اثری یکسان به بار آورند، بدین معنا نیست که هیچ تفاوت دیگری با هم ندارند. نهادهای بسیار دیگری هم در حقوق وجود دارند که آثار آن‌ها کم و بیش مشابه است. لذا ضمانت اجرای تخلف از مفاد شروط باید بر اساس مبانی آن‌ها تعیین شود، نه بر مبنای ضرورت تفاوت میان آن‌ها. به عبارت دیگر، هنگامی که تعیین آثار حقوقی ناشی از تخلف بر اساس ادله متقن باشد، صرف اینکه میان اثر نقض شروط مختلف، مشابهت وجود دارد، دلیلی برای دست برداشتن از نتیجه نیست. وانگهی، میان شرط فعل و نتیجه به لحاظ ماهیتی تفاوت هست و نحوه انشاء آن‌ها نیز متفاوت است و مشابهت مذکور تنها در آثار یک نوع خاص از آن‌هاست؛ در حالی که برای یکسان دانستن دو پدیده، آن دو باید از همه نظر به هم شباهت داشته باشند.

۳-۵. مفاد برخی مواد قانون مدنی

مفاد برخی از مواد قانون مدنی صریحاً یا ضمناً حکایت از بطلان عمل حقوقی منافی با شرط می‌نماید که با نظریه مختار ما، یعنی عدم نفوذ مراعی، در تعارض است. بنابراین می‌کوشیم تفسیری سازگار با نظریه عدم نفوذ مراعی از آن‌ها به دست دهیم.

ماده ۴۵۴ قانون مدنی حالتی را بیان می‌کند که در آن، عقد بیعی صورت گرفته و فروشنده در آن، صاحب خیار می‌باشد و در شرط ضمن عقد، خریدار را از تصرفات ناقله عین و منفعت نهی کرده، اما خریدار بر خلاف این شرط، مال را اجاره داده است. مطابق ماده ۴۵۴، اجاره در صورت اخیر باطل است. چند نکته در این ماده دارای اهمیت است که به تشریح آن‌ها می‌پردازیم: اولاً، مشخص نیست که عدم تصرفات ناقله به صورت شرط فعل مورد نظر است یا شرط نتیجه. ثانیاً، مشخص نیست که بطلان تصرفات ناقله در صورت اعمال خیار است یا حتی بدون آن نیز معاملات منافی باطل اند؛ هرچند با توجه به صدر ماده به نظر می‌رسد که مقنن به حالت نخست نظر دارد؛ چرا که تا قبل از فسخ، معامله منهی عنه منافاتی با حق فروشنده ندارد (همان: ۲۲۸). در این صورت، معاملات منافی به صرف انعقاد دارای ایراد نیستند، بلکه پس از اعمال فسخ از سوی مشروط‌له باطل می‌شوند؛ یعنی اگر مشروط‌له خیار خود را اعمال نکند، این معاملات معتبر خواهند بود. اگر این تفسیر را بپذیریم، آنگاه باید حکم بطلان ماده را به عدم قابلیت استناد یا انفساخ (همو، ۱۳۹۳: ۱۶۲؛ نخعی‌پور و دیگران، ۱۳۹۶: ۸۹) تعبیر نماییم و واژه بطلان را در معنای عام، یعنی هر نوع انحلال یا عدم اعتبار مطلق و نسبی بپذیریم. ثالثاً، بطلان را در این ماده می‌توان در معنای مجازی محسوب و بر عدم نفوذ حمل نمود. مجموع این استدلال‌ها باعث می‌شود که ماده مذکور در اثبات حکم بطلان برای نقض شرط فعل منفی حقوقی، استحکام کافی را نداشته باشد. به همین خاطر، نظری که ماده فوق را استثنایی بر قاعده عمومی تخلف از شروط، یعنی اجبار مشروط‌علیه دانسته است، پذیرفتنی نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۹۴/۳؛ سکوتی نسیمی، ۱۳۹۵: ۱۳۶؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۴۴).

مقنن در ماده ۴۹۶، در ضمانت اجرای تخلف از شرایط ضمن عقد اجاره، بدون اشاره به اجبار، حق فسخ را ثابت دانسته است. به نظر می‌رسد توجیه هماهنگی ماده

فوق با قاعده عمومی اجبار ممکن است. بدین ترتیب که می‌توان ماده را منصرف به مواردی دانست که اجبار مشروط‌علیه ممکن نباشد. مبنای چنین تفسیری این است که مواد مختلف را حتی الامکان باید هماهنگ و موافق با قواعد عمومی تفسیر کرد و از قبول استثنا خودداری نمود.

ماده ۵۰۰ قانون مدنی نیز به نوعی تکرار حکم ماده ۴۵۴ است. تفاوت دو ماده تنها در این موضوع است که ماده ۴۵۴ به هر نوع خیار نظر دارد، ولی ماده ۵۰۰ که در خصوص بیع شرط می‌باشد، مخصوص خیار شرط است. ضمن اینکه از ظاهر ماده اخیر برمی‌آید که اجاره به صرف منافی بودن با خیار باطل است و ثبوت حکم بطلان، بر خلاف ماده ۴۵۴، منوط به اعمال خیار نیست. این تفاوت قابل توجیه نمی‌باشد و به نظر می‌رسد که باید از ظاهر عبارت گذشت. صرف انعقاد عمل حقوقی، منافی حق فروشنده نیست؛ چرا که ممکن است خیار شرط هرگز اعمال نشود. تنها در فرض اعمال خیار است که حق شخص ثالث (مستأجر) یعنی مالکیت منفعت، با حق فروشنده جهت در اختیار گرفتن عین برخورد می‌نماید. لذا شایسته است که این ماده نیز با توجه به قواعد عمومی، به عدم قابلیت استناد یا انفساخ تعبیر شود. ماده ۴۵۵ مفهومی کمابیش مشابه ماده قبل دارد؛ با این تفاوت که در اینجا عمل حقوقی منافی با خیار، رهن است. ضمن اینکه این ماده در اعلام بطلان، صراحت ماده ۴۵۴ را ندارد. لذا آنچه در سطور پیشین گذشت، در مورد این ماده نیز صدق می‌کند.

نتیجه‌گیری

۱- شرط فعل حقوقی منفی یا شرط ترک فعل حقوقی، آن است که انجام ندادن یک عمل حقوقی اعم از عقد یا ایقاع، بر یکی از متعاقدین شرط شود. ادعای نگارندگان این است که ضمانت اجرای تخلف از این شرط یا به عبارتی دیگر، وضعیت حقوقی عقود و ایقاعات معارض با این شرط، عدم نفوذ مراعی است؛ یعنی عمل حقوقی‌ای که طبق شرط، نهی شده است، در صورت انعقاد، در حالت عدم نفوذ مراعی قرار می‌گیرد. عدم نفوذ مراعی وضعیت عقدی است که به علت تعلق حق شخص ثالثی، در حالت توقف قرار گرفته و طرق جریان آن، یا تنفیذ شخص ثالث است یا ایفای حق وی به هر

۴- در نظریهٔ صحت عمل حقوقی منهی عنه، جهت جبران زیان مشروطه، به وی حق فسخ عقد اصلی را اعطا می‌کنند. اما در جایی که امکان ممانعت از نقض عهد وجود دارد، نباید به طرق جبرانی متوسل شد. شرط، یک تعهد و توافق تبعی است و قصد طرفین در درجهٔ اول، اجرای آن است؛ لذا تا هنگامی که امکان اجرای شرط، حتی از طریق اجبار وجود دارد، توسل به جبران خسارت، نوعی تخطی از قصد طرفین است.

۵- نظریهٔ بطلان بر آن است که غالب مبانی فوق با بطلان عمل حقوقی منهی عنه برآورده می‌شوند. بنابراین می‌توان به جای عدم نفوذ، به بطلان عمل حقوقی نهی شده رأی داد. اولین پاسخ این است که در حقوق ما، بطلان عمل حقوقی غالباً یا به علت ایرادات اساسی در ارکان عقد است یا به علت مخالفت صریح با قانون و نظم عمومی، که بنا بر فرض در مانحن‌فیه وجود ندارند. از سوی دیگر، برای رعایت مصالح طرفین یک عقد باید به سبک‌ترین ضمانت اجرا متوسل شد. تا هنگامی که امکان تنفیذ عقد وجود دارد، متوسل شدن به ضمانت اجرای شدیدتر معقول نیست.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیة المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. اصلانی، حمیدرضا، «ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران با رویکردی بر آرای امام خمینی»، پژوهشنامه متین، سال نهم، شماره ۳۶، آذر ۱۳۸۶ ش.
۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ سی و یکم، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۹۰ ش.
۴. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۵. جهانگیری، محسن، و غلامرضا یزدانی، «بررسی اقسام شرط و آثار آن (با تکیه بر نقض عهد)»، آموزه‌های فقه مدنی، سال چهارم، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۶. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق (علیه السلام)، قم، دار الکتب - مدرسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۲ ق.
۷. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۸. سعادت مصطفوی، سیدمصطفی، «ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، فصلنامه دین و ارتباطات، سال دهم، شماره ۲۴، زمستان ۱۳۸۳ ش.
۹. سکوتی نسیمی، رضا، «بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، آموزه‌های فقه مدنی، سال هشتم، شماره ۱۳، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۱۰. همو، «شرط عدم تصرفات ناقل در مبیع و ثمن (تحلیل فقهی و حقوقی ماده ۴۵۴ ق.م.ا.)»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، سال نوزدهم، شماره ۶۷، پاییز ۱۳۹۳ ش.
۱۱. همو، «شرط نتیجه و وضعیت فقهی - حقوقی معاملات معارض با آن»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۱۲. سلطان‌احمدی، جلال، ابراهیم تقی‌زاده و راضیه تقی‌زادگان، «صحت معامله با حسن نیت در تعارض با شرط منع عمل حقوقی»، فصلنامه مطالعات حقوقی، سال یازدهم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۸ ش.
۱۳. شهیدی، مهدی، «حقوق کلی مدنی و حق کلی اجرای حقوق»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان ۱۳۶۹ ش.
۱۴. همو، شروط ضمن عقد، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۷ ش.
۱۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، حاشیة المکاسب، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۱۶. طبرسی، امین‌الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، المؤلف من المختلف بین ائمة السلف، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۱۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۱۸. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، کتابفروشی دآوری، ۱۴۱۰ ق.
۱۹. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۰. همو، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.

۲۱. عراقی، آقایی‌الدین، حاشیه‌المکاسب، تقریر میرزا ابوالفضل نجم‌آبادی، قم، غفور، ۱۴۲۱ ق.

۲۲. علامه حلّی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت (علیهم‌السلام)، ۱۴۱۴ ق.

۲۳. غروی اصفهانی، محمدحسین، حاشیه‌المکاسب، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.

۲۴. غروی نائینی، محمدحسین، منیه الطالب فی حاشیه‌المکاسب، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.

۲۵. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.

۲۶. فقحانی، علی بن علی بن محمد بن طیّ، مسائل ابن طیّ - المسائل الفقهیة، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

۲۷. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ چهاردهم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۹ ش.

۲۸. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، چاپ هفتم، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.

۲۹. همو، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸ ش.

۳۰. همو، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ش.

۳۱. کاشف‌الغطاء نجفی، حسن بن جعفر بن خضر، انوار الفقاهة - کتاب البیع، نجف اشرف، مؤسسة کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ ق.

۳۲. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.

۳۳. کریمی، عباس، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، سال هفدهم، شماره ۵۸، تابستان ۱۳۹۱ ش.

۳۴. کریمی، عباس، و هادی شعبانی کندسری، «وضعیت حقوقی «مراعی» به عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل و هفتم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۶ ش.

۳۵. محقق داماد، سیدمصطفی، «تحلیل ماده ۴۵۴ قانون مدنی»، مجله حقوقی دادگستری، سال پنجاه و هفتم، شماره ۹، زمستان ۱۳۷۲ ش.

۳۶. همو، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.

۳۷. همو، «مفاد شرط مالی ضمن عقد در حقوق اسلامی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی (یادنامه دکتر شهیدی)، پاییز و زمستان ۱۳۸۴ ش.

۳۸. همو، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۳ ش.

۳۹. محقق داماد، سیدمصطفی، سعید حقانی، و علی ساعت‌چی، «بازخوانی جایگاه وضعیت استنادناپذیری اعمال حقوقی با نگاهی به حقوق فرانسه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۳، پاییز ۱۳۹۷ ش.

۴۰. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیة، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.

۴۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.

۴۲. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهة، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

۴۳. همو، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.

۴۴. میرزائزاد جویباری، اکبر، «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه؛ بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل و یکم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۰ ش.

۴۵. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، رسائل المیرزا القمی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۷ ق.
۴۶. نحفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۴۷. نخعی پور، قاسم، سیدمحمد رضوی، و سیدعلی رضوی، «نقدی بر مقاله "بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی"»، آموزه‌های فقه مدنی، سال نهم، شماره ۱۵، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۴۸. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۴۹. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «ضمانت اجرای شرط فعل حقوقی»، فصلنامه حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۲۳، زمستان ۱۳۸۸ ش.

