

## ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران با رویکردی بر آرای امام خمینی<sup>(س)</sup>

حمید رضا اصلانی<sup>۱</sup>

**چکیده:** اعتبار شرط ترک فعل حقوقی و نیز اثر آن در میان فقهاء و حقوقدانان محل بحثهای فنی و تحلیلی عمیقی است. از حیث آثار، ترتب حکم تکلیفی دایر بر وجوب ایفاء شرط، نظر مقبولتر محسوب می‌شود. البته در این خصوص نظر مخالف نیز دایر بر عدم ترتب چنین حکمی بر شرط از برخی اهل فن، نقل شده است. حکم وضعی (لزوم) خود شرط ضمن عقد، نیز موضوع دیگری است که با معلوم شدن حکم تکلیفی، پاسخ آن معلوم می‌شود. لیکن اختلاف مهمتر و بنیادین در باب حکم وضعی (وضعیت و اعتبار حقوقی)، عمل حقوقی است که ترک آن، شرط شده است. نظریات صحت، عدم نفوذ و بطلان سه نظریه عمده قابل طرح در این باب می‌باشند که هریک نیز طرفداران و ادله خاص خود را دارند. به نظر می‌رسد از میان سه نظریه مطرح، نظریه عدم نفوذ بهتر از دو نظریه دیگر قابلیت توجیه دارد.

**کلیدواژه‌ها:** شرط ترک فعل حقوقی، ترتب حکم، حکم تکلیفی، اعتبار حقوقی، مقتضای ذات عقد.

### مقدمه

شرط ضمن عقد به صراحت ماده ۲۳۴ قانون مدنی (که برگرفته از شرع است) ممکن است شرط صفت، نتیجه یا فعل باشد. شرط فعل (مثبت یا منفی) نیز ممکن است دایر بر فعل مادی یا فعل انشائی (حقوقی) باشد. در صورتی که در عقدی به صورت شرط ترک فعل حقوقی بر احد از

۱. دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی. e-mail: hamidreza.aslani@gmail.com

این مقاله در تاریخ ۱۳۸۶/۷/۳ دریافت گردید و در تاریخ ۱۳۸۶/۸/۲۱ مورد تأیید قرار گرفت.

متعاملین شرط شود که فلان عمل حقوقی (معامله) را انجام ندهد این سؤال مطرح می‌شود که اولاً، آیا وفای به چنین شرطی از باب حکم تکلیفی بر وی واجب و لازم‌الاتباع بوده یا خیر؟ ثانیاً، از منظر حکم وضعی، به فرض تخلف مشروط‌علیه و ایقاع فعل حقوقی مزبور سرنوشت چنین عمل حقوقی چیست؟

واژه «شرط» معانی مختلفی دارد.<sup>۱</sup> از میان این معانی آنچه در اینجا مدنظر است الزامات و التزاماتی است که به صورت تعهد فرعی از سوی یکی از متعاملین یا هر دو ایشان برعهده طرف مقابل واقع شده و با اراده انشائی ایشان در عقدی درج شود.

فقها و حقوقدانان در باب صحت و اعتبار چنین شروطی مباحث مفصل و درعین حال در خور تعمقی ارائه کرده‌اند. البته در اینجا قصد ورود به مباحث مربوط به اعتبار خود شرط را نداریم و همین قدر اشاره می‌کنیم که از جمله شرایط صحت و اعتبار شرط ضمن عقد؛ مقدور، سائغ، واجد منفعت عقلایی بودن، مخالف کتاب و سنت نبودن و منافی مقتضای ذات عقد و مجهول و مستلزم امر محال نبودن و نیز درج شرط در ضمن عقد است. البته در خصوص تعداد و الزامی بودن همه این شرایط نیز بعضاً اختلافاتی میان اهل فن به چشم می‌خورد (انصاری ۱۳۷۹ ج ۲: ۳۷۴؛ امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۵: ۲۲۳).

از آنجا که موضوع بحث حاضر، بررسی ضمانت اجراهای شرط ترک فعل حقوقی است، لذا فرض اولیه ما، صحت چنین شرطی است و آلا بدون احراز این مهم، اصولاً روایی و الزام‌آور بودن شرط و تعهدات ناشی از آن مورد تردید خواهد بود. از سوی دیگر، تمامی این مباحث فرع بر آن است که اصل اعتبار و الزام‌آور بودن شرط ضمن عقد - به صورت کلی و صرفنظر از مناقشات مذکور - مورد پذیرش باشد. علت ذکر این مطلب وجود اختلاف نظرهای جدی در این خصوص در میان علمای فقه به عنوان خاستگاه اصلی این نهاد حقوقی است (موسوی بجنوردی: ۲۱۸). هرچند در میان فقهای متأخر، مخالفت با شناسایی الزام و اعتبار برای شروط ضمن عقد کمتر به چشم می‌خورد.

مراد از عنوان مقاله، تبیین حدود و ثغور مباحث در خور بررسی در این حوزه است. از یکسو با توجه به عنوان مقاله که ناظر بر «شرط ترک فعل حقوقی» است<sup>۱</sup> و از سوی دیگر منصرف بودن

۱. برای دیدن معانی مختلف این واژه ر.ک به: (حائری شاهباغ ۱۳۷۶: ۲۰۹؛ موسوی بجنوردی ۱۳۸۱: ۲۴۷).

واژه «شرط» در حالت اطلاق، به «شروط ضمن عقد»<sup>۲</sup>، در اینجا تنها به بررسی آثار چنین شروطی (ضمن عقد) پرداخته خواهد شد و ضمانت اجرای تعهد ترک فعل حقوقی در قالب شرط ابتدایی مورد بحث قرار نخواهد گرفت. البته پر واضح است که نتایج حاصل از این بررسیها به لحاظ تشابه مبانی و اصول مورد استناد، قابلیت انطباق با این قبیل تعهدات را نیز خواهد داشت. موضوع دیگری که لازم است در اینجا مورد اشاره قرار گیرد، تفکیک میان شرط ترک فعل حقوقی و اسقاط حق (اختیار) انجام یک عمل حقوقی در قالب شرط ضمن عقد است. توضیح اینکه در فرض اخیر، هرچند طرفین عقد با هدف منع مشروط‌علیه از امری مبادرت به درج چنین شرطی در قرارداد منعقد می‌کنند، لیکن از لحاظ ماهیت حقوقی شرط مزبور از جمله اقسام شرط نتیجه (غایت) است که در صورتی که حصول آن متوقف بر سبب خاص نباشد بنفس اشتراط حاصل شده و آثار چنین شرطی نیز از لحظه حصول شرط بر آن مترتب می‌گردد (حائری شاهباغ ۱۳۷۶: ۲۱۷). حال آنکه در شرط ترک فعل (شرط فعل منفی) قیام بر اِتیان شرط (البته به صورت ترک فعل)، تکلیف مشروط‌علیه است.<sup>۳</sup> این تفکیک در فقه شیعه مسبوق به سابقه بوده و تمایز میان شرط سقوط خیار مجلس از شرط عدم فسخ که در برخی آثار فقهی مورد بررسی قرار گرفته ناشی از همین امر است (انصاری ۱۳۷۹ ج ۲: ۲۲۶).

### آثار درج شرط ترک فعل حقوقی ضمن عقد

اثر درج شرط در ضمن عقد لازم (بلکه مطلق عقود) حداقل دو گونه حکم می‌تواند باشد. حکم تکلیفی و حکم وضعی. در ذیل، اثر درج شرط ترک فعل حقوقی از حیث این دو قسم حکم مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. شرط ترک فعل حقوقی مثل اینکه شرط کند که مشروط‌علیه فلان معامله را انجام ندهد؛ در مقابل شرط ترک فعل مادی که ناظر به فرضی که فعل منهی عنه عمل فیزیکی و مادی (مثل خودداری از رفتن به جایی) است.
۲. برای دیدن تفصیل این نظریه ر.ک به: (موسوی بجنوردی: ۲۲۳). لازم است توضیح داده شود که در این باب نظر مخالف دال بر شمول ادله شروط بر شروط ابتدایی و شروط ضمن عقد به طور یکسان از سوی برخی ارائه شده است که به نظر می‌رسد نسبت به نظریه مورد اختیار، مرجوح می‌باشد ر.ک. به: (محقق داماد ۱۳۷۴: ۴۷).
۳. برای دیدن مفهوم و تفصیل مباحث مربوط به شرط نتیجه ر.ک. به: (موسوی بجنوردی: ۲۶۲؛ انصاری ج ۳: ۲۳).

### الف) حکم تکلیفی ناشی از شرط ترک فعل حقوقی

مراد از «حکم تکلیفی» به بیان ساده الزام به انجام امری یا ترک آن است (امامی ۱۳۷۵: ۴). احکام خمسة کامل‌ترین اشکال حکم تکلیفی است که در شرع مقدس از سوی شارع مقرر شده است و عبارتند از: وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه. البته برخلاف احکام الهی، در روابط حقوقی انبای بشر، احکام تکلیفی منحصر به وجوب (الزام) و حرمت (منع) و اباحه است (محمدی ۱۳۷۵: ۴۵).

در واقع، سؤال مطرح این است که آیا درج شرط ترک فعل حقوقی در ضمن عقد، مفید حکم تکلیفی برای مشروط‌علیه می‌باشد یا خیر؟ از این نظر می‌توان دو نظریه در میان فقها و به تبع ایشان، حقوقدانان یافت. البته باید یادآور شد که چون موضوع این بحث فقط مسأله ترتب حکم تکلیفی بر شرط است و از این منظر تفاوت جوهری میان شرط فعل و شرط ترک فعل وجود ندارد، لذا استدلال مطرح در این بخش، درخصوص مطلق شرط فعل اعم از فعل مثبت و ترک فعل (هر دو) صادق است.

### نظریه اول: عدم ترتب حکم تکلیفی

مطابق یک نظر، عمل به مدلول شرط بر مشروط‌علیه الزامی نبوده و تنها اثر و فایده درج چنین شرط ضمن عقدی آن است که مشروط‌له را بر سرنوشت عقد مسلط می‌گرداند و او بین فسخ عقد و ابقای آن مخیر خواهد بود (شهید ثانی ۱۴۱۲: ۵۰۶؛ امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۵: ۳۲۸).

دلیل اصلی قائلین این عقیده، حکومت اصالة العدم در مقام تردید – در وجوب وفای به مدلول شرط و عدم آن – است. در واقع، ارائه‌کنندگان این نظریه در مقام رفع تردید با تمسک به اصول عملیه که مثبت حکم ظاهری و رافع سرگردانی است، بین حقوق و منافع طرفین شرط نوعی موازنه برقرار کرده‌اند. بدین ترتیب که با شک در وجود تکلیف، مشروط‌علیه را از حکم تکلیفی ناظر بر وجوب ایفای شرط رهایی داده و در کفه مقابل، فسخ عقدی را که حاوی شرط فعل است به عنوان تنها راه رهایی مشروط‌له از پیمانی که بخشی از مطلوب او را تأمین نشده، رها کرده است، معرفی کرده‌اند. حاصل کلام آنکه مطابق این دیدگاه درج شرط فعل یا ترک فعل در ضمن عقد هیچ گونه حکم تکلیفی برعهده مشروط‌علیه قرار نخواهد داد.

به نظر می‌رسد آنچه قائلین این عقیده را متقاعد می‌کند که وجوب فعل مشروط را به دیده تردید بنگرند در واقع عدم اقناع در باب حجّیت و دلالت ادله «قاعده شروط» است که منتهی به نفی وجوب در شرط فعل ضمن عقد شده است.

مشهورترین طرفدار این رأی شهید اول است که در کتاب اللّعة الدمشقیه، در مبحث خیارات و ذیل عنوان خیار اشراط، این نظر را به اختصار بیان کرده است. البته مرحوم شهید ثانی شارح کبیر کتاب فوق در این باب ضمن تنقیح و تبیین نظر شهید اول، در نهایت، نظر خود را چنین بیان داشته که «نظر اقوی لزوم و وجوب ایفای شرط از جانب مشروط‌علیه است» (شهید ثانی ۱۴۱۲: ۵۰۷).

لازم است ذکر گردد هر چند ظاهر کلام شهید اول در متن مذکور بنا بر تعلیقاتی که شهید ثانی در این بخش بدان مزج نموده‌اند آن است که دلیل وی چنانکه اشاره شد، جریان اصل عدم تکلیف، در موضع تردید، می‌باشد (که این سخن به معنی حجت ندانستن ادله حجّیت قاعده شروط نزد آن بزرگوار است)، لیکن مرحوم شهید ثانی در ادامه تعلیقات خود نظری را از شهید اول نقل می‌کند که در سایر تألیفات وی مورد اشاره قرار گرفته است و ظاهراً از لحاظ مبانی با نظری که بدان اشاره شد متفاوت است.

توضیح آنکه مطابق نظر پیش گفته، جعل شرط فعل موجب ایجاد تکلیف به ایفا از جانب مشروط‌علیه نشده و چون در طرف مقابل در فرض عدم اتیان چنین شرطی مشروط‌گه خیار فسخ عقد را داراست لذا گفته شده که فایده این شرط و اثر آن در فرض موصوف، در معرض زوال قرارداد (جایز شدن) عقد است. این گفته بدان معناست که منظور از جواز عقد تنها امکان فسخ آن از جانب مشروط‌گه آن هم تنها در فرض عدم ایفای شرط فعل است.

لکن بنا بر آنچه شهید ثانی به نقل از سایر تألیفات شهید اول نقل کرده، از آنجا که موضوع شرط فعل مطلقاً از موضوع عقد منفصل و مجزاست در واقع عقد به آن شرط، تعلیق شده و چون شرط مزبور، برخلاف شرط نتیجه که بنفس اشراط حاصل می‌شود به گونه‌ای است که صرف ایجاب و قبول برای تحقق آن کافی است و امری ممکن‌الحصول و محتمل‌الوقوع است، لذا عقدی که بر امر محتمل‌الحصول، معلق شده خود نیز محتمل‌الحصول است و مراد از انقلاب عقد لازم به جایز نیز همین است (شهید ثانی ۱۴۱۲: ۵۰۶؛ انصاری ۱۳۷۹ ج ۳: ۲۵).

با این توضیحات به نظر می‌رسد گذشته از اینکه در هیچ یک از دو نظریه مذکور «جواز» در معنی اصطلاحی خود به کار نرفته است، بلکه مفهوم مورد نظر شهید اول در هریک از این دو

فرض با دیگری متفاوت می‌باشد. دلیل این استدلال، آن است که در نظریه اول علت مستقیم قابل فسخ دانستن عقد حاوی شرط فعلی که مشروط‌علیه از ایفای شرط آن خوداری می‌کند عدم امکان اجبار وی به اتیان شرط از یکسو و لزوم تخلص مشروط‌له از پیمانی که بخشی از مطلوب معهود او را تأمین نکرده است، دانسته شده است و تنها در چنین فرضی عقد مجازاً «جایز» تلقی شده است. اما در نظریه دوم صرفنظر از ایفا یا عدم ایفای شرط، عقد به دلیل محتمل الحصول بودن وقوع فعل مشروط، عقدی جایز تلقی شده است و البته معنی جواز نیز در اینجا به معنی معلق بودن نزدیک‌تر است و از همه مهمتر آنکه در این نظریه شهید اصولاً اشاره‌ای به حکم تکلیفی ایفای شرط نکرده است.

بنا بر مراتب فوق تنها نظر اول (عدم وجوب ایفای شرط و امکان فسخ عقد) را می‌توان مصداق نظریه منکران ترتب حکم تکلیفی در شرط (ترک) فعل تلقی کرد.

در انتقاد از این نظریه می‌توان با اثبات حجیت قاعده شروط که اولین و کمترین اثر آن اثبات حکم تکلیفی وجوب ایفای شرط از جانب مشروط‌علیه است به مطلوب دست یافت. در واقع، اگر تکلیف ناشی از درج شرط را مورد تردید قرار دهیم تمامیت ادله حجیت قاعده شروط مورد انکار قرار گرفته است؛ حال آنکه در باب این قاعده مفصلاً بحث شده و حجیت آن حتی از جانب طرفداران نظریه فوق مورد قبول واقع شده است.

در اینجا به لحاظ رعایت اختصار و تمرکز بر مبحث اصلی تنها به ذکر همین مقدار اکتفا کرده و علاقه‌مندان به بحث ادله حجیت قاعده شروط را به کتب مفصل مربوط احاله می‌نماییم (ر.ک. به: موسوی بجنوردی: ۲۱۸؛ محقق داماد ۱۳۷۴: ۳۳؛ انصاری ۱۳۷۹: ۳۷۳).

### نظریه دوم: ترتب حکم تکلیفی

در مقابل نظریه فوق که طرفداران بزرگ ولی معدودی دارد، نظر دیگری از سوی فقها ارائه شده و حتی نسبت بدان ادعای اجماع وجود دارد (موسوی بجنوردی: ۲۶۷) که وجوب ایفای شرط از جانب مشروط‌علیه، به عنوان حکم تکلیفی ناشی از درج شرط در ضمن عقد را محرز می‌داند.

عمده ادله‌ای که این دسته به آن تمسک می‌کنند عموم و اطلاق ادله حجیت قاعده «المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم» است. در مورد این قاعده تنها به این نکته اشاره می‌کنیم که اهم این ادله، مشهور نبوی<sup>(ص)</sup> است که فرمود، «المؤمنون عند شروطهم»، بنا بر آنکه واژه‌ای مثل «ثابتون»

قبل از واژه «عند»، در حدیث مزبور در تقدیر گرفته شود. از سوی دیگر، حجیت این دلیل مشروط بدان است که فرض کنیم قضایای صادره از شارع هر چند ظاهراً به صورت جمله خبری باشند، لیکن در واقع در مقام بیان حکم شرعی بوده و طلب وقوع امری را دارند و می‌دانیم که امر شارع ظهور در وجوب دارد (موسوی بجنوردی: ۲۶۶).

دلایل دیگری نیز که در این خصوص ارائه شده‌اند کم و بیش همگی با سیاقی مشابه درصدد بیان چنین استدلالهایی هستند. حاصل کلام آنکه بنا بر عموم و اطلاق ادله حجیت قاعده فوق ایفای مدلول شرط فعل (اعم از مثبت و منفی و فعل مادی یا انشائی)، حکمی است تکلیفی که از سوی شارع بر عهده مشروط‌علیه نهاده شده است (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۵: ۲۲۵، ۳۲۳).

در حقوق موضوعه ایران در پاسخ به این پرسش که آیا عمل به شرط ترک فعل (مثبت) بر مشروط‌علیه الزامی می‌باشد یا خیر (حکم تکلیفی)، می‌توان با مراجعه به ماده ۲۳۷ قانون مدنی حکم قضیه را به راحتی پیدا کرد. مطابق این نص قانونی «هر گاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده باید آن را بجا آورد». بر اساس اطلاق و عموم به کار رفته در این ماده که از نظر مشهور فقهی پیروی می‌کند وفای به مدلول شرط ترک فعل (حقوقی) همچون سایر صور شرط فعل و ترک فعل بر عهده مشروط‌علیه می‌باشد (امامی ۱۳۷۵: ۲۸۹).

### ب) حکم وضعی ناشی از شرط ترک فعل حقوقی

اختلاف نظر در باب تعریف حکم وضعی بسیار است. برخی حکم وضعی را هر گونه دستور و قانون مربوط به نهادها (وضعها) دانسته‌اند (جعفری لنگرودی ۱۳۷۸: ۱۷۵۳). در پاره‌ای مواضع نیز هر حکمی که جزء احکام تکلیفی نباشد حکم وضعی دانسته شده است (جعفری لنگرودی ۱۳۷۶: ۲۴۶؛ محمدی ۱۳۷۵: ۴۶). در اینجا بدون آنکه قصد ورود به مباحث اختلافی موجود در خصوص تعریف حکم وضعی را داشته باشیم و با این پیش فرض که هر حکم قانونی که در مورد شرط ترک فعل حقوقی بیابیم و در چهارچوب احکام تکلیفی نگنجد، حکم وضعی است، به بررسی موضوع خواهیم پرداخت.

گذشته از امکان اجبار مشروط‌له به استناد قاعده فقهی (و حقوقی) «الحاکم ولی الممتنع» (انصاری ۱۳۷۹ ج ۳: ۲۶؛ موسوی بجنوردی: ۲۶۸) که البته در قانون مدنی نیز در ماده ۲۳۷ مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته است (و در واقع این حکم مکمل حکم تکلیفی الزامی بودن ایفای شرط بر

مشروط‌علیه است) حکم وضعی ناشی از پایبند نبودن وی به شرط، امری است که باید عمیقاً مورد بررسی قرار گیرد.

به نظر می‌رسد اثر و حکم وضعی ناشی از درج شرط ترک فعل حقوقی را با توجه به ماهیت و کارکرد ویژه می‌توان به دو بخش تقسیم کرد: الف) لزوم خود شرط که البته فرع بر بحث وجوب یا عدم وجوب ایفای شرط از حیث حکم تکلیفی است. ب) اثر این لزوم بر سرنوشت عمل حقوقی منهی<sup>۱</sup> عنه، در صورت ایقاع آن از سوی مشروط (تخلف از شرط).

از این میان موضوع نخست بحثی است که با قائل شدن به وجوب ایفای شرط، به شرح مذکور در بحث از حکم تکلیفی، اجمالاً نظر مورد اختیار در خصوص آن نیز روشن گشته و به پیروی از مشهور فقها به لازم بودن شرط به تبع لزوم عقد حکم می‌نماییم (موسوی بجنوردی: ۲۶۸؛ حائری شامباغ ۱۳۷۶: ۲۱۸).<sup>۱</sup> اما در خصوص موضوع دوم به دلیل آنکه این حکم از زاویه‌ای دیگر و با عنوان آثار تخلف از شرط در مبحث بعدی مورد بررسی قرار خواهد گرفت از ورود بدان خودداری کرده و تفصیل آن را به مبحث بعد وامی‌نهمیم.

### آثار تخلف از شرط

در مبحث پیشین آثار ناشی از صرف درج شرط ترک فعل حقوقی در عقد را مورد بررسی قرار دادیم. حال می‌خواهیم به بررسی این نکته بپردازیم که به فرض ثبوت حکم تکلیفی و وضعی بر چنین شرطی، در صورتی که مشروط‌علیه به شرط معهود پایبند نماند و عمل حقوقی منهی<sup>۲</sup> عنه را ایقاع نماید (به فرض اجتماع سایر شرایط صحت عمل حقوقی موصوف) وضعیت و اعتبار آن چگونه خواهد بود؟ طرح این مسأله ناشی از عدم امکان اجبار مستقیم مشروط‌علیه به ایفای شرط (برخلاف شرط فعل مثبت) می‌باشد. در این راستا هرچند در متون فقهی این بحث با این گستره و از این زاویه خاص کمتر مورد تحلیل قرار گرفته است لیکن ذیلاً چکیده‌ای از نظریات ارائه شده از طریق استقراء و استدلال مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد. مجموعه استدلالها و نظریات مطرح در این باب به سه دسته قابل تقسیم است:

۱. البته در این باب اختلاف نظرهای عمیقی در میان فقها وجود دارد و برخی از ایشان لزوم شرط را به دیده تردید نگریسته‌اند که برای دیدن تفصیل این مباحث می‌توانید به منبع ذیل رجوع کنید: (انصاری ۱۳۷۹ ج ۳: ۲۶).



### الف) نظریه صحت

مطابق این نظریه، صرفنظر از ضمانت اجرای قابل ترتب بر پیمان شکنی مشروطاً علیه (مثل حق فسخ یا جبران خسارت برای مشروط‌گه)، این نقض عهد علی‌الاصول و در صورت فقدان هرگونه نص خاص قانونی<sup>۱</sup> (شرعی) بر عمل حقوقی مستقلاً که علی‌الفرض واجد همه شرایط صحت دیگر (عمل منهی عنه که موضوع شرط است) می باشد، هیچ گونه اثری نداشته و لهذا آن عمل انشائی به طور صحیح واقع می شود. مبانی تحلیلی قابل ارائه در دفاع از این نظریه به قرار ذیلند:

### اصل صحت

مطابق آنچه در باب حجّیت قاعده (اصل) صحت در متون فقهی مورد اثبات قرار گرفته است، 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 صحیحاً واقع گردیده است مگر آنکه خلاف آن ثابت شود (شهیدی ۱۳۷۹: ۱۷۷؛ محمدی ۱۳۷۴: ۲۴۹).

این اصلی است که نه تنها به واسطه اعتبار مسلم فقهی آن، در نظام حقوقی کنونی ایران قابل استناد است بلکه خود صریحاً در ماده ۲۲۳ قانون مدنی مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته و قابل استناد است. این ماده مقرر می دارد: «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود». مطابق این ماده، در صورتی که مشروطاً علیه که تعهد بر خودداری از ایقاع یک عمل حقوقی نموده است، پیمان شکنی کرده و بر خلاف معهود، اقدام به انشای آن کند؛ هر چند که بتوان بر اساس برخی ادله او را ملزم به جبران زیانهای ناشی از اخلال به شرط کرد لیکن با تردید در معتبر بودن یا نبودن معامله موصوف، آن را حمل بر صحت می کنیم چرا که (علی الفرض) صورت عرفی فعل حقوقی واقع است و مقتضای قاعده صحت اعتبار و روایی آن است.

۱. از جمله این نصوص خاص می توان به ماده ۴۵۴ قانون مدنی اشاره کرد.

### قواعد استصحاب و تسلیط

بر مبنای اصل تسلیط هر مالک علی الاصول حق و اختیار هرگونه تصرف مادی و حقوقی در مایملک خود دارد مگر آنچه (صریحاً و یقیناً) مشمول نهی واقع شود.<sup>۱</sup> همچنین، بر اساس قاعده استصحاب در صورت تردید در بقا یا زوال امری (که سابقاً مسلم الوجود بوده) باید حکم به بقای آن کنم، مگر آنکه زوال آن به صورت قطعی و یقینی به اثبات رسد.<sup>۲</sup>

حال با مدّ نظر داشتن این دو مقدمه می‌توان در بحث حاضر چنین استدلال کرد که اصل اولیه آن است که مشروط‌علیه (در ملک خود) سلطه و اختیار ایقاع هرگونه معامله را داشته است (مقتضی موجود). سپس با قبول شرط ترک فعل حقوقی در ضمن عقد، در بقا یا زوال اختیار وی در اثر شرط (حدوث مانع) 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.

البته به نظر می‌رسد جریان اصل استصحاب در این مورد با دشواریهایی مواجه باشد که پذیرش استدلال مذکور را با مشکل روبرو خواهد کرد. توضیح آنکه از جمله شرایطی که اصولیین برای اعتبار جریان استصحاب، ذکر کرده‌اند «وحدت متیقن و مشکوک» است (محمدی ۱۳۷۵: ۳۱۰). به این معنا که گذشته از آنکه وجود یقین سابق و شک لاحق برای حکم به بقا، ضرورت دارد؛ ماهیت آنچه وجودش مسلم بوده باید عین ماهیت آن چیزی باشد که بقایش مورد تردید است (وحدت متیقن و مشکوک) و هرگونه تغایر میان این دو می‌تواند حکم ناشی از جریان اصل را با تردید و صدفه مواجه کند. استدلال مذکور در بالا نیز از همین جهت آسیب‌پذیر است، چرا که سلطه و اختیار مالک در انجام هرگونه عمل حقوقی نسبت به مایملک خویش قبل از نهی آن به موجب شرط ضمن عقد، دقیقاً و عیناً همان سلطه و اختیاری نیست که پس از تعهد ناشی از شرط ترک فعل دارد و تردیدهایی که در آثار چنین شرطی وجود دارد نیز مبین حداقل وجود پاره‌ای از اختلاف و تغایر است و این امر جریان اصل استصحاب را به لحاظ فقدان وحدت متیقن و مشکوک منع می‌کند. به هر حال، به فرض فقدان چنین ایرادی استدلال بالا مقتضی صحت عمل مشروط‌علیه در ایقاع فعل حقوقی ممنوعه است.

۱. برای دیدن مفهوم و اعتبار این اصل ر.ک. به: (محقق داماد: ۹۴).

۲. برای مطالعه تفصیلی در باب اصل استصحاب ر.ک. به: (آخوند خراسانی ۱۴۱۷: ۳۸۴).

### لزوم جمع بین حقین (الجمع مهما امکن اولی من الطرح)

مطابق قاعده فوق که نزد فقها و اصولیین اعتبار آن مورد وفاق است در صورتی که بتوان راه حلی برای مسأله‌ای یافت که به برقراری موازنه میان دو سوی مسأله منتهی شده و از حذف یکی از دو معارض جلوگیری کند چنین راه حلی بر راه حل‌هایی که متضمن حذف یکی از دو حق است راجح است.

در مسأله حاضر نیز در صورت پذیرش صحت معامله موضوع شرط ترک فعل حقوقی، در واقع نوعی از موازنه و تعادل ایجاد می‌شود. با این توضیح که از یکسو مشروط‌له حق دارد که از هر گزند ناشی از اخلال به شرط در امان بوده و در صورت ورود هرگونه زیانی از این رهگذر جبران آن را مطالبه کند. از سوی دیگر، علی‌الاصول ایقاع فعل حقوقی از جانب مشروط‌علیه در مقام معارضه با شرط در اکثریت قریب به اتفاق موارد با حقوق اشخاص ثالث جدیدی که در روابط قراردادی مشروط‌له و مشروط‌علیه نقش و مداخلتی نداشته‌اند، اصطکاک و برخورد خواهد داشت که در انتخاب هر گونه راه حلی می‌بایست مد نظر قرار گیرد. به عنوان مثال، اگر شخصی در ضمن عقد بیع خانه که با دیگری منعقد می‌کند به صورت شرط ضمن عقد تعهد بر اجاره ندادن ملک موضوع عقد تا مدت پنج سال نماید و متعاقباً پیمان‌شکنی کرده و ملک را به شخص ثالث اجاره دهد، در این حالت از یکسو جبران خسارتهای وارده به مشروط‌له ضروری است و از سوی دیگر حکم به بطلان عقد اجاره موجب ایراد زیانهای بیشتر به مستأجر که حتی ممکن است از وجود شرط آگاهی هم نداشته باشد، می‌گردد. لذا حکم به صحت اجاره و جبران خسارتهای مشروط‌له جمع میان حقین بوده و لذا مرجح است.

البته به نظر می‌رسد از آنجا که در بحث حاضر در مقام بررسی ادله و مبانی تحلیلی هر یک از نظریات مطرح در قضیه می‌باشیم و لذا آنچه در ارائه راه حل نهایی باید مورد عنایت قرار گیرد توان و اعتبار خود چنین ادله و مبانی است و واجد آثار مطلوب بودن یا نبودن راه حل ارائه شده، اصولاً نمی‌تواند اساس و بنیان انتخاب یکی بر دیگری قرار گیرد. علیهذا استدلال اخیر را نمی‌توان به عنوان مبنای ترجیح یک نظر بر دیگری قرار داد و باید به سراغ سایر ادله رفت.

### ب) نظریه عدم نفوذ

بر اساس این نظریه، به لحاظ آنکه در هر حال (بنا به فرض اولیّه) مشروطّه ذینفع در اتیان شرط از جانب مشروطّعلیه بوده و این نفع نیز خود مشروع و محترم است، لذا در واقع می‌توان او را دارای حقی دانست که با ایقاع عمل حقوقی منهی<sup>۱</sup> عنه توسط مشروطّعلیه مورد تجاوز قرار می‌گیرد. به بیان دیگر، می‌توان چنین گفت که مقتضای توافق طرفین در درج شرط ضمن عقد نیز ایجاد چنین حقی برای مشروطّله بوده لذا هرگونه اقدام مغایر منوط به اذن قبلی یا اجازه بعدی اوست. سنگ بنای اولیه این نظریه نیز همین نکته است که در اثر شرط نوعی حق مالکی برای مشروطّله ایجاد می‌شود که هر چند تمامی اوصاف مالکیت را دارا نیست لیکن تجاوز بدان بدون رضایت صاحب آن روا نمی‌باشد و لذا همان‌طور که انجام معامله به صورت فضولی و بدون جلب رضایت قبلی مالک، مطابق ادله مفصلی که در این باب ارائه شده است (انصاری ۱۳۷۹ ج ۱: ۳۴۱) غیرنافذ بوده و با تنفیذ و اجازه از سوی مالک اعتبار و نفوذ خود را باز می‌یابد، به همان صورت در بحث حاضر نیز عقدی که بدون اعتنا به حق مشروطّله واقع گردیده منوط به تنفیذ بعدی او می‌باشد. در نتیجه، هم حق مشروطّله محترم و مصون از تعرض باقی می‌ماند و هم اصل اعتبار معامله واقع شده یکسره دستخوش بطلان نخواهد شد.

برخی دیگر از نویسندگان میان دو فرض تفکیک قائل شده‌اند. بدین معنا که اگر مدلول شرط تعهد به ترک فعل (شرط فعل منفی) باشد<sup>۱</sup>، برای مشروطّله فقط حق فسخ قائل شده‌اند که ظاهر از چنین استدلالی آن است که عمل منهی<sup>۲</sup> عنه را صحیح تلقی کرده‌اند (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۵: ۲۲۵). لیکن در صورتی که شرط ضمن عقد به صورت شرط نتیجه (اسقاط حق انجام عمل) باشد<sup>۲</sup> چون مشروطّعلیه حق ایقاع آن عمل را اصلاً نداشته است و این تخلف وی، تجاوز به حقوق مشروطّله است، لذا با تنفیذ وی (ذی حق) عمل حقوقی واقع شده نافذ می‌شود و با ردّ او باطل می‌شود (شهیدی ۱۳۸۶: ۱۵۰).

به نظر می‌رسد، نظریه اخیر را نمی‌توان شاهد مثالی برای نظریه عدم نفوذ – به شرحی که گفته شد – تلقی کرد، زیرا در این نظر شکل اول (شرط ترک فعل منفی) محکوم به صحت تلقی شده و

۱. مثل آنکه در بیعی بر خریدار شرط شود که مبیع را تا پنج سال نفروشد (شرط فعل منفی).

۲. مثل آنکه در بیعی شرط شود که حق فروش ملک را تا پنج سال نداشته باشد (شرط نتیجه).

شکل دوم (شرط نتیجه) نیز از صورت مسأله خروج موضوعی دارد و به جای شرط فعل منفی، شرط نتیجه را مورد بحث قرار داده است. لذا علیرغم ظاهر، نظر این نویسنده را باید در زمره طرفداران نظریه صحت برشمرد.

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

از سوی دیگر، حکم عدم نفوذ حتی در معاملات فضولی نیز حکمی خلاف قاعده و استثنائی (و قائم به نص) است که بایستی در جاری کردن آن به قدر متیقن اکتفا نمود و از توسعه دادن دامنه شمول آن خودداری کرد. جاری کردن حکم مذکور در فرض حاضر بر اساس یک قیاس باطل صورت گرفته و مصداق تفسیر موسع از حکم استثنائی عدم نفوذ است. بنابراین استناد به نظریه عدم نفوذ در این مورد هرچند به مصلحت هر سه طرف مسأله است لیکن با دشواریهایی مواجه است.

### ج) نظریه بطلان

مطابق این نظریه، بر اساس ادله‌ای که ذیلاً مورد بررسی قرار خواهد گرفت فعل حقوقی موضوع شرط عملی فاسد و باطل است که در عالم اعتباری انشائات اصولاً یا به عرصه وجود نخواهد گذارد و کأن لم یکن می‌باشد. اهم ادله قابل ارائه در دفاع از این عقیده به شرح ذیلند:

### اقتضای قاعده شروط

همان‌طور که قبلاً نیز در مباحث مربوط به حکم تکلیفی اشاره شد مطابق ادله فقهی مفصلی که در باب حجیت قاعده شروط، اقامه شد، عمل به مفاد شرط بر مشروط‌علیه واجب و الزام‌آور است

(حکم تکلیفی)<sup>۱</sup> و این همان معنای لزوم شرط (حکم وضعی) است که به تبعیت از عقد حاصل می‌شود.

با ذکر این مقدمه باید خاطر نشان کرد که معنای وجوب وفا، در واقع لزوم ترتب آثار شرط است و بدون قبول آثار ناشی از این وجوب، لازم الوفاء بودن شرط معنای خود را از دست می‌دهد. در نتیجه باید گفت که عمل به شرط با بطلان و بی اعتباری عمل مغایر با آن ملازمه دارد و الا نقض غرض حاصل می‌شود که قبیح است. حاصل کلام آنکه لزوم ایفای شرط ترک فعل حقوقی، مستلزم نامعتبر دانستن عمل حقوقی معارض شرط است، لذا حکم به بطلان عمل حقوقی حادث می‌دهیم.

در نقد این نظر می‌توان گفت که به نظر می‌رسد در توجیه این نظریه بتوان رد پای از اغراق یافت که می‌تواند قوت استدلال مذکور را زیر سؤال برد. توضیح آنکه هر چند (علیرغم پاره‌ای مخالفتها) مقتضای ادله‌ای که در باب حجیت قاعده شروط اقامه شده است وجوب ایفای شرط می‌باشد، لیکن این امر ملازمه با بطلان فعل حقوقی مستقل دیگری که علی‌الفرض از سایر جهات با مانع شرعی و قانونی برخورد ندارد و متعلق حق غیر نیز واقع شده است، نخواهد داشت و حکم به اینکه ضمانت اجرای عدم ایفای شرط بطلان فعل حقوقی متأخر باشد، مصادره به مطلوب بوده و نیز ادعایی فاقد دلیل محکم شرعی و قانونی است که نمی‌تواند توجیه‌کننده کنار گذاردن اصل صحت معامله و قاعده تسلیط باشد.

### اقتضای نهی در معاملات

در علم اصول این بحث به طور مفصل مطرح گردیده که آیا نهی شارع (قانون در مفهوم عام آن) می‌تواند بی اعتباری عملی را که بدون توجه و احترام نهادن به این دستور واقع گردیده است در پی داشته باشد یا خیر.<sup>۲</sup> در اینجا تنها به ذکر این نکته بسنده می‌کنیم که برخی در این باب معتقد به

۱. ر.ک. به: (ماده ۲۳۷ قانون مدنی). همچنین در فقه، از جمله ر.ک. به: (موسوی بجنوردی: ۲۱۸؛ محقق داماد ۱۳۷۴:

۳۳؛ انصاری ۱۳۷۹ ج ۲: ۳۷۳؛ ج ۳: ۲۶).

۲. علاقه‌مندان به این بحث می‌توانند به کتابهای اصولی مراجعه کنند از جمله ر.ک. به: (محمدی ۱۳۷۵: ۶۰)؛ همچنین

برای دیدن اختلاف نظرهایی که در این باب وجود دارد ر.ک. به: (آخوند خراسانی ۱۴۱۷: ۱۷۵ به بعد).

بطلان عمل حقوقی که در مقام معارضه با نهی ایقاع شده گردیده‌اند (محقق داماد ۱۳۷۴: ۴۵؛ طباطبایی یزدی ۱۳۴۲: ۱۲۲).

در صورت پذیرش این نظر در بحث حاضر می‌توان چنین استدلال کرد که مطابق ادله حجیت قاعده شروط (در حقوق موضوعه می‌توان به ماده ۲۳۷ قانون مدنی اشاره کرد) حکم لزوم ایفای شرط از جانب شارع (قانونگذار) صادر شده که مقتضی نهی از ترک و اخلاف به آن می‌باشد، لذا عمل حقوقی معارض با شرط باطل است زیرا اقتضای نهی در معاملات، فساد و بی‌اعتباری عمل مغایر است.

در انتقاد از این نظر از یکسو باید خاطر نشان کرد که اصولاً نهی صریح، آنگونه که در این استدلال ادعا شده وجود ندارد، بلکه «نهی» مورد ادعا در واقع مدلول التزامی «امر» شارع است (امر به ایفای شرط) نه اینکه حکم خاص نهی وارد شده باشد، که این امر استدلال مذکور را با احتمال و تردید مواجه گردانیده و تضعیف می‌کند (اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال).

از سوی دیگر، اصل این حکم که نهی در معاملات (بر عکس عبادات) موجب فساد عمل باشد حکم مسلم و عاری از اختلاف نظر فقهی و اصولی نبوده و در این باب اختلاف نظرهای فراوانی در میان علما و اندیشمندان فن وجود دارد (آخوند خراسانی ۱۴۱۷: ۱۸۰) که از قوت استدلال و استناد به این قاعده می‌کاهد و در مقام معارضه با اصول مسلم نیز صحت و تسلیط (به شرحی که قبلاً استدلال شد) دچار ضعف خواهد بود. به ویژه با در نظر داشتن این مهم که برای دست برداشتن از چنین اصول مسلم فقهی و قانونی نیاز به ادله یقینی داریم که استدلال مذکور فاقد چنین وصفی است.

### اقتضای شرط

این استدلال با آنچه در بحث اقتضای قاعده شروط گفته شد متفاوت است. با این توضیح که برخی برآنند که در صورتی که مشروط‌علیه اقدام به ایقاع عمل حقوقی منهی‌عنه کند از آنجا که حسب فرض اولیه او تعهد بر ترک آن عمل کرده و مقتضای چنین شرطی آن است که مشروط‌علیه در عالم اعتبار و انشائیات فاقد اختیار و توان ایقاع آن عمل باشد، لذا اصولاً تخلف از شرط در عالم اعتبار واقع نگشته و بی‌اعتبار است. در نتیجه، تخلف شرط شرعاً و قانوناً ممتنع و منتفی است (محقق داماد ۱۳۷۴: ۴۵؛ رک. به: طباطبایی یزدی ۱۳۴۲: ۱۲۲). با این مقدمه، نتیجه بحث در باب

وضعیت حقوقی معامله واقع شده نیز روشن می‌شود و باید طرفداران این نظر را در زمره قائلین به بطلان (کأن لم یکن بودن) عمل حقوقی مورد بحث تلقی کرد.

در انتقاد از این نظریه باید خاطر نشان کرد که ظاهراً آنچه در نظر این دسته موجب شده که به استناد استدلال فوق حکم به بطلان و كأن لم یکن بودن عمل حقوقی مورد بحث بدهند خلط و عدم تفکیک میان شرط ترک فعل حقوقی (که از جمله اقسام شرط فعل می‌باشد) از یک طرف و شرط اسقاط حق (اختیار) ایقاع فعل حقوقی (که در زمره اقسام شرط نتیجه قرار می‌گیرد) از طرف دیگر باشد.

توضیح آنکه در فرض نخست مدلول و مقتضای شرط صرفاً تعهد مشروط‌علیه بر عدم انجام عمل حقوقی است که حسب فرض اختیار و حق ایقاع آن را دارا بوده است. در چنین فرضی پرواضح است که مفاد شرط دلالت قطعی و صریح (مطابقی و یا تضمینی) بر اسقاط حق ندارد و تنها مفید این معناست که مشروط‌علیه نباید آن عمل را ایقاع کند و اصولاً در باب ضمانت اجرای تخلف از شرط ساکت است و ترتب هرگونه ضمانت اجرا بر پیمان‌شکنی او امری است که از سایر ادله مستفاد می‌گردد و از نفس شرط قابل استخراج نیست. وانگهی استدلال به اینکه فقدان اختیار انجام معامله ناشی از دلالت التزامی مفاد شرط است نیز پذیرفته نخواهد بود، زیرا اختیار وسلطه یقینی و سابق مالک (مشروط‌علیه) در ایقاع هر قسم معامله شرعی امری است که سقوط آن نیازمند دلیل و مسقط یقینی است و به صرف یک دلالت التزامی که در دلالت و حتی حجیت خود آن تردید بسیار است نمی‌توان حکم به زوال سلطه یقینی سابق داد.

### شرط ترک فعل حقوقی از منظر امام خمینی

امام خمینی همچون سایر فقهای امامیه که به مبحث شروط پرداخته‌اند، شرایط اعتبار و روایی خود شرط را به نحو مفصل و مبسوط مورد تحلیل قرار داده است. همچنین تقسیم‌بندی شروط به سه قسم (شرط فعل، صفت و نتیجه) نیز از دیگر موارد اشتراک نظر میان این فقیه با متقدمین است.

از میان مباحث مطرح شده در این مقاله، ایشان به مسأله حکم وضعی خود شرط و نیز وضعیت عمل منهی<sup>۳۶</sup> (در صورت تخلف از شرط) وارد نشده‌اند. مع الوصف ایشان در باب حکم تکلیفی ناشی از شرط، در آثار فقهی مهم خود (یعنی دو کتاب *البیع* و *تحریر الوسیله*) ضمن پرداختن به قاعده شروط، شرط ترک فعل (اعم از فعل حقوقی یا مادی) را مستقلاً مورد بررسی قرار نداده و



ضمن مباحث مرتبط با شرط فعل (به طور مطلق) که می‌تواند از یکسو اعم از شرط فعل و شرط ترک فعل و از سوی دیگر اعم از شرط فعل مادی یا حقوقی تلقی شود، نظریه خویش را بیان فرموده‌اند.

بنابراین، هر چند امام خمینی صریحاً معتقد به تکلیف مشروط‌علیه در اتیان فعل مشروط است (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۵: ۲۲۵، ۳۲۳) با این همه نظر به اینکه امام خمینی در باب حکم تکلیفی ناشی از شرط فعل، همچون نظر شهید اول تأخیر مشروط‌الیه میان فسخ و ابقای عقد را پذیرفته‌اند، لذا می‌توان ایشان را همچون شهید اول از جمله طرفداران نظریه عدم ترتب حکم تکلیفی بر شمرد (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۵: ۳۲۸).

### نظریه بطلان در حقوق موضوعه ایران

در دفاع از نظریه بطلان در حقوق موضوعه ایران، ممکن است گفته شود که چون این نظریه، در پاره‌ای مواضع در قانون مدنی از سوی مقنن مورد پذیرش قرار گرفته است، لذا صرف‌نظر از اختلاف نظرهای فقهی در قضیه، از سوی قانونگذار به عنوان نظر مختار پذیرفته شده است (محقق داماد ۱۳۷۴: ۴۶).

شاهد مثال این استدلال نیز احکامی چون ذیل ماده ۴۵۴ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است»، و یا حکم مقرر در ماده ۴۵۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «اگر پس از عقد بیع، مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد» می‌باشد.

در واقع بنا بر این نظر، به دلیل آنکه این دو ماده از لحاظ موضوع، خصوصیتی ندارند، لذا از ملاک آنها در موارد مشابه می‌توان استفاده کرد و حکم به بطلان معامله منهی<sup>۱</sup> عنه داد. در انتقاد از این نظر می‌توان چنین استدلال کرد که اولاً، در خصوص ماده ۴۵۴ مذکور باید توجه داشت که از یکسو سیاق ماده مؤید آن است که منظور قانونگذار از عبارت «بطلان» در این ماده معنای اصطلاحی این واژه (کأن لم یکن بودن) نیست و (همچون تفسیر مطابق با نظر مشهور فقهی (حائری شاهباغ ۱۳۷۶: ۴۵۴) از ماده ۴۹۶ قانون مدنی که در این موضع، بطلان را معادل «انفساخ» تلقی نموده

است) مقصود مقنن انفساخ و زوال بعدی عقد اجاره است نه بطلان و کأن لم یکن بودن آن؛ حال آنکه اگر نظریه بطلان به شرح مذکور در بالا مد نظر قانونگذار باشد فسخ شدن بعدی بیع آنگونه که در ماده ۴۵۴ ذکر شده نباید در باطل شدن عقد اجاره مدخلیتی داشته باشد و عقد اجاره باید از ابتدا باطل باشد و انفساخ بعدی آن (مطابق نظر مشهور) خلاف استدلال قائلین به این نظریه است.<sup>۱</sup> ثانیاً، حتی به فرض آنکه ایراد فوق نیز وارد نباشد، باز هم تحصیل یک قاعده کلی خلاف که اصل صحت و اصل تسلیط باشد از طریق استخراج ملاک یک حکم استثنائی منصوص برای تمامی موارد مشابه (تنقیح مناط) امری است که پذیرش آن با دشواریهای جدی مواجه است و ترجیح ملاک و مناط این ماده بر اصول مسلم فقهی و اصولی و حقوقی مورد بحث و تعمیم آن به موارد مشابه موجه نیست.

ثالثاً، در خصوص ماده ۴۵۵ قانون مدنی نیز باید گفت که ایراد مذکور در بند اول در اینجا با قوت بیشتری قابل طرح است چرا که در این ماده قانونگذار نه تنها از بطلان و کأن لم یکن بودن عقد لاحق (مثلاً عقد رهن) سخن نمی گوید بلکه به دلالت ظاهر عبارت «موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد» قرینه‌ای بر طاری بودن و ناظر به آینده بودن این زوال حق، به دست می‌دهد که در رد استدلال قائلین نظریه فوق به کمک ما می‌آید.

بنا بر مراتب مذکور به نظر می‌رسد که استناد به اینگونه نصوص قانونی در حقوق موضوعه، توان اثبات نظریه بطلان را نداشته و در غیاب حکم کلی دال بر تأیید این نظریه، تنها می‌توان نصوص خاص را احکام استثنائی تلقی کرد که تفسیر موسع آنها ممنوع است. لذا پذیرش نظریه بطلان در حقوق موضوعه ایران فاقد دلیل محکم و مردود است.

در خصوص جایگاه دو نظریه صحت در حقوق موضوعه نیز شاید بتوان بر اساس همان استدلالهایی که در بحث فقهی گفته شد به دلیل فقدان حکم خاص از سوی قانونگذار دایر بر بطلان (حجیت سکوت شارع در مقام بیان) و نیز استثنایی بودن حکم عدم نفوذ بنا بر اصل صحت، با اظهارنظرهای مجمل و تلویحی برخی حقوقدانان همداستان شد و عمل حقوقی منهی<sup>۲</sup> عنه را

۱. برخی از نویسندگان در حالی که خود از جمله قائلین همین نظریه می‌باشند، استدلال خود را بر پایه آنچه اشاره شد بنا نهاده لیکن در بررسی وضعیت حقوق موضوعه در مورد این موضوع، جهت تأیید استدلال خود به همین ماده و همچنین ماده ۴۵۵ قانون مدنی استناد نموده‌اند که ایراد اینگونه استدلال توضیح داده شد (محقق داماد ۱۳۷۴: ۴۶).

محکوم به صحت دانست و برای مشروط‌له نیز جبران خسارت یا فسخ یا حتی جریمه یومیّه مقرر از سوی دادگاه<sup>۱</sup> را به عنوان روش جبران برگزید (کاتوزیان ۱۳۷۶ ج ۲: ۴۴).  
 مبانی نظریه عدم نفوذ نیز تقریباً با آنچه در بحث فقهی در باب دفاع از این نظریه گفته شد یکسان است، لذا از تکرار آن خودداری می‌شود.

### نتیجه گیری

بر اساس آنچه گفته شد نتایج ذیل قابل استخراج است:

در باب حکم تکلیفی ناشی از درج شرط (ترک) فعل (حقوقی) در عقد، باید گفت که پذیرش چنین اثری از شرط ترک فعل حقوقی مورد پذیرش اکثریت قریب به اتفاق فقها و حقوقدانان است.

در خصوص حکم وضعی ناشی از درج شرط اگر مقصود حکم لزوم شرط باشد چنین اثری نیز تقریباً مورد وفاق واقع شده است. لیکن اگر مقصود اثر وضعی تخلف از چنین شرطی باشد صرفنظر از امکان جبران خسارات وارده به مشروط‌علیه و نیز امکان فسخ عقد مشروط توسط مشروط‌له، وضعیت عمل حقوقی منهی<sup>۲</sup> عنه تابع بند آتی است.

در باب سرنوشت فعل حقوقی موضوع شرط ترک فعل حقوقی در صورت تخلف از شرط، نظریه صحت در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران به دلیل ایرادات جدی وارد بر مبانی آن مردود است. پذیرش نظریه بطلان نیز در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران جز در موارد منصوص، با دشواریهای جدی مواجه است. در خصوص نظریه عدم نفوذ نیز به نظر می‌رسد هرچند پذیرش این نظریه نیز با مخالفت‌هایی روبروست، لیکن از یکسو این ایرادات در مقایسه با ایرادات دو نظریه فوق کمتر و محدودتر است و از سوی دیگر مصلحت متعاملین در هر دو عقد (عقد اولیه میان مشروط‌له و مشروط‌علیه و عقد بعدی میان مشروط‌علیه و طرف قرارداد وی) را به صورت همزمان رعایت می‌کند.

۱. این روش در قانون آئین دادرسی مدنی سابق به موجب ماده ۷۲۹ قانون آئین دادرسی مدنی مقرر شده بود که این قانون با تصویب قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی به سال ۱۳۷۹ نسخ صریح گردید. مع الوصف تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی هنوز هم مستمسک محکمی برای عمل به مفاد همین ماده البته با استدلالی دیگر می‌باشد.

## منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۱۷) *کفایة الاصول*، مؤسسه آل البيت.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۹) *کتاب البیع*، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- امامی، سید حسن. (۱۳۷۵) *حقوق مدنی*، چاپ دوازدهم، انتشارات اسلامی.
- انصاری، شیخ مرتضی. (۱۳۷۹) *کتاب المکاسب*، چاپ اول، مؤسسه مطبوعات دینی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶) *ترمیمولوژی حقوق*، چاپ هشتم، تهران: گنج دانش.
- \_\_\_\_\_. (۱۳۷۸) *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- حائری شاهباغ، سیدعلی. (۱۳۷۶) *شرح قانون مدنی*، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- شهید ثانی، زین الدین. (۱۴۱۲) *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة* با تعلیقات سید محمد کلانتر، دار الاحیاء التراث العربی.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۷۹) *اصول قراردادهای و تعهدات*، چاپ نخست، نشر عصر حقوق.
- \_\_\_\_\_. (۱۳۸۶) *شروط ضمن عقد*، چاپ نخست، تهران: انتشارات مجد.
- طباطبایی یزدی، شیخ محمد کاظم. (۱۳۴۲ ق) *عروة الوثقی*، نجف: مطبعة الآداب.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶) *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، چاپ دوم، نشر شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۷۴) *قواعد فقه*، بخش مدنی ۲، چاپ اول، تهران: سمت.
- محمدی، ابوالحسن. (۱۳۷۴) *قواعد فقه*، چاپ دوم، تهران: نشر یلدا.
- \_\_\_\_\_. (۱۳۷۵). *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*، چاپ هشتم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن. *القواعد الفقهیة*، قم: دارالکتب العلمیة.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۸۱) *مجموعه مقالات فقهی، حقوقی و اجتماعی*، چاپ اول، تهران: پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.  
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.