

شرط فعل و ضمانت اجرای آن از دیدگاه صاحب جواهر (ره)، شیخ انصاری (ره)، امام خمینی (ره) و قانون مدنی ایران

مجله علمی پژوهش در حقوق، فقه، فلسفه و الهیات (سال ششم)
شماره ۲۰ / تابستان ۱۳۹۹ / ص ۴۴-۶۰

جواد حاج زینلی چالشتی^۱

^۱ کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه میبد

نویسنده مسئول:

جواد حاج زینلی چالشتی

چکیده:

اشخاص در زندگی، برای رفع حوایج و رسیدن به اهداف مورد نظرشان به انعقاد عقود و ایقاعاتی، تحت عناوین مختلف مبادرت می‌ورزند، صحیح واقع شدن عقد دارای شرایطی است. ماده "۲۳۴" ق.م.آ، شرط را از حیث موضوع به سه قسم تقسیم کرده است؛ شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل؛ شرط فعل آن است که در ضمن عقد انجام دادن و یا ترک یک فعل مادی یا حقوقی بر متعاملین یا شخص ثالث شرط گردد. شناسایی آن دسته از شروط ضمن عقدی که به واسطه‌ی درج در قرارداد و به صرف انشاء عقد اصلی موجب تحقق اثر یک ماهیت حقوقی در خارج می‌گردد، موضوعی است که بیش از هر زمانی ضروری به نظر می‌رسد. پژوهش حاضر به روش توصیفی-تحلیلی درصدد پاسخگویی به سوالاتی از قبیل؛ «شرط فعل و ضمانت اجرای آن از دیدگاه قانون چگونه است؟»؛ «شرط فعل نزد فقهای چون صاحب جواهر، شیخ انصاری، امام خمینی چگونه است؟» و... می‌باشد. درباره‌ی پیشینه پژوهش باید گفت کتب فقهی در ابواب معاملات و مقالاتی چند از پژوهشگران حاضر این بحث را بررسی و تبیین نموده‌اند اما وجه افتراق پژوهش حاضر با تمام آنها در بررسی تطبیقی این شرط از دیدگاه قانون با سه فقیه سرشناس و صاحب رای می‌باشد. این فقها اعتقاد دارند شرط فعل مندرج در ضمن عقد اصل لزوم، اصل الزام در قراردادها و قاعده لاضرر است. در خصوص ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل صاحب جواهر و امام خمینی قائل به نظریه عرضی بودن ضمانت اجراها هستند بدین معنی که بین حق فسخ و حق اجبار هم عرضی وجود دارد و مشروط له بین انتخاب هر یک از آن دو مخیر است اما شیخ انصاری و قانون مدنی به نظریه طولی بودن ضمانت اجراها معتقدند یعنی در صورتی می‌توان حق فسخ را تقاضا نمود که امکان اجبار مستقیم یا اجرای نیابتی عمل وجود نداشته باشد. پس از بررسی تطبیقی صورت گرفته باید گفت؛ در خصوص صحت درج شرط فعل در ضمن معاملات جای هیچ‌گونه شک و تردیدی وجود ندارد. امکان دارد شرط فعل مندرج در ضمن عقد مادی یا حقوقی باشد که در هر یک از این دو فرض 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 وجود دارد.

کلمات کلیدی: شرط فعل، ضمانت اجرا، صاحب جواهر (ره)، شیخ انصاری (ره)، امام خمینی (ره)، قانون مدنی ایران

^۲ ماده ۲۳۴ قانون مدنی: شرط بر سه قسم است: ۱- شرط صفت؛ ۲- شرط نتیجه؛ ۳- شرط فعل اثباتا یا نفیا. شرط صفت عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله. شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود. شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.

مقدمه

در اسلام روابط افراد جنبه‌های مختلفی پیدا می‌کند، گاهی این رابطه، رابطه بین انسان و خالق اوست و گاهی این رابطه، رابطه انسان با انسان‌های دیگر است که هر یک شقوق مختلفی دارند و ضوابط آن‌ها در شرع تعیین شده است و تشریفاتی دارند که گاهی یک جنبه و گاهی هم دو طرفه است که اگر این رابطه از نوع رابطه معاملی و یا شبه آن باشد در لسان شرع از اولی تعبیر به ایقاع و از دومی تعبیر به عقد می‌کنند. اشخاص در زندگی، برای رفع حوائج و رسیدن به اهداف مورد نظرشان به انعقاد عقود و ایقاعاتی، تحت عناوین مختلف مبادرت می‌ورزند، صحیح واقع شدن عقد دارای شرایطی است. ماده "۲۳۴" ق.م، شرط را از حیث موضوع به سه قسم تقسیم کرده است؛ شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل. البته این تقسیم‌بندی در برخی تألیفات فقهی نیز به چشم می‌خورد. در مقابل برخی محققان بر این تقسیم اشکال کرده‌اند که خود چند گروه می‌شوند؛ برخی شرط را منحصر به شرط فعل و شرط صفت دانسته و شرط نتیجه را غیرممکن دانسته‌اند. برخی دیگر برعکس، شرط صفت را غیرممکن دانسته و شرط را از حیث موضوع به شرط فعل و شرط نتیجه، تقسیم کرده‌اند و گروهی نیز هر چند در صحت شرط صفت اشکال نکرده‌اند، در مقام تحلیل، برگشت شرط صفت را به شرط نتیجه دانسته‌اند. گستردگی دامنه‌ی ارتباطات روزافزون بشری در طی سال‌های اخیر که حاصل پیشرفت‌های نوین علمی و صنعتی می‌باشد، همچنین پذیرش اصل آزادی قراردادهای در اکثر نظام‌های حقوقی در مورد انعقاد قراردادهای خصوصی؛ موجب به وجود آمدن قراردادهای پیچیده‌ای شده است که شمار شروط مندرج در این نوع از قراردادهای بر پیچیدگی آن‌ها می‌افزاید؛ بنابراین می‌طلبند که اقسام این نوع از شروط ضمن عقد مورد شناسایی فقهی-حقوقی قرار گیرد. در این مطالعات مربوط به شروط قراردادی که در آثار فقیهان و استادان حقوق بسیاری از کشورها به چشم می‌خورد، قدمتی هزارساله و یا بیشتر دارد؛ اما شناسایی آن دسته از شروط ضمن عقدی که به واسطه‌ی اندراج در قرارداد و به صرف انشاء عقد اصلی موجب تحقق اثر یک ماهیت حقوقی در خارج می‌گردد، موضوعی است که بیش از هر زمانی ضروری به نظر می‌رسد. در اصطلاح فقهی شرط چیزی است که چیز دیگر به صورت تکوینی یا تشریعی بر آن معلق شده است و شرط فعل آن است که در ضمن عقد انجام دادن و یا ترک یک فعل مادی یا حقوقی بر متعاملین یا شخص ثالث شرط گردد (محقق، ۱۳۸۸: ۵۲-۵۹). شرط فعل به دو صورت مثبت و منفی از مباحث عمده حقوق مدنی است، اقوالی که در خصوص ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل مثبت و منفی در آثار فقهی و حقوقی دیده می‌شود، اشاره وار و متعارض است. برخلاف آنچه شهرت یافته است خیار فسخ مندرج در ماده "۲۳۹" ق.م.ا ناشی از تخلف مشروط‌علیه از اجرای مفاد شرط نمی‌باشد، بلکه ناشی از عدم امکان اجرای مفاد شرط می‌باشد. ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ مورد اشاره قرار گرفته است. بدین ترتیب شرط فعل به عنوان یکی از اقسام شروط ضمن عقد شامل اموری است که موضوع قصد انشا قرار می‌گیرد و با اشتراط در ضمن عقد اصلی و با انشای مستقل، موجب تحقق آثار خود در خارج می‌گردد. مبانی شرط فعل و ضمانت اجرای آن برگرفته از قاعده لاضرر و لاضرار فی الاسلام، اصل لزوم و اصل الزام در قراردادهاست. پژوهش حاضر به روش توصیفی-تحلیلی درصدد پاسخگویی به سؤالاتی از قبیل؛ «شرط فعل و ضمانت اجرای آن از دیدگاه قانون چگونه است؟»، «شرط فعل نزد فقهایی چون صاحب جواهر، شیخ انصاری، امام خمینی چگونه است؟» و... می‌باشد. درباره‌ی پیشینه پژوهش باید گفت کتب فقهی در ابواب معاملات و مقالاتی چند از پژوهشگران حاضر این بحث را بررسی و تبیین نموده‌اند اما وجه افتراق پژوهش حاضر با تمام آنها در بررسی تطبیقی این شرط از دیدگاه قانون با سه فقیه سرشناس و صاحب رای می‌باشد. صاحب جواهر و امام خمینی معتقدند ضمانت اجرای شرط فعل الزام و حق فسخ است، بنابراین حق فسخ در عرض الزام است ولی شیخ انصاری و قانون مدنی ایران معتقد هستند حق فسخ در طول الزام است. لذا شناسایی ماهیت حقوقی، موضوعات و نهادهای پایه برای درج شرط فعل، همچنین نحوه‌ی تحقق موضوع، احکام و آثار مربوط، مبانی و ضمانت اجرا و در نهایت امکان انحلال چنین شرطی که اثر یک ماهیت حقوقی را در خارج به وجود می‌آورد بسیار حائز اهمیت است. از این رو در این تحقیق به بررسی تطبیقی مبانی و ضمانت اجرای شرط فعل از دیدگاه صاحب جواهر (ره)، شیخ انصاری (ره)، امام خمینی (ره) و قانون مدنی ایران خواهیم پرداخت.

(۱) مفاهیم**(۱-۱) تعریف لغوی شرط**

شرط (بر وزن فلس) جمع آن شروط و شرایط است (قرشی، ۱۳۷۱: ۴/ ۱۴؛ جوهری، ۱۳۷۶: ۳/ ۱۱۳۶). شرط به معنای عهد و تعهد می‌باشد (صاحب، ۱۴۱۴: ۱۰/ ۴۳). شرط به معنای معروف و جمع آن شروط و اشراط است و در بیع شناخته می‌شود (ابن درید، ۱۹۸۸: ۲/ ۷۲۶؛

^۳ 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.

فراهیدی، ۱۴۰۹ق: ۲۳۴/۶). شرط به معنای اثر، دلیل و اماره به کار رفته است (اسماعیل صینی، ۱۴۱۴ق: ۳). شرط به معنای آن چیزی است که مردم در معاملاتشان اراده می‌کنند (شیبانی، ۱۹۷۵م: ۱۵۸/۲). شرط به معنای الزام به چیزی و التزام عقد به نحو آن می‌باشد (مهنا، ۱۴۱۳ق: ۱/۶۶۵؛ موسی، ۱۴۱۰ق: ۱۹۹/۲؛ فیروز آبادی، ۱۴۱۵ق: ۵۵۹/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۳۲۹/۷؛ ابن سیده، ۱۴۲۱ق: ۱۳/۸). شرط به معنای آن چیزی که در بیع وضع می‌شود تا بیع به نحو آن اجرا گردد (ابوجیب، ۱۴۰۸ق: ۱۹۲؛ مرتضی زبیدی، ۱۴۱۴ق: ۳۰۵/۱۰). شرط که جمع آن شروط است و به معنای التزام به کاری می‌باشد (بستانی، ۱۳۷۵: ۵۲۳). شرط به معنای پیمان، حلف و تعلیق کردن چیزی به چیزی دیگر است (تهانوی، ۱۹۹۶م: ۱۰۱۳/۱). شرط به معنای آن چیزی که در عقد لازم می‌شود نه قبل از آن و نه بعد از آن (ابن اثیر، ۱۳۶۷: ۴۵۹/۲). شرط در عرف متکلمین آن چیزی است که مشروط بدون آن صحیح نمی‌باشد (حمیری، ۱۴۲۰ق: ۳۴۱۲/۶). الشرط: هر حکم معلومی که بکاری تعلق می‌گیرد و انجامش حتمی است و واقع می‌شود و این کار مثل علامتی برای آن حکم و شرط است (راغب اصفهانی، ۱۳۷۴: ۳۱۴/۲).

۱-۲) معانی اصطلاحی شرط

شرط دارای دو معنای اصطلاحی در عرف نحاء و اهل معقول است که در بر گیرنده معنای دوم عرفی است.

۱. اصطلاحی نحوی: جمله‌ای که پس از ادوات شرط بکار می‌رود و به فعل شرط معروف است.

۲. اصطلاحی اهل معقول و اصول: ما یلزم من عدمه عدم المشروط ولا یلزم من وجود وجود المشروط. اصطلاح شرط در اینجا در مقابل اصطلاح سبب است.

در ماده ۲۳۴ قانون مدنی، شرط به سه قسم تقسیم می‌گردد شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل. این تقسیم در دیدگاه برخی فقها نیز دیده می‌گردد (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۴/۳). اما برخی از محققان بر این تقسیم ایراد گرفته‌اند؛ بعضی شرط را فقط منحصر به شرط فعل و شرط صفت می‌دانند و شرط نتیجه را غیرممکن. برخی دیگر برعکس، شرط صفت را غیرممکن و شرط را شامل شرط فعل و شرط نتیجه، می‌دانند و گروهی دیگر با وجود اینکه بر صحت شرط صفت اشکال نگرفته‌اند، اما برگشت شرط صفت را به شرط نتیجه می‌دانند.

۱-۳) شرط فعل

قانون‌گذار شرط را به‌طور اعم و شرط ضمن عقد را به‌طور اخص معنا نکرده است و حقوقدانان نیز تعریف‌های متفاوتی را برای آن ذکر کرده‌اند که خالی از اشکال نیستند. شرط را بر اساس اقسام سه‌گانه آن (فعل، صفت و نتیجه) می‌توان به توافقی که بین طرفین یک عقد در ضمن عقدی انجام می‌گیرد تعریف کرد؛ اعم از آنکه اثر توافق مزبور، ایجاد التزام بر اقدام یا خودداری از اقدام، وجود یا عدم صفتی در مورد معامله یا تحقق امری باشد.

«شرط» واژه‌ای عربی است، جمع آن شروط و شرائط و اشتراط است و به معنای گرو بستن و لازم گردانیدن چیزی در بیع و نیز تعلیق کردن چیزی بر چیز دیگر آمده است (ایروانی نجفی، ۱۳۸۴، ۴۸/۱). همچنین در باب معنای شرط گفته شده است: «الشرطُ الزامُ الشيء والتزامه فی البیع و نحوه» (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۵: ۷۷-۱۰۶). در علم نحو شرط در مقابل جزا قرار دارد و عبارت است از جمله‌ای که پس از ادوات شرط واقع می‌گردد (دهخدا، ۱۳۷۷: ۳۰/۳۱۳). همچنین با عبارت «ما یلزم من عدمه عدم المشروط و لا یلزم من وجوده وجود» در علم اصول از شرط یاد شده است (ابن منظور، ۱۳۶۳: ۳۴۴/۷). در بعضی از قوانین مدنی، شرط به معنای لازمه امری به کار رفته است، از جمله مواد ۴۷ و ۱۹۰ آن قانون و در بعضی از موارد دیگر در معنای اصولی خود به کار رفته است نظیر ماده ۱۹۱ و سرانجام شرط به معنای «شرط ضمن عقد»، در فصل چهارم از باب نخست از قسمت دوم قانون مدنی، مورد بحث قرار گرفته است. حقوقدانان از شرط به معنای عهد و التزام یاد کرده‌اند (امامی، بی‌تا: ۲۷۲/۱) و یا امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقع‌های حقوقی به آن بستگی دارد (حسینی مراغی، ۱۴۲۱ق: ۲۷۲/۲). همچنین وصفی که یکی از طرفین عقد وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده باشد (امامی، بی‌تا: ۲۷۲/۱). در قسمت آخر ماده ۲۳۴ قانون مدنی می‌خوانیم: «... شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط گردد.» با توجه به اینکه قانون‌گذار در این قسمت در مقام بیان شروط ضمن عقد بوده و با عنایت به این که پیش‌تر گفته شد یکی از معانی شرط الزام و التزام است، بنابراین می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که شرط فعل عبارت است از این که یکی از طرفین عقد در کنار تعهدات اصلی عقد، تعهد به انجام امری یا خودداری از انجام امری نماید.

۴-۱) ضمانت اجرا

ضمانت اجرا عبارت است از وسیله مستقیم یا غیر مستقیم برای انجام دادن الزامات قانونی (اعم از امر و نهی) و یا جبران زیان دیده یا به عبارت دیگر ابزاری است که اجرای مؤثر قواعد حقوقی را تضمین می‌نماید و از طرف قوای عمومی در جامعه به کار گرفته می‌گردد. ضمانت اجرا وجه امتیاز حقوق از سایر قواعد اجتماعی است و اثری است که در نتیجه مخالفت با قانون دامن گیر شخص می‌گردد. در قدیم حق انتقام، خون بها و جبران خسارت حق حبس (در حقوق رم) یا فروش شخص بدهکار به عنوان برده بود.

برای آنکه حقوق قادر به حصول هدف باشد (تنظیم روابط در جامعه) اجباری بودن قواعد آن و همراه بودن با ضمانت اجرا را ضروری می‌نماید. اعلاماتی که همراه تکلیف و اجبار نباشد جنبه حقوقی ندارد و تنها مقدمه اوامر و نواهی قانون گذار است. البته باید توجه داشت که ضمانت اجرای پاره‌ای از قواعد حقوقی هنوز هم ناقص است (بخصوص در حقوق عمومی و روابط بین‌المللی) تا حدی که پاره‌ای از نویسندگان ناگزیر ضمانت اجرا را از ممیزات قواعد حقوقی حذف نمودند.

به‌طور کلی باید دانست که دو نوع ضمانت اجرا قابل تمیز می‌باشد:

۱- ضمانت اجرای کیفری یا جزائی یا عقوبتی که در نتیجه آن نوعی مجازات و یا جرمه بر عامل تخلف تحمیل می‌کند، نقصان و یا تاوان بر دارائی، آبرو و اعتبار یا زندگی و آزادی و تمتعات او متوجه می‌سازد این نوع همان ضمانت اجرای موضوع حقوق جزا می‌باشد. ضمانت اجرای مدنی یا حقوقی یا ترمیمی و اعاده وضع سابق هدف از این نوع ضمانت اجرا اعاده ۲- موضوع سابق (قبل از انجام خلاف قانون) می‌باشد گاهی اعاده وضع با اعمال زور توأم است و گاهی چنین نیست بلکه صرف بطلان یا الغای آثار اجتماعی عملی آن است که نتیجه مطلوب را حاصل می‌نماید (المیری، ۱۳۸۵: ۱۹-۲۱).

۲) شرایط صحت شرط

شرط هنگامی صحیح و لازم الوفاست که شرایط زیر در آن وجود داشته باشد:

۱. غیرمقدور نباشد؛

هرگاه عمل به مفاد شرط ضمن عقد برای مشروط علیه- هر چند با واسطه- مقدور نباشد، آن شرط باطل است؛ مثل آنکه شرط شود یکی از متعاملین بالمباشره کتابی در فیزیک تألیف کرده، به دیگری اهدا کند و مشروط علیه فقط سواد خواندن و نوشتن داشته باشد. علت فساد این شرط آن است که اشتراط آن لغو و باطل است؛ زیرا مقصود از شرط فعل، الزام مشروط علیه به انجام دادن مشروط به است، در حالیکه مفاد شرط مزبور قابل الزام نیست و شرع و قانون نیز نمی‌تواند آن را الزام کند. البته در همین مثال، چنانچه مباشرت مشروط علیه در انجام دادن مفاد شرط قید نشده باشد، شرط صحیح است. ذکر این نکته لازم است که برای صحت شرط، وثوق و اطمینان به قدرت کافی است و وجود قدرت واقعی، در عمل به شرط لازم نیست. به این علت در فرض کشف خلاف، عقد صحیح است و برای مشروط له خیار فسخ ایجاد می‌شود.

۲. دارای منفعت عقلایی باشد؛

چنانچه شرط هیچ‌گونه منفعت عقلایی- حتی برای مشروط له- نداشته باشد، باطل است؛ مثل آنکه ضمن عقد شرط شود که مشروط علیه به مدت یک سال روزی یک سطل آب از چاه بکشد و مجدداً در چاه خالی کند. دلیل بطلان چنین شروطی آن است که التزام به این‌گونه امور لغو است و شرع آن‌ها را قابل الزام نمی‌داند.

۳) مخالف کتاب و سنت نباشد؛

شرط خلاف کتاب و سنت و یا به اصطلاح «شرط غیر مشروع» نیز باطل است. البته این شرط خود بر سه قسم است: الف) شرط حرام؛ مثل شرب خمر و یا قتل انسان محترم، چنین شرطی باطل است؛ زیرا مفاد شرط هنگامی الزام آور است که شرع آن را واجب کند، در حالیکه فعل حرام هیچ‌گاه به عنوان اولی واجب نمی‌شود؛ هر چند ممکن است به عنوان ثانوی واجب باشد؛ مثل شرب خمر برای حفظ نفس. به هر حال، عنوان شرط، عمل حرام را متصف به عنوان ثانوی نمی‌کند و حرمت آن عمل مانع از نفوذ شرط خواهد شد.

ب) شرط مخالف احکام و قوانین الهی؛ مثل آنکه در ضمن عقد بیع بر یکی از طرفین به نحو شرط نتیجه شرط شود که زوجه او مطلقه باشد و یا شخص اجنبی وارث او شود. دلیل بطلان این گونه شروط، اخبار صریحی است که به آن‌ها اشاره شد، از قبیل «شرط الله اسبق من شرطکم». ج) شرط محلل حرام و یا محرم حلال؛ اگر در ضمن عقد شرط شود که عمل حرامی برای مشروط‌له حلال باشد و یا عمل حلالی برای او حرام باشد، شرط باطل است.

تفاوت شروط اخیر با شروط دسته اول روشن است؛ زیرا به واسطه شروط دسته اول مشروط‌علیه متعهد به انجام دادن عمل حرام می‌شود؛ ولی مفاد شروط گروه سوم، تغییر حکم الهی است؛ یعنی به موجب آن عملی که شرعاً از محرمات و یا اعمال حلال است، تغییر می‌کند و مباح یا حرام می‌شود.

شروط گروه سوم با شروط دسته دوم نیز متفاوت است؛ زیرا چه بسا مفاد شرط در دسته دوم حرام و یا حلال نباشد و شارع در آن مورد فقط حکم وضعی داشته باشد؛ مثل احکام وراثت که از احکام وضعی است، نه تکلیفی. به هر حال دلیل بطلان شروط دسته سوم، روایات صریحی است که بر عدم نفوذ آن‌ها دلالت دارد.

۴. مجهول نباشد؛

در مورد شرط مجهول از سوی فقها نظرهای مختلفی ارائه گردیده که به اختصار بیان می‌گردد:

به موجب نظریه رایج، شرط مجهول دو قسم است. قسم نخست، شرطی هستند که جهل به آن‌ها موجب جهل به عوضین می‌شود؛ مثل آنکه کسی خانه‌ای بخرد و ثمن معامله را مبلغ معینی قرار دهد و شرط کند که ثمن را هر وقت بخواهد تسلیم دارد، یا آنکه بایع شرط کند هر وقت بخواهد مبیع را تحویل بدهد. چنین شرطی موجب جهل به عوضین می‌گردد، چراکه مدت و زمان تحویل دارای ارزش عقلایی است و بدون شک مؤثر در ثمن خواهد بود (للاجل قسط من الثمن). این دسته از شروط مجهول علاوه بر آنکه خود باطل‌اند، مبطل عقد نیز هستند.

قسم دوم از شروط مجهول، شرطی است که جهل به آن موجب مجهول شدن عوضین نیست؛ مثل آنکه کسی خانه‌ای را به مبلغ یک میلیون تومان بفروشد و ثمن معامله را دریافت کند، ولی طرفین شرط کنند خریدار صد کیلو مواد خوراکی نیز برای فروشنده بخرد، یا به فروشنده تحویل دهد. در این مورد، اگرچه به علت عدم تعیین نوع خوراک و تنوع مواد خوراکی شرط مجهول است، ولی جهل به آن در عوضین تأثیری ندارد. این شروط اگرچه باطل است، مبطل عقد نخواهد بود.

علت بطلان هر دو صورت شرط مجهول آن است که شرط تعهدی ضمنی است که همانند عقد، مفاد آن مورد توافق متعهد و متعهدله قرار می‌گیرد و با قصد و رضای دو طرف ایجاد می‌شود و از این لحاظ واجد خصوصیات عقود است؛ لذا شرط صحیح باید دارای شرایط صحت معاملات نیز باشد. بنابراین با مبهم بودن مورد تعهد، یکی از ارکان صحت شرط مفقود است و در نتیجه شرط باطل است. به علاوه شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌شود، عقد را باطل می‌کند؛ زیرا معلوم بودن عوضین از شرایط صحت عقد است و جهل به هر یک از عوضین موجب بطلان عقد خواهد شد.

دسته‌ای دیگر از فقها شرط مجهول را مطلقاً باطل و مبطل دانسته، میان موردی که جهل به شرط موجب جهل به عوضین بشود با صورتی که موجب جهل به عوضین نشود تفاوتی قائل نیستند. آنان در مورد شرطی که جهل به آن باعث جهل به عوضین نمی‌شود معتقدند که در این فرض هم عقد باطل است؛ زیرا به عقیده آنان شرط ضمن عقد موجب تقیید عقد می‌شود، یعنی رضای طرفین عقد، مقید به شرط است و بنابراین با انتفای قید، مقید نیز منتفی خواهد شد. به علاوه، گفته‌اند که شرط همواره در ثمن مؤثر است (للشرط قسط من الثمن) و در نتیجه، هر گونه جهالت در شرط، باعث فساد عقد خواهد شد.

نظریه دیگر این است که چنانچه جهالت شرط به عوضین سرایت نکند، شرط فاسد است، ولی عقد باطل نمی‌شود و در این مورد به دلایلی استناد کرده‌اند؛ از جمله آنکه شرط ضمن عقد، عهد مستقلی است که در ضمن عقد اصلی درج شده است و در حقیقت، طرفین عقد با انعقاد آن، دو عهد را به عهده می‌گیرند؛ یکی عقد و دیگری عهد ضمن آنکه همان مفاد شرط است. بنابراین، فاسد و بی‌اثر شدن یکی از دو عهد، نمی‌تواند موجب فساد و بی‌اثر شدن دیگری شود.

بر طبق نظر دیگر اصولاً شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین نباشد، فاسد نیست. پیروان این نظریه می‌گویند: آنچه مسلماً به موجب ادله شرعی مورد نهی و منع قرار گرفته فقط بیع غرری است (نهی النبی عن بیع الغرر) و تعمیم و توسعه منع غرر به سایر موارد فاقد دلیل شرعی است. بنابراین شرطی که ضمن عقد بیع ملحوظ گردد و جهل به آن موجب جهل به عوضین شود، هم فاسد است و هم مفسد، زیرا بیع را غرری می‌سازد و در نتیجه مشمول ادله منع غرر می‌گردد، ولی در سایر موارد دلیلی بر بطلان وجود ندارد (خویی، بی‌تا: ۴۳/۲).

باری چنانچه شرط مزبور به علت جهل غیرقابل اجرا باشد، به علت غیر مقدور بودن باطل است و برای مشروطه خیار فسخ ایجاد می‌گردد و اگر با توجه به اوضاع و احوال شرط مزبور قابل تفسیر باشد، نافذ و لازم الاجراست.

نقد و بررسی: در خصوص نظرهای مذکور مطالب زیر درخور ذکر است:

۱. اگر این اصل را بپذیریم که «لشرط قسط من الثمن»، به نظر می‌رسد همواره در بیع، بلکه در تمام عقود معاوضی، شرط مجهول موجب جهل به عوضین است و چنین نیست که در این‌گونه معاملات دو گونه شرط داشته باشیم که در مورد بعضی، جهل موجب جهل به عوضین بشود و در بعضی دیگر نشود که دسته اخیر را باید در عقود غیر معاوضی جستجو کرد و دسته اول را در عقود معاوضی. پیروان نظریه نخستین در ارائه مثال و نمونه موردی که جهل به شرط موجب جهل به عوضین نشود در عقود معاوضی کاملاً ناموفق بوده‌اند، چراکه با توجه به تأثیر وجود هرگونه شرط در ارزیابی مورد معامله نمی‌توان پذیرفت که جهل اثری در عوضین نگذارد.

۲. به نظر می‌رسد قانون مدنی ایران بر این نظر است که شرط مجهول در عقودی که عوضین دارند (عقود معاوضی) با توجه به سرایت جهل به عوضین، همواره باطل و مبطل است و در سایر موارد، یعنی در مواردی که به علت عدم وجود عوضین (عقود غیر معاوضی) جهل به شرط اثری در مجهول کردن مورد معامله ندارد، شرط نه باطل است و نه مبطل.

دلیل ما برای این استنباط، علاوه بر نظرها و آرای فقها که معتبرترین مرجع تفسیر قانون مدنی در موارد ابهام است، متن قانون مزبور است. قانون مدنی در ماده ۲۳۲ با آوردن عبارت: «شروط مفصله ذیل باطل است، ولی مفسد عقد نیست...»، شروط فاسد غیر مفسد را کاملاً منحصر در سه دسته کرده است: ۱. شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد، ۲. شرطی که در آن نفع و فایده نباشد، ۳. شرطی که نامشروع باشد. قانون مدنی شرط مجهول را در زمره این دسته نیاورده و در ماده بعد به ذکر شروط باطل و مبطل عقد پرداخته و آن‌ها را به دو دسته منحصر کرده است:

۱. شرط خلاف مقتضای عقد. ۲. شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.

بنا به مراتب فوق کاملاً روشن است که شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین نشود از نظر قانون مدنی نه باطل است، نه مبطل عقد. حال ببینیم این دسته از شروط مجهول، یعنی شروطی را که جهل به آن‌ها موجب جهل به عوضین نمی‌شود باید کجا جستجو کنیم؟ آیا می‌توانیم در عقود معاوضی ببابیم؟ به نظر می‌رسد پاسخ منفی است. شاهد این مدعا مواردی است که در قانون به علت وجود شرط مجهول، بیع باطل محسوب شده که با بررسی آن‌ها کاملاً می‌توان به این حقیقت دست یافت. برای نمونه در ماده ۴۰۱ ق.م. آمده است: «اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد، هم شرط خیار و هم بیع باطل است». با توجه به انحصار شروط باطل و مبطل در دو مورد، بی‌گمان مورد ماده ۴۰۱ را باید از مصادیق شرط مجهول به شمار آورد، یعنی شرطی که جهل به آن موجب جهل به عوضین است و ناگزیر چنین تحلیل کرد که مدت خیار در ارزش مورد معامله مؤثر است و ناگفته پیداست این‌گونه تأثیر در همه موارد عقود معاوضی وجود دارد. پس باید موارد غیر مؤثر را در عقود غیر معاوضی یافت و با توجه به مطالبی که گفته شد، آن‌گونه شروط را صحیح و نافذ دانست.

۵. خلاف مقتضای ذات نباشد؛

فقها در اینکه منظور از خلاف مقتضای ذات چیست، بحث بسیاری کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۲۷۲). خلاصه مطلب این است که عقد دو مقتضای ذات دارد: مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد.

مقتضای ذات عقد، نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به قصد حصول آن، عقد را منعقد کرده‌اند. برای مثال مفاد عقد بیع تملیک عین به عوض معلوم است؛ یعنی به محض وقوع عقد، مشتری مالک مبیع و بائع مالک ثمن می‌شود. حال اگر در بیع، شرط شود که مبیع به ملکیت مشتری در نیاید، شرط مزبور خلاف مقتضای ذات عقد بیع است، یا اگر در نکاح، که مقتضای ذات آن ایجاد علقه زوجیت است، طرفین در ضمن عقد شرط کنند که رابطه مزبور ایجاد نشود، این شرط خلاف مقتضای ذات عقد است.

مقتضای اطلاق عقد، آن چیزی است که عقد برحسب اطلاق خود- یعنی در صورت عدم تقیید به اموری مانند وصف، مکان و یا زمان- مقتضای آن است (نائینی، بی‌تا: ۱۱۱/۲) برای نمونه، اقتضای عقد بیع مطلق آن است که ثمن، نقد پرداخت شود و کلیه اختیارات نیز حسب مورد به وجود آید.

با توجه به آنچه گفته شد، چنانچه شرط، خلاف مقتضای ذات عقد باشد، باطل است؛ اما شرط خلاف اطلاق عقد باطل نیست. دلیل بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد این است که قصد انشای مدلول شرط، مستلزم عدم قصد انشای مدلول عقد است؛ زیرا قصد به ملکیت درنیامدن مبیع در ضمن بیع و به موجب شرط، با قصد تملیک مبیع که معنای عقد بیع است منافات دارد. بنابراین اگر طرفین بر شرطی که خلاف مقتضای ذات

عقد است، توافق کنند، در حقیقت مدلول عقد را قصد نکرده‌اند. به همین علت، شرط خلاف مقتضای ذات عقد، علاوه بر آنکه باطل است، مبطل عقد نیز به شمار می‌رود؛ زیرا چنین شرطی مستلزم عدم قصد انشای عقد است. دلیل عدم بطلان شرط خلاف اطلاق عقد، آن است که اطلاق عقد منظور اصلی متعاملین نیست. بنابراین اگر طرفین، عقد را به‌طور مطلق منعقد کنند و اطلاق نیز منصرف خاصی نداشته باشد، منظور از عقد همان مطلق خواهد بود؛ ولی طرفین می‌توانند با درج شرطی در ضمن عقد، اطلاق مزبور را تغییر دهند؛ مثل اینکه در ضمن عقد بیع شرط کنند که ثمن در مدت شش ماه تأدیه شود و یا تسلیم مبیع که در فرض اطلاق عقد در محل وقوع بیع انجام می‌گیرد، در محلی دیگر به عمل آید. البته در بعضی موارد، تشخیص مفاد شرط و اینکه مخالف مقتضای ذات عقد است یا با اطلاق عقد منافات دارد، اندکی مشکل است و به استنباط و دقت نیاز دارد. به‌هرحال اگر در تشخیص مفاد شرط تردید باقی بماند، باید به مقتضای اصول عمل کرد که نتیجه آن در این موارد، فساد شرط و بطلان عقد است؛ زیرا در حقیقت آنچه مورد شک و تردید قرار گرفته، تحقق عقد است و اصل عدم تحقق آن است.

۶. منجز باشد

به عقیده عده‌ای از فقها، شرط معلق باطل است؛ مثل آنکه در ضمن عقد بیع شرط شود که یکی از طرفین در صورت آمدن زید از مسافرت، لباسی برای دیگری بدوزد. دلیل بطلان شرط معلق آن است که شرط، جزئی از عوضین است و با فرض معلق بودن شرط، ثمن نیز معلق می‌شود؛ اما این استدلال مورد قبول اکثر فقها قرار نگرفته است (خویی، بی‌تا: ۴۲/۲) و گفته‌اند تعلیق به عمل برگشت می‌کند؛ بدین معنی که در مثال فوق، مورد شرط و التزام یعنی دوختن لباس، معلق است و آمدن زید قید عمل است. بنابراین، شرط مزبور انشای عقد را بر ثمن معین معلق نمی‌کند و به تعبیر دیگر در این مورد، منشأ معلق است نه انشا.

۳. شرط فعل

در اصطلاح لغوی شرط به معنای الزام و التزامی است که در ضمن یک عقد قرار داده می‌شود. در برخی کتاب‌ها در تعریف شرط آمده است: «شرط چیزی است که وجود چیزی بر آن بسته است و تحقق شرط علامت تحقق مشروط است» (قرشی، ۱۳۷۱: ۴). اما مهم‌تر از مفهوم لغوی شرط، تبیین اصطلاح حقوقی و فقهی آن است. در اصطلاح حقوقی، شرط توافقی است که برحسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری می‌آید (فرحزادی، ۱۳۸۵، ۴۴). یا در تعریفی دیگر، شرط امری است که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد. برای نمونه، در ماده ۱۹۰ قانون مدنی که شرایط اساسی صحت معامله را بیان می‌کند، شرط در همین معنا اراده شده است. یکی از مهم‌ترین مسائل مربوط به حقوق قراردادهای موضوع شروط قرارداد است، طرفین قرارداد بسیاری از خواسته‌های خود را در قالب شرط ضمن عقد بیان می‌کنند. بدنه‌ی اصلی قرارداد چیزی غیر از قبول و بیان مورد معامله نیست، درواقع بیشتر محتویات یک قرارداد اعم از کتبی یا شفاهی، غالباً همان شروطی است که بین طرفین مورد توافق قرار می‌گیرد. با توجه به نظر مشهور در فقه امامیه مبنی بر الزام‌آور نبودن شرط ابتدایی، شرط ضمن عقد از دیرباز در فقه امامیه و حقوق ایران بسیار پراهمیت بوده است. از موضوعات مهمی که در این زمینه نیاز به بررسی دارد چگونگی ارتباط قرارداد با شرطی است که در ضمن آن جاری می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳).

فهم عرفی از کلمه شرط معنای الزام و التزام است. برای مثال وقتی کسی در قرارداد فروش بر مشتری چیزی را شرط می‌کند، درواقع فروشنده مشتری را به آن چیز الزام نموده و مشتری نیز به پذیرش آن ملزم شده است، الزام برای مشروط له و التزام برای مشروط علیه. حال آیا شرط هر نوع الزام و التزام است (خواه در ضمن عقدی جاری شده باشد یا نباشد) یا الزام و التزام خاص در ضمن عقد است؟ ظاهر فهم عرفی از کلمه‌ی شرط الزام و التزام در ضمن عقد است نه هر نوع الزام و التزام.

در کتب لغت هم شرط به همین معنا آمده است. و اگر کلمه شرط بر الزام و التزام خارج از عقد اطلاق می‌شود این، استعمال مجازی است نه حقیقی. الزام و التزامی که در ضمن عقد نباشد خود نوعی عقد است البته عقدی نامعین و تفاوت عقد و شرط در همین است، عقد توافقی است مستقل و شرط توافقی است مرتبط با توافق دیگر و گرنه میان این دو عنوان تفاوتی نمی‌ماند. از آنچه درباره مفاد جمله «المؤمنون عند شروطهم» گفته شد معنای قاعده شروط به دست می‌آید. در ادامه، هر یک از این اقسام سه‌گانه به‌طور مجزا در سه بخش بررسی می‌شود. ماده ۲۳۴ قانون مدنی 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) (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۷۵) به عبارت دیگر شرط فعل یا مادی است یا حقوقی و هر کدام ممکن است مثبت یا منفی باشد.

۱-۳-۲. شرط فعل مادی مثبت

در شرط فعل مادی مثبت هدف انجام دادن یک فعل مادی است همانند اینکه در ضمن عقد شرط شود که کسی که شرط علیه اوست یعنی مشروط علیه ماشینی را رنگ کند. در صحت و قابلیت نفوذ این گونه شروط جای هیچ گونه شک و تردیدی نیست؛ لذا در این گفتار به امکان یا عدم امکان تخلف از شرط فعل مادی و ضمانت اجرای آن خواهیم پرداخت.

۲-۳-۲. تخلف از شرط فعل

در خصوص امکان یا عدم امکان تخلف از شرط فعل مادی در فقه دو نظریه مطرح شده است؛ عده‌ای از فقها اعتقاد دارند که تخلف از این گونه شروط امکان ندارد و غیرقابل تخلف می‌باشند. ولی بسیاری از فقهای مشهور تخلف از این گونه شروط امکان پذیر می‌دانند. برای شناخت این دو نظریه لازم است «مفاد شرط فعل» را به تفصیل بررسی کنیم:

آیا مفاد شرط فعل، تنها شامل حکم تکلیفی محض است یا علاوه بر آن، تضمین کننده حکم وضعی نیز هست؟ و اگر تضمین کننده حکم وضعی است، آن حکم چیست؟ و در نهایت آیا شرط فعل، تضمینی برای متعهد علیه ایجاب می‌کند یا خیر؟ نظریات فقهی عبارت‌اند از:

۳-۳-۲. نظریه تکلیف محض

مطابق این نظریه که به فقهای مشهور نسبت داده شده است: وفای به شرط، یک تکلیف شرعی محض است. طرفداران این نظریه به چند دلیل آورده‌اند:

- ۱- روایت؛ «المؤمنون عند شروطهم» (عاملی، ۱۴۰۹ق: ۳۰/۱۵) که در باب شرعی آورده شده است و حمل آن بر مفاد خبری با ظاهر حدیث، مستلزم کذب خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۵۵)؛
- ۲- موثقه اسحاق بن عمار: «مَنْ شَرَطَ لَامْرَأَةٍ شَرْطاً فَلَيْفَ لَهَا بِهِ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطاً حَرَمَ حَلَالاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً» (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۵۹) در این حدیث «فلیف» فعل امر است و دلالت بر وجوب دارد، پس وفای به شرط واجب است.
- ۳- ادعای اجماع: شیخ انصاری (ره) به نقل از علامه حلی، اجماع بر این مسئله را بیان می‌کند: «فی الذکری لو اشتری عبداً بشرط أن یعتقه المشتري صحّ البیع و لزوم الشرط عند علمائنا أجمع» (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۵۵) اشکالی که بر ادله ذکر شده قابل طرح است آن که طبق ادله ذکر شده عمل به شرط واجب است اما دلالت بر آن ندارد که مفاد شرط صرفاً عملی و اجبی باشد و حکم موجود در آن نیز تکلیفی باشد. در رأس ادله حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» است. با توجه به اینکه لحن حدیث اخباری است نه انشایی، اما بدون تردید در مقام انشا و شریعت آمده است، زیرا بسیاری از مؤمنین به شروط و تعهدات خود پایبند نیستند.

۴-۳-۲. نظریه حق فسخ

این نظریه توسط شهید اول ارائه شده است، که در این نظریه بیان می‌کنند مفاد شرط فعل دلالت بردادن حق فسخ به مشروط له می‌کند و برای متعهد علیه (کسی که علیه او تعهد شده است) هیچ گونه تکلیفی ایجاد نمی‌کند (شهید اول، ۱۴۱۷ق). به بیان دیگر عمل کردن به شرط برای مشروط علیه واجب نیست و فقط در صورتی برای مشروط له حق فسخ ایجاد می‌شود که وی از انجام شرط سرباز زند و به آن عمل نکند. به عنوان نمونه هنگامی که فروشنده‌ای باغ خود را می‌فروشد به شرط اینکه طرف دیگر یعنی خریدار یک ماه خانه‌ی را در اختیار وی قرار دهد، در این مثال فروشنده اصلاً نمی‌خواهد تکلیفی برای خریدار به وجود آورد بلکه هدف او از درج چنین شرطی این است که یک ماه از خانه‌ی خریدار بهره‌برد و اگر این امکان برایش محقق نشد، بتواند قرارداد فروش باغ را فسخ کند. پس هدف فروشنده از درج چنین شرطی در ضمن عقد این است که بتواند برای خود حق فسخ قرار دهد. اما بر این نظریه اشکال وارد شده و آن اشکال این است که اگر اعتقاد داشته باشیم هدف از درج این گونه شروط، تنها وجوب تکلیفی نیست ولی در واقع می‌توان گفت که در درج این گونه شروط حکم تکلیفی نیز وجود دارد. بعضی از فقها با استناد به اصل عدم مشروط علیه اعتقاد دارند که شرط، تکلیفی بر عهده مشروط علیه قرار نمی‌دهد و صرفاً هدف آن اعطای حق فسخ به مشروط له در فرض عدم تحقق شرط است و هیچ گاه مشروط علیه را به انجام دادن آن شرط مکلف نمی‌کند. انجام شرط بر مشروط علیه واجب و لازم نیست

و فایده درج این گونه شروط صرفاً آن است که عقدی که شرط در ضمن آن قرار گرفته حالت لزوم خود را از دست می‌دهد و برای مشروط له این اختیار را به وجود می‌آورد که در صورت عدم انجام شرط عقد را فسخ کند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱۵۸).

۵-۳-۲. نظریه تکلیف (حق مطالبه)

برخی اعتقاد دارند که مفاد شرط، هر دو حکم تکلیفی و وضعی است؛ یعنی شرط موجب تکلیف به عهده مشروط علیه و حکم وضعی به نفع مشروط له به صورت هم‌زمان و همراه است. ولی حکم وضعی مزبور را صرفاً در حق مطالبه محدود می‌کنند، یعنی از یک طرف مشروط علیه مکلف می‌شود که شرط را انجام دهد و به آن وفا کند و از طرف دیگر مشروط له حق دارد انجام شرط را از مشروط علیه درخواست کند (شهیدثانی، ۱۳۹۵: ۵۰۴/۳). از پیروان این نظریه می‌توان صاحب جواهر و امام خمینی را نام برد. در حقیقت طرفداران این نظریه در مقابل نظریه‌ای که ذکر خواهد شد یعنی حق مالی ذمی قرار گرفته‌اند و آن را قابل انکار می‌دانند. به عقیده آنان لزوم وفای به شرط، نه تنها یک وجوب تکلیفی که یک وجوب حقی نیز می‌باشد، در نتیجه مشروط له می‌تواند آن را ساقط نماید. تفاوت نظریه تکلیف محض و حق مطالبه این است که به موجب نظریه تکلیف محض اشخاصی که از تکلیف مذکور نفعی می‌برند می‌توانند آن را مطالبه کنند، ولی توانستن در اینجا یک حکم شرعی به معنای مجوز است نه به معنای یک حق درست همانند حکم تکلیفی وجوب نفقه اقارب که بر عهده شخص قرار می‌گیرد؛ اقارب می‌توانند مطالبه کنند ولی نمی‌توانند اسقاط کنند. در حالیکه به موجب نظریه تکلیف و حق مطالبه، حق مطالبه یک مقوله حقوقی است و شامل ویژگی‌های آن از قبیل قابل اسقاط بودن است.

۶-۳-۲. نظریه تکلیف (حق مالی ذمی)

بر اساس این نظریه، شرط، نوعی حق مالی ایجاب می‌کند و برای صاحب آن یعنی مشروط له نوعی «حق دینی» ایجاد می‌کند و حتی گاه «حق دینی» مزبور می‌تواند به «حق عینی» تبدیل شود. در نتیجه، تخلف از این گونه شروط، مشروط له را بین فسخ عقد یا امضای مجانی آن متحیر و سرگردان نمی‌کند، بلکه مشروط له در ردیف حقوق سنتی و مشهور خود یعنی حق فسخ، حق مطالبه بهای مالی شرط را نیز دارد. این نظریه که از دید قانون مدنی ترک شده و از دید فقهی طرد شده، توجه شماری از فقیهان به ویژه فقیهان عرفی مسلک را، به خود جلب نموده است. پیشاپیش این دسته از فقها مرحوم علامه حلی در غایه المرام است. در میان معاصران، بیش از همه مرحوم سید یزدی در آثار خود به ویژه عروه الوثقی بر این امر فتوی داده و سپس مرحوم سید محسن حکیم از شارحین عروه الوثقی به توجیه آن پرداخته است، ولی حاشیه نویسان دیگر آشکارا با آن به مخالفت کرده‌اند. البته قسمت روشن این بحث زمانی است که موضوع شرط بدون تبعیت از عوضین مالیت داشته باشد، مانند شرط خیاطت که بدون آنکه ارزش خود را از عوض یا معوض کسب کرده باشد اصولاً دارای ارزش و مقدار است و یا جایی که موضوع شرط پرداخت مالی باشد (خویی، ۱۴۱۷ق، ۸۶/۱).

به نظر طباطبایی یزدی، نظر شیخ انصاری (ره) در این مسأله دارای ابهام است. به نظر می‌رسد که بدون هیچ گونه تردیدی شیخ به حکم تکلیفی محض نمی‌تواند قائل باشد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰: ۱۶۰/۳). به نظر شیخ دو حکم - تکلیفی و وضعی - از ناحیه شرع وضع نشده‌اند، بلکه حکم وضعی حکمی است تبعی که لازمه حکم تکلیفی است. ولی اینکه ایشان حکم وضعی تبعی را در این مورد چه می‌دانند، آیا در حق مطالبه خلاصه می‌کنند یا حق ذمی، کلام ایشان دارای اضطراب است.

۷-۳-۲. نتیجه نظرات مذکور

طبق سه نظریه اول، تخلف از شرط فعل امکان تحقق دارد به عنوان نمونه در قرارداد بیع باغ فروشنده شرط می‌کند که طرف دیگر یعنی خریدار خانه خود را به مدت یک هفته به شکل رایگان در اختیار او قرار دهد ولی امکان دارد خریدار از انجام شرط خودداری کند در نتیجه شرط فعل نقض شود. اما طبق نظریه چهارم امکان تخلف از شرط فعل وجود ندارد. در مقام بحث نیز طبق نظریه ذکر شده، نتیجه شرط، تملیک موضوع شرط در ذمه متعهد علیه است؛ یعنی به صرف این که طرفین قرارداد شرطی را در قرارداد به نفع متعهد له قرار دهند، او موضوع آن شرط را در ذمه متعهد علیه طلبکار می‌شود و مفاد شرط (تملیک) ایجاد شده است. پس حالا که شرط، اثر قهری خود را ایجاد نمود، جایی و معنایی برای تخلف از آن امکان ندارد. در مثال ذکر شده در بالا، فروشنده به محض اشتراط، یک هفته استفاده رایگان را از خانه خریدار طلبکار می‌شود (شرط ایفا شده است) و همانند سایر طلبکارها و بدهکارها باید برای استیفای طلب خود به محکمه یعنی دادگاه صالح رجوع کند. به بیان دیگر: «در صورتی که در ضمن عقد شرط مالی ای درج گردد و مشروط علیه از انجام آن امتناع کند و آن را ادا نکند برای مشروط له حق فسخ ایجاد

نمی‌شود؛ زیرا با شرط، ضمان بر عهده مشروط علیه ایجاد شده و مثل شرط نتیجه، مفاد شرط باید تحقق یافته تلقی شود و بنابراین، مشروط له تنها حق آن را دارد که الزام مشروط علیه به پرداخت دین و بدهی را از حاکم درخواست کند و حقی برای انجام دادن تعهد نخواهد داشت پس برای او تخلف از شرط قابلیت طرح ندارد تا برای مشروط له حق فسخ ایجاد شود. حاکم در این مورد میان مشروط له و مشروط علیه باید درست همانند طلبکاران و بدهکاران به وظیفه خود عمل نماید» (محقق داماد، همان). پس می‌توان نتیجه گرفت که بر اساس سه نظریه اول در مفاد شرط فعل تخلف از شرط فعل ذکر شده در ضمن عقد امکان‌پذیر است ولی طبق نظریه اخیر شرط فعل ذکر شده در ضمن عقد تخلف‌پذیر نیست و به محض آنکه شرط فعلی در ضمن عقد درج گردد به محض درج در ضمن عقد مفاد شرط ایجاد می‌شود.

۸-۳-۲. شرط فعل حقوقی منفی

هدف از درج این گونه شروط در ضمن عقد آن است که یکی از طرفین عقد، یک عمل حقوقی را انجام ندهد. برای مثال در عقد اجاره موجر بر مستأجر شرط می‌کند که عین مستأجره را بدون اذن و اجازه موجر به شخص ثالثی اجاره ندهد. آنچه در مورد این گونه شروط دارای اهمیت است، اثر تخلف از شرط فعل حقوقی منفی است. یعنی اگر بعد از انعقاد قرارداد و عقد مشروط علیه از انجام شرط خودداری کرد و آنچه را که شرط ترک فعل آن شده انجام داد، آیا عمل حقوقی دوم او صحیح است یا باطل؟ و در صورتی که انجام چنین شرطی صحیح باشد، آیا برای مشروط له، حق فسخ قرارداد اولیه یا قرارداد دوم را به وجود می‌آید یا خیر؟

به عنوان نمونه اگر در ضمن عقد اجاره شرط شود، که مستأجر حق اجاره دادن عین مستأجره به شخص ثالث را ندارد و مستأجر نیز این شرط را بپذیرد اما بعداً از آن تخلف کند و مورد اجاره را به شخص ثالث اجاره دهد چند سؤال قابلیت طرح دارد

۱- آیا اجاره دوم (انجام دادن عملی که از انجام آن نهی شده بود) صحیح است یا باطل و یا غیر نافذ؟

۲- آیا برای مشروط له یعنی موجر، حق فسخ قرارداد اجاره اولیه و یا قرارداد اجاره دوم، محقق می‌شود یا خیر؟

۳- در صورت بطلان یا عدم نفوذ قرارداد اجاره دوم در رابطه بین مشروط علیه متخلف یعنی مستأجر و شخص ثالث، اثر آن چیست؟

شرط فعل بر ثالث

مطابق قواعد کلی حقوق مدنی، هیچ کس نمی‌تواند بدون اراده دیگری برای او حق و تکلیفی ایجاد کند؛ مگر اینکه از جانب او وکالتی یا ولایتی یا اختیاری داشته باشد (Beatson, 1998: 623)؛ و در هر مورد که تردید در داشتن وکالت یا ولایت یا اختیار کسی از طرف دیگری شود، اصل بر عدم وکالت یا ولایت یا اختیار کسی از جانب دیگری است و حتی برای اینکه در «تعهد به نفع ثالث» نیز شائبه اعمال ولایت از طرف دیگران پیش نیاید، ثالث اختیار رد «تعهد به نفع خویش» را دارد. با وجود این، قانون مدنی در ماده ۲۳۴، می‌گوید: «شرط فعل یعنی اینکه انجام یا عدم انجام فعلی بر یکی از طرفین معامله یا شخص ثالثی شرط شود». بدین ترتیب با توجه به ماده مذکور، شرط فعل بر ثالث در حقوق ایران مورد پذیرش است (Voin, 2001; 400-401) در هر حال، شرط فعل بر ثالث در معنای عام، بدین معناست که یکی از طرفین معامله شرطی را در ضمن عقد قرار می‌دهد که متعلق آن انجام یا خودداری از انجام کاری به وسیله شخص ثالث می‌باشد. برای مثال، یکی از طرفین قرارداد مالی را به طرف مقابل می‌فروشد و در ضمن آن، شرط می‌کند که برادر خریدار تا شش ماه مخارج زندگانی مادر سالخورده فروشنده را تأمین نماید. مثال دیگر: یکی از شرکای مال مشاع، تمام مال مشترک را می‌فروشد و در برابر خریدار متعهد می‌گردد که تنفیذ شریک دیگر را تحصیل می‌نماید. این گونه شروط ضمن عقد، شرط فعل بر ثالث در معنای عام محسوب می‌گردد. شرط فعل بر ثالث از نظر محتوا، ممکن است از اعمال حقوقی یا مادی باشد (مامقانی، ۱۳۵۰: ق: ۱۴۱). برای شرط فعل بر ثالث به صورت عمل حقوقی می‌توان مثالی بدین شکل بیان کرد که «الف» خانه خود را به «ب» می‌فروشد و در ضمن عقد، شرط می‌کند که برادر «ب» تا شش ماه دیگر زمین خود را به فروشنده انتقال دهد. البته شرط گفته شده، شرط فعل بر ثالث به صورت عمل حقوقی است. در همین مثال، اگر در ضمن فروش خانه، شرط شود برادر «الف» که نقاش زبردستی است، خانه فروخته شده را نقاشی کند؛ چنین شرط ضمن عقدی، از مصداق‌های شرط فعل بر ثالث به صورت عمل مادی است. مطابق ماده ۲۳۴ قانون مدنی، شرط فعل بر ثالث: «... آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی... بر شخص خارجی شرط شود». قانون‌گذار اصطلاح «عدم اقدام» را که اصطلاح چندان دقیقی نیست، در خصوص شرط فعل بر ثالث به کار برده می‌برد. در واقع اصطلاح «عدم اقدام» به این دلیل تعبیر دقیقی نیست که «عدم اقدام» امری عدمی است که جایگاه و پایگاه هر ماهیتی است و نمی‌توان در شرط فعل بر ثالث، شخص ثالث را به آن ملزم کرد، به همین جهت، اصطلاح خالی از مسامحه در این باره «خودداری از انجام امری است که خودداری نیز فعلی از افعال محسوب می‌شود، هر چند اثر آن در عالم خارج محقق نشود» (شهیدی، ۱۳۷۸: ۲، ۸۴). بیهوده نیست که در حقوق مصر، هنگامی که بحث از تعهد به فعل ثالث می‌شود،

استادان حقوق مدنی ابتدا محتوای تعهد به فعل ثالث را به «التزام به انجام کاری» (سنه‌وری، ۱۳۷۶: ۵۵۸/۱) و سپس، همین التزام را به انجام کاری مثل احداث خانه یا خودداری از انجام کاری مانند عدم رقابت تجارتي تقسیم می‌نمایند. گذشته از این‌ها، شرط فعل بر ثالث ممکن است ایجابی (مثبت) یا سلبی (منفی) باشد و همچنین احتمال دارد عمل حقوقی یا مادی که به‌صورت شرط ضمن قرارداد به عهده ثالث قرار گرفته است، از حیث استمرار یا عدم استمرار زمانی، دائمی باشد یا برای مدت کوتاهی برای ثالث، ایجاد تعهد نماید.

دیدگاه فقهای ثلاث در مورد شرط فعل

۱-۶-۲. صاحب جواهر (ره)

صاحب جواهر (ره) از جمله فقیهانی است که اعتقاد دارد مفاد شرط هر دو حکم تکلیفی و وضعی را شامل می‌شود؛ یعنی شرطی که موجب قرار گرفتن تکلیف بر عهده‌ی مشروط علیه است با حکم وضعی که به نفع مشروط له است هم‌زمان و باهم وجود دارند. ولی اعتقاد دارد حکم وضعی مزبور تنها در حق مطالبه وجود دارد، یعنی از یک‌طرف مشروط علیه مکلف می‌شود که به شرط وفا کند و از طرف دیگر مشروط له حق دارد انجام آن را از جانب مشروط علیه درخواست نماید.

۲-۶-۲. شیخ انصاری (ره)

شیخ انصاری (ره) از جمله علمایی است که رابطه‌ی عقد و شرط را بدین‌صورت تأیید می‌کنند و معتقدند با اینکه شرط بخش و جزئی از عوضین است ولی در این مبحث نیز اشکالاتی قابل طرح است. به دلیل آنکه از نظر عرف و شرع، شروط ثمن محسوب نمی‌شوند و آثار قائل شدن به این نظر در مورد سایر مباحث را نپذیرفته‌اند. ایشان اعتقاد دارند اگر شرطی مخالف کتاب نباشد، تحت عموم و اطلاقات ادله‌ی وجوب به شرط قرار می‌گیرد، در نتیجه می‌توان آن‌ها را موافق با کتاب به شمار آورد. در مورد اینکه دو شرط «عدم مخالفت با کتاب» و «عدم تحلیل حرام و عدم تحریم حلال»، به عنوان ملاک صحت شرط می‌توان گفت این دو قید دارای یک معنا هستند. همچنین شروطی که مربوط به ایجاد یا رفع امور وضعیاتی باشد که دلیلی بر امکان ایجاد یا رفع آن توسط شرط، نذر و غیره وجود نداشته باشد، مانند شرط عدم ارث‌بری وارث و غیره. مخالف با کتاب به حساب می‌آید و باطل است. شیخ انصاری اعتقاد دارند که ضمن انعقاد عقد نمی‌توان بر دیگری شرط نمود که مرتکب کار حرامی شود مانند اینکه بر او شرط شود مسکر بنوشد (تحلیل حرام) یا آنکه بر او شرط شود روزه نگیرد (تحریم حلال). بر این مبنا شروطی که هیچ‌یک از فقیهان در نامشروع بودن آن‌ها هیچ‌گونه تردیدی ندارند عبارت‌اند از:

الف) شرط فعلی که در آن ترک فعل واجب یا انجام دادن فعل حرامی شرط شود؛ مانند اینکه در قرارداد اجاره موجر بر مستأجر شرط کند نماز نخواند.

ب) شرط صفتی در صورتی که مستلزم امری حرام باشد؛ مانند اینکه در قرارداد بیع، بایع بر مشتری شرط نماید بهای معامله از راه نامشروع به‌دست آمده باشد.

ج) شرط نتیجه: در صورتی که اقتضای آن را داشته باشد که ایجاد یا رفع امری باشد که از نظر شرع امری غیرممکن است یا آنکه تحقق آن به وجود شرایط خاصی وابسته باشد؛ مانند اینکه در طلاق شرط شود بدون اجرای سیغه طلاق زوجه مطلقه شود.

د) شرط نتیجه: که به سبب آن ماهیت حکم تکلیفی تغییر پیدا کند؛ مانند اینکه انجام دادن فعل حرامی بر مشروط علیه واجب شود. از جمله شروطی که در مشروعیت یا نامشروع بودن آن‌ها تردید واقع شده است شرطی است که به سبب آن، یکی از طرفین متعهد می‌شود که برای همیشه از حق خود استفاده نکند. مثل آنکه مرد در ضمن عقد نکاح متعهد می‌شود که با هیچ زن دیگری ازدواج مجدد نکند. شیخ انصاری (ره) در توضیح این‌گونه شروط بیان می‌نمایند که خود ملتزم یعنی ازدواج نکردن حرام نیست اما التزام و پایبندی به آن حرام است برخلاف مواردی که خود ملتزم امری حرام است و در حرمت آن جای هیچ‌گونه شکی وجود ندارد. مانند مسکرات.

۳-۶-۲. امام خمینی (ره)

در مورد رابطه‌ی عقد و شرط، امام خمینی اعتقاد دارند که شرط نه به عنوان تعدد مطلوب در نظر گرفته شده که عملاً نسبت به عقد دارای استقلال باشد و نه به عنوان جزء العوضین که وارد در ارکان عقد شود. شرط نوعی التزام است که ارتباط نزدیکی با عقد دارد؛ یعنی اگر شرط فاسد یا غیرممکن یا به هر نحوی باطل شد، لزوم عقد اصلی متزلزل می‌شود و به عقدی جایز تبدیل می‌شود، به بیان دیگر، شرط در ضمن عقد با عقد

اصلی ارتباط نزدیکی دارد و در عرف شرط با لزوم معامله دارای ارتباط است؛ یعنی هنگامی که با بایع به مشتری بگوید این کیف را به تو می‌فروشم به شرط اینکه خودکار خود را به من عاریه دهی، معنای این شرط آن است که در صورت عاریه ندادن کالای ذکر شده فروشنده حق بر هم زدن معامله را خواهد داشت. هدف از قرار دادن چنین شرطی در ضمن عقد ایجاد خیار فسخ برای مشروط له در صورت تخلف از شرط است. برای مثال، اگر اعتقاد داشته باشیم شرط جزئی از ثمن است، لازم است که مشروط له قبل از انجام گرفتن شرط، حق حبس مبیع را داشته باشد و در صورتی که شرط نامشروع باشد، آثار خیار تبعض صفقه بر عقد اصلی بار شود (چراکه معامله به نسبت ثمن نقدی صحیح است و به نسبت ثمن شرط باطل). ایشان اعتقاد دارد شرط «التزام در ضمن التزام» است. این تبیین بامعنای لغوی شرط نیز، دارای ارتباط کامل است. ایشان اعتقاد دارند وضعیت معامله مانند «بیع الخیار» است که در آن، با بایع شرط می‌کند اگر در مدت معینی ثمن را به مشتری بازگرداند، معامله فسخ می‌شود و مشروعیت چنین معامله‌ای مورد اجماع است ایشان معتقدند اگر شرطی مخالف کتاب نباشد، تحت عموم و اطلاقات ادله‌ی وجوب به شرط قرار گرفته و در نتیجه می‌توان آن‌ها را موافق با کتاب بشمار آورد و نظر مخالف آن مستدلاً مردود می‌باشد. امام خمینی (ره) این تفکیک را که در نامشروع بودن یا نبودن شرط مربوط به اینکه یکی از طرفین تعهد به عدم استفاده از حق خود برای همیشه بدهد، مثل شرط عدم ازدواج مجدد مرد و یا طلاق ندادن همسر با موردی که خود ملتزم حرام است و در فساد آن، تردیدی نیست مانند شرط شرب خمر را نپذیرفته‌اند و آن را موجب فساد بیشتر شرط‌های ضمن عقد دانسته‌اند. به نظر ایشان، اگر ملتزم حرام نباشد، التزام به ترک یا انجام آن نمی‌تواند حرام باشد.

ضمانت اجرای شرط فعل

در صورتی که شرط ضمن عقد شرط فعل باشد اگر این شرط نقض شود، برای این تخلف در فقه و قانون چه ضمانت اجرایی پیش‌بینی شده است؟ در قانون مدنی برای این تخلف دو ضمانت اجرا پیش‌بینی شده است که در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ به این دو ضمانت اجرا اشاره شده است: ۱- اجبار به انجام تعهد، ۲- حق فسخ. در فقه نیز این دو ضمانت اجرا طرح شده است. در ادامه ابتدا به بررسی هر یک از این ضمانت اجراها خواهیم پرداخت و سپس رابطه آن‌ها با یکدیگر را مورد بحث قرار می‌دهیم.

ضمانت اجرای شرط فعل حقوقی

۱-۸-۲. دیدگاه قانون‌گذار

۱-۸-۱-۲. قاعده عمومی

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

مطابق ماده فوق، به محض تخلف مشروط علیه از انجام شرط، حق فسخ برای مشروط له به وجود نمی‌آید بلکه اولین اقدام او عبارت است از درخواست الزام مشروط علیه به انجام شرط از سوی محاکم، البته این دیدگاه قانون‌گذار مبتنی بر دیدگاه مشهور فقهای امامیه است. اگر مشروط علیه از الزام تمکین نکند قانون‌گذار ضمانت اجرای دوم را به این صورت بیان نموده است؛ اگر فعل مورد شرط از جمله افعال قائم به شخص باشد به طوری که شخص دیگری غیر از مشروط علیه نتواند آن را انجام دهد و اجبار او هم به انجام آن مقدور نباشد در این صورت مشروط له حق فسخ معامله را دارد (معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۶، ماده ۲۳۹ ق.م. و لی اگر فعل مورد شرط، قائم به شخص نبوده و بتوان آن را به وسیله شخصی دیگر انجام داد، در این صورت مشروط له حق فسخ معامله را ندارد و حاکم به خرج ملتزم می‌شود و مشروط علیه موجبات انجام آن را به وسیله شخص ثالث فراهم می‌کند (معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۶، ماده ۲۳۸ ق.م. البته قانون‌گذار علاوه بر مواد فوق، به موجب ماده ۴۴۴ ق.م. احکام خیار تخلف شرط را نیز تابع حکم مقرر در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. نموده است.

۲-۸-۱-۲. استثنا از قاعده عمومی

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

قانون‌گذار در ماده ۴۹۶ ق.م. ضمانت اجرای تخلف از شروط مندرج در عقد اجاره را ایجاد حق فسخ برای مشروط له دانسته و مقرر داشته است:

عقد اجاره به سبب تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل می‌شود و نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌شود. به این ترتیب، قانون‌گذار در ماده فوق ضمانت اجرای تخلف از شروط مندرج در اجاره را حق فسخ دانسته است، بدون آنکه مشروط له نیازی به درخواست الزام مشروط علیه داشته باشد و بر همین اساس، به زمان ایجاد حق فسخ نیز تصریح نموده و مقرر داشته است که خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد نه از زمان عدم تمکین مشروط علیه از حکم الزام به وفای به شرط. بنابراین ماده ۴۹۶ ق.م. را باید مخصص قواعد عمومی مربوط به ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل دانست. البته یکی از حقوق دانان، حکم قانون‌گذار را در ماده ۴۹۶ ق.م. بر عدم توجه قانون‌گذار به نظریه سابق (معاونت حقوقی ریاست جمهوری، همان منبع، مواد ۲۳۷، ۲۳۹) حمل نموده است. زیرا به نظر ایشان، خصوصیتی در عقد اجاره وجود ندارد که مقتضی عدول از حکم کلی باشد. نکته قابل توجه در مورد ماده ۴۹۶ ق.م. این است که شرط در ماده مزبور اطلاق دارد و شامل شرط فعل، نتیجه و صفت و همچنین شرط فعل مثبت و منفی و شرط فعل حقوقی و مادی می‌گردد.

۲. استثنای دوم از قاعده عمومی حاکم بر ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی، حکم مقرر در ذیل ماده ۴۵۴ ق.م. است که مقرر داشته است: هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ گردد اجاره باطل نمی‌گردد، مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریح یا ضمن شرط شده که در این صورت اجاره باطل است. البته حکم مزبور در صورتی استثنای تلقی می‌گردد که مراد از شرط عدم تصرفات ناقله در ماده فوق، شرط ترک فعل حقوقی باشد، چنان که این مطلب از گفته یکی از حقوق دانان قابل استفاده است (معاونت حقوقی ریاست جمهوری، همان منبع، ماده ۴۵۴)، ولی اگر شرط مزبور به شرط نتیجه منفی تفسیر گردد، چنان که از مطالب برخی دیگر از حقوق دانان قابل استفاده است، در این صورت، حکم بطلان در ماده مزبور چهره استثنایی نداشته و از بحث حاضر خروج موضوعی خواهد داشت.

دیدگاه فقهای ثلاث در مورد ضمانت اجرای شرط فعل

۱-۸-۲. صاحب جواهر (ره)

صاحب جواهر (ره) در مورد ضمانت اجرای شرط فعل و حقوق مختص فعل و یا ترک فعل مثل ترک فسخ و ترک اجاره دلیلی بر رد عدم نفوذ و صحت اجاره آورده است و آن این است که امر وفای به شرط و امر وفای به عقد متنافی هستند و فعلیت هر دو باهم ممکن نیست لذا یکی از آن دو باید فعلیت پیدا نماید و آن دلیل وفای به شرط است چون وجوداً تقدم بر دلیل دیگر دارد در نتیجه عمل خلاف شرط باطل خواهد بود. این دلیل اثبات بطلان اجاره دوم که برخلاف شرط مندرج در عقد منعقد شده، می‌باشد اما محققین دیگر در مقام نقد این دلیل برآمده‌اند و بیان داشته‌اند: نفوذ یک عقد همچون اجاره، تابع وجود جمیع شرایط معتبر در عقد و متعاقبین و عوضین است لذا اگر ادعا شود عقد مذکور باطل است باید ثابت شود که یکی از شرایط موردنظر در عقد از بین رفته است، درحالی که اشتراط ترک اجاره موجب اخلال در هیچ یک از شرایط معتبر در عقد و متعاقبین و عوضین نمی‌شود و نهی تکلیفی چه به سبب تعلق بگیرد و چه به مسبب، هیچ تأثیری در بطلان ندارد و به بیان دیگر بین نهی تکلیفی و عدم صحت هیچ ملازمه شرعی نیست بلکه اگر نهی مذکور تکلیفی نباشد بلکه ارشاد به بیان شرطی از شرایط صحت و یا مانعی از موانع عقد باشد دلالت بر بطلان می‌کند ولی این فرض خروج از صورت مسأله است.

۲-۸-۹-۲. شیخ انصاری (ره)

در مورد ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل، در صورت تخلف و امتناع مشروط علیه از وفای به شرط، مشروط له حق دارد از حاکم (دادگاه) بخواهد که او را به انجام شرط اجبار کند و در صورت تعدّر اجبار مشروط علیه، مشروط له حق دارد تا عقد اصلی را فسخ کند به دلیل آن که موضوع شرط _ شرط فعل به شکل مطلق از موضوع عقد منفصل و جداست درواقع عقد به آن شرط، تعلیق شده است و چون شرط مزبور، برخلاف شرط نتیجه که به محض اشتراط حاصل می‌شود به شکلی است که برای ایجاد آن صرف ایجاب و قبول کافی و امری است که ممکن الحصول و محتمل الوقوع است بنابراین شرطی که بر امر محتمل الحصول، معلق شده است خود نیز محتمل الحصول است و مقصود از تبدیل شدن عقد لازم به جایز نیز همین امر است (شهیدثانی، ۱۳۹۵: ۳/۵۰۴). با توضیحات ذکر شده به نظر می‌رسد علاوه بر اینکه در هیچ یک از دو نظریه‌ی ذکر شده، «جواز» در معنی اصطلاحی خود به کار گرفته نشده است، بلکه معنی و مقصود موردنظر شهید اول در هریک از این دو صورت با دیگری دارای تفاوت است. دلایلی که برای این استدلال ذکر شده، آن است که در نظریه‌ی اول، علت مستقیم قابل فسخ دانستن عقد حاوی شرط فعلی که مشروط علیه از ایفای شرط آن امتناع می‌کند عدم امکان اجبار او به فراهم آوردن شرط از یک طرف و لزوم رهایی مشروط له از تعهدی که بخشی از مطلوب معهود او را تأمین نکرده است، دانسته شده است و تنها در چنین فرضی عند مجازاً «جایزه» تلقی شده است؛ اما در نظریه‌ی دوم،

صرف نظر از ایفا یا عدم ایفای شرط، عقد به دلیل محتمل الحصول بودن وقوع فصل مشروط، عقدی «جایز» تلقی شده است و البته در اینجا معنی جواز به معنی معلق بودن نزدیک است و از همه مهم تر آنکه شهید در این نظریه اصولاً اشاره‌ای به حکم تکلیفی ایفای شرط نکرده است. بنا بر مراتب فوق، فقط نظر اول (عدم وجوب ایفای شرط و امکان فسخ عقد) را می‌توان مصداق نظریه‌ی منکران ترتب حکم تکلیفی در شرط (ترک) فعل تلقی کرد. در انتقاد از این نظریه با اثبات حجیت قاعده‌ی شروط که اولین و کمترین اثر آن اثبات حکم تکلیفی وجوب ایفای شرط از جانب مشروط علیه می‌باشد می‌توان به چیزی که هدف ماست دست یافت. در حقیقت، اگر تکلیف ناشی از درج شرط را مورد تردید قرار دهیم تمامیت ادله‌ی حجیت قاعده‌ی شروط مورد انکار قرار می‌گیرد؛ در صورتی که در باب این قاعده، مفصلاً بحث گردیده و حجیت آن، حتی از جانب طرفداران نظریه‌ی فوق مورد قبول بوده است.

۳-۹-۸-۲. امام خمینی (ره)

امام خمینی (ره) در مورد ضمانت اجرای شرط فعل اعتقاد دارند که بر مشروط علیه عمل کردن به مدلول شرط الزامی نیست و تنها اثر درج چنین شرطی در ضمن عقد آن است که مشروط له را بر سرنوشت نهایی عقد مسلط می‌کند و او بین فسخ عقد و قابلیت بقای آن، اختیار خواهد داشت. ایشان اعتقاد دارند وجوب ایفای شرط از جانب مشروط علیه به عنوان حکم تکلیفی، ناشی از درج شرط در ضمن عقد است هم چنین عمل نمودن به مدلول شرط فعل، حکمی تکلیفی است که از طرف شارع مقدس بر عهده مشروط علیه قرار داده شده است.

نتیجه

در خصوص امکان درج شرط فعل در ضمن عقد جای هیچ‌گونه شبهه و تردیدی نیست؛ شرط فعل درج شده در ضمن عقد ممکن است مادی یا حقوقی باشد که هر یک از این دو قسم نیز به مثبت و منفی تقسیم می‌شوند. در خصوص ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل با در نظر گرفتن اثر شرط در عقد و قرارداد حکم مسئله متفاوت می‌شود. اگر بگوییم اثر شرط تکلیف محض یا ایجاد حق فسخ یا تکلیف و حق مطالبه است تخلف از چنین شروطی امکان‌پذیر است ولی اگر اثر شرط در ضمن قرارداد تکلیف و حق مالی ذمی باشد تخلف از این‌گونه شروط امکان‌پذیر نیست؛ بنابراین اگر امکان تخلف از شرط فعل مندرج در ضمن عقد وجود داشته باشد ضمانت اجرای تخلف از آن اجرای اجباری، اجرای نیابتی و یا ایجاد حق فسخ خواهد بود.

۱- در صورتی که شرط فعل مندرج در ضمن عقد شرط حقوقی منفی باشد؛ در صورت تخلف مشروط علیه از اجرای مفاد شرط عمل حقوقی صورت گرفته از نظر حقوقی صحیح ولی غیر نافذ خواهد بود که در این صورت برای مشروط له نسبت به عمل حقوقی اول حق فسخ ایجاد خواهد شد. ضمانت اجرای ذکرشده در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی در خصوص شرط ترک فعل حقوقی نمی‌تواند جریان داشته باشد بلکه این ضمانت اجرای ذکرشده را باید به شرط فعل مادی اعم از مثبت و منفی و شرط فعل مثبت حقوقی اختصاص دهیم؛ بنابراین در صورت تخلف مشروط علیه برای مشروط له دو حق ایجاد می‌شود:

الف) فسخ عقد اول.

ب) در صورت وقوع خسارت می‌تواند تقاضای جبران خسارت نماید.

۲) صاحب جواهر (ره) و امام خمینی (ره) در خصوص ضمانت اجرای شرط فعل قائل به نظریه عرضی بودن این ضمانت اجراها هستند به این معنی که حق فسخ و امکان الزام و اجبار در عرض یکدیگر قرار دارند و بدون امکان اجبار مشروط علیه جواز فسخ قرارداد امکان‌پذیر نیست.

۳) شیخ انصاری (ره) و قانون مدنی در خصوص ضمانت اجرای شرط فعل قائل به نظریه طولی بودن این ضمانت اجراها هستند به این معنی که پیدایش حق فسخ برای مشروط له در صورتی صحیح است که امکان اجبار مستقیم یا انجام نیابتی عمل مشروط وجود نداشته باشد. طبق این نظریه پیدایش حق فسخ برای مشروط له برخلاف قاعده است. ایشان قائل به ترتب حق اجبار و حق فسخ هستند.

منابع

- ابن اثیر، مبارک بن محمد، النهاية فی غریب الحديث و الأثر، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۷.
- ابن درید، محمد بن حسن، جمهره اللغة، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۹۸۸م.
- ابن سیده، علی بن اسماعیل، المحکم و المحيط الأعظم، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۱ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۳۶۳.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دارصادر، ۱۴۱۴ق.
- ابوجیب، سعدی، القاموس الفقہی لغة و اصطلاحا، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۸ق.
- اسماعیل صینی، محمود، المکنز العربی المعاصر، بیروت، مکتبه لبنان ناشرون، ۱۴۱۴ق.
- اصفہانی، محمدحسین (کمپانی)، حاشیه کتاب المکاسب، قم، محقق، ۱۴۱۸ق.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامیہ، بی تا.
- انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
- ایزانلو، محسن، تعهد به فعل ثالث، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۳۷، شماره ۶۱، ۱۳۸۶.
- ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، حاشیه المکاسب.
- بستانی، فواد افرام، فرهنگ ابجدی، تهران، اسلامی، ۱۳۷۵.
- تهانوی، محمدعلی بن علی، کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم، بیروت، مکتبه لبنان ناشرون، ۱۹۹۶م.
- جهانگیری، محسن، یزدانی، غلامرضا، بررسی اقسام شرط و آثار آن با تکیه بر نقض تعهد، نشریه آموزه های فقه مدنی، بهار و تابستان ۱۳۹۱، شماره ۵.
- حسینی مراغی، العناوین، ۱۴۲۱ق.
- حمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام، دمشق، دارالفکر، ۱۴۲۰ق.
- خمینی، سید روح الله موسوی، کتاب البیع، قم، دار العلم، بی تا.
- خویی، ابوالقاسم؛ منهاج الصالحین، بی جا، بی تا.
- خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه.
- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، ترجمه و تحقیق مفردات الفاظ قرآن (راغب اصفهانی)، تهران، مرتضوی، ۱۳۷۴.
- رشتی، حبیب الله؛ اجاره، بی جا، بی تا.
- سکوتی نسیمی، رضا؛ جعفرزاده، علی، بررسی حقوقی تعیین جهت تصرف در عقود آبی ناقل و آثار تغییر آن در حقوق موضوعه ایران، کانون وکلای دادگستری، دوره جدید؛ شماره ۴۵، ۱۳۹۵.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بی جا، ۱۳۷۶.
- شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعی فی فقه الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، ترجمه عباسی، محمدمسعود، شیروانی، علی، شرح لمعه، بی جا: دارالعلم، ۱۳۹۵.
- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (شروط ضمن عقد)، تهران، انتشارات، ۱۳۷۸.
- شیبانی، اسحاق بن مرار، کتاب الجیم، قاهره، الهیئه العامه لشئون المطابع الامیریه، ۱۹۷۵م.
- صاحب، اسماعیل بن عباد، المحيط فی اللغة، بیروت، عالم الکتب، ۱۴۱۴ق.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه مکاسب، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۰.
- عاملی، محمد، وسائل الشیعه، بی جا: دانشنامه اسلامی، ۱۴۰۹ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، قم، نشر هجرت، ۱۴۰۹ق.
- فرحزادی، علی اکبر، رابطه ی شرط ضمن عقد و قرارداد، فصلنامه ی دیدگاه های حقوقی، دانشکده ی علوم قضائی و خدمات اداری، شماره ی ۳۹-۳۸، ۱۳۸۵.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ق.

- قرشی، علی اکبر، قاموس قرآن، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۱.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
- مالمیری، احمد، حاکمیت قانون (مفاهیم، مبانی و برداشتها)، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵.
- مامقانی، عبدالله، نهاییه المقال فی تکمله غایه الآمال، بی‌جا، ۱۳۵۰ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
- محقق، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق، ۱۳۸۸، ۵۲-۵۹.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ق.
- معاونت حقوقی ریاست جمهوری، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، قانون مدنی، چاپ پنجم، اردیبهشت ۱۳۹۶، ماده ۲۳۹ ق.م.
- موسی، حسین یوسف، الإفصاح فی فقه اللغة، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- مهنا، عبد الله علی، لسان اللسان : تهذیب لسان العرب، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۳ق.
- نائینی، منیة الطالب (تقریرات درس آیت الله نائینی)؛ بی‌جا، بی‌تا.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.

Beatson, 1998; 623
Voin, 2001; 400-401