

# ضمانت اجرای شرط فعل حقوقی

تاریخ دریافت: ۸۸/۵/۲۵

تاریخ تأیید: ۸۸/۸/۱۳

اسماعیل نعمت‌اللهی\*

## چکیده

شرط ضمن عقد به سه دسته: «شرط فعل»، «شرط صفت» و «شرط نتیجه» تقسیم می‌شود. شرط فعل نیز به نوبه خود به دو دسته تقسیم می‌شود: ۱. شرط فعل مادی مثبت (مانند تعمیر کردن اتومبیل) یا منفی (مانند نساختن طبقه اضافی بر طبقات فعلی ساختمان)؛ ۲. شرط فعل حقوقی مثبت (مانند فروختن مبیع به شخص معین یا ابراء ذمه بدهکار) یا منفی (مانند نفروختن مبیع به شخص خاص). موضوع اصلی این مقاله، بررسی نظریات فقهی و حقوقی درباره تصرفات حقوقی منافی با شرط فعل حقوقی یا به تعبیری ضمانت اجرای شرط فعل حقوقی است؛ بنابراین شرط صفت و نتیجه و نیز شرط فعل مادی، از محل بحث ما خارج‌اند. پرسش اصلی اینکه اثر حقوقی مخالفت با چنین شرطی از نظر فقهی و حقوقی چیست؟ آیا در این موارد باید احکام عمومی ضمانت اجرای امتناع از شرط فعل را اعمال کرد یا برای این نوع شروط باید ضمانت اجرای خاصی در نظر گرفت؟ درباره تصرف منافی با شرط فعل، سه نظریه عمده وجود دارد: «بطلان»، «صحت» و «عدم نفوذ» که این مقاله به تقویت نظریه سوم می‌پردازد. بدین منظور، نخست به بررسی وضعیت این گونه تصرفات در فقه شیعه و سپس در حقوق ایران می‌پردازیم.

**واژگان کلیدی:** عقد، شرط فعل، شرط فعل حقوقی، ضمانت، حکم تکلیفی، حکم وضعی.

\* استادیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه (esmail\_nematollahi@yahoo.com).

## ۱. مفاد ادله شروط

در این باره که مفاد ادله شروط چیست و آیا از آنها وجوب عمل به شرط بر مشروط‌علیه و جواز اجبار وی به انجام شرط استفاده می‌شود یا خیر، میان فقها اختلاف نظر است (ر.ک به: قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۱۴۰-۱۴۱). عمل به شرط واجب است و مشروط‌له فقط زمانی حق دارد معامله مشروط را فسخ کند که انجام شرط ناممکن باشد؛ بنابراین اگر مشروط‌علیه از انجام شرط امتناع کند، باید نخست او را به انجام شرط اجبار کرد و در صورتی که انجام ندهد، دادگاه او را اجبار می‌کند و اگر انجام آن از این راه نیز ممکن نشد، مشروط‌له حق فسخ دارد (ر.ک به: قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۱۴۰-۱۴۱ / انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۶۲). در برابر این نظر، چند نظر دیگر ارائه شده است که از میان آنها نظر شهید اول قابل ذکر است. به عقیده ایشان، عمل به شرط بر مشروط‌علیه واجب نیست و اثر شرط این است که ثبوت خیار برای مشروط‌له و تبدیل عقد لازم به جایز است (شهید اول، ۱۴۱۱، ص ۱۱۰).

به نظر می‌رسد وجوب وفای به عقد (اوفوا بالعقود)، همه اجزا و عناصر عقد از جمله شرط ضمن آن را شامل می‌شود و عمل به آن را واجب می‌سازد؛ به عبارت دیگر، مفاد ادله وجوب وفای به عقد، وجوب تکلیفی عمل به مفاد عقد و شرط ضمن آن است. البته همان‌گونه که وجوب عمل به عقد به دلیل منفعت و مصلحت طرفین جعل شده است و به همین دلیل طرفین عقد می‌توانند در قالب اقاله یا یکی از خيارات قراردادی از عمل به مفاد عقد خودداری کنند، درباره وجوب عمل به شرط نیز همین نکته صادق است و مشروط‌له می‌تواند از درخواست عمل به شرط و الزام مشروط‌علیه به انجام آن صرف‌نظر کند یا حق ناشی از شرط را یکسره اسقاط کند.

قانون مدنی ایران (مواد ۲۳۷-۲۳۹) نیز نظریه وجوب عمل به شرط را انتخاب کرده است. باید یادآور شد که مباحث آتی براساس همین نظر مطرح می‌شود؛ چون طبق نظر دیگر که عمل به شرط واجب نیست و نمی‌توان مشروط‌علیه را به انجام آن واداشت، تصرف منافی، صحیح و نافذ است (ر.ک به: انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۷۶-۷۷).

## ۲. حکم تصرفات منافی با شرط فعل حقوقی

حکم تصرفات مغایر با شرط فعل را در دو بخش مطالعه می‌کنیم؛ در بخش اول به بررسی حکم این مسئله در فقه شیعه و در بخش دوم به بررسی حکم آن در حقوق ایران می‌پردازیم.

### ۲-۱. تصرفات منافی با شرط فعل حقوقی در فقه شیعه

در صورتی که مشروط‌علیه در شرط فعل حقوقی، تصرفی حقوقی و اعتباری در مورد شرط انجام دهد که با وفای به شرط منافات داشته باشد؛ مثلاً بر خریدار شرط شده باشد که مبیع را وقف کند، ولی مشروط‌علیه آن را بفروشد، درباره حکم چنین تصرفی میان فقها اختلاف نظر است (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۷۷ / امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۴۵ / خویی، ۱۴۱۲، ج ۷، ص ۳۳۸ / نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۶۲). در این بخش نخست به طرح و بررسی نظریات فقها می‌پردازیم، سپس به ذکر برخی از مصادیق این مسئله پرداخته، در نهایت به تحلیل و بررسی می‌پردازیم.

#### ۲-۱-۱. بررسی نظریات حکم تصرفات منافی با حق شرط

درباره حکم تصرفات حقوقی منافی با حق شرط، نظریه‌های ذیل مطرح شده است:

۱. بطلان به طور مطلق؛
۲. صحت به طور مطلق؛
۳. صحت با اذن یا اجازه مشروطه؛
۴. با اذن سابق صحیح است؛ اما لحوق اجازه باعث صحت آن نمی‌شود؛
۵. تصرف منافی اگر عقد باشد، صحیح است و اگر ایقاع باشد، باطل است؛
۶. تفصیل میان اینکه وجوب عمل به شرط، تکلیفی محض است یا وجوب حقی؛ در صورت اول، عقد منافی صحیح است و در صورت دوم، صحت آن به اذن یا اجازه مشروطه منوط است.

چنان‌که برخی از فقها پس از بیان سه نظریه نخست متذکر شده‌اند (یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۳۲؛ «هذا كله مع عدم الاذن السابق والا فلا ينبغي الاشكال في الصحة») تصرف منافی اگر با اذن سابق مشروطه باشد، صحیح و نافذ است و ظاهراً در این مطلب اختلافی

نیست؛ چون علت اصلی بطلان یا عدم نفوذ تعلق حق مشروطه است و با اذن وی این مانع برطرف می‌شود؛ بنابراین بحث از حکم تصرف منافی در مواردی مطرح می‌شود که مشروطه اذن به تصرف منافی نداده باشد. در ادامه به بررسی این نظریات می‌پردازیم.

### ۱-۱-۱-۲. نظریه اول: بطلان مطلق

براساس این نظریه، تصرف منافی باطل است و اجازه بعدی مشروطه نیز باعث تصحیح عقد منافی نمی‌شود. ادله‌ای که به نفع این نظر ارائه شده یا می‌توان ارائه کرد و پاسخ از آنها به‌گونه‌ای که در آثار برخی از طرفداران صحت مطلق مطرح شده است، به شرح ذیل است:

تصرف اعتباری منافی با حق شرط، نهی شده است؛ زیرا امر به وفای شرط، نیازمند نهی از دیگر تصرفات ضد آن است و مقتضای نهی، بطلان است؛ خواه به این دلیل که نهی، ارشاد به بطلان است یا اینکه میان نهی فعل و انجام آن تصرف، تنافی وجود دارد (ر.ک به: امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۴۵ / خویی، ۱۴۱۲، ج ۷، ص ۳۴۰).

این دلیل قابل پذیرش نیست؛ زیرا اولاً، در علم اصول ثابت شده است که امر به شیء، نیازمند نهی از ضد نیست (امام خمینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۷-۲۰ / سبحانی، ۱۳۶۷، ص ۲۲۶ به بعد)؛ ثانیاً، دلیل وجوب وفای به شرط نمی‌تواند برای متعلق شرط مانند عنوان بیع، وقف و امثال آن، «امر» درست کند؛ چون موضوع وجوب در دلیل شرط، وفای به شرط است و معقول نیست تکلیف از یک عنوان به عنوان دیگر یا از یک عنوان به مصادیق عنوان دیگری سرایت کند؛ پس دلیل شرط نمی‌تواند متعلق شرط یا مصادیق آن را واجب کند، بلکه آنچه واجب است، خود شرط و مصادیق ذاتی آن است (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۴۵-۳۴۷).

در نتیجه شرط، برای مشروطه نوعی حق ایجاد می‌شود؛ هرچند این حق به عمل مورد شرط مانند بیع یا وقف تعلق دارد و معامله مخالف با شرط، باعث تضییع حق مشروطه می‌شود؛ بنابراین باطل است (ر.ک به: همان، ص ۳۴۷).

این دلیل نیز قابل پذیرش نیست؛ زیرا صحت وضعی قرارداد منافی منوط به این

است که همه شرایط صحت و اعتبار را داشته باشد و اگر همه شرایط جمع بود، معامله صحیح است. اینکه قرارداد منافی با شرط باعث تضييع حق مشروطه می‌شود، باعث بطلان قرارداد نمی‌شود. البته تضييع حق دیگران حرام است، ولی حرمت تضييع حق دیگران باعث حرمت معامله نمی‌شود و بر فرض که باعث حرمت معامله شود، باعث بطلان آن نمی‌شود، بلکه حتی ممکن است دلیل بر صحت آن باشد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۴۷).

و جوب عمل به شرط باعث می‌شود سلطنت و توانایی مشروط‌علیه محدود شود و فقط توانایی انجام شرط را داشته باشد؛ بنابراین تصرفات منافی با شرط صحیح نیست (ر.ک به: همان).

اینکه وجوب عمل به شرط باعث محدود شدن سلطنت مشروط‌علیه و ناتوانی شرعی او از معامله می‌شود، معنای محصلی ندارد و توهمی بیش نیست (همان). به علاوه، بر فرض پذیرش اصل مطلب، اینکه مورد بحث ما از مصادیق و صغریات آن باشد، بر این مبتنی است که وجوب وفای به شرط را همانند وجوب وفای به نذر، حقی الهی و حکم تکلیفی محض به حساب آوریم، نه حکمی وضعی، ولی پذیرش این مبنا دشوار است؛ زیرا اگر حق ناشی از شرط فقط یک حق الهی و حکم تکلیفی بود، با اسقاط و گذشت مشروطه ساقط نمی‌شد؛ در حالی که فقها متفق‌اند که اسقاط حق توسط مشروطه در غیر از مواردی مانند عتق، امکان‌پذیر است و باعث سقوط حق وی می‌شود؛ بنابراین تکلیف وجوب عمل به شرط با تکلیف وجوب عمل به نذر، یکسان نیست. تکلیف ناشی از شرط، تکلیفی تبعی و تابع حکم وضعی و دائرمدار آن است و چنین تکلیفی نمی‌تواند ادله سلطنت را تخصیص بزند (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۶۳-۲۶۵).

در شرط فعل، نه تنها خود فعل مشروط‌علیه متعلق حق مشروطه است، بلکه عین مورد شرط نیز متعلق حق مشروطه قرار دارد؛ مثلاً شرط فروختن عین، باعث تعلق حق مشروطه به آن عین می‌شود و مشروط‌علیه باید آن عین را نگه دارد و به مشروطه منتقل نماید و تصرف در متعلق حق غیر، باطل است (ر.ک به: امام خمینی، ۱۴۲۱، ص ۳۴۷-۳۴۸).

در پاسخ به این دلیل گفته‌اند: اولاً، درباره این بحث، حق فقط از شرط نشئت گرفته است و شرط فعل نمی‌تواند به خود عین تعلق گیرد، بلکه متعلق شرط، فعلی مانند بیع و وقف و امثال آن است که شرط به آن اضافه می‌شود و وقتی شرط به عین تعلق نگیرد، نمی‌توان حقی را از آن برای مشروطه نسبت به عین انتزاع کرد؛ ثانیاً، اگر در تعلق حق به عین شک شود، با تمسک به استصحاب مرتفع می‌شود (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۴۸)؛ بدین ترتیب، نظریه بطلان مطلق را نمی‌توان پذیرفت.

### ۲-۱-۱-۲. نظریه دوم: صحت مطلق

توجه طرفداران این نظریه به‌طور عمده به رد نظریات رقیب، به‌خصوص نظریه اول و سوم است. گویا با رد این نظریه‌ها فقط نظریه‌ای که باقی می‌ماند، صحت قرارداد منافی به‌طور مطلق و بدون نیاز به اذن یا اجازه مشروطه است (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۳۴۸)؛ «فالتحقیق صحة العقود والایقاعات من غیر حاجة الی الاجازة» / خویی، ۱۴۱۲، ج ۷، ص ۳۴۲؛ «فالصحيح هو الالتزام بصحة العقد الصادر من المشروط عليه مطلقاً... ولا وجه للبطلان».

با این حال، از تأمل در پاسخ آنان به نظریه‌های دیگر، مبنای نظریه ایشان روشن می‌شود. قرارداد منافی با حق مشروطه، همه اجزا و شرایط یک قرارداد صحیح را دارد. تنها مانعی که ممکن است بر سر راه صحت و نفوذ چنین قراردادی تصور شود، تعلق حق مشروطه به عین مورد شرط است، ولی چنین مانعی اصلاً وجود ندارد؛ چون حق مشروطه به عین مورد شرط تعلق ندارد، بلکه در درجه اول به یک فعل یا ترک فعل تعلق دارد؛ به عنوان مثال، اگر شرط شده باشد که مشروط‌علیه خانه معینی را به مشروطه بفروشد، حق مشروطه به بیع تعلق دارد، نه به آن خانه. میان حق مشروطه و خانه، یک فعل یعنی بیع واسطه شده است؛ بنابراین میان آنها اختلاف رتبه وجود دارد.

در اینجا یادآوری ثمره‌ای که بر این نظریه مترتب می‌شود، مناسب است: براساس این نظریه، تصرف منافی صحیح است و با صحت آن معلوم می‌شود که انجام شرط به نفع مشروطه ناممکن است؛ بنابراین مشروطه می‌تواند معامله اول را فسخ کند. اثر فسخ معامله اصلی بر معامله منافی مورد بحث است و در این باره چند احتمال وجود دارد: ۱. رجوع به بدل، به این معنا که معامله دوم به منزله اتلاف مورد شرط است؛

بنابراین همانند آن باعث رجوع مشروطه به بدل می‌شود؛ ۲. معامله دوم از ابتدا منحل می‌شود؛ ۳. معامله دوم از زمان فسخ معامله اول منحل می‌شود؛ ۴. تصرف منافی اگر عتق باشد، صحیح است و اگر تصرف دیگری باشد، منحل می‌شود (ر.ک به: انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۷۷ / همچنین، ر.ک به: یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۳۲ «که شمار احتمالات را به هفت می‌رساند»).

### ۳-۱-۱-۲. نظریه سوم و چهارم: صحت تصرفات با اذن

براساس نظریه سوم، تصرف منافی اگر با اذن یا اجازه مشروطه باشد، صحیح است (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۷۶ / نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۶۵) و براساس نظریه چهارم، تصرف منافی اگر با اذن مشروطه باشد، صحیح است، ولی بدون اذن وی معامله باطل است و حتی اجازه بعدی مشروطه باعث تصحیح آن نمی‌شود (یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۳۲-۱۳۳)؛ بنابراین نظریه چهارم از دو جزء تشکیل یافته است: صحت قرارداد با اذن سابق مشروطه و بطلان آن بدون اذن سابق مشروطه و حتی با اجازه بعدی وی. جزء اول این نظریه با نظریه سوم مشترک است و تفاوت آن با نظریه سوم فقط در جزء دوم است؛ بدین ترتیب، با بررسی نظریه چهارم، نظریه سوم هم روشن می‌شود.

در تأیید بخش اول نظریه چهارم گفته شده است: تنها اشکال قرارداد منافی با حق مشروطه، تعلق حق وی به موضوع قرارداد است و همان‌طور که مشروطه می‌تواند حق خود را اسقاط کند، می‌تواند اذن به تفویض موضوع آن دهد. البته به محض دادن اذن، حق وی ساقط نمی‌شود، ولی وقتی موضوع حق وی از میان رفت، حق نیز از میان می‌رود. البته میان اذن به تفویض حق و اسقاط آن، این فرق وجود دارد که اگر مشروطه حق خود را اسقاط کند، حق به طور کامل و یکسره از میان می‌رود، ولی در صورتی که اذن به تفویض موضوع حق داده باشد، اگر بعداً از اذن خود رجوع کند یا معلوم شود که تصرف به جهتی باطل بوده است، حق مشروطه هنوز باقی است (همان، ص ۱۳۲).

در تأیید بخش دوم نظریه چهارم؛ یعنی اینکه اجازه مشروطه نمی‌تواند باعث تصحیح قرارداد شود، گفته‌اند: عقد دوم به مشروطه تعلق ندارد تا آن را اجازه کند.

همچنین، عقد دوم بر مال او نیز وارد نشده است، بلکه مالک، کسی است که قرارداد را منعقد کرده است و حق مشروطه فقط مانع از نفوذ تصرف بوده و باعث شده است که تصرف مؤثر واقع نشود. اجازه مشروطه به معنای اسقاط حق وی از هنگام اجازه است؛ بنابراین همان‌طور که اگر مشروطه عقد منافی را اجازه نمی‌کرد، بلکه حق خود را اسقاط می‌کرد، فایده نداشت، اجازه او هم فایده‌ای ندارد. در نتیجه، تفاوت این مورد با عقد فضولی کاملاً واضح است (همان)؛ زیرا در عقود فضولی رایج، اگرچه عقد نسبت به عاقد متصف به بطلان است، ولی اگر مالک بعداً اجازه دهد، عقد نسبت به او متصف به صحت می‌شود؛ زیرا عقد قبل از اجازه وی منسوب به او نبوده است تا محکوم به صحت یا فساد شود، ولی بعد از اجازه، به وی استناد می‌یابد و محکوم به صحت می‌شود (خویی، ۱۴۱۲، ج ۷، ص ۳۴۰).

در پاسخ به نظریه چهارم می‌توان گفت این نظریه از دو بخش تشکیل شده است: بخش اول آن یعنی صحت قرارداد منافی با شرط در صورت اذن سابق مشروطه، قابل پذیرش است، ولی بخش دوم این نظریه را نمی‌توان پذیرفت. در پاسخ به این بخش می‌توان گفت صحت عقد فضولی با اجازه نظریه‌ای عام و کلی است و در هر مورد که اذن شخص باعث نفوذ معامله باشد، اجازه او نیز همین اثر را دارد. برخی از فقها نیز با اشاره به این مطلب و در پاسخ به این نظریه گفته‌اند در برخی روایات (حرّ عاملی، ۱۳۲۴، ج ۱۴، ص ۵۲۳-۵۲۴، باب ۲۴، ح ۱ و ۲) آمده است که اگر برده‌ای بدون اذن مولای خود ازدواج کند و مولا عقد وی را اجازه کند، عقد نکاح، صحیح و نافذ است. در این روایات تعلیل شده است که عبد مرتکب معصیت خداوند نشده است، بلکه فقط از مولای خود سرپیچی کرده است. مقتضای این‌گونه روایات این است که در صحت عقدی که به طور فضولی صادر شده است، تفاوتی میان عقد فضولی مصطلح و تزویج خواهر یا برادرزاده زوجه نیست؛ زیرا از این روایات ضابطه‌ای کلی استفاده می‌شود و آن اینکه عقد فضولی اگر معصیت وضعی خداوند متعال باشد، باطل است و منقلب به جایز نمی‌شود، ولی اگر معصیت خداوند نباشد - هرچند به این دلیل که مولا بعداً اجازه داده است - بلکه تنها سرپیچی از مُجیز (مولا) صورت گرفته باشد، در صورتی که وی بعداً اجازه دهد، عقد صحیح می‌شود. در تزویج خواهر یا برادرزاده زوجه نیز اگر زوجه



بعد از عقد رضایت دهد و عقد را اجازه کند، ازدواج صحیح و نافذ می‌شود؛ بنابراین صحت عقد فضولی در همه موارد مطابق با قاعده است و نمی‌توان از صحت عقد فضولی در برخی موارد دست برداشت (خویی، ۱۴۱۲، ج ۷، ص ۳۴۱).

#### ۴-۱-۱-۲. نظریه پنجم: تفصیل میان عقود و ایقاعات

طبق این نظریه، قراردادهای مغایر با حق مشروطه، باطل و ایقاعات مغایر با آن، صحیح است. این نظریه را به علامه حلی و شهید ثانی نسبت داده‌اند، ولی سخن ایشان فقط درباره عتق است، نه درباره همه ایقاعات. به نظر این دو فقیه، در صورتی که تصرف منافی با حق مشروطه عتق باشد، تصرف منافی صحیح است و مشروطه باید به قیمت عبد رجوع کند و دلیل صحت تصرف منافی را بنای عتق بر «تغلیب» دانسته‌اند (حلی، ۱۴۲۰، ج ۱۰، ص ۲۷۰ / شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۲۷۱). با توجه به این نکات؛ اولاً، نمی‌توان این نظریه را نظریه‌ای کلی و شامل همه ایقاعات دانست؛ ثانیاً، همان‌گونه که برخی گفته‌اند، این نظریه به خودی خود صحیح نیست (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۳۱۱) و علاوه بر آن، مورد توجه جدی فقها واقع نشده است (یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۵۷).

#### ۵-۱-۱-۲. نظریه ششم: تفصیل میان حکم تکلیفی یا وضعی شرط

براساس این نظریه که به شیخ انصاری نسبت داده شده است (ر.ک به: خویی، ۱۴۱۲، ج ۷، ص ۳۴۲)، اگر معتقد باشیم که شرط باعث ثبوت حق برای مشروطه بر مشروط‌علیه نیست و وجوب عمل به شرط فقط یک حکم تکلیفی است، عقد منافی صحیح است؛ چون فقط مستلزم مخالفت با حکم شرعی وجوب وفای به شرط است، ولی اگر معتقد باشیم که شرط باعث ثبوت حق برای مشروطه است، تصرف منافی اگر با اذن یا اجازه مشروطه باشد، صحیح و گرنه باطل است.

اما اولاً، این تفصیل قابل پذیرش و دفاع نیست؛ زیرا حتی اگر معتقد باشیم که وجوب وفای به شرط به دلیل ثبوت حق برای مشروطه بر مشروط‌علیه است، چنین حقی متعلق به عقد است، نه به عین مورد شرط؛ بنابراین فروش آن مال، فروش متعلق حق غیر نیست و این مورد با فروش عین مرهونه که متعلق حق غیر است، تفاوت دارد

(همان)؛ ثانیاً، به نظر می‌رسد استناد این نظر به شیخ انصاری صحیح نیست و ایشان در مقام بیان این مطلب بوده است که نظریات بطلان، عدم نفوذ و صحت در صورتی جریان می‌یابد که انجام شرط را بر مشروط‌علیه واجب بدانیم و اجبار وی به انجام شرط را جایز بدانیم، ولی اگر انجام شرط بر مشروط‌علیه واجب نباشد، معامله منافی صحیح است؛ بنابراین از سخن شیخ انصاری نظریه مستقلی استفاده نمی‌شود و همان‌گونه که خود ایشان تصریح کرده‌اند، معامله منافی غیرنافذ است و با اذن یا اجازه مشروط نفوذ می‌یابد (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۷۶-۷۷).

## ۲-۱-۲. بررسی برخی مصادیق

در این بخش به ذکر برخی از مصادیق تصرف حقوقی منافی با حق شرط در فقه می‌پردازیم:

### ۲-۱-۲-۱. مخالفت مستأجر با شرط اجاره‌ندادن عین مورد اجاره

در صورتی که هیچ قید و شرطی درباره استفاده شخصی مستأجر یا اجاره‌دادن عین مورد اجاره به دیگری وجود نداشته باشد، مستأجر می‌تواند آن را به دیگری اجاره دهد؛ هرچند تسلیم عین مستأجره به غیر نیازمند اجازه موجر است، ولی ممکن است اجاره بی‌قید و شرط نباشد که خود به چهار صورت قابل تصور است:

۱. در اجاره قید شده باشد که مستأجر شخصاً از منفعت مورد اجاره استفاده کند؛
۲. بر مستأجر شرط شده باشد که مورد اجاره را به دیگری اجاره ندهد؛
۳. بر مستأجر شرط شده باشد که منفعت مورد اجاره برای خود وی باشد و خودش شخصاً از آن استفاده کند؛
۴. بر مستأجر شرط شده باشد که منفعت مورد اجاره برای خود وی باشد، ولی شرط نشده باشد که خودش شخصاً از آن استفاده کند.

حال اگر مستأجر برخلاف این قید یا شروط عمل کند و عین مستأجره را اجاره دهد، اجاره دوم چه وضعیتی دارد؟ درباره وضعیت اجاره دوم در صورت اول، سید یزدی (صاحب عروه) و همه فقیهانی که بر عروه‌الوثقی حاشیه زده‌اند، اجاره دوم را باطل دانسته‌اند (غیر از مرحوم فیروزآبادی که بطلان اجاره دوم را به عدم اجازه

مالک منوط کرده است). برخلاف آن، فقیهانی که متعرض حکم صورت چهارم شده‌اند (مراجع عظام: بروجردی، فیروزآبادی، امام خمینی، گلپایگانی و خویی)، این صورت را صحیح دانسته‌اند، ولی درباره صورت دوم و سوم، اختلاف نظر زیادی میان آنان دیده می‌شود و منشأ این اختلاف به برداشت آنها درباره مفاد شرط بازمی‌گردد. درباره حکم اجاره در صورت دوم، سه نظریه دیده می‌شود:

الف) صحت اجاره همراه با حق فسخ اجاره اول (بیشتر فقهای معاصر مانند: کاشف‌الغطاء، اصفهانی، حائری، شیرازی، گلپایگانی، امام خمینی و خویی به این نظریه تمایل دارند)؛

ب) عدم نفوذ (بروجردی)؛

ج) بطلان (فیروزآبادی و نائینی).

درباره حکم اجاره در صورت سوم نیز همان سه نظریه دیده می‌شود:

الف) صحت اجاره همراه با حق فسخ اجاره اول (کاشف‌الغطاء، اصفهانی، حائری، شیرازی و امام خمینی)؛

ب) عدم نفوذ (بروجردی)؛

ج) بطلان (فیروزآبادی، نائینی، گلپایگانی و خویی) (یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۷۵-۷۸).

## ۲-۱-۲. مخالفت مستأجر با شرط سقوط یا اسقاط خیار مجلس

یکی از مسائل درباره خیار مجلس، شرط سقوط این خیار در ضمن عقد است. این شرط ممکن است به سه صورت تحقق یابد:

۱. شرط عدم ثبوت خیار (به شکل شرط نتیجه): این صورت از محل بحث ما خارج است؛

۲. شرط عدم فسخ (به شکل شرط فعل حقوقی منفی)؛ مثلاً اینکه فروشنده در ضمن عقد بگوید: «فروختم به شرط اینکه در مجلس فسخ نکنم»؛

۳. شرط اسقاط خیار (به شکل شرط فعل حقوقی مثبت)؛ مثلاً اینکه فروشنده بگوید: «فروختم به شرط اینکه خیار مجلس خود را اسقاط کنم».

حال اگر فروشنده برخلاف شرط عمل کند و در مورد دوم، معامله را فسخ کند و در صورت سوم، خیار را اسقاط نکند و معامله را فسخ کند، درباره وضعیت این فسخ، دو احتمال وجود دارد: بی‌تأثیر بودن فسخ و نفوذ آن.

### ۱-۲-۲-۱. عدم تأثیر فسخ

یکی از طرفداران این نظر، شیخ انصاری است. ایشان درباره صورت دوم می‌گویند: «احتمال قوی می‌رود که فسخ بی‌تأثیر باشد؛ زیرا وجوب وفای به شرط، مستلزم وجوب اجبار مشروط‌علیه بر انجام شرط و عدم سلطنت او بر ترک شرط است؛ پس مخالفت با شرط در حق وی نافذ نیست، ولی احتمال می‌رود که فسخ، نافذ باشد؛ زیرا دلیل خیار، عام است و این مورد را هم شامل می‌شود و تعهد مشروط‌علیه به فسخ نکردن، باعث بطلان فسخ نمی‌شود؛ بنابراین درباره بحث، مخالفت شرط فقط باعث گناه و حرمت تکلیفی است و آنچه بر مخالفت شرط در غیر این مورد مترتب می‌شود - تسلط مشروط‌له بر فسخ عقد مشروط - در اینجا مترتب نمی‌شود».

ایشان در پایان می‌گویند: «احتمال اول با عموم وفای به شرط، مطابقت بیشتری دارد؛ زیرا عموم مذکور دلالت می‌کند که در همه احوال، حتی پس از فسخ نیز بر مشروط‌علیه واجب است آثار شرط را مترتب کند و لازمه این امر این است که فسخ وی بی‌اثر باشد».

وی درباره صورت سوم - شرط اسقاط خیار بعد از عقد - می‌گوید: ظاهر چنین شرطی این است که بر مشروط‌علیه واجب است بعد از عقد، خیار خود را اسقاط کند. حال اگر وی به این شرط عمل نکند و عقد را فسخ کند، در مورد مؤثر یا بی‌تأثیر بودن فسخ، همان دو احتمال که در صورت اول گفته شد، در اینجا هم وجود دارد و احتمال بی‌تأثیر بودن قوی‌تر است:

ولو شرط عدم الفسخ فیجب الوفاى به، ولو فسخ حینئذ لم ینفسخ، للنهى عن الفسخ  
الموجب لعدم ترتب الأثر علیه (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۵۸-۵۱ / نراقی، ۱۴۱۸، ج ۱۴،  
ص ۳۷۲)؛

نعم! لو شرط عدم الفسخ - لو ثبت له الخيار - جاز و لزم و لم یؤثر الفسخ لو فسخ  
(همان، ص ۴۰۸).

### ۲-۲-۲-۲. نفوذ فسخ

سید یزدی از طرفداران این نظر است. ایشان در رد استدلال شیخ انصاری می‌گویند: اولاً، وجوب اجبار مشروط‌له ممنوع است؛ ثانیاً، وجوب اجبار دلالت بر عدم تأثیر فسخ

ندارد؛ زیرا میان وجوب اجبار و عدم تأثیر، ملازمه نیست. شاهد سخن اینکه اگر کسی شرط کند که مالی را بفروشد، ولی حتی بعد از اجبار هم نفروشد، هیچ کس حکم نمی‌کند که باید اثر بیع را مترتب ساخت، ولی اینکه مشروطه قدرت بر ترک شرط را ندارد، اگر مقصود عدم قدرت وضعی باشد که این اول بحث است و اگر مقصود عدم قدرت تکلیفی است که فایده‌ای ندارد. در بحث ما حقی به وجود نمی‌آید و شرط تنها مفید حکم تکلیفی است.

عدم وقوع فسخ در این باره به معنای بطلان تصرف مغایر با شرط؛ یعنی پذیرش نظریه اول است.

### ۲-۱-۲-۳. مخالفت با شرط عدم عزل وکیل

اگر در ضمن عقد لازم، شخصی دیگری را وکیل کند و سپس شرط کند که او را عزل نکند، شرط صحیح است و اگر او را عزل کند، منعزل نمی‌شود (یزدی، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۱۸۹، مسئله ۱۴؛ «إذا وکله فی ضمن عقد لازم ثم شرط أن لا یعزله صح و لا ینعزل حیثنذ بعزله، لانه خلاف مقتضی الشرط فلا وجه لاحتمال انعزاله بالعزل و انه فعل حراماً...»). در این مورد نیز عدم وقوع عزل، مطابق با نظریه اول است.

### ۲-۱-۲-۴. مخالفت با شرط عدم اختیار زوجه دیگر

در صورتی که زوجه در عقد نکاح یا عقد دیگری بر زوج شرط کند که همسر دیگری اختیار نکند، برخی از فقها در صحت چنین شرطی و وجوب عمل به آن تردید کرده‌اند (وحید خراسانی، ۱۴۲۱، ص ۳۱۸، پاورقی ۲ / روحانی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۳۱۰)، ولی بر فرض صحت شرط، در صورتی که زوج برخلاف آن عمل کند، درباره ضمانت اجرای تخلف از شرط، دو نظر دیده می‌شود:

۱. به نظر اکثر قریب به اتفاق فقها، ازدواج صحیح است، هرچند زوج مرتکب عمل حرام شده است (همچون: خویی، ۱۴۱۰، ص ۲ / حسینی سیستانی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۱۰۲).

۲. به نظر اندکی، چنین شرطی بر زوج الزام‌آور است و اگر ازدواج کند، ازدواج دوم باطل است (حکیم، ۱۴۰۰، ص ۲ / حکیم، ۱۳۹۱، ج ۱۳، ص ۱۸۰).

### ۳-۱-۲. تحلیل و بررسی نظریه‌های فقهی

درباره تصرفات منافی با حق مشروطه، شش نظریه در فقه ارائه شده است که مهم‌ترین آنها عبارت‌اند از: بطلان مطلق، صحت مطلق و عدم نفوذ. با توجه به آنچه در تقریر نظریه‌های گوناگون و پاسخ به آنها گفته شد، به نظر می‌رسد نظریه عدم نفوذ موجه‌تر از دیگر نظریه‌هاست. براساس این نظریه، معامله منافی با حق مشروطه اگر با اذن وی صورت گیرد یا با اجازه بعدی وی توأم شود، صحیح و نافذ خواهد بود.

همان‌طور که برخی از فقها گفته‌اند، از رویه فقها و بلکه از روایات استفاده می‌شود که هرگاه منع از معامله به دلیل وجود حق کسی باشد که اذن سابق وی برای صحت عقد کافی است، چنین منعی نیازمند بطلان معامله نیست، بلکه مقتضای آن این است که آن معامله به طور مستقل و بدون مراجعه به آن شخص ذی‌حق، منشأ اثر نیست. عقودی مانند عقد فضولی، راهن، مفلس، مریض [در حال مرض موت]، عقد ازدواج شوهر با خواهر یا برادرزاده همسر خود از این باب است و اینکه نهی در آنها مقتضی فساد است به این معناست که اثری که عرفاً از عقد اراده می‌شود، بر آنها مترتب نمی‌شود (همان، ص ۱۵۹).

نظریه بطلان مطلق، قابل دفاع نیست؛ چون بطلان تصرف منافی اگر به دلیل وجود حق عینی برای مشروطه باشد، اولاً، چنین حقی [بر فرض وجود] فقط در برخی موارد یعنی معاملات درباره عین معین یا کلی در معین وجود دارد؛ ثانیاً، برای حفظ حقوق مشروطه، لزومی به باطل دانستن تصرف منافی نیست و با غیرنافذ تلقی کردن تصرف منافی و سپردن حق تنفیذ به وی، این هدف تأمین می‌شود.

همچنین، از نکاتی که در ذیل درباره تأیید نظریه عدم نفوذ می‌آید، بی‌اعتباری نظریه صحت مطلق نیز استفاده می‌شود. در تأیید نظریه عدم نفوذ، می‌توان به چند دلیل تمسک کرد:

۱. تعارض تصرف منافی با شرط، با حق مشروطه. شرط فعل در همه موارد یعنی چه در موردی که موضوع آن عین معین یا کلی است و چه در مواردی که موضوع آن کلی در ذمه است و چه در مواردی که موضوع آن امر غیرمالی است، برای مشروطه در عالم اعتبار حقی نسبت به خود شرط و عنوان آن پدید می‌آید؛ بنابراین خواه برای مشروطه حقی

نسبت به متعلق شرط تصدیق شود و خواه چنین حقی انکار شود، در وجود حقی برای مشروطه نسبت به خود شرط به عنوان یک امر اعتباری تردیدی نیست. به نظر برخی فقها، مشروطه مالک عمل مورد شرط در ذمه مشروط‌علیه می‌شود، حتی اگر عمل مذکور عملی حقوقی و اعتباری مانند هبه باشد، ملکیت وجود دارد (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۷۰؛ «فإن المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه» / یزدی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۱۳۰؛ «و ذلك لأن المفروض ان المشروط له صار مالكا لذلك الفعل في ذمة المشروط عليه» / همان، ص ۱۳۰؛ «وكذا اشتراط هبة شيء للبايع فإنه يمكن ان يقال إذا ملك عليه هبة مال معين...»).

حتی برخی از فقهای که منکر ملکیت مشروطه نسبت به عمل مورد شرط‌اند، وجود حقی برای وی نسبت به عمل مورد شرط را تصدیق می‌کنند (اصفهانی، ۱۴۰۹، ج ۵، ص ۲۰۲؛ «... مع أن متعلق الحق هو العتق دون العبد»).

در واقع، برخی فقها منشأ نزاع میان مشهور و شهید اول در وجوب انجام عمل مورد شرط و جواز اجبار وی به انجام عمل را به ثبوت یا عدم ثبوت حق مالی مالکی برای مشروطه در ذمه مشروطه دانسته‌اند که مشهور به ثبوت این حق قائل‌اند و شهید منکر آن است (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۶۵).

همین ملکیت یا حق مشروطه نسبت به عمل مورد شرط باعث می‌شود که مشروط‌علیه نتواند خلاف آن شرط عمل کند و در صورت تخلف، عمل وی به دلیل مخالفت با حق یا ملک مشروطه غیرنافذ باشد.

۲. تعارض تصرف منافی با شرط، با تعهد سابق مشروط‌علیه. حتی اگر تعلق ملکیت یا حق مشروطه به عمل مورد شرط هم انکار شود (امام خمینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۱۷۰)، تردیدی در وجوب انجام عمل بر مشروط‌علیه و جواز الزام وی به انجام آن وجود ندارد (همان، ص ۱۷۲-۱۷۴). مشروط‌علیه نه تنها نمی‌تواند با آن مخالفت کند، بلکه بر وی واجب است که زمینه انجام آن را فراهم سازد. این تکلیف وجوبی همانند دیگر تکالیف و تعهدات نباید بدون ضمانت اجرا باقی بماند و چون منشأ این تکلیف رعایت حق مشروطه است، بهترین ضمانت اجرای مستقیم آن این است که اگر مشروط‌علیه با انجام تصرف منافی، خلاف تکلیف و تعهد خود عمل کند، سرنوشت معامله منافی به مشروطه سپرده شود. اگرچه به دلیل ارتباط شرط با عقد، تخلف از شرط ممکن

است به مشروطه حق فسخ معامله اصلی را بدهد، ولی این ضمانت اجرا مستقیم نیست و ممکن است نتواند حق مشروطه را به طور کامل ایفا کند.

۳. نفوذ تصرف منافی به معنای فسخ عملی بخشی از قراردادی است که شرط در آن درج شده است. توضیح اینکه نفوذ تصرف منافی، با لزوم اجرای بخشی از قرارداد که متضمن شرط است، منافات دارد و در واقع به معنای فسخ عملی و یکجانبه آن بخش از قرارداد توسط مشروط‌علیه خواهد بود، در حالی که قاعده لزوم که اعتبار آن با ادله متعددی مانند «اوفوا بالعقود» به اثبات رسیده است، مشروط‌علیه را به انجام شرط ملزم می‌سازد و او را از نقض یکجانبه آن باز می‌دارد. لزوم اجرای عقد یک قاعده کلی است که فقط در موارد وجود حق فسخ یا اقاله برداشته می‌شود و فسخ قرارداد در غیر از موارد مصرح، ممنوع و بی‌اثر است. حق فسخ فقط در موارد محدودی مانند وجود یکی از اختیارات برای یک یا هر دو طرف به رسمیت شناخته شده است که درباره بحث ما هیچ‌یک از آنها وجود ندارد. مفاد قاعده لزوم، حکم تکلیفی محض نیست، بلکه به نظر مشهور فقها متضمن حکم وضعی و تکلیفی است و به نظر برخی، متضمن حکم تکلیفی و خوب وفای به عقد است، ولی لازمه این حکم تکلیفی، حکم وضعی عدم نفوذ فسخ یکجانبه عقد توسط یکی از طرفین است (انصاری، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۱۸-۱۹)؛ بنابراین براساس هر دو نظریه مربوط به مفاد قاعده لزوم، از این قاعده، حکم وضعی عدم نفوذ تصرفات حقوقی منافی با لزوم وفای به عقد استفاده می‌شود.

۴. مهم‌ترین مبنای لزوم اجرای قرارداد، حفظ و رعایت حقوق طرفین معامله است و امکان اقاله عقود و پیش‌بینی حق فسخ قرارداد در قالب اختیاراتی مانند خیار شرط، گواه این مدعاست؛ بنابراین در صورتی که مشروطه پس از انجام تصرف منافی توسط مشروط‌علیه به آن تصرف رضایت دهد، در واقع حق خود مبنی بر الزام مشروط‌علیه به انجام شرط یا به تعبیری حق مطالبه انجام شرط را اسقاط کرده است و با اسقاط این حق، تصرف منافی مؤثر و نافذ می‌شود. جواز یا توانایی مشروطه در الزام مشروط‌علیه به انجام شرط، یک «حق» قابل اسقاط است و حکم تکلیفی محض نیست تا قابل اسقاط نباشد؛ بنابراین از لحاظ فنی در مورد اسقاط حق مذکور توسط مشروطه، می‌توان گفت اجازه مشروطه با فسخ عملی مشروط‌علیه پیوند می‌خورد و اقاله همه یا بخشی از قرارداد را که متضمن شرط فعل است،



نتیجه می‌دهد. به نظر ما این روش قابل قبول است.

برخی از فقها نیز در بحثی مشابه، اجازه را به معنای اقاله دانسته‌اند (اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۱۳۲؛ «نعم الاجازة المتضمنة للإقالة توجب إدراج المورد تحت عنوان من آجر ثم ملک کمن باع ثم ملک»). از کلام شیخ انصاری نیز چنین مطلبی استفاده می‌شود. ایشان در مبحث شرط می‌گوید: «عمل به شرط یک حق لازم بر عهده مشروط‌علیه است که اگر مشروط‌له قصد وفای به عقد را داشته باشد، مشروط‌علیه اجبار به انجام آن می‌شود، اما اگر در اثر امتناع مشروط‌علیه از انجام شرط، مشروط‌له بخواهد عقد را فسخ کند، حق انجام چنین کاری را دارد. این امر به منزله اقاله عقد با تراضی طرفین است» (انصاری، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۷۱-۷۲).

۵. مسئله تصرفات حقوقی مشروط‌له در متعلق شرط را به بیع عین مرهونه توسط راهن تشبیه کرده‌اند که در آن اکثر فقها به صحت تصرفات با اجازه مرتهن نظر داده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۷؛ «فلو تصرف الراهن بما یمنع منه، فان کان بعقد کان موقوفاً علی إجازة المرتهن، فإن أجازة صح، وإلا بطل» / سبزواری، ۱۴۲۳، ص ۱۰۹؛ «والظاهر ان التصرفات المخرجة عن المال کالتق والبيع والوقف غیر صحیح الا ان یأذن المرتهن» / امام خمینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۸، مسئله ۱۹ و ۲۰. گلپایگانی، ۱۳۷۱، ۲: ۸۱-۸۲، مسئله ۲۴۵ و ۲۴۶؛ حسینی سیستانی، ۱۴۲۷: ۳۵۲، مسئله ۸۱ / بهجت، ۱۳۷۸، ص ۴۳۴، مسئله ۱۷۸۶ / همچنین، ر.ک به: صافی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۶۱-۶۲).

همچنین، تصرف حقوقی مغایر با شرط، شباهت زیادی به بیع فضولی با منع سابق مالک دارد که در آنجا هم مشهور فقها اجازه بعدی مالک را باعث نفوذ بیع می‌دانند (انصاری، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۳۷۳-۳۷۵ / بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۳، ص ۱۳ / آملی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۴۲ / نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۲-۳۳ / روحانی، ۱۳۷۱، ج ۱۵، ص ۴۵۰-۴۵۲).

در پایان یادآوری این نکته مهم لازم است که نظریه مورد انتخاب فقط در مواردی جاری می‌یابد که امکان جریان معامله فضولی و اجازه مشروط‌له وجود داشته باشد؛ بنابراین اگر در موردی چنین امری ممکن نباشد، تصرف منافی، حکم متفاوتی خواهد داشت؛ به عنوان مثال، اگر موصی در وصیت شرط کرده باشد که موصی‌له مال مورد وصیت را به دیگری

انتقال دهد، تصرفات ناقله موصی‌له در مورد وصیت، باطل خواهد بود نه غیرنافذ، چون پس از فوت موصی، کسی نیست که بتواند تصرفات مذکور را اجازه کند (شوشتری، [بی‌تا]، ص ۱۹۹). همچنین، اگر نظریه فضولی را در ایقاعات جاری ندانیم، در صورتی که تصرف منافی در قالب ایقاع انجام شود، باطل خواهد بود نه غیرنافذ.

## ۲-۲. تصرفات منافی با شرط فعل حقوقی در حقوق ایران

حکم تصرفات حقوقی منافی با شرط فعل در حقوق ایران را به طور جداگانه در قانون مدنی و آثار حقوقدانان بررسی می‌کنیم و در نهایت نظریه مورد نظر خود را مطرح می‌سازیم.

### ۲-۲-۱. در قانون مدنی

قانون مدنی در باب شروط، حکم روشنی درباره تصرفات حقوقی منافی با شرط فعل ندارد. باید دید آیا می‌توان از مقررات متفرقه این قانون، حکمی در این باره استنباط کرد یا خیر. در ادامه به بررسی برخی از مواد قانون مدنی می‌پردازیم:

۱. ماده ۲۴۰ قانون مدنی، ذیل مبحث «احکام شروط» می‌گوید: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین‌العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت؛ مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروطه باشد».

قدر متیقن از مفهوم «امتناع»، ناممکن شدن شرط در نتیجه اعمال مادی مانند اتلاف موضوع شرط است و معلوم نیست که «ممتنع» شدن انجام شرط، خروج عین مورد شرط در نتیجه تصرفات حقوقی مغایر با شرط را هم شامل می‌شود یا خیر. استفاده این مطلب از ماده مذکور بعید به نظر می‌رسد، ولی اگر «ممتنع شدن» را شامل خروج عین از تصرف مشروط‌علیه در نتیجه یک عمل حقوقی بدانیم، نتیجه منطقی که از این ماده استفاده می‌شود، صحت تصرفات حقوقی است؛ چون تنها حقی که این ماده برای مشروط‌له در صورت ممتنع شدن انجام شرط شناخته، حق فسخ معامله اصلی است؛ بنابراین احتمال‌هایی مانند رجوع به بدل یا انحلال معامله منافی از ابتدا یا از زمان فسخ معامله اول که در نظریه صحت مطلق گفته شد، در اینجا نیز جریان می‌یابد.

در ذیل مصادیقی از مسئله مورد بحث ما در قانون مدنی بررسی می‌شود و ملاحظه آنها نشان می‌دهد که نمی‌توان این نتیجه یعنی نظریه صحت مطلق را پذیرفت.

۲. ماده ۴۷۴ قانون مدنی یکی از مصادیق بحث ماست. براساس این ماده «مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره بدهد، مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد»، ولی قانون مدنی ضمانت اجرای تخلف از این شرط را معین نکرده است.

۳. در ماده ۷۹۳ که تا حدودی به مسئله مورد بحث ما شباهت دارد، راهن از تصرفات منافی با حق مرتهن ممنوع شده است، ولی ضمانت اجرای آن را بیان نکرده است، اما هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه خود (شماره ۶۲۰-۱۳۷۶/۸/۲۰)، معاملات راهن را غیرنافذ دانسته است: «مطابق مواد قانون مدنی، گرچه رهن موجب خروج عین مرهونه از مالکیت راهن نمی‌شود، لکن برای مرتهن نسبت به مال مرهونه حق عینی و حق تقدم ایجاد می‌نماید که می‌تواند از محل فروش مال مرهونه طلب خود را استیفاء کند و معاملات مالک نسبت به مال مرهونه در صورتی که منافی حق مرتهن باشد، نافذ نخواهد بود؛ اعم از اینکه معامله راهن بالفعل منافی حق مرتهن باشد یا بالقوه ...» (اصغرزاده، ۱۳۸۲، ص ۱۶۴).

۴. قانون مدنی در ماده ۴۵۴ که یکی از مصادیق مسئله مورد بحث ماست: «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 باشد که در این صورت اجاره باطل است» و نیز ماده ۵۰۰ که به بحث ما شباهت دارد: «در بیع شرط، مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد، اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار باشد، به وسیله جعل خیار یا نحو آن، حق بایع را محفوظ دارد، والا اجاره تا حدی که منافی با حق بایع باشد، باطل خواهد بود»، تصرفات مغایر را باطل اعلام کرده است.

حمل واژه «بطلان» در دو ماده پیش گفته بر معنای اعم که هم شامل بطلان به معنای خاص است و هم شامل عدم نفوذ اصطلاحی، به راحتی میسر نیست. با توجه به اینکه تدوین‌کنندگان قانون مدنی به تفاوت عمیق این دو اصطلاح توجه داشته‌اند و در موارد نیاز، واژه بطلان و عدم نفوذ را آگاهانه و به درستی در جای خود به کار برده‌اند، چاره‌ای جز عمل به ظاهر این دو نص باقی نمی‌ماند.

در مواردی مانند ماده ۱۹۹ این قانون: «رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه، موجب نفوذ معامله نیست» که در آن تعبیر «موجب نفوذ نیست»، به کار رفته است، تردید در مقصود از این عبارت، تردیدی درست است؛ زیرا چنین تعبیری هم شامل عدم نفوذ اصطلاحی می‌شود و هم شامل بطلان، ولی در دو ماده نام برده، قانون به روشنی از واژه «بطلان» استفاده کرده است.

البته جای این بحث باقی است که مبنای حکم به بطلان در این دو ماده چیست. در این مورد، سه احتمال وجود دارد:

۱. بطلان اجاره به دلیل مخالفت آن با «نهی قانونگذار» است. این احتمال قابل اعتنا نیست؛ چون درباره مواد مورد بحث ما، حکم روشنی مانند آنچه در ماده ۴۶۰ دیده می‌شود، وجود ندارد تا حکم بطلان به «نهی قانونگذار» استناد شود: «در بیع شرط، مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد، از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید». علاوه بر این، نهی قانونگذار در همه موارد باعث بطلان نیست؛ بنابراین باید در صدد یافتن مبنای دیگری باشیم.

۲. حکم بطلان ممکن است به تنافی اجاره با حق مشروطه استناد داده شود. تعبیر «والا اجاره تا حدی که منافی با حق بایع باشد، باطل است» در ماده ۵۰۰ پیش‌گفته نیز تا حدودی همین نکته را به ذهن القا می‌کند. چنان‌که پیش‌تر ملاحظه شد، درباره همین مسئله در فقه، تعداد کمی از فقها (یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۷۷) به بطلان تصرف مغایر فتوا داده‌اند و دلیل آن را مغایرت با شرط و تفویض حق مستأجر یا تحدید منافع دانسته‌اند؛ پس احتمال می‌رود که قانون مدنی در دو ماده ۴۵۴ و ۵۰۰ از همین نظریه پیروی کرده باشد، ولی چنان‌که قبلاً گفته شد، از مقررات مختلف قانون مدنی استفاده می‌شود که قانونگذار این نظریه را نپذیرفته است.

۳. توجیه دیگری که برای این دو ماده وجود دارد، عبارت است از فسخ اجاره قبل از تمام شدن موعد اجاره. توضیح اینکه در دیگر عقود غیر از اجاره، اثر فسخ و انفساخ به ماقبل سرایت نمی‌کند، بلکه عقد از زمان فسخ یا انفساخ از میان می‌رود، ولی نسبت به ماقبل صحیح است. به عبارت دیگر، عقد واحد بر حسب زمان به عقود متعدد تقسیم می‌شود: نسبت ماقبل صحیح و نافذ و نسبت به مابعد منفسخ می‌شود. در عقد اجاره نیز طبق نظری که به مشهور نسبت داده شده است، همین وضعیت حاکم است: اجاره

نسبت به بعد از فسخ، از میان می‌رود، ولی نسبت به پیش از آن صحیح است؛ در نتیجه، موجر نسبت به زمان پیش از فسخ، مستحق اجرت‌المسمی است.

برخی از فقها با انکار استناد این نظر به مشهور گفته‌اند: با پیدایش یکی از اسباب فسخ عقد در اثنای اجاره، عقد نه تنها نسبت به زمان بعد از فسخ، بلکه نسبت به زمان پیش از فسخ نیز از میان می‌رود و به عبارت دیگر، عقد از ابتدا باطل می‌شود؛ در نتیجه، موجر نسبت به زمان پیش از فسخ، مستحق اجرت‌المثل است (ر.ک به: همان، ص ۴۲-۴۳ و ۴۷-۴۸).

با توجه به این مطلب، به نظر می‌رسد قانون مدنی در دو ماده ۴۵۴ و ۵۰۰ از نظر اخیر پیروی کرده باشد. توضیح اینکه با فسخ عقد بیع توسط بایع، ملکیت مشتری - و در عین حال، موجر - نسبت به منافع مبیع - و در عین حال، عین مورد اجاره - از میان می‌رود و معلوم می‌شود که مستأجر مالک منفعت مورد اجاره نسبت به همه زمان اجاره نبوده، بلکه فقط مالک منفعت آن نسبت به زمان پیش از فسخ بوده است و از آنجا که بنا بر نظر اخیر، عقد اجاره قابل تبعض نیست، اجاره نسبت به همه مدت از میان می‌رود و معنای آن بطلان اجاره از ابتداست. با توجه به این مطلب، بطلان اجاره در دو ماده مذکور ناشی از ماهیت اجاره است و ربطی به تخلف از شرط اجاره‌ندادن مبیع ندارد و از این دو ماده نمی‌توان حکمی کلی درباره بطلان تصرف منافی با شرط استفاده کرد.

در تأیید این سخن می‌توان به سه نکته ذیل اشاره کرد:

۱. در هیچ‌یک از ابواب دیگر قانون مدنی، مقرراتی مانند این دو ماده وجود ندارد و چنین حکمی فقط در این دو ماده مربوط به باب اجاره دیده می‌شود.
۲. تعبیر به کار رفته در ماده ۴۵۴، قرینه‌ای بر تبعیت این ماده از نظر دوم است. در صدر این ماده آمده است: «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود، اجاره باطل نمی‌شود». این بخش از ماده متضمن قاعده‌ای کلی است که براساس آن، فسخ بیع باعث بطلان اجاره نمی‌شود. در اینجا قانون از عبارت «باطل نمی‌شود» استفاده کرده است که بیانگر عدم حصول و پیدا نشدن بطلان در زمان فسخ است، ولی در ذیل ماده که یک قاعده استثنایی در عقد اجاره را بیان می‌کند، از تعبیر «باطل است» استفاده کرده است که بیانگر وجود بطلان از ابتداست و این مطلب با نظر دوم موافق است.

۳. قرینه دیگر بر پیروی قانون مدنی از نظریه دوم این است که اگر قانون مدنی از این نظریه پیروی نکرده باشد، بطلان اجاره نسبت به پیش از فسخ، هیچ وجه فنی ندارد؛ چون مستأجر، مالک منفعت پیش از فسخ بوده است؛ از این رو، برخی حقوقدانان در ذیل ماده ۵۰۰ نگاشته‌اند: «به نظر می‌رسد که اجاره در هر حال تا زمان اعمال خیار، از طرف فروشنده نافذ باشد و پس از آن غیرنافذ و منوط به رضای مالک جدید (فروشنده) است» (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۶۵).

### ۲-۲-۲. در آثار حقوقی

در باره تصرفات منافی با شرط فعل، حقوقدانان ایران به صحت یا عدم نفوذ قائل‌اند. در ذیل، آرا و نظرات حقوقدانان را درباره برخی مواد قانون مدنی ملاحظه می‌کنیم:

۱. یکی از حقوقدانان با ابراز شگفتی از حکم ماده ۴۵۴ قانون مدنی، اجاره معارض با شرط را غیرنافذ می‌داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۲۹۴).

۲) برخی از حقوقدانان، «بطلان» در ماده ۵۰۰ قانون مدنی را به بطلان در صورت عدم اجازه ذی‌نفع حمل کرده‌اند (امامی، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۵۶۴-۵۶۵ / کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۳۶۵) و به گفته یکی از حقوقدانان، قانون مدنی در ماده ۵۰۰، اصطلاح «بطلان» را درست به کار نبرده است و شایسته بود عقد را فقط نسبت به زمان پس از فسخ غیرنافذ اعلام کند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۳۷۹، ش ۲۵۹).

چنان‌که ملاحظه می‌شود، شارحان قانون مدنی، بطلان در این مواد را به عدم نفوذ تفسیر کرده‌اند و معاملات مذکور در این مواد را از مصادیق معامله فضولی دانسته‌اند.

با این حال، برخی حقوقدانان حکم تصرفات مغایر با شرط نتیجه را از حکم تصرفات مغایر با شرط فعل تفکیک کرده، گفته‌اند: «در موردی که خریدار یا نماینده او از حق تصرف کردن در مبیع می‌گذرد، در اثر تراضی، اختیار او ساقط می‌شود. به عبارت دیگر، ملکیت ناقص به او انتقال می‌یابد. در نتیجه، اگر مبیع را انتقال دهد، باطل است؛ زیرا بنا به فرض، حق انتقال ندارد. آنچه اختیار مالک را سلب می‌کند، از قبیل «شرط نتیجه» است؛ زیرا نتیجه مورد نظر (سقاط حق انتقال) با تراضی و همراه با اصل معامله تحقق می‌یابد و اجرای آن نیاز به انجام دادن فعل خارجی ندارد. برعکس، در جایی که خریدار تعهد می‌کند تا اختیار خویش را به کار نبرد و از انتقال بپرهیزد، مفاد تراضی «شرط فعل» است، چون تحقق

نتیجه مورد نظر با عدم انجام فعل خارجی (عدم انتقال) صورت می‌پذیرد. انتقال مبیع نیز باطل نیست و فروشنده می‌تواند معامله اصلی را به دلیل تخلف از شرط فعل و عدم امکان الزام خریدار، فسخ کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۲۴۴-۲۴۵).

ایشان همچنین در جایی که بر مستأجر شرط شده باشد مورد اجاره را به غیر انتقال ندهد، قائل‌اند که اگر عدم انتقال به غیر، «قید» اجاره باشد، مالکیت منفعت به طور ناقص به مستأجر واگذار می‌شود و حق انتقال به غیر از وی سلب می‌گردد؛ پس اگر مورد اجاره را به دیگری اجاره دهد، عقد اخیر باطل است، ولی اگر عدم انتقال به غیر «شرط» در اجاره باشد، اجاره‌ای که بر خلاف این شرط انجام شده است، باطل نیست، ولی موجر حق دارد با استناد به تخلف از شرط، عقد نخست را فسخ کند. تعیین اینکه در قضیه‌ای خاص «عدم انتقال به غیر» شرط یا قید است، با قاضی است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۳۷۷).

برخی از اساتید دیگر نیز میان تصرف منافی با شرط فعل و نتیجه تفکیک کرده، گفته‌اند: هرگاه شرط فعل منفی، انجام‌ندادن یک عمل حقوقی مانند اجاره‌ندادن مبیع باشد و مشروط‌علیه برخلاف شرط عمل کند، معامله مذکور باطل نیست، ولی چون عدم فروش به حقی را به سود مشروط‌علیه ایجاد کرده است و او معامله را با لحاظ شرط انشا کرده است، در صورت تخلف از شرط می‌تواند معامله را فسخ کند. برعکس، در صورتی که چنین شرطی به صورت شرط نتیجه منفی باشد مثل اینکه شرط شود خریدار حق اجاره‌دادن مبیع را نداشته باشد و او برخلاف شرط عمل کند، چون به وسیله شرط، حق اجاره‌دادن از خریدار سلب شده، اجاره غیرنافذ است و تنفیذ آن در اختیار مشروط‌له است (شهیدی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۰ و ۱۷۷).

با این حال ایشان در بحثی درباره قرارداد تشکیل بیع، میان موردی که موضوع معامله کلی در ذمه باشد با موردی که موضوع معامله عین معین یا کلی در معین باشد، تفکیک کرده‌اند و در صورت اخیر، حق متعهدله بر مورد معامله را «نوعی حق عینی» دانسته، قرارداد مغایر با آن را غیرنافذ تلقی کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۷، ص ۳۰). به نظر می‌رسد ایشان باید دست‌کم درباره شرط فعلی که موضوع آن عین معین یا کلی در معین باشد نیز پیدایش «نوعی حق عینی» را بپذیرند و معامله مغایر با آن را غیرنافذ بدانند؛ چون ملاک معامله مذکور در شرط فعل نیز وجود دارد، ولی چنان‌که ملاحظه شد، ایشان معامله منافی با شرط فعل را صحیح دانسته‌اند.

### ۳. نظریهٔ مختار

مطالب مورد نظر خود دربارهٔ حکم تصرفات منافی با حق مشروطه در حقوق ایران را در چند بند خلاصه می‌کنیم:

۱. چنان‌که ملاحظه شد، در حقوق ایران دربارهٔ حکم تصرفات منافی با حق مشروطه، دو نظریه وجود دارد: الف) صحت؛ ب) تفصیل میان موارد؛ به این معنا که در موارد وجود حق عینی برای مشروطه، تصرف منافی با حق وی غیرنافذ و در دیگر موارد صحیح است. به عقیدهٔ ما نظریهٔ بطلان در هیچ موردی قابل دفاع نیست و در میان حقوقدانان ایران نیز طرفداری ندارد. حکم بطلان در مواد ۴۵۴ و ۵۰۰ قانون مدنی نیز با توجیهی که گفته شد، ارتباطی با تخلف از شرط ندارد و ناشی از طبیعت انفساخ اجاره براساس برخی نظریه‌های فقهی است. علاوه بر اینکه بیشتر فقها در مسئلهٔ مخالفت مستأجر با شرط اجاره‌ندادن مورد اجاره، به صحت یا عدم نفوذ اجارهٔ دوم قائل‌اند.

۲. نظریهٔ صحت مطلق نیز قابل پذیرش نیست. با توجه به اصل لزوم قراردادهای (مادهٔ ۲۱۹ قانون مدنی)، تصرف منافی قاعدتاً نباید بدون ضمانت اجرا باقی بماند و ضمانت اجرای آن طبق نظر قائلان به این نظریه باید جبران خسارت یا حق فسخ معاملهٔ مشروط (معاملهٔ اول) توسط مشروطه باشد، ولی در نظام حقوقی ایران، در صورت خودداری متعهد از انجام تعهد، نخستین راهی که در پیش روی متعهد قرار دارد، درخواست اجرای عین تعهد است و مادهٔ ۲۲۲ قانون مدنی در باب تعهدات اصلی و مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ این قانون در باب تعهدات فرعی (شرط ضمن عقد)، گواه این مدعاست؛ بنابراین تا زمانی که اجرای عین تعهد ممکن باشد، نباید به سراغ شیوه‌های دیگر رفت و نظریهٔ صحت همراه با شناسایی حق جبران خسارت برای مشروطه یا امکان فسخ معاملهٔ مشروط، با این امر سازگار نیست.

علاوه بر این، نظریهٔ صحت و رجوع مشروطه به بدل در برخی موارد با اشکال دیگری نیز روبه‌روست و آن عدم مصلحت مشروطه است؛ یعنی در مواردی که موضوع شرط عدم انتقال عین معینی به منظور امکان استرداد آن است، انتقال آن باعث می‌شود حق مشروطه از عین به بدل انتقال یابد و این امر در جای خود باعث می‌شود وثیقهٔ عینی مشروطه به وثیقهٔ دینی تبدیل شود. تبدیل وثیقهٔ عینی به دین، این خطر را برای مشروطه دارد که ممکن است با اعسار مواجه شود و نتواند به حق خود برسد.



۳. نویسنده معتقد است همان‌طور که در تحلیل و بررسی نظریه‌های فقهی گفته شد، تصرفات منافی با حق مشروطه در همه موارد غیرنافذ است. عدم نفوذ تصرف منافی دائرمدار وجود یا عدم وجود حق عینی تبعی برای مشروطه نسبت به مورد شرط نیست، بلکه در مواردی نیز که چنین حقی برای وی وجود ندارد، تصرف منافی به دلیل منافات با حق مشروطه نسبت به خود شرط و نیز با اصل لزوم قرارداد و لزوم وفای به شرط، بی‌اثر است؛ بنابراین تفصیل میان موردی که موضوع شرط، عین معین یا کلی در معین است با موردی که موضوع آن کلی در ذمه است، وجهی ندارد. توضیح این دو نکته را در ذیل خواهیم دید.

۴. چنان‌که گفتیم، یکی از ادله عدم نفوذ تصرف منافی، منافات آن با اصل لزوم (ماده ۲۱۹ قانون مدنی) است، با این توضیح که تصرف منافی به معنای فسخ عملی بخشی از قرارداد به وسیله مشروط‌علیه است و این امر با حکم وضعی لزوم عقد و ممنوعیت و بی‌اثر بودن چنین فسخی ناسازگار است، ولی چون مبنای قاعده لزوم، حفظ حق مشروطه است، اجازه او پس از وقوع تصرف منافی باعث نفوذ آن می‌شود. البته همان‌طور که در تحلیل فقهی این مسئله گفته شد، اثر چنین اجازه‌ای ممکن است همانند اجازه عقد فضولی باشد یا به همراه تصرف منافی باعث تشکیل اقاله شود. پذیرش این امر به عنوان اقاله، از لحاظ قانون مدنی با مشکلی مواجه نیست؛ زیرا طبق این قانون «اقاله به هر لفظ یا فعلی واقع می‌شود که دلالت بر به هم زدن معامله کند» (ماده ۲۸۴). همچنین، لازم نیست اقاله درباره کل قرارداد باشد و طبق ماده ۲۸۵ این قانون «موضوع اقاله ممکن است تمام معامله واقع شود یا فقط مقداری از مورد آن»؛ بنابراین ممکن است فقط بخشی از قرارداد که متضمن شرط فعل است اقاله شود.

۵. درباره عدم نفوذ تصرف منافی می‌توان به تعارض آن با حق مشروطه بر مورد شرط نیز استناد کرد. توضیح اینکه حق مشروطه به طور مستقیم به خود عمل حقوقی مورد شرط در عالم اعتبار تعلق گرفته است؛ بنابراین متعلق شرط، عنوان «فروش» یا «اجاره» و امثال آن است و مشروطه به حفظ این حق مکلف است. معامله منافی باعث از میان رفتن این حق می‌شود و در نتیجه غیرنافذ است. البته ممکن است در برخی موارد حق وی از این عنوان به متعلق آن - مانند خانه و زمین - نیز سرایت کند (ر.ک به: یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۳۲)، ولی برای حکم به عدم نفوذ معامله منافی، تعلق

حق مشروطه به مورد شرط، ضروری نیست و تعلق حق وی به عنوان شرط یعنی خود عمل حقوقی مورد شرط، کافی است. در برخی موارد، تعلق حق به موضوع شرط ممکن نیست؛ مانند شرط طلاق یا نکاح با فلان زن. در حالی که نظریه عدم نفوذ، عام است و اختصاص به موارد وجود حقی برای مشروطه نسبت به مورد شرط ندارد.

۶. برخی از فقها برای صحت تصرف منافی به وجود شرایط و ارکان معامله و عدم وجود مانع استناد کرده‌اند و حق مشروطه را مانع تأثیر و نفوذ تلقی نکرده‌اند (اصفهان‌ی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۲۰۱-۲۰۲ / امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۴۷). از لحاظ حقوقی و با پذیرش نظریه منع از سوء استفاده از حق (اصل ۴۰ قانون اساسی) باید گفت بر فرض که مشروطه‌علیه حق انجام تصرف منافی را داشته باشد، اعمال این حق نباید توأم با سوء استفاده باشد و باعث تضییع حق مشروطه شود؛ بنابراین و براساس نظریه مذکور، مشروطه‌علیه از ابتدا حق چنین تصرفی را ندارد و در صورت انجام آن، رعایت حق مشروطه ایجاب می‌کند که معامله غیرنافذ باشد.

## نتیجه

چنان‌که ملاحظه شد، هریک از سه نظریه صحت، بطلان و عدم نفوذ تصرفات منافی با حق شرط، طرفداران بزرگی در فقه دارد و هر یک از ایشان ادله قابل توجهی در تأیید نظر خود و رد نظر دیگران اقامه می‌کند. در حقوق ایران نیز دو نظریه صحت و تفصیل میان موارد یافت می‌شود، ولی در مجموع می‌توان گفت:

۱. نظریه بطلان مطلق طرفدار زیادی در فقه ندارد و در مقابل این نظریه، بیشتر فقها قائل به صحت مطلق یا با اجازه مشروطه‌اند. همین وضعیت در حقوق ایران نیز وجود دارد و با اینکه در برخی از مواد مربوط به این بحث در قانون مدنی، واژه «بطلان» به کار رفته است، حقوقدانان آن را بر بطلان بدون اجازه مشروطه حمل کرده‌اند و معاملات مشمول این مواد را از مصادیق فضولی دانسته‌اند.

۲. از میان دو نظریه صحت که در فقه مطرح شده است، به نظر می‌رسد نظریه صحت با اجازه مشروطه موجه‌تر است و در تأیید آن می‌توان گفت معامله فضولی در فقه به عنوان یک نظریه عمومی و مطابق با قواعد شناخته می‌شود و در هر مورد که

معامله‌ای به دلیل تعلق حق شخص ثالث به خود آن معامله یا موضوع آن نافذ نباشد، اجازه آن شخص باعث نفوذ آن معامله می‌شود (انصاری، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۱۵۵-۱۵۴ / امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۱۹۲ / خویی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۳۴۹ / همان، ج ۴، ص ۴۳-۴۵ / همان، ج ۵، ص ۲۴۰ / همان، ج ۵، ص ۲۵۲ / روحانی، ۱۳۷۱، ج ۲۰، ص ۱۲۶ / موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ج ۲۱، ص ۹۶ / همان، ج ۱۶، ص ۲۹۷-۲۹۸). به عبارت دیگر، در هر موردی که عدم صحت معامله‌ای به دلیل وجود حقی برای شخص ثالث باشد و اذن وی برای صحت معامله کافی باشد، اجازه بعدی وی نیز می‌تواند معامله را تصحیح کند (موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ج ۱۷، ص ۲۸-۲۹؛ «فکل مورد یكون عدم الصحة لحق الغير و یکفی اذنه السابق تکفی اجازته اللاحقة»). اذن سابق با اجازه لاحق در دلالت بر رضا تفاوتی با یکدیگر ندارند و تفاوت آنها در تقدم و تأخر است (همان، ج ۲۱، ص ۹۷، پاورقی ۸۶؛ «لانه لا فرق بين الإذن السابق والاجازة اللاحقة من جهة الدلالة على الرضا الا بالسبق واللحق») و درباره موضوع بحث نیز چنان که دیدیم، حتی قائلان به بطلان مطلق نیز معتقدند اذن سابق مشروطه باعث صحت و نفوذ تصرف مغایر با شرط می‌شود و چنان که گفتیم، بحث از حکم تصرف منافی با شرط در صورتی مطرح می‌شود که اذن سابق مشروطه در کار نباشد، وگرنه تصرف، صحیح است.

درباره قانون مدنی نیز معامله فضولی یک قاعده عمومی است. به گفته یکی از حقوقدانان: «از ظاهر قانون مدنی که معامله فضولی را در شمار قواعد عمومی معاملات آورده است و مفاد مواد ۳۰۴، ۵۸۱، ۶۷۴ و ۱۰۷۳ به خوبی برمی‌آید که احکام مربوط به معامله فضولی، در زمره قواعد عمومی است و در هر مورد که نیابت امکان داشته باشد، باید رعایت شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۱۰۲). برخی از حقوقدانان دیگر نیز گفته‌اند: «غیرنافذ بودن عقد به موارد فضولی متعارف؛ یعنی جایی که عین یا منفعت مال متعلق به غیر، بدون اذن وی مورد معامله قرارگیرد، منحصر نمی‌شود، بلکه اگر مالی که موضوع حق شخصی است به وسیله عقدی، بدون اذن صاحب حق و بدون رعایت حق او به ثالث منتقل شود، عقد مذکور نیز غیرنافذ است» (شهیدی، ۱۳۷۵، ص ۳۲-۳۴).

## منابع

۱. اصغرزاده بناب، مصطفی؛ مجموعه محشای آرای وحدت رویه حقوقی؛ هیئت عمومی دیوان عالی کشور؛ چ ۱، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
۲. اصفهانی، شیخ محمدحسین؛ بحوث فی الفقه: کتاب الاجارة؛ چ ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۹ق.
۳. —؛ حاشیه‌المکاسب؛ ج ۵، چ ۱، قم: ذوی القربی، ۱۴۱۹ق.
۴. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، ۲ و ۴، چ ۴، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۶.
۵. آملی، محمدتقی؛ کتاب‌المکاسب والبیع (تقریر درس آیت‌الله نائینی)؛ چ ۲، قم: مؤسسه‌النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
۶. انصاری، مرتضی؛ کتاب‌المکاسب؛ ج ۳ و ۶، چ ۱، قم: کنگره شیخ انصاری، ۱۴۲۰ق.
۷. بجنوردی، سیدمحمدحسن؛ القواعدالفقهیه؛ ج ۱، ۲ و ۳، چ ۱، قم: الهادی، ۱۳۷۷.
۸. بحرالعلوم، جعفرین محمدباقر؛ بلغةالفقیه؛ ج ۳، تهران: مکتبه‌الصادق، ۱۳۶۲.
۹. بهجت، محمدتقی؛ توضیح‌المسائل، قم: دفتر حضرت آیت‌الله العظمی بهجت، ۱۳۷۸.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مجموعه محشای قانون مدنی؛ چ ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۹.
۱۱. حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل‌الشیعه؛ ج ۱۳ و ۱۴، بیروت: دار احیاءالتراث، ۱۳۲۴.
۱۲. حسینی سیستانی، سیدعلی؛ المسائل‌المنتخبه؛ ویراست دوم، قم: باقیات، ۱۴۲۷ق.
۱۳. —؛ منهاج‌الصالحین؛ ج ۳، چ ۱، قم: مکتب آیت‌الله العظمی السیدالسیستانی، ۱۴۱۶ق.
۱۴. حسینی مراغی، سیدمیرعبدالفتاح؛ عناوین ضمان: اسباب و مسقطات؛ تحقیق: محمدجواد شریعت‌باقری؛ تهران: میزان، ۱۳۸۵.
۱۵. حکیم، سیدمحسن؛ مستمسک عروة‌الوئقی؛ بیروت: دار احیاءالتراث العربی، ۱۳۹۱ق.

۱۶. —: نهج الفقاهه؛ قم: انتشارات ۲۲ بهمن، [بی تا].
۱۷. حکیم، سید محمد سعید؛ منهاج الصالحین؛ ج ۲، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۰۰ق.
۱۸. حلی [علامه]، حسن بن یوسف؛ تذکرة الفقهاء، ج ۱۰، چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۲۰ق.
۱۹. خمینی [امام]، روح الله؛ تحرير الوسیله؛ ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۷۳.
۲۰. —: کتاب البیع؛ ج ۵، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
۲۱. —: منهاج الوصول الی علم الاصول؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۳.
۲۲. خمینی، سید مصطفی؛ خيارات؛ ج ۲، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۶.
۲۳. خوانساری، سید احمد؛ جامع المدارک؛ ج ۳، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۴.
۲۴. خویی، سید ابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة؛ ج ۲، ۳، ۴، ۵ و ۷، چ ۱، بیروت: دارالهادی، ۱۴۱۲ق.
۲۵. —: منهاج الصالحین؛ ج ۲، چ ۲۶، قم: مدينة العلم، ۱۴۱۰ق.
۲۶. روحانی، سید محمد صادق؛ منهاج الصالحین؛ ج ۲، چ ۲، کویت: مكتبة الألفین، ۱۴۱۴ق.
۲۷. —: فقه الصادق؛ ج ۲۰، قم: دارالکتاب، ۱۳۷۱.
۲۸. سبحانی، جعفر؛ تهذیب الاصول: تقرير بحث امام خمینی؛ چ ۳، قم: دارالفکر، ۱۳۶۷.
۲۹. سبزواری، مولی محمد باقر؛ کفاية الاحکام؛ ج ۱، چ ۱، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۲۳ق.
۳۰. شهید اول (محمد بن جمال الدین عاملی)؛ اللمعة الدمشقية؛ قم: انتشارات دارالفکر، ۱۴۱۱ق.
۳۱. شهید ثانی (زین الدین بن علی عاملی)؛ مسالك الافهام؛ ج ۳ و ۵، چ ۱، قم: مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۴ق.
۳۲. شهیدی، مهدی؛ شروط ضمن عقد؛ چ ۲، تهران: مجلد، ۱۳۸۷.
۳۳. —: مجموعه مقالات حقوقی؛ چ ۱، تهران: حقوقدان، ۱۳۷۵.

۳۴. شوشتري، اسدالله؛ مقابس الانوار؛ قم: آل البيت، [بی تا].
۳۵. صافی، لطف‌الله؛ هدایة العباد، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۳۷۴.
۳۶. قمی، میرزا ابوالقاسم؛ جامع الشتات؛ مصحح مرتضی رضوی؛ ج ۳، چ ۱، تهران: کیهان، ۱۳۷۱.
۳۷. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی: دوره عقود معین، ج ۱، چ ۴، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱.
۳۸. \_\_\_\_\_؛ قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی؛ ج ۱، چ ۳، تهران: شرکت انتشار، ۱۳۷۸.
۳۹. \_\_\_\_\_؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۲، چ ۴، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶.
۴۰. \_\_\_\_\_؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۳، چ ۲، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶.
۴۱. گلبایگانی، سیدمحمد رضا؛ هدایة العباد؛ ج ۲، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۳۷۱.
۴۲. مجموعه روئے قضایی سال ۱۳۴۸؛ آرشیو حقوقی کیهان.
۴۳. مجموعه روئے قضایی کیهان: رأی اصراری ش ۲۸۷-۱۳۴۵/۳/۸، به نقل از: مهدی شهیدی.
۴۴. منصور، جهانگیر؛ قانون مدنی با آخرین اصلاحیه‌ها و الحاقات؛ تهران: دیدار، ۱۳۷۸.
۴۵. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی؛ مهذب الاحکام؛ ج ۲۱، چ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۶ق.
۴۶. نجفی خوانساری، موسی؛ مثنیة الطالب: تقریر درس نائینی؛ ج ۱، ۲ و ۳، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق.
۴۷. نراقی، احمد؛ مستند الشیعه؛ ج ۱۴، چ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ق.
۴۸. وحید خراسانی، حسین؛ منهاج الصالحین؛ ج ۳، قم: مدرسه باقر العلوم، ۱۴۲۱ق.
۴۹. یزدی، سید محمد کاظم؛ العروة الوثقی، ج ۴، ۵ و ۶، چ ۱، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۲۰ق.
۵۰. \_\_\_\_\_؛ حاشیة المکاسب؛ ج ۱ و ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.