

ORIGINAL ARTICLE

Jurisprudential and Legal Review of the Guarantee of Execution of the Condition of Relinquishment of the Legal Act in the Marriage Contract

Omolbanin Alahmoradi¹ , Farhad Keramat²

1. Assistant Professor, Fiqh and Islamic Law Department, Payame Noor University, Tehran, Iran.

2. Assistant Professor of the Department of Social Sciences, Payame Noor University, Tehran, Iran.

Correspondence:

Omolbanin Alahmoradi

Email: alahmoradi@pnu.ac.ir

Received: 15/Jan/2024

Accepted: 23/Sep/2024

How to cite:

Alahmoradi, O.; Keramat, F. (2024). Jurisprudential and Legal Review of the Guarantee of Execution of the Condition of Relinquishment of the Legal Act in the Marriage Contract, Civil Law Knowledge, 13 (1), 177-191.

(DOI: [10.30473/clk.2024.70300.3233](https://doi.org/10.30473/clk.2024.70300.3233))

ABSTRACT

One of the types of the condition of the act is the condition of abandoning the legal act, in which not performing a legal act is a condition in the contract. There is a difference of opinion about the enforceable guarantee of violation of the condition of the negative legal act. Some believe that the same effects of refusing the condition of the act What the legislator has stipulated in articles 237 to 239 of the law is also applied here, other ideas are the nullity or lack of penetration of the legal act which is the condition of leaving it. Regarding the enforcement guarantee of the violation of the condition of renunciation of the legal act in the marriage contract, such as the condition of no remarriage or the condition of no divorce, different opinions have been presented., some others have chosen the theory of non-penetration or invalidity and each of them have put forward specific arguments. It seems that the theory of non-penetration of the legal act, which is the condition of leaving it, is better than other theories and has the ability to be justified, although the theory of the right of termination is not without merit.

KEYWORDS

Relinquishment, Condition, Enforceable Guarantee, Annulment, Termination, Marriage.



«مقاله پژوهشی»

بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرایی شرط ترک فعل حقوقی در ضمن عقد نکاح

ام‌البین اله‌مرادی^۱، فرهاد کرامت^۲

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.
۲. استادیار گروه علوم اجتماعی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

نویسنده مسئول:

ام‌البین اله‌مرادی

رایانامه: alahmoradi@pnu.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۰۲

استناد به این مقاله:

رضایی، روح‌الله (۱۴۰۳). سلب منافع؛ واکنشی به نقض عامدانه قرارداد (مطالعه تطبیقی در نظام کامن‌لا، رومی-ژرمنی، ایران و مبانی فقهی)، دوفصلنامه علمی دانش حقوق مدنی، ۱۳ (۱)، ۱۷۷-۱۹۱.

(DOI: [10.30473/clk.2024.70300.3233](https://doi.org/10.30473/clk.2024.70300.3233))

چکیده

یکی از اقسام شرط فعل، شرط ترک فعل حقوقی است که در آن انجام ندادن یک عمل حقوقی در ضمن عقد شرط می‌شود. در مورد ضمانت اجرایی تخلف از شرط فعل حقوقی منفی اختلاف نظر وجود دارد. بعضی معتقدند همان آثار امتناع از شرط فعل که قانون‌گذار در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. مقرر کرده است، در اینجا نیز اعمال می‌شود. نظریات دیگر بطلان و یا عدم نفوذ عمل حقوقی است که شرط ترک آن شده است. در مورد ضمانت اجرایی تخلف از شرط ترک فعل حقوقی در ضمن عقد نکاح، مثل شرط عدم ازدواج مجدد یا شرط عدم طلاق ...، نیز نظریات متفاوتی ارائه شده است. بعضی معتقدند عمل حقوقی خلاف شرط صحیح است و برای مشروط له حق فسخ ایجاد می‌شود، بعضی دیگر نیز نظریه عدم نفوذ یا بطلان را برگزیده و هر یک ادله خاص مطرح کرده‌اند. به نظر می‌رسد نظریه عدم نفوذ عمل حقوقی که شرط ترک آن شده، بهتر از سایر نظریات و قابلیت توجیه دارد، هر چند نظریه حق فسخ برای مشروط له خالی از وجه نیست.

واژه‌های کلیدی

ترک فعل، شرط، ضمانت اجرایی، بطلان، فسخ، نکاح.

مقدمه

تعهد در بعضی موارد به طور مستقل مورد قرارداد و عقد قرار می‌گیرد و گاهی در ضمن قرارداد و تعهد مستقل دیگری ایجاد می‌شود و در اثر آن جنبه تبعی به خود می‌گیرد که آن را «شرط ضمن عقد» گویند. خواه ضمن عقد معوض قرار داده شود یا ضمن عقد غیر معوض مندرج شود (امامی، ج ۲۶۸/۱).

شروط ضمن عقد بر طبق ماده ۲۳۴ قانون مدنی به سه نوع (شرط صفت، نتیجه و فعل) تقسیم می‌شود. در شرط فعل که انجام دادن یا ترک فعل بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط می‌شود، عمل یا کاری که موضوع شرط قرار می‌گیرد، ممکن است ممکن است مادی باشد یا حقوقی. از این‌رو شرط ترک فعل به دو نوع شرط مادی و حقوقی تقسیم می‌شود:

در شرط ترک فعل مادی، مشروط علیه متعهد می‌شود که از انجام یک عمل مادی خودداری کند، مثل آنکه در ضمن عقد، یکی از طرفین ملتزم می‌شود در جلسه خاصی که در روز معینی تشکیل می‌شود، شرکت نکند یا در ضمن عقد نکاح زوجه شرط می‌کند که زوج مسافرت به فلان شهر را ترک کند.

نوع دیگر شرط ترک فعل حقوقی است که به موجب آن انجام ندادن یک عمل حقوقی بر مشروط علیه شرط می‌شود، مثل اینکه در عقد بیع بر مشتری شرط شود که مبیع را هبه نکند یا در ضمن عقد نکاح، ترک ازدواج مجدد شرط شود یا زوج تعهد کند که فلان مغازه را مثلاً به «محسن» اجاره ندهد. یکی از مباحثی که مطرح می‌شود، اثر شرط ترک فعل حقوقی ضمن عقد نکاح است، اگر مشروط علیه تخلف کند و بر خلاف شرط عمل کند؛ در همین مثال اخیر، زوج مغازه را به محسن اجاره دهد یا در مورد شرط عدم ازدواج مجدد بر خلاف شرط عمل کند، این سؤال مطرح می‌شود که چه ضمانت اجرایی در نظر گرفته شده است، مشروط له در قبال تخلف مشروط علیه از چه حقوقی برخوردار است؟ آیا زوجه می‌تواند با استناد به تخلف زوج، نکاح را فسخ کند؟ عمل حقوقی خلاف شرط چه حکمی دارد؟ آیا باید چنین عمل حقوقی صحیح دانست یا باطل و غیر نافذ؟

گفتنی است در مورد مسئله مورد بحث، در کتاب‌های فقهی و حقوقی به صورت پراکنده و موردی پرداخته شده، اما تحقیق و پژوهش جامع و مستقلی در این زمینه صورت نگرفته با توجه به اهمیت مسئله پرداختن به آن و بحث در مورد ابعاد مختلف ضروری به نظر می‌رسد. از این‌رو، برای یافتن پاسخ

دقیق و مستدل به سؤالات مذکور، ابتدا به اختصار در مورد ضمانت اجرایی تخلف از شرط ترک فعل حقوقی از دیدگاه فقها و حقوقدانان می‌پردازیم. سپس با مراجعه به منابع معتبر فقهی و حقوقی دیدگاه‌های مختلف فقهای امامیه و حقوقدانان در خصوص اثر شرط ترک فعل حقوقی ضمن عقد نکاح مطرح شده، سپس به بیان و تحلیل استدلال دیدگاه‌های مختلف خواهیم پرداخت.

دیدگاه فقها در مورد اثر تخلف از شرط ترک فعل حقوقی

فقها در صورت تخلف از شرط فعل، در اغلب مصادیق عقد، حکم به حق فسخ برای مشروط له داده‌اند (شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۳۱؛ علامه در تذکره به نقل از انصاری، ۱۴۱۵: ج ۷۱/۶؛ خمینی، ۱۴۱۲: ج ۳۲۸/۵؛ روحانی، ۱۴۲۹: ج ۳۰۴/۶؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶: ج ۴۶۰/۲)، اما در مورد ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی فقها چه دیدگاه و نظریه‌ای را مطرح کرده‌اند؟ آیا در اینجا نیز معتقد به حق فسخ برای مشروط له هستند یا ضمانت اجرایی خاصی در نظر گرفته‌اند؟

فقها به صورت کلی به در مورد ضمانت اجرایی شرط ترک فعل حقوقی به بحث نپرداخته‌اند، بلکه در مسائل و موارد مختلف از قبیل، شرط عدم اجاره، شرط عدم فروش یا عدم هبه به بحث و بیان حکم پرداخته‌اند که در اینجا به صورت اختصار به بیان دیدگاه‌ها خواهیم داشت:

شرط عدم اجاره: اگر در قرارداد اجاره‌ای بر مستأجر شرط شود که او عین مستأجره را به دیگری اجاره ندهد، در صورت تخلف مستأجر فقها دیدگاه متفاوتی ارائه داده‌اند. بعضی از فقها معتقدند اجاره دوم باطل است (حکیم، محسن، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴۱۶: ج ۹۱/۱۲؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ج ۲۳۸/۱).

بعضی از فقها از جمله آیت‌الله بروجردی، سبزواری و مکارم شیرازی معتقدند که اجاره دوم غیر نافذ است و در صورت اجاره موقت نفوذ پیدا می‌کند (یزدی، ۱۴۱۹: ج ۷۶/۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۱۲۲/۱۹؛ یزدی، ۱۴۲۸: ج ۵۱۰/۱۲).

در مورد این مسئله، سید یزدی دو احتمال عنوان کرده به این صورت که: اول اینکه اجاره دوم به خاطر تصرف بر خلاف شرط باطل است و احتمال دوم اینکه اجاره دوم باطل نیست، بلکه حرام است و برای مشروط له، نسبت به اجاره اول، حق فسخ ایجاد می‌شود (یزدی، ۱۴۲۸: ج ۵۱۰/۱۲).

آیت‌الله گلپایگانی، امام خمینی (ره) و آیت‌الله خویی از بین دو احتمالی که سید یزدی مطرح کرده، دیدگاه دوم را اقوی

دانسته و معتقدند که به خاطر تخلف مستأجر از شرط، موجر حق فسخ (نسبت به اجاره اول) دارد (همان).

آیت‌الله بهجت در پاسخ به این سؤال که کسی سرقفلی فروشگاهی را می‌فروشد و ضمن عقد هم شرط می‌کند که بدون اطلاع مالک اصلی، حق فروختن به غیر را ندارد، در این صورت اگر خریدار بدون اجازه مالک، فروشگاه را معامله نماید، چه وجهی خواهد داشت؟ در جواب می‌فرماید: اگر به نحو شرط نتیجه بوده واقع نمی‌شود و اگر شرط فعل بوده حق فسخ برای مالک ثابت است، پس اگر فسخ کرد و سرقفلی هم به نحو شرعی و تابع عقد اجاره معامله شده بود، با فسخ متبوع تابع هم منفسخ می‌شود (بهجت، ۱۴۲۸: ج ۳/۲۵۴).

بنابراین، دیدگاه فقها در مورد اثر تخلف از شرط عدم اجاره، متفاوت است بعضی حکم به غیر نافذ بودن اجاره دوم، بعضی حکم به حق فسخ نسبت به اجاره اول و بعضی حکم به بطلان اجاره دوم داده‌اند.

شرط عدم فروش مبیع: یکی از موارد دیگری که از مصداق‌های شرط ترک فعل حقوقی محسوب می‌شود، شرط عدم فروش مبیع یا عدم هبه مبیع است، مشهور فقها حکم به عدم جواز چنین شرطی داده‌اند، ولی علامه در تذکره به عدم جواز، اشکال وارد کرد و بعضی از فقهای امامیه چنین شرطی را پذیرفته‌اند و معتقدند عمل خلاف شرط صحیح است (انصاری ۱۴۱۵: ج ۴/۴۶).

بعضی از فقها علاوه بر حکم به صحت شرط عدم فروش مبیع، در مورد ضمانت اجرایی آن بحث کرده و معتقدند برای مشروط له، حق فسخ نسبت به عقد مشروط ایجاد می‌شود (تبریزی، ۱۴۲۷: ج ۳۲۸/۶؛ سبحانی، ۱۳۹۶: ۲۶۱) و بیع دوم صحیح است، بایع در صورت فسخ نمی‌تواند عین را مطالبه کند و به جای آن می‌تواند بدل آن را مطالبه کند (تبریزی، ۱۴۲۷: ج ۳۲۸/۶).

شرط عدم عزل در ضمن عقد لازم: یکی از شروط ترک فعل که فقها و حقوقدانان در مورد ضمانت اجرای آن بحث کرده‌اند، شرط عدم عزل وکیل است؛ اگر وکالت در ضمن عقد لازم به صورت شرط نتیجه درج شود، مشهور فقها معتقدند که الزام‌آور است و موکل نمی‌تواند وکیل را عزل کند (یزدی، ۱۴۱۴: ج ۱۲۲/۱؛ یزدی، ۱۴۱۵: ۱۶۵؛ خمینی، ۱۴۲۲: ج ۳۵۴/۲ و ۳۱۹؛ روحانی، ۱۴۱۲: ج ۲۰/۲۴۶؛ بهجت، ۱۴۲۸: ج ۲۳۶/۴) مقتضای لزوم شرط، این است که در تمام مدت مذکوره وکیل باشد و لازمه آن این است که به عزل، منحل نشود (یزدی، ۱۴۱۵: ۱۶۶).

اما اگر به صورت شرط فعل باشد چطور؟ آیا عمل خلاف شرط صحیح است یا نه؟ مثلاً اگر شخصی در ضمن عقد لازم کسی را وکیل کند سپس شرط کند که او را عزل نکند، در اینجا بعضی از فقها معتقدند در صورت تخلف مشروط علیه و عزل وکیل، عزل مؤثر نیست و وکالت باقی است؛ از جمله سید یزدی، امام خمینی، محمد سعید حکیم، فاضل لنکرانی، تبریزی و خوانساری (یزدی، ۱۴۱۴: ج ۱۲۲/۱؛ خمینی، ۱۴۲۲: ج ۳۵۴/۲؛ حکیم، ۱۴۱۵: ج ۲۵۲/۲؛ لنکرانی، بی‌تا، ج ۴۰۴/۱؛ تبریزی، بی‌تا، ج ۳۴۹/۱؛ خوانساری، ۴۸۷)؛ چرا که وکالت در ضمن عقد لازم، لازم می‌شود از جهت اینکه شرط لازم وفاء می‌شود. در استدلال سید یزدی می‌نویسد: مؤثر بودن عزل خلاف مقتضای عقد است. وجهی برای احتمال عزل نیست و عزل فعل حرامی است.

محقق یزدی در مورد شرط عدم اجاره دو احتمال مطرح کرده و نظر نهایی اعلام نکرده‌اند (یزدی، ۱۴۲۸: ج ۵۱۰/۲). در حالی که اینجا به صورت قاطع حکم به عدم تأثیر عزل داده‌اند. همچنین امام خمینی (ره) در مورد شرط عدم اجاره و تخلف مستأجر حکم به حق فسخ برای موجر نسبت به اجاره اول داده‌اند و تکلیف اجاره دوم مشخص نکرده‌اند که ظاهراً معتقد به صحت آن هستند. (همان) در حالی که در اینجا حکم به عدم تأثیر عزل داده‌اند.

در مقابل بعضی از فقها در مورد تخلف مشروط علیه و عزل وکیل نظر مخالف داده‌اند و حکم به مؤثر بودن، عزل و صحت عمل حقوقی خلاف شرط داده‌اند (صافی، ۱۴۱۷ ه. ق.، ج ۷۴/۲؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۱۱۶).

آیت‌الله موسوی گلپایگانی معتقد است: در وکالت بلاعزل، که در ضمن عقد نکاح، زوج به زوجه برای طلاق می‌دهد، زوج می‌تواند او را عزل کند؛ چرا که وکالت از عقود جایز است، پس شرط عدم عزل وکیل در ضمن عقد لازم موجب لزومش نمی‌شود و زوج می‌تواند او را عزل کند، نهایت امر اینکه وفا به تکلیف واجب است (گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۱۱۶).

در شرط وکالت فروش برای مرتهن، فقها معتقدند که راهن حق فسخ ندارد و فقط از شهید اول در لمعه نظر مخالف یافت شده است؛ چرا که دیدگاهش بر این است که شرط در ضمن عقد لازم، لزوم پیدا نمی‌کند (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۱۶۵/۲۵) از نظر شهید شرط واجب‌الوفاء نیست و در صورت تخلف از شرط، حق فسخ برای مشروط له ایجاد می‌شود. (شهید اول، ۱۳۱۰: ۱۳۱)

شهید ثانی بعد از ذکر نظر شهید اول مبنی بر اینکه شرط واجب‌الوفاء نیست و حق فسخ برای مشروط له (مرتهن) ایجاد

شرط چه حکمی دارد، به این پرداخته نشده است. بعضی از فقها هم معتقدند در صورت تخلف عمل خلاف شرط صحیح است؛ مثلاً در مورد شرط عدم ازدواج مجدد، اگر زوج تخلف کند، ازدواج دوم صحیح است (خویی، ۱۴۱۰: ج ۲/۲۸۱؛ سبزواری، بی تا: ۵۶۵؛ روحانی، بی تا: ج ۲/۵۲۳؛ لنکرانی، ۱۴۲۲: ۳۸۹). نهایت آنکه زوج را به جهت مخالف با شرط و سرپیچی از وجوب تکلیفی آن، آثم و گناهکار شمرده اند (سیستانی، ج ۳/۱۰۲)؛ چرا که حرمت اعم از فساد است (روحانی، ۱۴۱۲: ج ۲/۲۰۰).

۲. صحت عمل حقوقی و حق فسخ برای مشروط له

در صورت تخلف از شرط ترک فعل بعضی از فقها حکم به حق فسخ برای مشروط له داده اند. از جمله در مورد مسئله تخلف مستأجر از شرط عدم اجاره آیت الله گلپایگانی، امام خمینی (ره) و آیت الله خویی (یزدی، ۱۴۲۸: ج ۲/۵۱۰) معتقدند، موجد حق فسخ (نسبت به اجاره اول) دارد.

همچنین همان طور که قبلاً گفته شد در مورد شرط عدم فروش مبیع، بعضی از فقها معتقدند در صورت تخلف حق فسخ برای مشروط له، ایجاد می شود (تبریزی، ۱۴۲۷: ج ۶/۳۲۸؛ سبحانی، ۱۳۹۶: ۲۶۱).

آیت الله سبحانی تبریزی در درس خارج اصول در مورد این مسئله که اگر کسی خانه ای را به زید بفروشد بعد بگوید خانه را به شرطی می فروشم که آن را به عمر نفروشی، در صورت تخلف زید و فروختن آن به عمر می فرماید: بایع به استناد خیار تخلف شرط می تواند معامله را فسخ کند (سبحانی، ۱۳۹۶: ۲۶۱).

سؤالی که مطرح می شود این است که آیا در مورد عقد نکاح نیز می توان این حکم را سرایت داد و در صورت تخلف مشروط علیه از شرط ترک فعل حقوقی حکم به حق فسخ داد یا نکاح در این مورد از سایر عقود استثنا شده است؟

در مورد عقد نکاح، ادله خاص روایی در صورت وجود برخی از عیوب در زن و یا مرد، امکان فسخ نکاح را به واسطه خیار عیب برای ایشان فراهم می کند (حر عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲/۲۰۷). از طرفی فقیهان خیار تدلیس را نیز از اسباب انحلال یک سویه عقد نکاح به حساب آورده اند (لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۶۰).

همان طور که اگر در عقد نکاح صفتی در یکی از زوجین شرط شود و سپس معلوم گردد که آن صفت در او موجود نبوده مشروط له می تواند به اعتبار خیار تخلف وصف عقد نکاح را فسخ نماید (خمینی، بی تا: تحریر الوسیله، ج ۲/۳۰۲: صافی

می شود می نویسد: اگر راهن وکالت را فسخ کند، مرتهن نسبت به رهن حق فسخ پیدا می کند، اما این مطلب در مورد رهن تمام نیست؛ چرا که دفع ضرر با ضرر اقوی می شود. بلکه اگر در ضمن عقد لازم دیگر مثلاً بیع (من خانه را به تو می فروشم به شرط اینکه در فروش مورد رهن منو وکیل کنی)، شرط وکالت در فروش شود اگر راهن وکیل را عزل کند، مرتهن هم می تواند بیع مشروط را فسخ کند. بعد شهید ثانی ایراد می گیرد که: اینکه شهید اول شرط را واجب وفاء نمی داند، در حالی که در کتاب متأخر تصریح دارد شرط واجب وفاء و اخلال به آن جایز نیست (شهید ثانی، عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۰: ج ۴/۷۸).

از اینکه فقها معتقدند عزل وکیل در ضمن عقد لازم مؤثر نیست با توجه به این دیدگاه است که شرط در ضمن عقد لازم، لزوم پیدا می کند. بنابراین وکالت هم لازم می شود و حق فسخ وجود ندارد، اما اگر وکالت قبلاً منعقد شده باشد، سپس در ضمن عقد دیگر شرط عدم عزل وکیل شود، آیا در اینجا عزل مؤثر است؟ بسیاری از فقها نسبت به این مطلب اشاره ای نداشته اند، اما بعضی معتقدند عزل نفوذ ندارد (حکیم، ۱۴۱۵: ج ۲/۲۵۲).

دیدگاه فقها در مورد اثر شرط ترک فعل حقوقی ضمن عقد نکاح

در مورد ضمانت اجرایی شرط ترک فعل، فقها دیدگاه های متعددی داشتند، اما در مورد ضمانت اجرایی شرط ترک فعل در ضمن عقد نکاح چه دیدگاه و نظریه ای ارائه شده، آیا با توجه به خصوصیات ویژه ای که عقد نکاح دارد، ضمانت اجرایی متفاوتی در نظر گرفته شده است؟ که در اینجا به شرح و بیان دیدگاه های متفاوتی که در این زمینه مطرح شده خواهیم پرداخت.

۱. ترتب صرفاً حکم تکلیفی وجوب

فقیهان در مسئله شرط ترک فعل حقوقی در ضمن عقد نکاح، شرط عدم ازدواج مجدد و همچنین شرط عدم طلاق را مطرح کرده و در مورد آن به بحث و تبادل نظر پرداخته اند. صرف نظر از بحث های مفصلی که در مورد صحت یا بطلان این شروط داشته اند، فقهایی که حکم به صحت این شروط داده اند، در مورد ضمانت اجرای تخلف از آن دچار اختلاف شده اند. بعضی از فقها صرفاً در مورد حکم تکلیفی و وجوب ایفاء به شرط صحبت کرده اند (گلپایگانی، ۱۴۱۳: ج ۲/۳۶۴؛ اراکی، ۱۴۱۴: ج ۲/۹۵؛ روحانی، ۱۴۱۷: ۳۳۳؛ تبریزی، ۱۴۲۷: ۳۱۰؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۷: ۱۸۴)، اما اینکه در صورت تخلف، عمل خلاف

گلپایگانی، ۱۴۱۶: ج ۴۶۰/۲، اما در مورد تخلف از شرط ترک فعل حقوقی، آیا می‌تواند همانند خلف از شرط صفت حکم به حق فسخ برای مشروط له داد یا شرط ترک فعل ضمانت اجرایی متفاوتی دارد؟

یکی از شروط ضمن عقد که فقها و حقوقدانان در مورد ضمانت اجرایی آن بحث شده است شرط عدم ازدواج مجدد است، در میان اهل سنت حنبلی‌ها با پذیرش صحت این شرط، در صورت تخلف زوج از شرط، معتقدند ازدواج دوم صحیح است، ولی زوجه می‌تواند نکاح خود را فسخ کند (مغنیه، ۱۴۲۱: ج ۳۰۱/۲).

اما در میان امامیه، فقهای که در مورد آثار تخلف از شرط در ضمن عقد نکاح به بحث پرداخته‌اند، به غیر از خیارهای منصوص از قبیل خیار تخلف از شرط صفت، خیار عیب و تدلیس، فسخ ناشی از تخلف از شرط نپذیرفته‌اند (خمینی، بی-تا: ج ۳۰۲/۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶: ج ۴۶۰/۲؛ لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۶۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۱۸۵/۲۵). چه تفاوتی میان نکاح و ابواب معاملات است که در معامله خیار تخلف شرط ثابت است، ولی در نکاح، خیار تخلف شرط ثابت نیست؟ در بخش بررسی دلایل و مستندات، به بررسی و تحلیل دلایل ارائه شده برای عدم مشروعیت خیار تخلف شرط در ضمن نکاح خواهیم پرداخت.

۲. نظریه بطلان

یکی دیگر از نظریاتی که در مورد ضمانت اجرایی شرط ترک فعل حقوقی مطرح شده بطلان عمل حقوقی خلاف شرط است. به طور مثال اگر زوجه بر زوج شرط کند که او را طلاق ندهد، در صورت تخلف از شرط، طلاق باطل است (حکیم، ۱۴۱۵: ج ۴۱/۳). سید محمد سعید حکیم در منهاج‌الصالحین می‌نویسد: اگر زوجه شرط کند که زوج او را طلاق ندهد، اگر زوج تخلف کند و او را طلاق دهد، طلاق صحیح نیست (همان).

در مورد شرط عدم ازدواج مجدد ضمن عقد نکاح نیز برخی از فقهای امامیه، ازدواج دوم را باطل دانسته‌اند (حکیم، محسن، ۱۴۱۰: ج ۲۹۶/۲؛ حکیم، ۱۴۱۵: ج ۴۱/۳؛ بجنوردی، ۱۳۷۳: ج ۵۶/۱۱).

حسینی شیرازی می‌نویسد: اگر کسی شرطی را بپذیرد نمی‌تواند تصرفی خلاف شرط بنماید، اگر کسی عیدی را بخرد به شرط اینکه آزادش کند، نمی‌تواند بفروشد؛ چرا که بیع با شرط منافات دارد. همچنین اگر در نکاح شرط کند که ازدواج نکند، نمی‌تواند بر خلاف شرط عمل کند (حسینی شیرازی، بی-تا).

تا: ج ۱۶۸/۱۱). ظاهر کلامشان دلالت دارد که تصرفات خلاف شرط از او سلب شده و اثری بر آن بار نیست.

قبل از اینکه به تحلیل و بررسی نظریات فقها در مورد ضمانت اجرایی شرط ترک فعل حقوقی بپردازیم، ابتدا به نظریه قانونگذار و حقوقدانان می‌پردازیم تا ببینیم آنان نیز دیدگاه‌های متفاوتی دارند یا دیدگاه و نظریه واحدی ارائه داده‌اند، سپس به بررسی و تحلیل دلایل و مستندات فقها خواهیم پرداخت.

بیان دیدگاه قانونگذار و حقوقدانان در مورد اثر شرط

۱. دیدگاه قانونگذار

قانونگذار در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ در مورد ضمانت اجرایی تخلف از شرط فعل مقرر کرده که در صورت تخلف مشروط علیه، طرف معامله می‌تواند اجبار به وفای شرط را تقاضا کند، اگر اجبار غیر مقدور باشد، اما انجام آن به وسیله شخص دیگر مقدور باشد، حاکم با خرج مشروط علیه موجبات انجام آن را فراهم می‌کند (ماده ۲۳۸ ق.م)، اگر فعل مشروط از اعمالی نباشد که دیگری بتواند انجام دهد، مشروط له حق فسخ دارد (ماده ۲۳۹ ق.م).

بنابراین با توجه به مواد فوق در صورت تخلف مشروط علیه اولین اقدام درخواست الزام مشروط علیه به انجام شرط از سوی محاکم است در صورتی که الزام غیرمقدور باشد و فعل مورد شرط از افعال قائم به شخص باشد، برای مشروط له حق فسخ ایجاد می‌شود.

در مورد ضمانت اجرایی شرط ترک فعل ضمن عقد قانون حکمی بیان نکرده، اما برخی از حقوقدانان بدون تفکیک بین شرط فعل و ترک فعل (شرط فعل مثبت و شرط فعل منفی)، ضمانت اجرای هر دو را همان حکم مقرر در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ دانسته‌اند (امامی، بی‌تا: ج ۲۸۹/۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ج ۳۰۵/۱).

۲. دیدگاه حقوقدانان

همان‌طور که گفته شد در مورد ضمانت اجرایی شرط ترک فعل ضمن عقد قانون حکمی بیان نکرده، اما برخی از حقوقدانان بدون تفکیک بین شرط فعل و ترک فعل (شرط فعل مثبت و شرط فعل منفی)، ضمانت اجرای هر دو را همان حکم مقرر در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ دانسته‌اند.

بر طبق این مواد در صورت تخلف مشروط علیه از انجام شرط، درخواست الزام مشروط علیه به انجام شرط از سوی محاکم صورت می‌گیرد (ماده ۲۳۷) و اجبار مشروط علیه به انجام آن غیرمقدور، ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری

ندهد، اجاره‌ای که بر خلاف شرط انجام شده، باطل نیست، ولی موجر حق فسخ دارد» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ج ۱/۱۴۲).

همچنین ایشان و برخی حقوقدانان دیگر در مورد شرط عدم عزل وکیل در ضمن عقد لازم اگر به صورت شرط فعل باشد، معتقدند در صورت تخلف مشروط علیه، عزل نفوذ خود را دارد و مشروط له می‌تواند عقد لازم را فسخ کند (امامی، بی‌تا: ج ۲/۲۳۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰: ج ۱/۱۰۷). علاوه بر این، موکل ناچار است که خسارت ناشی از این پیمان‌شکنی را جبران کند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ج ۲/۲۰۷).

برای مثال کسی به دیگری وکالت می‌دهد که زمین متعلق به او را پس از افزاز به خود بفروشد، سپس ضمن عقد اجاره یا صلحی که بین آن دو بسته می‌شود موکل تعهد می‌کند که وکیل را از وکالت فروش عزل نکنند، در این فرض اگر موکل وکیل را عزل کند نیابت او در فروش خانه از بین می‌رود و از طرفی وکیل هم حق پید می‌کند اجاره یا صلحی را که شرط عدم عزل در آن آمده است فسخ کند، در مقابل بعضی از حقوقدانان نظر مخالف داده و معتقدند عمل خلاف شرط باطل است؛ چرا که لزوم وفا به شرط مستلزم آن است که مشروط علیه مجبور بر انجام دادن آن بوده و قدرت بر ترک نداشته باشد. به عبارت دیگر، مشروط علیه با التزام به شرط، ممتنع شرعی شده است و ممتنع شرعی همانند ممتنع عقلی است (الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً)؛ بدین معنا که قادر به انجام دادن آن عمل نخواهد بود (محقق داماد، ۱۴۰۶: ج ۲/۴۷). در بحث ضمانت اجرایی شرط ترک فعل در ضمن عقد نکاح، به نقد این دیدگاه و دلایل مطرح‌شده خواهیم پرداخت.

بنابراین با توجه به مطالب و دیدگاه‌های مطرح‌شده اکثر حقوقدانان معتقدند در صورت تخلف مشروط علیه از شرط فعل حقوقی منفی حق فسخ برای مشروط له ایجاد می‌شود. آیا در مورد عقد نکاح هم می‌تواند معتقد به حق فسخ شد یا در مورد نکاح ضمانت اجرای دیگری مطرح می‌شود.

نظریه جبران خسارت

برخی معتقدند با استنباط از مواد «۲۳۷-۲۴۰» ق. م در مورد تخلف از شرط فعل در ضمن عقد نکاح، چنانچه بتوان مشروط علیه را به انجام شرط الزام نمود، به وسیله دادگاه الزام به انجام شرط می‌شود و هرگاه اجبار ملزم به انجام شرط غیر مقدور باشد، اما انجام آن به وسیله شخص دیگری ممکن باشد، دادگاه به خرج ملزم موجبات انجام فعل را فراهم می‌کند، اما در صورتی که اجبار مشروط علیه، به انجام شرط ممکن نباشد و

مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج مشروط علیه موجبات انجام آن فعل را فراهم کند. (ماده ۲۳۸ ق.م).

«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 خواهد داشت» (ماده ۲۳۹ ق.م).

انتقادی که بر این دیدگاه وارد بوده، این است که در این دیدگاه به ماهیت شرط ترک فعل حقوقی توجه نشده است که با الزام و اجبار به انجام شرط سازگاری ندارد. در مورد شرط فعل منفی که به موجب آن مشروط علیه متعهد می‌شود عملی را (مادی یا حقوقی) انجام ندهد، دو گونه می‌توان استنباط کرد: گاهی منظور از شرط ترک فعل، ترک مستمر آن است و در صورت تخلف می‌توان مشروط علیه را وادار به عدم انجام فعل کرد، در این صورت با امکان الزام حق فسخ برای مشروط له ایجاد نمی‌شود (شهیدی، ۱۳۸۶: ج ۴/۱۴۹).

اما گاهی مقصود از شرط این است که مشروط علیه هیچ-گاه مورد شرط را انجام ندهد، مثل نفروختن زمین یا اجاره ندادن ساختمان که در اینجا حقوقدانان معتقدند در صورت تخلف برای مشروط له حق فسخ ایجاد می‌شود (شهیدی، ج ۴/۱۴۹؛ کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۳۴۰؛ کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، ۹۴).

چون مشروط علیه با پذیرش این شرط (عدم فروش یا اجاره..)، به سود مشروط له، حقی را ایجاد کرده و او معامله مشروط را با لحاظ شرط فعل حقوقی منفی انشا کرده است. بنابراین در صورت تخلف از شرط می‌تواند معامله را فسخ کند (شهیدی، ۱۳۸۶: ج ۴/۱۴۹).

کاتوزیان در بحث در مورد التزام به عدم انتقال می‌فرماید: «ضمانت اجرایی تخلف از شرط، بطلان انتقال نیست؛ زیرا فرض این است که مالک، حق عینی متعلق به خود را انتقال داده است و التزام شخصی مالک نمی‌تواند به معامله خریدار ملک (ثالث) صدمه بزند. تخلف از تعهدهایی که مالک کرده است به طرف قرارداد (مشروط له) حق می‌دهد که به استناد خيار تخلف از شرط، پیمان خود را با عهده‌شکن فسخ کند و فسخ قرارداد مانع از مطالبه خسارت ناشی از عهده‌شکنی نیست، یکی وسیله جبران خسارت واردشده و دیگری (فسخ) وسیله احتراز از آن است» (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۹۴). همچنین ایشان در مورد شرط عدم اجاره معتقد است: «زمانی که مستأجر متعهد شده است از مالکیت کامل خود استفاده نکند و منافع را به دیگری

بررسی نظریات و دلایل و مستندات

۱. بررسی نظریه فسخ در صورت تخلف از خيار اشتراط

همان طور که گفته شد در میان اهل سنت، حنبلی ها معتقدند در صورت تخلف از شرط فعل در ضمن نکاح زوجه می تواند نکاح خود را فسخ کند (مغنیه، ۱۴۲۱: ج ۳۰۲/۲)، اما در میان امامیه، فقهای که در مورد آثار تخلف از شرط در ضمن عقد نکاح به بحث پرداخته اند، به غیر از خیارهای منصوص، فسخ ناشی از تخلف از شرط را نپذیرفته اند (خمینی، بی تا: ج ۳۰۲/۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶: ج ۴۶۰/۲)

چه تفاوتی میان نکاح و ابواب معاملات است که در معامله خيار تخلف شرط ثابت است، اما در عقد نکاح، خيار تخلف شرط ثابت نیست؟ آیا با ادله ای که بعضی از بزرگان بیان داشته اند می توان پذیرفت که در نکاح در صورت تخلف از شرط، خيار ثابت نیست؟ در اینجا به بررسی و تحلیل دلایل ارائه برای عدم مشروعیت خيار تخلف شرط در ضمن نکاح می پردازیم.

۱-۱. اصل لزوم عقد

مرحوم آیت الله سبزواری یکی از دلایلی که برای عدم ثبوت فسخ در صورت تخلف از شرط استناد می کند، اصل لزوم است. (سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۱۸۵/۲۵) توضیح اینکه اصل در نکاح همانند سایر عقود بر لزوم است و در صورت تخلف از شرط، شک حاصل می شود که آیا می توان مجوز فسخ صادر کرد؟ با استناد به اصل لزوم این امر منتفی می شود، پس نمی توان در صورت تخلف از شرط نکاح را به هم زد.

در پاسخ باید گفت که اصل در جایی قابل استناد است که دلیل بر خلافتش نباشد، در حالی که در ما نحن فی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم» دلیل است و دلالت بر این دارد اگر یکی از طرفین به شرط وفاء نکرده، طرف مقابل می تواند به التزام خود به مفاد عقد پایبند نباشد، پس وقتی دلیلی بر خيار فسخ داریم جای اصاله للزوم نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ج ۱۰۳/۶).

شرط در عقد به معنای التزامی در ضمن التزام دیگر است (یزدی، ۱۴۲۱: ج ۱۲۸/۲) وقتی شرط محقق نشود، نمی توان از مشروط له انتظار داشت به التزام خود پایبند باشد، وقتی بر یکی عمل به مقتضای عقد واجب است که دیگری هم پایبند باشد و نمی توان فقط یک طرف را به عمل ملزم ساخت، چون این عمل با روح عقد و قرارداد سازگار نیست، از این جهت است که به مشروط له حق فسخ داده شده است.

فعل مشروط نیز از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، مشروط له می تواند چنانچه از عدم انجام شرط خسارتی به او وارد شده، خسارت ناشیه از عدم انجام تعهد را از مشروط علیه بخواهد. در صورت تخلف از شرط فعل در ضمن عقد نکاح، مشروط له نمی تواند طبق مقررات مربوطه به احکام شرط، مذکور در ماده «۲۳۵» ق. م به بعد، نکاح را فسخ نماید؛ چرا که حق فسخ به علت تخلف از شرط، ویژه قراردادهای مالی است در عقد نکاح، با توجه به اینکه بقاء و تثبیت خانواده مورد نظر است و موارد فسخ نکاح در حقوق ایران محدود و معین است و قانون این مورد را پیش بینی نکرده است (صفایی و امامی، ۱۳۸۷: ۶۵؛ امامی، بی تا: ج ۳۷۳/۴).

هر چند در صورت تخلف از شرط صفت بر طبق ماده ۱۱۲۸ ق. م. برای مشروط له حق فسخ در نظر گرفته شده، اما نمی توان به قیاس شرط صفت، در صورت تخلف از شرط فعل، حکم به حق فسخ داد (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۹۱). بنابراین در مورد تخلف از شرط فعل، تنها مطالبه خسارت به جای حق فسخ می تواند مطرح باشد.

در بعضی از شرطهایی که ضمن عقد نکاح در نظر گرفته شده در صورت تخلف، خسارت معنوی سنگینی متوجه مشروط له می شود، مانند شرط عدم ازدواج مجدد، اگر زوج تخلف نماید و اقدام او به ازدواج مجدد نماید، این امر موجب ورود لطمه به احساسات و عواطف زوجه و باعث برهم زدن آسایش و زندگی مشترک و دیگر آثار مخرب آن است که بر اساس اصل ۱۷۱ قانون اساسی و قانون مسئولیت مدنی (مواد ۱، ۲، ۸، ۹ و ۱۰) که جبران خسارات معنوی به صراحت شناخته است که به مشروط له می توان حق داد که علاوه بر مطالبه خسارت مادی، جبران خسارت معنوی که در زمینه متحمل شده مطالبه نماید. اما باید گفت، پیش بینی تنها مطالبه خسارت برای تخلف از شرط ضمن عقد، نه تنها تسکین دهنده زیان معنوی مشروط له نیست، بلکه نمی تواند ضمانت اجرایی مناسبی محسوب شود. آثار زیانبار تخلف از شرط، تنها با پرداخت خسارت قابل جبران نیست، جبران خسارت نمی تواند عامل بازدارندگی داشته باشد و باعث ترغیب مشروط علیه به انجام شرط باشد.

از طرفی مطالبه خسارت معنوی با مشکلاتی مواجه است؛ از جمله ضرورت اثبات چنین خسارتی از سوی زوجه، از طرفی خسارات وارد شده به افراد، از حیث اینکه با احساسات و عواطف انسانی رابطه تنگاتنگ دارد، جبران آن بسیار سخت و مشکل است، تشخیص میزان خسارت معنوی وارد شده و به تبع آن تعیین معادل مادی آن بسیار دشوار است.

۱-۲. انحصار حق فسخ به موارد خاص در روایات و متون فقهی

یکی از دلایلی که برای عدم ثبوت فسخ در صورت تخلف از شرط فعل در ضمن نکاح بیان شده این است که از نظر فقهی عوامل جدایی زن و مرد در شریعت معین و محدود به فسخ، طلاق، انقضای مدت و یا بذل و امثال آن است و در این میان فسخ ناشی از تخلف انجام تعهد در شریعت منظور نگردیده است؛ روایت و نصی که بر این مطلب دلالت داشته باشد نداریم اگر در مورد تخلف از شرط صفت، وجود عیب یا تدلیس حکم به فسخ داده شده از باب دلیلی است که در شریعت در این زمینه وارد شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۳۶۶/۳۰؛ لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۶۰؛ محقق داماد، ۱۳۸۴: ۳۲۹).

قانون مدنی نیز به پیروی از فقه عوامل انحلال نکاح را دقیقاً مشخص کرده و چنین خیاری را برای احد طرفین قرار نداده است. بنابراین نمی‌توان عقد نکاح را به سایر معاملات قیاس نمود و به استنباط از مادّتين ۲۳۷ و ۲۳۹ حکم به حق فسخ برای مشروط له داد (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۳۲۹).

صاحب جواهر در شرح این کلام از محقق شرایع که در صورتی که مردی با زنی ازدواج کند، با این شرط که زن آزاد باشد، بعد خلافتش ثابت شود حق فسخ برای مشروط له ایجاد می‌شود، هر چند نزدیکی صورت گرفته باشد، عده‌ای استدلال کرده‌اند که فایده شرط این است که عقد لازم را به جایز تبدیل می‌کند، حتی با تصرف این خیار ساقط نمی‌شود.

الأولی صاحب جواهر ایراد می‌گیرد که حق فسخ در اینجا به دلیل ظاهر روایات و خیار تدلیس است نه از باب خیار تخلف شرط وگرنه مقتضای آن این خواهد بود که تخلف یا تعذر شرط، همان‌طور که در بیع گفته شد، موجب ثبوت خیار شود، این در حالی است فقها در نکاح به خیار عیب و تدلیس، در موارد به خصوص، اقتصار کرده‌اند و به عدم خیار اشتراط در نکاح تصریح شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۳۶۶/۳۰).

در پاسخ به این دلیل که برای عدم فسخ در نکاح ذکر شده باید گفت که ذکر نشدن خیار تخلف شرط در روایات و متون فقهی نشانه عدم مشروعیت این خیار نزد شارع نیست، هر چند در روایات در موارد خاصی مانند عیب و تدلیس اجازه فسخ داده شده، اما این بیانگر انحصار و محدودیت نیست؛ چرا که شارع در مقام بیان موارد مجوز فسخ در نکاح نیست.

از طرفی ذکر نشدن این خیار در متون و منابع فقهی هم دلیل متقنی بر نفی آن نزد فقها نیست؛ چرا که می‌توان پرسید آیا رویه فقیهان چنین بوده که در هر یک از مصادیق عقد،

طرق فسخ آن را به صورت مستقل و مبسوط بررسی کنند؟ یا آنکه طرق و راه‌های فسخ عقد را به شکل قاعده‌ای کلی و قابل تعمیم در یکی از عقود بیان داشته و در سایر عقود اغلب به ذکر موانع فسخ اکتفا نموده‌اند؟

تتبع و بررسی در متون فقهی حکایت از گزینش رویه اخیر دارد، بدان معنا که بحث مبسوط از خیارات در عقد بیع مطرح شده و به جز خیاراتی که به عقد بیع اختصاص داده شده، سایر روش‌های فسخ با عنوان خیارات مشترک میان بیع و سایر عقود معرفی و بیان شده است. بنابراین از جهت تعمیم اولیه خیارات مشترک به عقود دیگر، نمی‌توان میان عقد نکاح و سایر عقود تفاوتی قائل شد و علی‌القاعده در مورد طرق دیگر فسخ نکاح، ممنوعیتی وجود ندارد، مگر آنکه به دلایل عقلی یا نقلی منعی برای تعمیم وجود داشته باشد که در مورد خیار اشتراط به واسطه تخلف مشروط‌علیه از شرط فعل، منعی صورت نگرفته است (شکیبا و جوان، ۱۳۹۷: ج ۱۷۲/۱۲).

۱-۳. عدم مشروعیت خیار شرط

از دلایل دیگر که برای عدم مشروعیت خیار اشتراط در نکاح بیان شده، مقایسه آن با خیار شرط است، همان‌طور که فقها حکم به بطلان خیار شرط در نکاح داده‌اند همان دلایل اینجا هم می‌توان مورد استناد قرار داد و حکم به عدم جواز خیار اشتراط داد؛ چرا که تفاوتی میان خیار شرط و سایر خیاریها نیست و نتیجه همه آنها امکان فسخ نکاح برای مشروط له است (لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۶۰).

در پاسخ باید گفت که فسخ ناشی از خیار شرط با خیار تخلف از شرط یکسان نیست؛ چرا که در خیار شرط برای یکی از طرفین یا هر دو یا ثالث شرط خیار می‌کنند؛ به صورتی که تا زمان معین برای مشروط له حق فسخ قرار می‌دهند و او می‌تواند در صورت تمایل و بدون هیچ دلیل و علتی عقد را فسخ بکند و فقها حکم به بطلان خیار شرط داده‌اند، چون این کار با روح عقد نکاح سازگار نیست، ولی در خیار اشتراط، ضمن عقد شرط فعلی قرار می‌دهند که در صورت تخلف مشروط‌علیه از انجام تعهد، برای مشروط له حق فسخ ایجاد می‌شود.

بنابراین در خیار شرط، فسخ مستقیماً به شرط کردن خیار ضمن عقد باز می‌گردد، در حالی که در خیار تخلف شرط این گونه نیست و مشروط له نمی‌تواند بدون دلیل عقد را فسخ نماید، بلکه در صورت تخلف مشروط‌علیه حق فسخ ایجاد می‌شود. بنابراین این دو یکسان نیستند و نمی‌تواند از قیاس استفاده کرد و حکم یکی را نسبت به دیگری جاری کرد.

۱-۴. نکاح معاوضه حقیقی نیست تا جمیع احکامش در اینجا جاری شود

عده‌ای در مورد شرط فاسد به آن تمسک کرده و گفته‌اند که باب نکاح با بیع فرق دارد؛ چرا که ارکان بیع، مبیع و ثمن است و شرایط به مبیع و ثمن برمی‌گردد (للشرط قسط من الثمن) و اگر تخلف و تعدّر شرط شود ارکان عقد متزلزل می‌شود و خيار تخلف شرط ایجاد می‌شود، ولی در نکاح ارکان عقد زوج و زوجه هستند و شرایط خارج از عقد هست و به عبارت دیگر، نکاح معاوضه نیست، بلکه شبیه معاوضه است. بنابراین «للشرط قسط من الثمن» در نکاح جاری نیست (سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۱۸۵/۲۵).

صحتی روی ارکان معامله و معاوضه نیست، بلکه نظر به حقیقت معاهده و قرارداد است که آن التزام در مقابل التزام است و اگر یکی از طرفین وفا نکرد در واقع یک طرف ملتزم نشده، بنابراین نمی‌توان طرف دیگر را ملزم کرد و روح قرارداد می‌گوید که خيار فسخ دارد نه معاوضه و ارکان آن (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ج ۱۰۲/۶).

بررسی نظریه بطلان عمل خلاف شرط

همان‌طور که گفته شد یکی دیگر از نظریاتی که در مورد ضمانت اجرایی شرط ترک فعل حقوقی در ضمن عقد نکاح مطرح شده بطلان عمل حقوقی خلاف شرط است. فقهایی از جمله آیت‌الله سید محسن حکیم، محمد سعید حکیم، آیت‌الله بجنوردی و محقق داماد از معتقدان این دیدگاه هستند (حکیم، ۱۴۱۰: ج ۲۹۶/۲؛ حکیم، ۱۴۱۵: ج ۴۱/۳؛ بجنوردی، ۱۳۷۳: ج ۱۱/۵۶).

آیت‌الله سید محسن حکیم در منهاج‌الصلحین می‌گوید: «و جایز است که زوجه در ضمن عقد نکاح یا عقد دیگر که زوج ازدواج دیگری نماید، زوج بر چنین شرطی ملزم است، بلکه چنانچه ازدواج نماید، ازدواج (مجدد) او باطل است» (حکیم، ۱۴۱۰: ج ۲۹۶/۲). همان‌طور که در مورد تخلف مستأجر از شرط عدم اجاره حکم به بطلان اجاره داده‌اند، بود (حکیم، ۱۴۱۶: ج ۹۱/۱۲).

در استدلال بیان می‌دارد: «ظاهر از شرط فعل عدم اجاره، ایجاد حقی برای مشروط له بوده است و اقتضای قاعده تسلیط مانع نفوذ تصرفات مغایر بوده و باطل خواهد بود و ایشان در رد استدلال کسانی که اثر شرط فعل را صرفاً التزام به موضوع و حکم تکلیفی می‌دانند نه حکم وضعی، اعلام کرده است که چنین برداشتی بر خلاف موازین است؛ زیرا با توجه به

اینکه مفاد شرط قابل مطالبه و اسقاط است معلوم می‌شود که صرف التزام مراد نبوده، بلکه ایجاد حق و حکم وضعی اثر شرط بوده است» (حکیم، ۱۴۱۶: ج ۹۱/۱۲).

محقق داماد در مورد ضمانت اجرایی شرط ترک فعل حقوقی پس از بیان نظریه بطلان و دلایل آن از جمله اینکه عمل حقوقی خلاف شرط حرام و منهی می‌شود و نهی نیز مقتضی فساد است، به علاوه لزوم وفای به شرط مستلزم آن است که مشروط علیه مجبور بر انجام دادن آن بوده و قدرت بر ترک نداشته باشد. این نظریه را اقوا دانسته و می‌نویسد: «طبق این نظریه که با موازین حقوقی نیز انطباق دارد، تخلف از شرط هیچ‌گاه فرض نخواهد شد تا آنکه مسئله خيار برای مشروط مطرح شود؛ زیرا حق خيار ناشی از تخلف از شرط است و از آنجا که حسب فرض امکان انجام دادن آن عمل حقوقی که مشروط علیه متعهد بر ترک آن شده هیچ‌گاه وجود ندارد- گرچه مشروط علیه اقدام به تخلف می‌کند- تخلف هرگز واقع نمی‌شود» (محقق داماد، ۱۴۰۶: ج ۴۷/۲).

آیت‌الله بجنوردی در توجیه بطلان ازدواج دوم گفته است: «مشروط علیه با پذیرش این شرط، سلطنت و توان شرعی بر انجام هر نوع عملی که منافات با انجام مشروط داشته باشد از خود سلب کرده است، اگر اقدام به ازدواج مجدد نماید هیچ‌گونه اثر شرعی و حقوقی ندارد؛ چرا که (الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً) هنگامی که قدرت و توان شرعی برای انجام فعلی از فردی سلب می‌شود، همانند آن است که قدرت تکوینی از او سلب شده است، مگر افعالی که قدرت تکوینی در وفای به شرط کافی باشد» (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۳: ج ۱۱/۵۶).

۱. رفع سلطنت تکلیفی

در نقد این استدلال که پذیرش شرط توسط مشروط علیه، مستلزم عدم سلطنت و اختیار او بر انجام عمل خلاف شرط است، باید گفت: سلطنت گاهی جنبه تکلیفی دارد و گاهی جنبه وضعی، نهی موجب رفع سلطنت تکلیفی می‌شود و مشروط علیه اختیار و رخصت ترک شرط را از دست می‌دهد و این امر بر وی حرام می‌شود و مشروط علیه در صورت تخلف مرتکب گناه می‌شود. آنچه برای صحت یک معامله معتبر و لازم است، سلطنت وضعی است، اگر جمیع شرایطی که برای نفوذ معامله لازم است محقق باشد (مانند آنکه فاعل عاقل، بالغ، رشید و ... باشد)، سلطنت وضعی هم محقق و معامله نافذ است، اما اینکه نهی در معاملات مقتضی فساد باشد، محل بحث

نداشته باشد، اگر مشروط علیه بر خلاف شرط عمل نماید هیچ اثری بر آن مترتب نیست و حکم به بطلان می‌شود (امامی، بی‌تا: ج ۴/۱۵۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۴۰؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰: ج ۱/۴۲۲ و ۲۳۲).

۳. اولویت عدم نفوذ به نسبت معامله فضولی

در انتقاد از نظریه بطلان باید افزود که در مواردی که شخص بدون داشتن حق مالکیت بر مالی، مال غیر را می‌فروشد که از آن به «معامله فضولی» تعبیر می‌شود عقد، غیر نافذ خواهد بود که به وسیله مالک، قابل تنفیذ و رد می‌باشد. حال اگر در ضمن عقد بیع شرط شود که خریدار، حق فروش یا انتقال مبیع را در مدت معین نداشته باشد، ولی مشروط علیه برخلاف شروط مذکور، اقدام به فروش مبیع به غیر نماید، آیا در اینجا می‌توان ضمانت اجرای شدیدتری نسبت به معاملات فضولی در نظر گرفت و حکم به بطلان و بی اعتباری عمل خلاف شرط داد و بیع را باطل دانست. در اینجا که خریدار مالک عین بوده و در واقع، مال خود را انتقال داده است.

توضیح اینکه وقتی بیع مال غیر که به صورت کلی متعلق حق غیر هست، غیر نافذ باشد، بیع مالی که متعلق به خود مالک است، لکن صرفاً حق خاصی برای دیگری در آن جعل شده، به طریق اولی جایز خواهد بود. باطل دانستن عقد مذکور برخلاف قاعده تسلیط و اصل حاکمیت اراده است (شهیدی، ۱۳۸۶: ج ۴/۱۴۹).

برای تأیید می‌توان به نظر شیخ انصاری در مکاسب استناد کرد. ایشان می‌فرماید: «اگر در مبیع حقی برای غیر باشد و مالک بدون توجه به حق غیر، آن را به دیگری منتقل کند، چنین عقدی نه لازم است و نه باطل، دلیل اینکه لازم نیست این است که نتیجه این عقد، سقوط حق غیر خواهد شد و سقوط حق غیر هم بدون سبب شرعی ممکن نیست و دلیل اینکه باطل نیست، اینکه در تمام مواردی که بایع استقلال در مبیع ندارد، عقد غیر نافذ و متوقف بر اجازه صاحب حق است» (انصاری، ۱۴۱۵: ج ۴/۱۶۸).

در مور عقد نکاح نیز اگر به صورت فضولی واقع شود، نکاح غیر نافذ است، حال اگر در ضمن عقد نکاح به طور مثال زوجه بر زوج شرط کند که ازدواج مجدد نکند، اگر زوج بر خلاف شرط عمل کند و اقدام به ازدواج مجدد نماید، چگونه می‌توان ضمانت اجرای شدیدتری نسبت به نکاح فضولی در نظر گرفت و حکم به بطلان ازدواج دوم داد، پس در اینجا نیز به طریق اولی باید حکم به غیر نافذ بودن آن داد.

است. حتی بعضی از بزرگان تصریح دارند که نهی موجب رفع سلطنت وضعی نیست و معامله صحیح و نافذ است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ج ۱۵/۱۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ج ۵۹۰/۳؛ روحانی، ۱۴۲۹: ج ۲۴/۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ج ۲۶۹/۱۱؛ بهبهانی، ۱۴۱۷: ۴۷۹)؛ چرا که هیچ منافاتی بین حرمت شیء و نفوذ آن وجود ندارد. (روحانی، ۱۴۲۹: ج ۲۴/۱).

علامه حلی در مورد حکم بیع فضولی که عده‌ای از فقیهان با استناد به حدیث «لا تبع ما لیس عندک» حکم به بطلان داده‌اند. در جواب می‌فرماید: نهی در معاملات، مقتضی فساد نیست و فساد تنها مربوط به موردی است که مالک عقد را اجازه نکند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ج ۱۵/۱۰).

اصفهانی در حاشیه کتاب المکاسب در مورد شرط عدم فسخ بیع، استدلال شیخ انصاری را در مورد عدم تأثیر فسخ مبنی بر اینکه شرط عدم فسخ مستلزم عدم سلطه و اختیار مشروط علیه بر ترک شرط هست، این گونه مورد نقد قرار داده که سلطنت گاهی جنبه تکلیفی دارد، در صورتی که این سلطنت برداشته شود، شخص رخصت انجام عمل را از دست می‌دهد، اما در مورد سلطنت وضعی اگر جمیع شرایطی که برای نفوذ معامله لازم است محقق باشد (مانند اینکه طرف عاقل باشد بالغ)، سلطنت وضعی هم محقق و معامله نافذ است؛ چرا که دلیلی بر اعتبار رخصت و اباحه تصرف در نفوذ معاملات نه شرعاً و نه عقلاً وجود ندارد. حرمت فسخ به دلیل وجوب ترک فسخ ناشی از شرط عدم فسخ، محال است که مقتضی فساد و عدم تحقق فسخ باشد در غیر این صورت از وجود شرط عدم آن لازم می‌آید (اصفهانی، ۱۴۱۸: ج ۴/۱۱۰).

۲. یکسان بودن اثر شرط نتیجه منفی و شرط فعل

منفی

در انتقاد از نظریه بطلان باید افزود، پذیرش این نظریه مستلزم این است که اثر شرط نتیجه منفی و شرط ترک فعل حقوقی یکسان باشد. توضیح اینکه اثر شرط ترک فعل، تعهد بر عدم انجام تصرفات حقوقی است و مشروط علیه صرفاً تعهد می‌نماید عمل حقوقی که در فرض اختیار حق ایقاع آن را داشته، انجام ندهد، در اینجا مفاد شرط دلالتی بر سلب حق ندارد.

اما اثر شرط نتیجه زوال و اسقاط حق تصرف است، در اینجا مشروط علیه سلطنت و توان انجام عمل حقوقی را از خود سلب کرده است، مانند این که ضمن عقد بیع، شرط شود که خریدار، حق انتقال یا فروش مبیع را در مدت معین نداشته باشد یا مستأجر حق اجاره دادن یا انتقال عین مستأجره را

«وقتی حقی برای کسی ثابت می‌شود مهم‌ترین هدف در آن، توان بهره‌برداری صاحب حق، از آن است، به طوری که نباید عمل هیچ‌کس مانع از بهره‌برداری او بشود و هر عمل و فعلی که در متعلق حق مانع از آن گردد، نباید نافذ محسوب شود. چون پذیرش نفوذ تصرفات منافی در متعلق حق به معنای انکار تحقق آن حق است و این امر از نظر عقلی قابل پذیرش نیست. چون غرض از ثبوت حق برای هر شخصی امکان استیفای او از آن حق است و این غرض با پذیرش نفوذ تصرفات منافی با آن به هیچ عنوان سازگار نمی‌باشد چون فرض وجود حق و امکان بهره‌برداری از آن با فرض نفوذ عملی در متعلق همان حق که مساوی با زوال آن است با هم قابل جمع نمی‌باشند. پس برای رفع این تناقض، هر عملی در متعلق حق که مانع استیفای صاحب حق از حقی می‌شود باید غیر نافذ شناخته شود. حال می‌خواهد متعلق حق، عین باشد، مثل حق رهانه و یا فعل و یا ترک فعل مثل ترک اجاره» (مصطفوی، ۱۳۸۳: ج ۲۴/۱۸۰).

نظریه بطلان در قانون در صورت تخلف از شرط

در دفاع از دیدگاه بطلان گفته شده، هر چند قانون مدنی ایران در مبحث شروط ضمن عقد، صراحتاً حکم تخلف از شرط ترک فعل حقوقی را بیان نکرده، اما در موارد مختلف چنین عملی را باطل دانسته است (محقق داماد، قواعد فقه، ج ۴۹/۲). از جمله در ماده ۴۵۴ مقرر داشته است: «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».

همچنین طبق ماده ۴۵۵: «اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، مثل آنکه نزد کسی رهن گذارده فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد، مگر اینکه شرط خلاف شده باشد».

همان‌طور که محقق داماد بیان داشته ذیل هر دو ماده صراحت دارد که اگر عدم اجاره و یا عدم رهن شرط شده باشد، اقدام به اجاره و یا رهن اثری ندارد و اجاره و رهن انجام گرفته، باطل و بی‌اثر است (محقق داماد، قواعد فقه، ۱۴۰۶: ج ۴۹/۲). بر اساس این استنباط، معنای ماده ۴۵۴ این است که اگر کالایی فروخته شود و در ضمن آن شرط شود که مشتری آن را به دیگری اجاره ندهد، اگر مشروط علیه تخلف کند و آن را به دیگری اجاره دهد، اجاره باطل می‌شود.

با این توجیه که لازمه منطقی تعهد بر انجام دادن یک عمل حقوقی خاص، عدم انجام دادن هرگونه عمل حقوقی منافی با آن است و در فرض تخلف، آنچه انجام شده، محکوم به بطلان است. (همان)

آنچه در نقد این استدلال می‌توان گفت این است که منظور قانونگذار در این ماده از عبارت «بطلان» معنای اصطلاحی آن (کان لم یکن) نیست، قانون مدنی در مواردی به جای واژه «انفساخ» واژه بطلان به کار برده است. همان‌طور که در ماده «۴۹۶ ق. م.» اصطلاح بطلان را درست به کار نبرده؛ چرا که با تلف عین مستأجره، اجاره منفسخ می‌شود. همچنان که در ماده «۵۰۰ ق. م.» این اصطلاح صحیح به کار نرفته است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ج ۱/۱۴۳).

بنابراین معنای ماده این خواهد بود که اگر کسی کالایی را به دیگری انتقال دهد و شرط شود که خریدار در آن تصرفاتی که موجب نقل ملک است نداشته باشد، اما خریدار تخلف کند و مثلاً آن را به دیگری اجاره دهد، با فسخ عقد توسط بایع، اجاره هم منفسخ می‌شود. از طرفی از زمان عقد تا فسخ بیع، مشتری مالک عین و منفعت مبیع است و از زمان فسخ باید اجاره فصولی و غیر نافذ محسوب شود نه منفسخ. (همان)

در مورد ماده ۴۵۵ ق. م. هم باید گفت بر اساس مفهوم این ماده، اگر پس از عقد بیع بایع بر مشتری شرط کند که حق ندارد مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، سپس مشتری تخلف کند و متعلق حق غیر دهد، مثلاً آن را به کسی رهن دهد، سپس بایع با توجه به حق فسخی که داشته بیع را فسخ کند، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور خواهد شد.

در نقد استدلال به ماده ۴۵۵ ق. م. باید گفت که اگر در ماده ۴۵۴ عبارت «بطلان» به کار رفته در ماده ۴۵۵ حتی عبارت «بطلان» به کار برده نشده و عبارت «موجب زوال حق نخواهد شد» به کار رفته، بنابراین این ماده از ایراد بیشتری برخوردار است. زوال حق ناظر به آینده است و زمانی معنا پیدا می‌کند که حقی به وجود آمده و سپس از بین برود. در حالی که همان‌طور که گفته شد، بطلان به معنای (کان لم یکن) است. اگر عقدی باطل باشد اصلاً تشکیل نمی‌شود، تا اینکه زایل شود و از بین برود.

بحث و نتیجه‌گیری

در صورت اثر تخلف مشروط علیه از شرط ضمن عقد نکاح دیدگاه‌ها متفاوت است، بعضی از فقها حکم به صحت، بعضی

از طرفی وقتی حقی برای کسی ثابت می‌شود، غرض از آن امکان استیفای صاحب حق از آن است و این غرض با پذیرش نفوذ تصرفات منافی با آن به هیچ‌وجه سازگار نمی‌باشد، چون فرض وجود حق و امکان استیفای آن با فرض نفوذ عملی در متعلق همان حق که مساوی با زوال آن حق است با هم قابل جمع نیست. پس برای رفع این تناقض، هر تصرفی که مانع انتفاع صاحب حق از حقی می‌شود باید غیر نافذ شناخته شود. همان اراده‌ای که می‌تواند در قالب اذن، مجوز معامله را بدهد، می‌توان به وسیله اجازه بعدی، معامله را تنفیذ کند. هر چند نظریه حق فسخ برای مشروط له، با توجه به غیر وجیه بودن تفاوت ادعایی عقد نکاح با سایر عقود به منظور استثنای آن از شمول خیار اشتراط، خالی از وجه نیست، اما نظریه غیر نافذ بودن از قوت بیشتری برخوردار است.

References

- Allameh Hali, Hasan bin Youssef. (1992). *mukhtalif al-shiyea in Al-Ahkam Al-Sharia*. Chāp. 2. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Theological Seminary Societ (In Persian).
- Allameh Hali, Hassan bin Yusuf. (1993). *Tazkrah Al-fuqaha*. Chāp 1. Qom: Al-Bayt Institute, peace be upon them (In Persian).
- Amirkhani, Shakiba and Javan, Abdullah. (2017). "Possibility of annulment of marriage in case of violation of the condition of the verb in Islamic jurisprudence". *Fiqh al-Muqaran*, No. 12, pp. 157 - 182 (In Persian).
- Ansari, Morteza. (1994). *Al-Makasab*. Chāp 1. Qom: World Congress of Commemoration of Sheikh Azam Ansari (In Persian).
- Araki, Muhammad Ali. (1993). *Al-Masal al-alwadiha*. Chāp 1. Qom: Publications of the Islamic Propaganda Office of the Qom Theological Seminary (In Persian).
- Behbahani, Muhammad Baqir bin Muhammad. (1996). *Margin of Majma*

حکم به بطلان و بعضی حکم به غیر نافذ بودن عمل حقوقی خلاف شرط داده‌اند. بر نظریه بطلان ایراد و اشکالاتی وارد شده از جمله اینکه در مواردی که شخصی، مال غیر را می‌فروشد در اینجا فقها و حقوقدانان حکم به غیر نافذ بودن بیع داده‌اند که به وسیله مالک قابل تنفیذ و رد می‌باشد. حال در مواردی که در مال کسی، حقی برای غیر باشد، چگونه می‌توان ضمانت اجرای شدیدتری نسبت به معاملات فضولی در نظر داشت و حکم به بطلان عمل خلاف شرط داد، باطل دانستن عقود مذکور برخلاف قاعده تسلیط و اصل حاکمیت اراده می‌باشد و همچنین در رد نظریه بطلان باید افزود، هر چند عمل حقوقی خلاف شرط حرام و مورد نهی می‌باشد، اما نهی موجب رفع سلطنت وضعی نیست، هر چند موجب رفع سلطنت تکلیفی شود، بنابراین معامله صحیح و نافذ است؛ چرا که هیچ منافاتی بین حرمت شیء و نفوذ آن وجود ندارد.

- al-Faeda and al-Barhan*. Chāp 1. Qom: Al-Allama al-Mujjad al-Wahidi al-Bahbahani Foundation (In Persian).
- Behjat, Muhammad Taqi. (2007). *Istiftaat*. Chāp 1. Qom: Office of Hazrat Ayatollah Behjat (In Persian).
- Emami, Seyyed Hassan. (no date). *Civil Law*. Tehran: Islamic Publications (In Persian).
- Esfahan, Muhammad Hossein. (1997). *The margin of Kitab al-Makasab*. Chāp 1. Qom: Anwar Al-Had (In Persian).
- Golpaygani, Mohammad Reza. (1992). *Hidayat al-Abad*. Chāp 1. Qom: Dar al-Qur'an al-Karim (In Persian).
- Golpaygani, Mohammad Reza. (1992). *'iirshad Al-saayil*. Chāp 2. Beirut: Dar al-Safwa (In Persian).
- Hakim, Mohsen. (1989). *Minhaj al-Salihin*. Chāp 1. Beirut: Dar Al-Ta'arof for matbueati (In Persian).
- Hakim, Mohsen. (1995). *Mostamsk al-Arwa al-Wathqi*. Chāp 1. Qom: Dar al-Tafsir Est (In Persian).
- Hakim, Muhammad Saeed. (1994). *Minhaj al-Saliheen*. Chāp 1. Beirut: Dar al-Safwa (In Persian).
- Hosseini Shirazi, Mohammad. (no date). *Isal al-Talib to al-Makaseb*. Chāp 1.

- Tehran: manshurat aelamaa (In Persian).
- Hosseini Shirazi, Sadegh. (2006). *Akhmat al-Nisa*. Ch 5. Qom: Selesh Publications (In Persian).
- Katouzian, Nasser. (1996). *Introductory course of civil law, family*. Tehran: Yalda Publishing Institute (In Persian).
- Katouzian, Nasser. (2006). *Civil Laws Introductory Course: Property and Ownership*. Chāp 19. Tehran: Mizan Publishing (In Persian).
- Katouzian, Nasser. (2015). *Civil law in the current legal order*. Chāp. 13. second edition. Tehran: Mezan publication (In Persian).
- Katouzian, Nasser. (2018). *Civil Laws Introductory Course: Lessons from Certain Contracts*. Vol 2 and 1. Tehran: Ganj and Danesh Library, Chāp 16 (In Persian).
- Khansari, Muhammad Emami. (no date). *the second al-hashīya ealaa al-Makasab*. Chāp 1. In one volume (In Persian).
- Khoi, Abu al-Qasim (1989). *Minhaj al-Salehin*. Chāp 28. Qom: Publishing Madinat al-eilm (In Persian).
- Khomeini, Ruhollah. (2000). *Kitab al-Baya*. Chāp 1. Tehran: Institute for organizing and publishing the works of Imam Khomeini (In Persian).
- Khomeini, Ruhollah. (no date). *Tahrir Al Wasilla*. Chāp 1. Qom: Dar Al eilm Press Institute (In Persian).
- Khomeini, Ruhollah. (2001). *Istaftaat*. Chāp 5. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Theological Seminary Society of Teachers (In Persian).
- Lankarani, Mohammad Fazil Movahedi. (2001). *Al-Ahkam al- alwadiha*. Qom: Jurisprudence Center of the Pure Imams. peace be upon them (In Persian).
- Lankarani, Mohammad Fazil Movahedi. (no date). *Jame Al Masaal*. Chāp 11. Qom: Amir Qalam Publication (In Persian).
- Lankarani, Mohammad Fazil Movahedi. (2002). *Detail of the Shari'ah in Sharh Tahrir Al-Wasilla - Al-Nikah*. Chāp. 1. Qom: Jurisprudence Center of the Pure Imams, peace be upon them (In Persian).
- Maghnieh, Mohammad Javad. (2000). *Fiqh Ali al-Mazahib al-Khumsa*. Chāp 10. Beirut: Dar al-Tayar al-Jadid - Dar al-Jawad (In Persian).
- Makarem Shirazi, Nasser. (2003). *Kitab al-Nikah*. Chāp 1. Qom: School of Imam Ali bin Abi Talib (a.s) (In Persian).
- Mohaghegh Damad, Mustafa. (1985). *Rules of Jurisprudence*. Chāp 12. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center (In Persian).
- Mohaghegh Damad, Mustafa. (2004). *Jurisprudential review of family law*. Chāp. 12. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center (In Persian).
- Mousavi Bejnordi, Mohammad. (1994). "The condition of leaving the husband's remarriage while entering into a marriage contract on behalf of the wife". *Legal Journal of Justice*, No.11, pp. 49-56 (In Persian).
- Najafi, Mohammad Hassan. (no date). *Jawaharl Al-Kalam in the description of the laws of Islam*. Chāp 7. Beirut: Dar Ihiya al-Turath al-Arabi (In Persian).
- Rohani, Muhammad. (1996). *Al-Masail al-Maltagha*. Chāp 1. Kuwait: Sherkah Maktaba Al-Alfin (In Persian).
- Rouhani, Sadegh. (no date). *Minhaj al-Salehin*, vol 3, H.H (In Persian).
- Rouhani, Sadiq. (1991). *Fiqh al-Sadiq (AS)*. Chāp 1. Qom: Dar al-Kitab - School of Imam Sadiq (AS) (In Persian).
- Rouhani, Sadiq. (2008). *Minhaj Al-Fiqahah*. Chāp 5. Qom: Anwar Al-Hadi (In Persian).

- Saadat Mostafavi, Seyed Mostafa. (2013). "Guarantee to enforce the violation of the condition of abandoning the legal act". *Religion and Communications*, No. 24, pp. 171-200 (In Persian).
- Sabzevari, Abd al-Ala. (1992). *Mahzab al-Ahkam*. Chāp 4. Qom: Al-Manar Institute - Office of Hazrat Ayatollah (In Persian).
- Sabzevari, Abd al-Ala. (no date). *Jame Al-Ahkam Al-Sharia*. Chāp 9. Qom: Al-Manar Institute (In Persian).
- Safai, Seyyed Hossein and Emami, Asadullah. (2008). *Summary of Family Law*. Chāp 16. Tehran: Mizan Publishing House (In Persian).
- Safi Golpaygani, Lotfollah. (1996). *Jame Al-Ahkam*. Chāp 4. Qom: Hazrat Masoumeh (In Persian).
- Safi Golpaygani, Lotfullah. (1995). *Hidayat al-Abad*. Chāp 1. Qom: Dar al-Qur'an al-Karim (In Persian).
- Sekoti Nasimi, Reza. (2013). "The condition of non- occupations of the transferor in the sale and price". *Jurisprudential Law Perspectives*, No. 67, pp. 133-164 (In Persian).
- Shaheed Awwal, Muhammad Ibn Makki. (1989). *Al-Lama'a al-Dumashqiyyah in Fiqh al-Imamiyah*. Chāp 1. Beirut: Dar al-Tarath - Al-Dar al-Islami (In Persian).
- Shaheed Thani, Zain al-Din bin Ali. (1989). *Al-Ruza al-Bahiya fi Sharh al-Lama' al-Dumashqiyya*. Chāp 1. Qom: Davary Bookstore (In Persian).
- Shahid Thani, Zain al-Din bin Ali. (1992). *Masalak al-Afham to the revision of Sharia al-Islam*. Chāp 1. Qom: Al-Ma'arif al-Islami Foundation (In Persian).
- Shahidi, Mehdi. (2006). *Terms of the contract*. Vol 4. Tehran: Publications of Majd Scientific and Cultural Assembly. (In Persian).
- Sistani, Seyyed Ali. (1996). *Minhaj al-Salehin*. Chāp 5. Qom: Office of Hazrat Ayatollah Sistani (In Persian).
- Sobhani, Jafar. (2016). *Archive of courses outside Jafar's principles*. Qamiyeh, Isfahan: Subsidized Research Center (In Persian).
- Tabrizi, Javad. (2006). *Sarat al-Najat*. Chāp 1. Qom: Dar al-Siddiqah al-Shahida (In Persian).
- Tabrizi, Javad. (2006). *Al-Masal al-almuntakhabatu*. Chāp 5. Qom: Dar al-Siddiqi al-Shahida, peace be upon her (In Persian).
- Tabrizi, Javad. (no date). *Istiftaat Jadid*. Chāp 1. Qom – Iran (In Persian).
- Yaidi, Mohammad Kazem. (1993). *Takmila al-Arwa al Al-Wathqi*. Chāp 1. Qom: Davari Bookstore (In Persian).
- Yazdi, Mohammad Kazem. (1994). *Question and Answer* (for Syed El-Yazdi). Chāp 1. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center (In Persian).
- Yazdi, Mohammad Kazem. (1998). *Al-Arwa Al-Wathqi* (Al-Mahshi). Chāp 1. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Theological Seminary Society of Teachers (In Persian).
- Yazdi, Muhammad Kazem. (2000). *Hashiya al-Makasab*. Chāp 2. Qom: Ismailian Institute (In Persian).
- Yazidi, Muhammad Kazem. (2007). *Al-Arwa Al-Wathqi with Commentaries*. Chāp 1. Qom: Publications of Imam Ali bin Abi Talib (peace be upon him) school (In Persian).

- contract*. Vol 4. Tehran: Publications of Majd Scientific and Cultural Assembly. (In Persian).
- Sistani, Seyyed Ali. (1996). *Minhaj al-Salehin*. Chāp 5. Qom: Office of Hazrat Ayatollah Sistani (In Persian).
- Sobhani, Jafar. (2016). *Archive of courses outside Jafar's principles*. Qamiyeh, Isfahan: Subsidized Research Center (In Persian).
- Tabrizi, Javad. (2006). *Sarat al-Najat*. Chāp 1. Qom: Dar al-Siddiqah al-Shahida (In Persian).
- Tabrizi, Javad. (2006). *Al-Masal al-almuntakhabatu*. Chāp 5. Qom: Dar al-Siddiqi al-Shahida, peace be upon her (In Persian).
- Tabrizi, Javad. (no date). *Istiftaat Jadid*. Chāp 1. Qom – Iran (In Persian).
- Yaidi, Mohammad Kazem. (1993). *Takmila al-Arwa al Al-Wathqi*. Chāp 1. Qom: Davari Bookstore (In Persian).
- Yazdi, Mohammad Kazem. (1994). *Question and Answer* (for Syed El-Yazdi). Chāp 1. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center (In Persian).
- Yazdi, Mohammad Kazem. (1998). *Al-Arwa Al-Wathqi* (Al-Mahshi). Chāp 1. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Theological Seminary Society of Teachers (In Persian).
- Yazdi, Muhammad Kazem. (2000). *Hashiya al-Makasab*. Chāp 2. Qom: Ismailian Institute (In Persian).
- Yazidi, Muhammad Kazem. (2007). *Al-Arwa Al-Wathqi with Commentaries*. Chāp 1. Qom: Publications of Imam Ali bin Abi Talib (peace be upon him) school (In Persian).