

ضمانت اجرای شرط فعل و آثار آن در مذاهب خمسسه و حقوق ایران

احمد رضوانی مفرد،^۱ میثم محمدی،^۲ مریم زیوری مهربان^۳
(تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۴/۲۲، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۷/۲۴)

چکیده

در زندگی روزمره، اشخاص در قالب شروط ضمن عقد تعهداتی را به عهده می‌گیرند که یکی از مهمترین آنان شرط فعل است که کاربرد زیادی دارد. بر اساس ادله شروط بر مشروط علیه واجب است که به مفاد شرط عمل کند و اما گاهی ممکن است وی به تعهدات خود عمل نکند و تخلف از شرط فعل صورت گیرد که در خصوص ضمانت اجرای آن اختلافات گسترده‌ای وجود دارد و از این رو، هدف از پژوهش حاضر، بررسی تطبیقی ضمانت اجرای شرط فعل در فقه امامیه و فقه اهل سنت و قانون مدنی است. بنابر نظر مشهور فقهای امامیه که قانون مدنی نیز از آن پیروی کرده است ضمانت اجرای شرط فعل در وهله اول اجبار مشروط علیه بر انجام تعهد است و در صورت تعذر اجبار برای مشروط له حق فسخ به وجود می‌آید که امروزه محدودیتهایی در بر دارد، اما برخی قائل بر هم عرض بودن حق اجبار و حق فسخ هستند که طرفداران خود را دارد. در بین فقهای اهل سنت نیز با توجه به تقسیمات شرط، در خصوص ضمانت اجرا اختلاف نظرانی وجود دارد که برخی

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا / a.rezvanimofrad@basu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه بین‌المللی مذاهب اسلامی (نویسنده مسئول) /

meysam.m1370@gmail.com

۳. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه بوعلی سینا /

mzivarymerban@ymail.com

قائل به نظریه طولی بودن ضمانت اجرا و برخی قائل به فسخ ابتدائی بدون حق اجبار هستند.

کلیدواژه‌ها: شرط ضمن عقد، شرط فعل، تخلف از شرط فعل، حق اجبار، حق فسخ.

طرح مسئله

گسترده‌گی روابط اقتصادی و تجاری جامعه امروز انعقاد قراردادهای تخصصی با چندین تعهد جانبی را اقتضا می‌کند، به طوری که امروزه کمتر قراردادی منعقد می‌شود که شرطی در متن آن نیامده باشد و از این رو در ضمن عقد، تعهداتی را به عهده می‌گیرند و در اکثر این قراردادها شروطی به نفع احد متعاملین یا شخص ثالثی درج می‌شود که از جمله آنها شرط فعل است. قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه شروط صحیح را به سه قسم تقسیم نموده است که مهمترین و شایعترین اقسام شروط قابل درج در ضمن عقد، شرط فعل است که نقش بسیار مهم و مؤثری را در تنظیم روابط یک قرارداد ایفا می‌کند اما گاهی ممکن است شخص متعهد در مقام ایفاء تعهد به موضوع شرط عمل نکند و مشروط له به هدف خود نرسد، در چنین مواردی حمایتی که قانون‌گذار از ذینفع شرط می‌کند از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است. از آنجایی که هر تکلیف قانونی یا قراردادی از ضمانت اجرای متناسب با موضوع و هدف خود بهره می‌برد به همین دلیل بررسی ضمانت اجرا با توجه به گسترده‌گی روابط افراد ضروری است، هرچند پژوهشهایی در زمینه ضمانت اجرای شرط فعل صورت گرفته است، اما با رویکردی تطبیقی بین مذاهب خمس و حقوق ایران دیده نمی‌شود. در هر حال، این پژوهش با روشی توصیفی تحلیلی دیدگاهها را بررسی کرده و تمایز و تشابه آنان را بیان نموده است. در ادامه به انواع شرط فعل و مفاد و ضمانت اجرای آن از دیدگاه فقها و حقوقدانان پرداخته می‌شود.

مفهوم‌شناسی

معنای شرط از دو حیث لغوی و اصطلاحی قابل بررسی است که در ادامه به بیان آن پرداخته خواهد شد.

۱. معنای لغوی شرط

در اکثر کتب لغت در تعریف شرط آمده است: «الشرط الزام الشيء و التزامه فی البیع و نحوه» که بدین معناست: «شرط الزام و التزام در ضمن بیع و مانند آن» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۳۲۹؛ فیروزآبادی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۶۸).

۲. معنای اصطلاحی شرط

از نظر اصطلاحی برای شرط معانی متفاوتی بیان شده است که هر کدام در جایگاه خود مورد استفاده قرار می‌گیرد. شرط در حقوق مدنی به دو معنی استعمال می‌شود: گاهی از شرط چیزی را اراده می‌کنند که وجود یا تأثیر یک امر حقوقی به آن بستگی دارد، گاهی شرط به معنی دیگر به کار می‌رود که عبارت است از: توافقی که افراد ضمن عقد دیگری می‌کنند. این نوع توافق تابع عقد دیگر است و استقلال ندارد و در صورت بطلان یا انحلال عقد اصلی، باطل یا از بین رفته به شمار می‌آید. شرط بدین معنی شرط ضمن العقد یا ضمن عقد نامیده می‌شود (صفایی، ۱۳۹۲ش، ج ۲، ص ۱۸۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ش، ص ۳۸۰).

انواع شروط صحیح ضمن عقد در مذاهب خمس و حقوق ایران

با توجه به تقسیم‌بندیهای صورت‌گرفته از دیدگاههای مختلف در خصوص شروط صحیح ضمن عقد، در ادامه به بررسی انواع آن پرداخته می‌شود.

۱. انواع شروط صحیح ضمن عقد در فقه امامیه و حقوق ایران

قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه شروط صحیح ضمن عقد را به سه قسم تقسیم نموده که عبارت است از: ۱. شرط صفت؛ ۲. شرط نتیجه؛ ۳. شرط فعل. شرط فعل از اهمیت بالایی برخوردار بوده، چرا که شایعترین شروط ضمن عقد است. طبق ماده ۲۳۴ قانون مدنی: «شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.» با توجه به تعریف و ماهیت شرط فعل به چهار قسم قابل تقسیم است که عبارت است از: شرط فعل مثبت مادی، شرط فعل منفی مادی، شرط فعل مثبت حقوقی و شرط فعل منفی حقوقی.

در خصوص مفاد شرط فعل چه مثبت چه منفی در فقه امامیه نظریه‌های مختلفی ارائه شده است نظر مشهور فقهای امامیه بر این است که وفای به شرط یک تکلیف شرعی محض است و این وجوب وفا شامل عقد با همه اجزای آن از جمله شرط ضمن عقد می‌شود. انصاری ادله موافقین نظریه تکلیف محض را به ترتیب بیان می‌کند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۶۲) که در رأس آن حدیث نبوی «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۵، ص ۳۰). لحن حدیث گرچه به گونه اخباری است نه انشایی اما در مقام انشاء و تشریح صادر شده است چون بسیاری از مؤمنان به تعهدات خود عمل نمی‌کنند (محقق داماد، ۱۳۸۸ش، ص ۳۰۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱ش، ص ۲۵۴). خوبی مفاد روایت را صرفاً حکم تکلیفی می‌داند (خوبی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۹۰).

دلیل دیگر موثقه اسحاق بن عمار از امام صادق علیه السلام و ایشان از پدر بزرگوارشان امام محمد باقر علیه السلام نقل می‌کند که: «انَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ علیه السلام كَانَ يَقُولُ مَنْ شَرَطَ لَامْرَأَتَهُ شَرْطًا فَلَيْفَ لَهَا بِهِ، فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ حَلَّلَ حَرَامًا» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۲، ص ۳۵۳). حضرت علی علیه السلام می‌فرمود کسی که شرطی به نفع زنش نمود باید به آن شرط نسبت به زنش وفا نماید، چرا که مسلمانان ملتزم به شروطی هستند که می‌نمایند مگر اینکه آن شرط، شرطی باشد که حلالی را حرام یا حرامی را حلال نماید که در این صورت وفا به آن واجب نیست. از جمله دلایلی که انصاری به آن اشاره کرده اجماع است که به نقل از حلی آن را بیان می‌کند: «فی التذکرة: لو اشترى عبداً بشرط أن يعتقه المشتري صحَّ البيع و لزم الشرط عند علمائنا أجمع» (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۰، ص ۲۷۲). اگر کسی بنده‌ای را بفروشد به شرط این که مشتری آن را آزاد کند بیع صحیح است و شرط نزد علمای ما لازم است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۴). به موجب این نظریه کسانی که از تکلیف ذی‌نفع هستند می‌توانند مطالبه کنند ولی نمی‌توانند اسقاط کنند مانند حکم تکلیفی وجوب نفقه اقارب که به عهده شخص قرار می‌گیرد (محقق داماد، ۱۳۸۸ش، ص ۳۰۴). از نظر طباطبایی یزدی نظر انصاری درباره مفاد شرط نمی‌تواند حکم تکلیفی محض باشد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ش، ج ۳، ص ۱۶۰). چون در یک جا نظریه حق ذمی را قابل توجیه دانسته و بیان می‌کند: «اگر شرط عملی باشد که ارزش مالی دارد و به عهده مشروط علیه قرار گیرد مانند خیاطت لباس و مشروط علیه از انجام آن متعذر شود در اینکه مشروط له حق دارد اجرت آن را مطالبه کند یا حق فسخ دارد هر دو احتمال قابل توجیه است»

(انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۷۴). قانون مدنی نیز نظر مشهور فقها، تکلیف شرعی محض را پذیرفته و در رویه ملاک عمل واقع شده است.

در مقابل نظر مشهور، برخی بر این نظرند که مفاد شرط فعل هیچ گونه تکلیفی را بر عهده مشروط علیه قرار نمی دهد و مشروط له را بر سرنوشت عقد مسلط می کند و در انتخاب فسخ عقد یا ابقای آن مخیر می گرداند. دلیل اصلی طرفداران این نظریه، حکومت اصالة العدم در مقام تردید است. اشکالی که بر این نظریه وارد شده این است که ادله شرط متضمن حکم تکلیفی نیز هستند (همان، ج ۶، ص ۶۴). از جمله طرفداران این نظریه شهید اول است (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۱۲۰). شهید ثانی بعد از تنقیح و تبیین نظر شهید اول نظر خود را این گونه بیان می کند: «نظر اقوی لزوم و وجوب ایفای شرط از جانب مشروط علیه است و کسی منکر وجوب وفا لزوم وفای به عهد نشده است» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۵۰۶). با توجه به نظرات فقهای امامیه که بیان گردید، نظر نویسنده بر این است که مفاد شرط فعل تکلیف شرعی محض است و الزام و التزام را در بر دارد به این دلیل که اگر آن را تکلیفی بر عهده مشروط علیه ندانیم هدف از درج شرط بر آورده نخواهد شد و در این صورت فرقی بین وجود و عدم شرط در ضمن عقد نخواهد بود و مشروط علیه را نمی توان بر انجام آن ملزم نمود و به مقصود خود رسید.

۲. انواع شروط صحیح ضمن عقد در مذاهب اهل سنت

فقهای اهل سنت نیز به میحث شرط در کتب خود اشاره نموده اما به طور جداگانه فصلی را به آن اختصاص نداده اند و با توجه به بیان آنان در مصادیق، در خصوص شروط صحیح ضمن عقد آن را به اعتبارات مختلف تقسیم کرده و ضمانت اجرای آن را مطرح نموده اند.

شروط صحیح ضمن عقد در فقه اهل سنت به دلیل اتباع از روایاتی که با مضمون نهی نبی از بیع و شرط، نهی نبی از بیع و دو شرط به دلیل منافات با مقتضای عقد و نهی نبی از شروطی که در کتاب خدا یا سنت نیامده و نهی نبی از تعدد صفتی اصل بر منع در شرط گذاشته شده است. همان طور که در حدیث آمده است پیامبر اکرم ﷺ می فرماید: «لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَ بَيْعٌ، وَ لَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ، وَ لَا تَبِعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» (ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۴، صص ۱۶۹ و ۷۶). این شروط به صورت محدود در بین فقهای اهل سنت پذیرفته شده و هر کدام تقسیم بندی خود را دارند.

۲-۱. دیدگاه حنفیه

شروط ضمن عقد در مذهب حنفیه به سه قسم شروط صحیح، فاسد و باطل تقسیم می‌گردد (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، صص ۱۳-۱۸) و شروط صحیح ضمن عقد در مذهب حنفیه به اقسام زیر تقسیم شده است:

الف) شرطی که مقتضای عقد است؛ مانند شرط تسلیم مبیع یا ثمن (همان، ج ۱۳، ص ۱۴).
 ب) شرطی که ملائم با مقتضای عقد است؛ مانند شرط دادن رهن یا ضامن برای ثمن. مذهب حنفیه این شروط را بر اساس استحسان جایز می‌داند، چون بر اساس قیاس، این‌گونه شروط در ظاهر مخالف با مقتضای عقد است پس فاسد و مفسد عقد است (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، صص ۳۴۶۹-۳۴۷۱؛ سنهوری، ۱۹۵۴م، ج ۳، ص ۱۰۸).

ج) شرطی که در شرع بر جواز آن تصریح شده باشد؛ مانند شرط خیار، آنچه با قیاس صحیح ثابت شده شرع هم آن را قابل اعتبار می‌داند (ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۱۲۷؛ زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۴۶۷).

د) شروطی که مورد تعامل مردم است و در میان مردم جاری است و از باب استحسان صحیح شمرده‌اند، چون چیزی که با عرف ثابت شده باشد و مخالف با نص و قرآن نباشد ثابت به دلیل شرعی است و عرف نزد مذهب معتبر است (همان، ج ۵، ص ۳۴۷۱).

اینکه شرطی فاسد و مفسد محسوب می‌شود به این خاطر است که شرط با هیچ یک از موارد شروط صحیح ذکر شده مطابق نباشد و اما دارای منفعتی برای یکی از طرفین متعامل باشد (سنهوری، ۱۹۵۴م، ج ۳، ص ۱۲۳) و مثلاً شخصی خانه خود را بفروشد به این شرط که یک ماه بایع در آن سکونت کند (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۴۷۱). به این دلیل که منفعتی زیاده دارد و عوضی در برابر آن نیست، پس ربا تلقی می‌گردد و اما طبق استحسان که مذهب حنفیه آن را قبول دارد این شرط صحیح و جایز است. برای مثال شخصی قفل را به شرط نصب خریداری کند. شرط باطل از دیدگاه مذهب احناف شرطی است که علاوه بر اینکه جز شروط صحیح نیست، شرطی هم که به نفع یکی از متعاملین است نباشد؛ مثلاً زوج در هنگام عقد ازدواج شرط کند که به زوجه نفقه نمی‌دهد و یا وی ارث نبرد (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۱۵) یا اینکه بایع شرط کند مشتری مبیع را بفروشد که این نوع شروط از باب ربا باطل است و از نظر حنفیه مفسد عقد نیست (همان، ج ۱۳، ص ۱۵).

۲-۲. دیدگاه مالکیه

شروط صحیح ضمن عقد در مذهب مالکیه به اقسام زیر تقسیم می‌گردد:
الف) شرطی که مقتضی عقد باشد.

ب) شرطی که عقد اقتضای آن را ندارد و اما منافاتی هم با مقتضای عقد ندارد که این نوع از شروط بر خلاف شروط دسته دوم مذهب حنفیه می‌باشد و مذهب مالکیه بر این عقیده است همین که شرط منافی مقتضای عقد نباشد کافی است و این نوع شرط اصل جایز شناخته می‌شود، اما مذهب حنفیه معتقدند که شرط باید ملائم با مقتضای عقد باشد (سنهوری، ۱۹۵۴م، ج ۳، ص ۱۱۳).

ج) شروطی که به مصلحت عقد است. مذهب مالکیه برخلاف مذهب حنفیه شروطی که ملائم با مقتضای عقد است و شروطی که مورد تعامل مردم است را ذیل این دسته از شروط آورده و عنوان واحدی به آن اختصاص داده است. این مذهب هم، همچون مذهب حنفیه با توجه به نصوص وارده در خصوص منع تعدد صفقه، شرط یک عقد در ضمن عقد دیگر ممنوع است (همان، ج ۳، ص ۱۶۷) و اما برخلاف مذهب حنفیه که طبق اصل نهی نبی از بیع و شرط، از درج شروطی که صحیح نیستند و اجازه درج ندارند، در مذهب مالکیه تخطی شده است (همان، ج ۳، ص ۱۶۰).

۲-۳. دیدگاه شافعیه

تقسیم شروط صحیح در مذهب شافعیه به مذهب حنفیه نزدیک است که عبارت است از:
الف) شرطی که مقتضی عقد است.

ب) شرطی که ملائم عقد یا حاجت مردم به آن است. در مذهب شافعیه فرقی بین این دو شرط نیست و هر دو تحت یک عنوان ذکر شده است (همان، ج ۳، صص ۱۵۲-۱۵۳ و ۱۱۲).
در مذهب شافعیه نیز مانند بقیه مذاهب شرطی که جزو شروط صحیح ذکر شده، نباشد و منفعتی برای متعاقدین نداشته باشد، طبق روایات وارد شده مبنی بر نهی نبی فاسد و مفسد است و اما در مذهب حنفیه در غیرمعاوضات فقط شرط باطل است و عقد صحیح است (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۴۷۴) و نیز با توجه به نهی نبی از تعدد صفقه، در این مذهب، تعدد صفقه ممنوع است (سنهوری، ۱۹۵۴م، ج ۳، ص ۱۵۴).

۲-۴. دیدگاه حنبلیه

دیدگاه مذهب حنبلیه نسبت به سه مذهب دیگر به شروط بلند نظرتر است و طبق اصل لزوم وفای به عقد زمانی که دلیلی از طرف شارع بر عدم صحت ذکر نشده باشد تمام شروط را قبول دارند و شروط در این مذهب به اقسام زیر تقسیم می‌گردد:

الف) شرطی که مقتضی عقد است؛ مانند خیار مجلس، قبض فی الحال، تسلیم ثمن و مبیع (جزیری، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۲۰۷؛ ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۴، ص ۱۷۰).

ب) شرطی که مصلحت عقد یا متعاقدين به آن تعلق می‌گیرد (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۴۷۴؛ سنه‌وری، ۱۹۵۴م، ج ۳، ص ۱۱۲؛ جزیری، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۲۰۷)؛ مانند شرط خیار، رهن و ضمان در عقد (ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۴، ص ۱۷۰). شرطی که دارای منفعت معلوم برای احد متعاملین باشد نیز ذیل این دسته از شروط درج می‌شود.

در مذهب حنبلیه به دلیل اتباع از روایاتی که از بیع و دو شرط منع نموده است درج بیشتر از یک شرط که دارای منفعتی معلوم برای طرفین است جایز شمرده نمی‌شود؛ مانند اینکه شخصی پارچه‌ای بخرد و شرط بریدن و خیاطت آن را بنماید در صورتی که اگر یکی از این شروط درج شود بیع و شرط صحیح شمرده می‌شود (سنه‌وری، ۱۹۵۳م، ج ۳، ص ۱۶۲؛ زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۴۷۴). در این مذهب لازم نیست که شرط دارای منفعتی معلوم برای یکی از طرفین باشد بلکه همین قدر که به مصلحت عقد یا متعاقدين به آن تعلق گیرد کافی است و صحیح شمرده می‌شود و تعدادی از فقهای مذهب حنبلیه راه را برای اراده ملکف باز گذاشته‌اند (ابن تیمیه، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۷۶).

از جمله استثنائات اصل لزوم وفای به عقود در این مذهب هم‌چون مذهب حنفیه و مالکیه اجازه شرط عقد در ضمن عقد دیگر به دلیل منع تعدد صفت داده نمی‌شود و فاسد و مفسد عقد است (سنه‌وری، ۱۹۵۴م، ج ۳، ص ۱۱۴؛ ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۴، ص ۱۷۰) و از طرفی شروطی که منفعتی برای یکی از طرفین ندارد برای مثال بایع بر مشتری شرط کند که از مورد معامله منتفع نگردد مثل فروختن به شرط نبخشیدن یا عدم بیع، که در نزد مذهب حنابله عقد صحیح اما شرط در این صورت باطل است (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۴۷۵).

تمایز و تشابه شروط صحیح ضمن عقد در مذاهب خمسسه و حقوق ایران

در بین مذاهب اهل سنت، تقسیم‌بندی شروط به صورت صریح به شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل، هم‌چون فقهای امامیه و قانون مدنی دیده نمی‌شود بلکه با بیان مصادیق باتوجه به ۱. مقتضای عقد ۲. مصلحت عقد یا متعاقدين ۳. تصریح شرع بر جواز تقسیم گردیده است که می‌تواند متضمن شرط فعل موضوع بحث نیز باشد. مذاهب اهل سنت بر این اتفاق نظر دارند که درج عقد در ضمن عقد دیگر به عنوان شرط یا به عبارتی تعدد صفت طبق نهی نبی فاسد و مفسد عقد است و در خصوص سایر شروط محدودیت‌هایی را در نظر گرفته‌اند به طوری که افراد نمی‌توانند آزادانه هرگونه شرطی را درج کنند، زیرا اصل را بر منع آن قرار داده‌اند که این اصل ممکن است آثاری بر روی تعاملات افراد داشته باشد، اما به جز مذهب حنبلیه که اصل را بر آزادی درج شروط ضمن عقد قرار داده از طرفی در قانون مدنی و فقه امامیه درج شروط در ضمن عقد از آزادی بیشتری برخوردار است در نتیجه از این حیث مذهب حنبلیه به فقه امامیه و قانون مدنی نزدیکتر است.

ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل در مذاهب خمسسه و حقوق ایران

امروزه کمتر قراردادی وجود دارد که خالی از شرط ضمن عقد باشد و بنابراین ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل اهمیت بالایی داشته و نیاز به بررسی دارد. با توجه به اختلاف نظرات موجود در این زمینه بین فقهای مذاهب خمسسه و حقوق ایران، در ادامه به بررسی نظرات پرداخته که هر کدام طرفداران خود را دارد.

۱. ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل در فقه امامیه و حقوق ایران

در صورت انعقاد قرارداد، تخلف از شرط فعل به وسیله عدم انجام موضوع شرط محقق می‌شود. ضمانت اجرای شرط فعل مثبت مادی و حقوقی و شرط ترک فعل مادی در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی بیان شده است. شرط فعلی که بر عهده مشروط علیه قرار می‌گیرد سه اثر بر آن مترتب می‌شود که عبارتند از: ۱. وجوب اقدام به انجام شرط از سوی مشروط علیه ۲. جواز اجبار مشروط علیه به انجام شرط ۳. تحقق خیار فسخ در صورتی که امکان اجبار ممتنع وجود نداشته باشد یا اینکه انجام دادن آن توسط شخص دیگر ممکن نباشد (محقق داماد، ۱۳۸۸ش، ش ۲۳۳). هر یک از این سه اثر نیازمند توجیه است در ادامه به بررسی هر یک پرداخته می‌شود.

۱-۱. وجوب اقدام به انجام شرط از سوی مشروط علیه

دو نظر عمده در خصوص مفاد شرط بیان شد، نظریه‌ای که به مشهور نسبت داده شده و وجوب تکلیفی اثر شرط است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۶۲). نظریه دوم اثر شرط را تکلیفی بر عهده مشروط علیه نمی‌داند بلکه به مشروط له حق فسخ می‌دهد که شهید اول از جمله طرفداران این نظریه است (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۱۲۰). محقق داماد معتقد است که اثر شرط، وجوب تکلیفی مستلزم وجوب وضعی است نه وجوب تکلیفی محض، این نظریه را با دلایل عقلی و نقلی استنباط می‌کند. از جمله دلایل ایشان موثقه عمار و حدیث نبوی و آیه ۱ سوره مائده است که بیان‌کننده تکلیف محض نیست و در نتیجه مفاد ادله، حکم وضعی لازم‌الوفا بودن شرط است و بدیهی است که از آثار حکم وضعی، وجوب تکلیفی وفا به آن شرط است و مشروط علیه موظف است به آن وفا کند (محقق داماد، ۱۳۸۸ش، ص ۲۳۴؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۴۳).

۱-۲. جواز اجبار مشروط علیه به انجام شرط

در این مورد بین فقها اختلاف نظر وجود دارد که می‌توان مشروط علیه را به انجام شرط اجبار کرد یا خیر که در چهار دیدگاه خلاصه می‌شود که عبارتند از: ۱. جواز اجبار مشروط علیه به‌طور مطلق ۲. عدم جواز اجبار به‌طور مطلق ۳. قول به تفصیل میان حقوق الله و حقوق الناس ۴. قول به تفصیل میان شرط متعلق به مصلحت طرفین عقد و جایی که به نفع افراد خارج از عقد است.

از میان نظریه‌های بیان شده دو نظریه اول مهمتر از سایر نظریه‌هاست که نظر مشهور فقهای امامیه بر این است که در صورت امتناع مشروط علیه بر انجام شرط، برای متعهدله حق فسخ در ابتدا به وجود نمی‌آید، بلکه وفا به عهد و شرط براساس آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» واجب است پس می‌توان ممتنع را به‌طور مطلق مجبور به انجام تعهد نمود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۳۷؛ محقق کرکی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۲۳؛ نجفی، ۱۳۶۲ش، ج ۲۳، ص ۲۱۹؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۳۷).

چنانچه اجبار مشروط علیه ممکن نبود حق فسخ برای مشروط له به وجود می‌آید. از طرفی حق اختیار فسخ برای دفع ضرر است و اما در صورت وجود چاره‌ای برای دفع ضرر از مشروط له یعنی هنگامی که راه اجبار وجود دارد نیازی به حق فسخ نیست (انصاری،

۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۷۰). با توجه به نظر مشهور در صورت تعذر اجبار نوبت به حق فسخ می‌رسد. نجفی بیان می‌کند: «اگر بر ثبوت خیار در هنگام تعذر از اجبار به انجام تعهد اجماع وجود نداشت و اگر حدیث لاضرر نبود، ممکن بود که نظریه ایجاد حق فسخ در حال تعذر از اجبار نیز به کلی نفی گردد» (نجفی، ۱۳۶۲ش، ج ۲۳، ص ۲۱۹؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص ۲۴۶). در نهایت نظر مشهور بر این است که تا حد امکان مفاد شرط حتی با اجبار انجام شود و اگر اجرای مفاد شرط ممکن نبود حق فسخ به وجود می‌آید پس از دلایل طرفداران این نظریه این است که اولاً وجوب وفا به شرط یک حکم تکلیفی است. نراقی بیان می‌کند: «برای مشروط له تسلط بر اجبار وجود دارد چون مشروط علیه امر واجبی را ترک کرده است» (نراقی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۴، ص ۴۱۱). طباطبایی یزدی معتقد است: «بر مشروط له جایز است که حق خود را مطالبه کند بلکه مشروط علیه را از باب امر به معروف اجبار کند در این صورت مشروط له و سایر افراد در اجبار یکسان هستند» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ش، ج ۲، ص ۱۲۶)، اما منظور در این جا ثبوت حق برای مشروط له است نه اینکه افرادی غیر از مشروط له بتوانند ممتنع را از باب امر به معروف و نهی از منکر به انجام اجبار کنند (محقق داماد، ۱۳۸۸ش، ص ۲۴۱). ثانیاً مشروط له مستحق این است که به شرطی که بر عهده مشروط علیه قرار داده در صورت امتناع اجبار کند. طوسی برای جواز اجبار بیان می‌کند: «مشروط له، مشروط علیه را اجبار می‌کند که بنده را آزاد کند چون وی استحقاق آن را دارد که به انجام شرط اجبار کند» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۵۱). ثالثاً مشروط علیه می‌تواند عمل به شرط را مطالبه کند و او را به انجام مجبور کند یا از حق خود بگذرد که همه این موارد از امور عقلایی است و عقلاً آن را قبول می‌کنند و شارع مقدس نیز با آن مخالفتی ننموده است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۲۵). رابعاً نسبت به مستحق بودن مشروط له بر جواز اجبار اجماع وجود دارد که برخی بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ش، ج ۲، ص ۱۲۷).

در مقابل نظر مشهور، عده‌ای از فقها قائل به عدم جواز اجبار به طور مطلق هستند که از جمله آنان شهید اول است که معتقد است وقتی شرطی بر مشروط علیه شد لازم است وی انجام دهد اما اگر خللی بر آن وارد شود برای مشروط له حق فسخ به وجود می‌آید (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۵۲). محقق کرکی در جامع المقاصد دو راه حل را بیان می‌کند: «راه دیگری برای بایع وجود دارد و آن فسخ است» (محقق کرکی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۲۳).

انصاری بر نظر محقق کرکی اشکال وارد کرده‌اند و بر این نظرند که خیار فسخ برای دفع ضرر است و در صورت تعذر اجبار به وجود می‌آید (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۷۰).
حلی در تألیفات خود دو نظریه متفاوت را بیان کرده است. وی در کتاب تحریر الاحکام معتقد است که اگر شرط متعلق به مصلحت طرفین باشد مانند مدت، رهن، شهادت اجبار جایز است و لازم است که به شرط وفا شود، اما اگر شرط به نفع طرفین نیست بلکه به نفع افراد خارج از عقد است مانند آزاد کردن بنده، در اجبار دو وجه است که عدم اجبار قابل پذیرش است (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۱۸۰). ایشان در کتاب تذکره الفقهاء در فروع مسئله بنده که آزادی آن شرط می‌شود معتقد است که در حقوق الله اجبار جایز است و اما در حقوق الناس اجبار جایز نیست و از شافعی دو وجه را بیان می‌کند که یکی امکان اجبار و دیگری عدم امکان اجبار است (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۰، ص ۲۵۲).

۱-۳. انجام شرط توسط دیگری

در بالا اشاره شد اگر مشروط علیه از وفای به شرط تخلف کند مشروط له می‌تواند اجبار او را تقاضا کند حال اگر با وجود اجبار از انجام نیز خودداری کرد، حق مشروط له چگونه است؟ در این حالت باید بین دو مورد تفکیک قائل شد.

الف) اگر فعل مشروط قائم به شخص نباشد یعنی شخصی غیر از مشروط علیه بتواند آن را انجام دهد مانند تعمیر خانه، بنابر ماده ۲۳۸ قانون مدنی قاضی می‌تواند با درخواست مشروط له دستور دهد تا شخص دیگری به تعمیر ساختمان بپردازد و هزینه آن را از اموال مشروط علیه پرداخت کند (صفایی، ۱۳۹۲ش، ج ۲، ص ۱۹۶؛ امامی، ۱۳۸۹ش، ج ۲، ص ۲۹۰).

ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی که انجام شرط توسط دیگری است به شرط فعل اختصاص ندارد و تعهدات اصلی را هم شامل می‌شود. تفاوتی که این ماده با ماده ۲۳۸ ق.م.د دارد این است که در ماده ۴۷ مطالبه هزینه بدون انجام عمل هم پذیرفته است و اما در ماده ۲۳۸ ق.م.د اشاره نشده و دیگر آنکه در این ماده انجام فعل تحت نظر دادورز است و نیازی به اجازه دادگاه ندارد، ولی در ماده ۲۳۸ ق.م.د نیازمند اجازه دادگاه است، اما در تعیین میزان هزینه در هر دو ماده با دادگاه است (صفایی، ۱۳۹۲ش، ج ۲، ص ۱۹۶). سؤال مطرح در خصوص ماده مذکور این است که اگر امکان انجام توسط شخص محکوم له مهیا باشد، آیا

محکوم له اجازه دارد این تعهد را انجام دهد یا خیر؟ با توجه به ماده ۴۷ ق.ا.ا.م در پاسخ می‌توان گفت به نظر می‌رسد با اجازه دایره اجرا، منعی ندارد و محکوم له می‌تواند تعهد را به‌جا آورد و اصل مبلغ را از محکوم علیه وصول نماید (مهاجری، ۱۳۸۴ش، ج ۱، ص ۱۸۳). در ماده ۳۴ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا مانند مواد ۴۷ ق.ا.ا.م و ماده ۲۳۸ ق.م در ترتیب اجرا، الزام به انجام تعهد به عنوان اولین راه چاره بیان شده است و در صورت انجام آن توسط دیگری هزینه آن قابل دریافت است.

ب) اگر فعل مشروط قائم به شخص باشد و دیگری نتواند آن را انجام دهد، مثلاً نقاشی به وسیله یک نقاش مشهور باشد، بنابر ماده ۲۳۹ قانون مدنی، مشروط له حق فسخ خواهد داشت، پس فسخ معامله به عنوان آخرین راه مشروط له است.

۱-۴. تحقق خیار فسخ

فسخ معامله به عنوان آخرین راه حل برای جبران ضرری است که از تخلف شرط ناشی شده است. در فقه این خیار به خیار تخلف شرط مشهور است. حال باید دید مبنای خیار فسخ چیست که نظر فقها در این مسئله متفاوت است و در ادامه به بررسی آن پرداخته می‌شود.

برخی مبنای خیار فسخ را قاعده لاضرر می‌دانند که برای دفع ضرر است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۷۰). عده‌ای مبنای حق فسخ را بنای عقلا می‌دانند و آن را یک امر عقلایی به شمار می‌آورند نه تشریعی (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۳۲۷؛ خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۱۷۷). مرحوم آخوند خراسانی معتقد است که حق فسخ خلاف قاعده می‌باشد و تنها دلیل اثبات آن اجماع است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص ۲۴۶).

۲. رابطه حق الزام و حق فسخ

در فقه امامیه، فقها بین طولی و عرضی بودن ضمانت اجرا اختلاف نظر دارند و دو دیدگاه در این زمینه مطرح است که ارتباط تنگاتنگی با مبانی حق فسخ دارد. قانون مدنی به پیروی از نظر فقهای مشهور طولی بودن ضمانت اجرا را پذیرفته است، بدین صورت که ابتدا مشروط علیه الزام شود و در صورت تعذر الزام حق فسخ برای مشروط له ایجاد می‌گردد و ریشه در این دارد هنگامی که هیچ راه دیگری برای جبران ضرر وجود ندارد می‌توان از حق فسخ بهره‌مند شد. در ادامه به بررسی این دو دیدگاه پرداخته می‌شود.

۲-۱. نظریه طولی بودن حق اجبار و حق فسخ

نظر مشهور فقها بر این است که خیار فسخ زمانی محقق می‌شود که امکان اجبار مشروط علیه وجود نداشته باشد و حق اجبار را مترتب بر حق فسخ می‌دانند. طرفداران این نظریه به چندین ادله تمسک کرده‌اند که از جمله آنان آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده، ۱) است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۳۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص ۶۹؛ نجفی، ۱۳۶۲ش، ج ۲۳، ص ۲۱۸). دلیل دیگر آنان تمسک به قاعده لاضرر است، به این نحو که مبنای حق فسخ قاعده لاضرر است و در جایی که ضرری باشد حق فسخ را برمی‌دارد و اما در جایی که امکان اجبار وجود دارد و از ضرر جلوگیری می‌کند دیگر حق فسخ جایز نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۷۱). برخی مبنای حق فسخ را اجماع می‌دانند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص ۲۴۶). بر اساس نظر انصاری مقتضای عقد مشروط، عمل بر طبق شرط است چه به صورت اختیاری چه اجبار (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۷۱).

۲-۲. نظریه هم عرض بودن حق اجبار و حق فسخ

برخی از فقها معتقدند که حق اجبار و حق فسخ در عرض همدیگر قرار دارند و قائل به جواز فسخ هستند، حتی بدون نیاز به اجبار. حلی و طباطبایی یزدی معتقدند که مشروط له حق انتخاب بین اجبار و فسخ را دارد و این دو در عرض هم هستند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۰، ص ۲۵۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ش، ج ۲، ص ۱۲۹). طرفداران این نظریه به چند دلیل تمسک می‌کنند که عبارتند از: روایت ابی الجارود: «... عن ابی الجارود عن ابی جعفر علیه السلام قال: ان بعث رجلاً علی شرط، فان اتاک بمالک و الّا فالبیع لک» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۲۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۲، ص ۳۵۴). قراردادی که دارای شرط است، اگر مشروط علیه شرط را انجام داد فیها، در غیر این صورت اختیار قرارداد بیع در دست تو خواهد بود. طباطبایی یزدی برای هم عرض بودن به این روایت استناد کرده است هر چند به سند این روایت اشکال وارد است و اما ضعف آن را با عمل اصحاب قابل جبران می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ش، ج ۲، ص ۱۲۹). از میان معاصرین خویی هم عرض بودن اجبار و حق فسخ را قبول دارد و هیچ‌کدام را متقدم بر دیگری نمی‌داند و معتقد است ضرورتی بر توالی نیست (خویی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۳).

حقوق مدنی برای حفظ اصل لزوم قراردادها متأثر از نظر مشهور فقها بوده به نحوی که شیوه اجبار را چاره اولیه نقض تعهد می‌داند و بنابراین ضمانت اجرای تخلف از وفای به

شرط الزام است نه حق فسخ. در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی ترتیب و نحوه اجرای تعهد تا مرحله استتکاف بیان شده است و حقوقدانان نیز با ملاک قرار دادن ماده ۲۳۹ ق.م. نیز اجبار را راهکار اولیه دانسته نه فسخ عقد را (کاتوزیان، ۱۳۹۱ش، ص ۲۳۵) و یا اشاره کرده‌اند که اجبار مندرج در ماده ۲۳۷ متأثر از نظر مشهور فقهاست (امامی، ۱۳۸۹ش، ج ۲، صص ۲۸۹-۲۹۰). با بررسی آراء صادره نیز پی می‌بریم قضات در صدور رأی نیز از ملاک مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ و ۲۳۹ ق.م. پیروی کرده‌اند.

چنانچه مفاد شرط، انجام دادن یک فعل مادی یا عدم انجام یک فعل مادی باشد، در صورت تخلف از آن ابتدا مشروط علیه مجبور به انجام شرط می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶ش، ج ۲، ص ۴۳).

هرگاه مفاد شرط فعل انجام یک عمل حقوقی باشد مانند اینکه در ضمن عقد بیع شرط کند مال معینی را به فرد خاصی هبه کند، در صورت تخلف مشروط له می‌تواند به حاکم مراجعه کند و همان ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل مادی را درخواست نماید (همان، ج ۲، ص ۴۳) در خصوص تخلف از شرط فعل منفی حقوقی اختلاف نظرات گسترده‌ای وجود دارد که طبق نظرات فقها به سه دیدگاه خلاصه می‌شود برخی قائل بر بطلان عمل حقوقی مغایر هستند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۵۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ش، ج ۲، ص ۶۰۷). اما در مقابل عده‌ای معتقدند که عمل حقوقی نهی شده صحیح است (خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۳۷۷). از سوی دیگر نیز برخی قائل بر عدم نفوذ عمل حقوقی مغایر هستند که در صورت اجازه مشروط له نافذ است و در صورت ردع آن غیرنافذ است که هر کدام از این نظریات با مشکلاتی روبه‌رو هستند (اصلائی، ۱۳۸۶ش، ص ۱۳).

۳. ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل در مذاهب اهل سنت

در فقه اهل سنت نیز در خصوص ضمانت اجرا شروط ذکر شده اختلاف نظراتی وجود دارد که در ذیل هر یک بررسی شده است.

۳-۱. دیدگاه حنفیه

با توجه به تقسیمات شروط صحیح در مذهب حنفیه ضمانت اجرای آن به شرح ذیل است: دسته اول: شروطی مقتضای عقد است؛ چون شرط به معنای خاص محسوب نمی‌شوند و اطلاق عقد بدون ذکر این‌گونه شروط بر آن دلالت دارد پس درج آن برای تأکید است و

وجود آن مانند عدم آن است (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۱۴؛ سنه‌وری، ۱۹۵۴م، ج ۳، ص ۱۰۷؛ جزیری، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۲۰۷؛ زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۴۷۴). در نتیجه ضمانت اجرایی متوجه آن نیست.

دسته دوم: شروطی که ملائم با عقد است؛ در خصوص آن بین فقهای مذهب حنفیه اختلاف نظر وجود دارد و با توجه به مثالهایی که برای این دسته ذکر کرده‌اند مانند دادن ضامن و رهن برای ثمن غالباً بر این نظر هستند که اگر از تسلیم رهن امتناع کند اجبار نمی‌گردد چون رهن جز عقود تبرعی است و مستند به قاعده «الجبر علی التبرع لیس بمشروع» فقط حق فسخ برای بایع قائل هستند (همان، ج ۵، ص ۳۴۷۰؛ سنه‌وری، ۱۹۵۴م، ج ۳، ص ۱۰۸)، اما برخی دیگر معتقدند که اجبار به پرداخت ثمن یا تسلیم رهن می‌شود، چون زمانی که رهن شرط می‌شود جزئی از حقوق مشروط له قرار می‌گیرد و در نتیجه اجبار به تسلیم رهن هم جزئی از حقوق وی است پس اجبار می‌گردد (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۴۶۹) و اگر امتناع نمود بایع می‌تواند فسخ کند یا به معامله پایبند باشد (سنه‌وری، ۱۹۵۴م، ج ۳، ص ۱۰۸). نظر اکثر فقها بر این است که در این نوع از شروط اجبار نمی‌شود و در صورت امتناع تنها حق فسخ وجود دارد که استدلالهایی را بیان نموده‌اند، از جمله آنکه مشروط علیه اجبار نمی‌شود بلکه برای بایع خیار ایجاد می‌گردد زیرا با فسخ عقد ضرر از بین می‌رود (همان، ج ۳، ص ۱۰۸).

اما در خصوص سایر شروط از جمله شرطی که مورد تعامل مردم است ضمانت اجرایی تخلف از شرط بدین صورت است که مشروط علیه ابتدا الزام و اجبار می‌شود و به صرف تخلف حق فسخ به مشروط له داده نمی‌شود (همان، ج ۳، صص ۱۹۵ و ۱۱۸).

۳-۲. دیدگاه مالکیه

در خصوص شرطی که عقد در حالت اطلاق اقتضای آن را دارد هیچ‌گونه اثری جز تأکید بر مقتضای عقد ندارد چون اثر عقد است نه اشتراط در عقد. در خصوص شرط نوع دوم مانند رهن دادن که اگر تخلف شود ضمانت اجرای آن بر اساس «لأن المومن عند شرطه» اجبار می‌گردد و ابتدائاً حق فسخ داده نمی‌شود (همان، ج ۳، صص ۱۱۵ و ۱۱۲).

۳-۳. دیدگاه شافعیه

در مورد شروطی که مقتضای عقد است، هم‌چون سایر مذاهب این نوع شرط چون شرط به معنای خاص نیست و تنها برای تأکید مفاد عقد است و شروطی که ملائم عقد یا حاجت مردم به آن است، دو نظریه وجود دارد؛ بدین صورت که با تخلف مشروط علیه برای مشروط له حق فسخ ایجاد می‌شود و اجبار وی جایز نیست، زیرا با فسخ ضرر از بین می‌رود (خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۳۱) و از جمله خیرات در مذهب شافعیه خیار امتناع از وفا به شرط صحیح است (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۴۷۴) که با به وجود آمدن این خیار مشروط له حق فسخ پیدا می‌کند. در کتاب المذهب همان‌گونه که بیان شده دو نظریه در خصوص ضمانت اجرای تخلف در نظر گرفته شده که یکی اجبار مشروط علیه و دیگری ایجاد فسخ عقد است (شیرازی، بی تا، ج ۲، ص ۲۲) که نظر غالب فقهای این مذهب بر این است که تنها حق فسخ ایجاد می‌شود.

۳-۴. دیدگاه حنبلیه

شروطی که مقتضای عقد است، شرط در مفهوم خاص نیست و اثری جز تأکید بر مفاد عقد ندارد پس ضمانت اجرایی متوجه آن نیست (ابن‌قمامه، ۱۹۶۸م، ج ۴، ص ۱۷۰) و شروطی که مصلحت عقد یا متعاقدین به آن تعلق می‌گیرد، برخی از نویسندگان اجبار مشروط علیه به وفای شرط جایز دانسته شده است از جمله آنان زحیلی است که می‌گوید: «فهذا الشرط جائز، یلزم الوفاء» (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۳۴۷۴). برخی دیگر از نویسندگان بر این نظر هستند که هرچند وفای به عهد لازم است، اما حق فسخ به وجود می‌آید نه اجبار مشروط علیه (جزیری، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۲۰۷).

تمایز و تشابه ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل در مذاهب خمس و حقوق ایران

با توجه به دیدگاه فقهای اهل سنت نظریه عرضی بودن ضمانت اجرای شرط فعل بدین صورت که مشروط له مخیر بین الزام یا فسخ باشد در بین آنان دیده نمی‌شود و برخی قائل بر ایجاد حق فسخ هستند بدون اینکه مشروط علیه اجبار شود. طبق این دیدگاه از آنجایی که الزامی وجود ندارد پس امتناع از انجام به تعهد، به راحتی می‌تواند صورت گیرد و برخی دیگر قائل بر اجبار مشروط علیه به مفاد شرط هستند و ابتدائاً به مشروط له حق فسخ داده

نمی‌شود مگر اجبار ممکن نباشد که همان نظریه طولی بودن ضمانت اجرا در فقه امامیه و حقوق ایران است. در فقه امامیه علاوه بر نظریه طولی بودن، عرضی بودن ضمانت اجرا طرفداران خود را دارد که این نظریه نیز دارای مزایایی است، اما نظر مشهور فقهای امامیه که قانون مدنی نیز از آن پیروی نموده طولی بودن ضمانت اجرا است.

نتیجه

۱. در فقه و حقوق احکام مشترک زیادی در زمینه شرط فعل وجود دارد، علت آن این است که حقوق ایران برگرفته از نظرات فقهای امامیه است. در طولی بودن و عرضی بودن حق فسخ و حق الزام بین فقهای امامیه اختلاف نظر است که مشهور طولی بودن ضمانت اجرای شرط فعل را قبول دارند و قانون مدنی نیز با این نظریه موافق است و در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ نظر فقها را مبنا قرار داده است و اما با توجه به دیدگاه فقها، ترتیبی بودن ضمانت اجرا، اجماعی نیست و فقها از زمان انصاری به بعد به این نظر متمایل شدند و قانون را نیز براساس آن مقرر کرده‌اند.

۲. با توجه به پیشرفت جوامع اقتضا دارد که هر چه زودتر سرنوشت معاملات مشخص شود و اما ضمانت اجرای ترتیبی محدودیتهایی دارد و موجب طولانی شدن فرآیند رسیدگی می‌شود و از آنجا که مشروط له مورد حمایت قانون است پس باید چاره‌ای اندیشید تا موجب کاهش ضرر به مشروط له و هزینه دادرسی و جلوگیری از ورود بی‌رویه پرونده گردد و از جمله راه‌حلهای آن پذیرفتن نظریه عرضی بودن ضمانت اجرا با تأکید بر لزوم وفای به عهد است.

۳. در مذاهب اهل سنت با توجه به تقسیمات شروط درخصوص ضمانت اجرای شرط فعل نیز اختلاف نظر وجود دارد مبنی بر اینکه ابتدا باید الزام نمود یا فسخ ابتدایی به وجود می‌آید که هر کدام از مذاهب مبنای خود و به تبع محدودیتهای خود را دارند و در این بین نظریه عرضی بودن ضمانت اجرا به چشم نمی‌خورد، بلکه متناسب با شرط، فسخ بدون اجبار یا طولی بودن ضمانت اجرا بیان شده است.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم (۱۴۰۸ق). *الفتاوی الکبری*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن عابدین، محمد امین بن عمر (۱۴۱۲ق). *رد المحتار علی الدر المختار*. بیروت: دارالفکر.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۹۶۸م). *المغنی*. قاهره: مکتبه القاهره.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*. بیروت: دارالفکر؛ دارصادر.
- اصلائی، حمیدرضا (۱۳۸۶ش). ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران با رویکردی بر آرای امام خمینی علیه السلام. پژوهشنامه متین، ۹(۳۶)، ۱-۲۰. **doi: 20.1001.1.24236462.1386.9.36.1.7**
- امامی، سید حسن (۱۳۸۹ش). *حقوق مدنی*. تهران: اسلامی.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق). *کتاب مکاسب*. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). *حاشیه مکاسب*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- جزیری، عبدالرحمن (۱۴۲۴ق). *الفقه علی المذاهب الأربعة*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰ش). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه*. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- همو (۱۴۱۳ق). *تذکره الفقهاء*. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- خطیب شربینی، محمد بن احمد (۱۴۱۵ق). *معنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱ق). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- خمینی، سید مصطفی (۱۴۱۸ق). *الخيارات*: تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۳ق). *مصباح الفقاهة*. قم: انصاریان.
- همو (۱۴۱۵ق). *منهاج الصالحین*. قم: کتابفروشی مفید.
- زحیلی، وهبه (۱۴۱۸ق). *الفقه الإسلامی وادلته*. دمشق: دارالفکر.

- سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۱۴ق). *أصول السرخسی*. بیروت: دارالفکر.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۵۴م). *مصادر الحق فی الفقه الإسلامی*. بیروت: منشورات محمد الدایه.
- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق). *اللمعة دمشقیة*. بیروت: دارالتراث.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة*. قم: کتابفروشی داوری.
- همو (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام*. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- شیرازی، ابراهیم بن علی (بی تا). *المهذب فی فقه الإمام الشافعی*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- صفایی، سید حسین (۱۳۹۲ش). *دوره مقدماتی حقوق مدنی*. تهران: میزان.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۳۷۸ش). *حاشیة المکاسب*. قم: اسماعیلیان.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *تهذیب الأحکام*. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
- همو (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی فقه الإمامیه*. تهران: المکتبه المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (۱۴۱۴ق). *القاموس المحیط*. بیروت: مؤسسه الرسالة.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱ش). *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). *قواعد فقه بخش مدنی (مالکیت - مسؤلیت)*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- همو (۱۳۸۸ش). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۳ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل‌البتیة.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۱ش). *مجموعه مقالات فقهی، حقوقی و اجتماعی*. تهران: پژوهشکده امام خمینی علیه السلام و انقلاب اسلامی.
- مهاجری، علی (۱۳۸۴ش). *شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی*. تهران: فکرسازان.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲ش). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق). *عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- همو (۱۴۱۵ق). *مستند الشیعة فی احکام الشریعة*. قم: مؤسسه آل‌البتیة.