

## نگرشی به شرط فعل حقوق منفی در عقود قوانین حقوقی ایران

حامد اشرفی پور<sup>۱</sup> تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱/۲۰سید ابراهیم حسینی<sup>۲</sup> تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۳/۲۱  
محمود قیوم زاده<sup>۳</sup>

## چکیده

در حقوق قراردادها از شرط به عنوان نهادی که اثر اصلی خود را از عقد می‌گیرد یاد می‌کنند به این صورت که اثر عقد و شرط در یکدیگر منعکس می‌شود. طرفین قرارداد هنگام بستن عقد به برخی از مبانی آن توجه کرده و سعی می‌کنند در ضمن قرارداد برخی شروط و قواعد را حاکم کنند یکی از این شروط، شرط فعل منفی می‌باشد که بر اساس آن متعهد ملزم می‌شود انجام برخی از افعال را ترک کرده و یا اصلاً حاضر به انجام آن نشود و هنگامی که از این رابطه و تعهد سرپیچی کند قرارداد وضعیت خود را تغییر دهد. در این رابطه نظرات مختلفی بیان شده است که برخی معتقدند عقد فسخ می‌شود و نیازی به اجبار متعهد نیست و برخی معتقدند که در مرحله اول باید متعهد اجبار شود از این رو در این تحقیق سعی می‌کنیم به جایگاه فعل منفی در حقوق ایران و مصر پردازیم علت بررسی حقوق مصر از آن جهت است که این کشور از نظر مبانی فقهی و حقوقی تا حدود زیادی شبیه ایران می‌باشد.

کلید واژه: شرط، عقود، تفاوت شرط و عقود، فعل حقوق منفی ایران

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی ساوه، ساوه، ایران<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق، موسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی (ره)، قم، ایران

Email: hoseiniseyedebrahim30@gmail.com

<sup>۳</sup> استاد گروه حقوق، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران

تا آنجا که نگارنده به بررسی و تفحص پرداخته است تا کنون تحقیق مستقل و جامعی در این رابطه در سطح تحقیقات دانشگاهی صورت نگرفته است هرچند برخی از اساتید در کتب خود به این مسئله اشاره کرده اند اما باید گفت که اشاره آن ها به صورت گذرا بوده و مفید فایده نیست از طرف دیگر باید گفت در رابطه با حقوق مصر و جایگاه آن نیز تا کنون تحقیق مفصلی صورت نگرفته است و می توان گفت هیچ یک از اساتید به جز استاد بزرگ جناب آقای دکتر مصطفی محقق داماد در کتاب شرط به این مسئله اشاره نکرده است.

قانون مدنی جدید مصر متضمن موادی چند درباره هر یک از شرط و اجل می باشد.

عنصر شرط، امری مربوط به آینده است که وقوع آن حتمی نیست و وجود یا سقوط تعهد به وقوع آن منوط می گردد. پس می توان چنین گفت که رابطه شرط با عقد (تعهد) از نظر قانونگذار مصر، رابطه‌ی علت و معلولی دارد که هر دو با هم ملازمه‌ی وجودی و عدمی دارند، بدین معنی که اگر شرط در آینده به وقوع بپیوندد تعهد یا عقد هم به وجود می آید و اگر این شرط که مربوط به آینده است به وقوع نپیوندد، عقد یا تعهد اصلی گویا از ابتدا وجود نداشته است.

عنصر اجل، عبارت از امری مربوط به آینده است که وقوع آن حتمی است؛ به گونه‌ای که اجرا یا سقوط تعهد بر آن مترتب می گردد. اگر اجرای تعهد منوط به حلول اجل باشد، چنین اجلی را «اجل تعلیقی» یا «اجل واقف» می نامند و اگر سقوط تعهد موجود و نافذی بر حلول اجل مترتب شود، آن را «اجل فاسخ» گویند.

پس تفاوت ماهوی میان شرط و اجل، در حتمی بودن یا نبودن وقوع امر استقبالی است. به عبارت دیگر، شرط و اجل هر دو در آینده واقع می شوند، با این تفاوت اساسی که وقوع اجل قطعی است و وقوع شرط احتمالی است.

در این مبحث به بررسی شرط و اقسام آن در حقوق ایران می پردازیم و سعی می شود به ارکان آن به طور مفصل اشاره شود.

گفتار اول) وجود شرط و ارکان آن:

ماده ۲۶۵ قانون مدنی جدید ایران مقرر می دارد:

«تعهد معلق بر شرط، تعهدی است که وجود یا سقوط آن منوط به امری استقبالی است که وقوع آن قطعی نیست»

در ماده ۲۶۶ این قانون نیز آمده است:

«۱- زمانی که تعهد، بر شرط تعلیقی محال یا مخالف اخلاق حسنه یا نظم عمومی معلق شود، تعهدی به وجود نمی آید؛ اما در شرط فاسخ، تنها شرط باطل تلقی می شود (نه تعهد).

۲- با این وجود، در صورتی که سبب تعهد، شرط فاسخ مخالف اخلاق حسنه یا نظم عمومی باشد، تعهد به وجود نخواهد آمد»

از مواد قانونی مذکور استفاده می شود که ارکان شرط سه چیز است:

۱) استقبالی بودن شرط:

شرط باید به واقعه ای که در آینده رخ خواهد داد منوط گردد. بنابراین اگر شخصی تعهد به پرداخت جایزه ای در ازای یافتن مال گم شده اش بنماید، یا پدری به شرط قبولی فرزندش در امتحان متعهد به پرداخت پاداش به وی گردد، یا پدری به فرزندش وعده دهد که در برابر اقدام فرزند به ازدواج، منزلی مسکونی به وی دهد، هر

یک از اینها امری مربوط به آینده محسوب می‌شود، از این رو تعهد به پرداخت جایزه یا هبه منزل، تعهدی مشروط به شمار می‌رود؛ زیرا وجود آن متوقف بر وقوع شرط شده است.

بیان مساله:

شرط فعل عبارت است از اینکه انجام یک فعل یا ترک فعلی یا انعقاد یک فعل حقوقی (عقد یا ایقاع) برعهده یکی از طرفین یا هر دو طرف معامله شرط شود. شرط فعل را طبق بند ۳ ماده ۲۳۴ ق. م می‌توان به دو گروه تقسیم کرد:

۱) شرط انجام فعل یا شرط فعل مثبت: که عبارت است از اینکه انجام فعلی بر یکی از متعاملین شرط شود مانند آنکه (الف) خانه خود را به (ب) در مقابل ثمن معین می‌فروشد به شرط آنکه (ب) یک سال باغ (الف) را آبیاری کند. نکته مهم این است که شرط همیشه فرع بر عوضین اصلی معامله و مازاد بر آن است. پس اگر (الف) زمین خود را در مقابل اینکه (ب) باغ او را یک سال آب بدهد بفروشد، این عمل شرط ضمن عقد یا تبعی نمی‌باشد بلکه خود یکی از عوضین است.

۲) شرط ترک فعل یا شرط فعل منفی: عبارت است از اینکه خودداری از انجام عمل، بر یکی از متعاملین شرط شود مانند آنکه الف باب ازدواج می‌کند به شرط آنکه ب بیرون از منزل شاغل نباشد.

شرط فعل منفی خود به دو دسته شرط فعل منفی مادی و شرط فعل منفی حقوقی تقسیم می‌شود.

در شرط ترک فعل مادی انجام ندادن یک عمل مادی در ضمن عقد بر مشروطه علیه شرط می‌شود. و در صورت تخلف از مفاد شرط، اگر آنچه متعلق اراده قرار گرفته فقط عدم حدوث عمل مادی باشد و مشروطه له نشانه‌های تخلف را ببیند می‌تواند از دادگاه بخواهد که مشروطه علیه را به ترک تخلف اجبار کند ولی اگر عمل انجام شود، در این صورت مشروطه له خیار تخلف از شرط خواهد داشت. اما اگر خواسته مشروطه له ترک آن عمل مادی باشد و مشروطه علیه تخلف نماید، مشروطه له می‌تواند اعاده وضعیت سابق را از دادگاه بخواهد زیرا طبق ادله شروط، مشروطه علیه ملزم به انجام مفاد تعهدات و در فرض عدم امکان الزام، برای مشروطه له خیار تخلف شرط ثابت می‌شود.

رابطه عقد و شرط همانند رابطه تابع و متبوع و اصل و فرع است. به همین جهت، تعهد ناشی از شرط در شمار التزام‌های اصلی و همطراز با آنها نیست: می‌دانیم که در قراردادهای معوض، تعهد دو طرف متقابل یکدیگر است و قصد مشترک آنها را پیوسته و تجزیه ناپذیر می‌آفریند، چندان که بطلان یکی از آن دو تعهد دیگری را منحل می‌کند و خودداری یکی از متعهدان از وفای به عهده دیگری نیز حق می‌دهد تا از اجرای تعهد امتناع ورزد (حق حبس). این همبستگی بین شرط و تعهدهای اصلی ایجاد نمی‌شود و به جای آن وابستگی یک جانبه

شرط با عقد به وجود می آید. پس، اگر ملتزم به شرط از انجام آن خودداری کند، مشروط له باید اجبار او را از دادگاه بخواهد و نمی تواند معامله به مثل کند و او هم از وفای به عهد سرباز زند. همچنین، اگر شرط باطل باشد، بطلان آن جز در موارد خاص تعهدهای اصلی را از بین نمی برد.

شرط عوض در عقود رایگان طبیعت آنها را دگرگون نمی سازد و باعث انقلاب هبه به معاوضه نمی شود. پس، اگر در هبه شرط شود که متب مالی را به واهب منتقل کند، این شرط عقد را به معاوضه تبدیل نمی سازد. قانون مدنی آن را «هبه معوض» نامیده است (ماده ۸۰۱). این دو عنوان به ظاهر متعارض نشانه این است که ماهیت هبه با شرط عوض نیز باقی است. هبه معوض ناقص است و از نظر تحلیلی می توان گفت، عقد ترکیبی از دو هبه است که ضمن یک تراضی انجام می شود.

#### منشأ شرط و آثار آن

در اینکه منشأ شرط ناشی از اراده طرفین است یا ناشی از تعهد است، میان حقوقدانان اختلاف است اما ارادی بودن منشأ شرط نزد عرف، حقوقدانان بسیاری را بر آن داشته است که شرط را از اوصاف اراده محسوب دارند؛ نه از اوصاف تعهد؛ در نتیجه، شرط به نظریه تصرف حقوقی ملحق می شود؛ نه به نظریه تعهد. در اینجا سوالی دیگر مطرح می شود که آیا قانون منشأ شرط است یا خیر؟

باید گفت شرطی را که قانون در مثالهای فوق و مانند آن مقرر داشته است، شرط به معنای صحیح محسوب نمی شود؛ زیرا قبلاً گفتیم که شرط، امری عارضی است که پس از تکمیل عناصر حق به آن ملحق شود، بنابراین امری اضافی است که بدون آن نیز تصور حق ممکن است. در حالی که در مثالهای فوق، شرط از جمله عناصر پدید آورنده حق است که بدون آن وجود حق متصور نیست. چنین شرطی صرفاً نهادی است که قانون آن را مقرر کرده و آثار خامی را بی آنکه دارای اثر قهقهه‌رایی باشد، بر آن مترتب ساخته است.

ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل:

در جایی که شرط فعل نقض می شود، چه ضمانت اجرایی برای این تخلف در قانون و فقه پیش‌بینی شده است. قانون مدنی در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ دو ضمانت اجرا را برای این نقض برشمرده است: ۱- اجبار به انجام تعهد، ۲- حق فسخ.

حق فسخ:

مطابق این نظریه که توسط شهید اول ارائه شده است، مفاد شرط فعل، صرفاً اعطای حق فسخ به مشروط له است و هیچ تکلیفی برای متعهد علیه ایجاد نمی کند.

به عبارت دیگر مطابق این نظریه، عمل به شرط برای متعهد علیه واجب نیست و صرفاً در فرض تخلف وی، برای متعهد له خیار فسخ ایجاد می‌شود. برای مثال وقتی فروشنده‌ای خانه‌اش را به خریدار می‌فروشد به شرط اینکه خریدار یک ماه ماشینش را در اختیار وی قرار دهد، در این مثال فروشنده اصلاً در فکر ایجاد تکلیفی برای خریدار نیست بلکه صرفاً آنچه مد نظر اوست این است که یک ماه از ماشین او استفاده کند و اگر این امکان برایش محقق نشد، بتواند قرارداد فروش خانه را فسخ کند. در نتیجه آنچه مد نظر فروشنده است، این است که برای خود حق فسخ قرار دهد.

#### حق فسخ:

بدون تردید هرگاه مشروط علیه از انجام شرط استتکاف نماید، فی الجمله امکان فسخ قرارداد برای مشروط له ثابت است. این خیار به خیار تخلف شرط مشهور است. منتها آنچه در اینجا مهم و نیازمند دقت بیشتری است، مبنای خیار فسخ در این مسئله است. در این خصوص نظر محققان هماهنگ نیست و با یکدیگر اختلاف نظر دارند؛ برخی حق فسخ را در این مورد، خلاف قاعده دانسته و گاه به قاعده لاضرر و گاه به اجماع برای اثبات آن تمسک می‌کنند و گروهی دیگر برعکس حق فسخ را مطابق با قاعده می‌دانند و گاه به شرط‌ضمنی و گاه به رابطه بین عقد و شرط، تمسک می‌کنند.

#### نظریه عقلایی بودن حق فسخ:

برخی حق فسخ را در مسئله مورد بحث امری عقلایی می‌دانند، نه تشریعی؛ لذا برای اثبات آن به بنای عقلا تمسک می‌کنند.

#### شرط:

شرط به عنوان ماهیت اعتباری وابسته به عقد، جزء عقد یعنی منشاء یا جزء موضوع عقد نیست. زیرا اگر جزء عقد یا موضوع عقد بود، در صورت بطلان شرط در حقیقت باید عقد تجزیه می‌شد و جزء مربوط به شرط باطل و عوض مربوط به این جزء در صورت ایفاء قابل استرداد بود، در حالی که با بطلان شرط هیچ جزئی از عقد باطل نیست و هیچ قسمت از موضوع مسترد نمی‌شود و تنها حق فسخ برای مشروط له به وجود می‌آید.

همچنین شرط را نمی‌توان قید منشاء یا موضوع عقد معرفی کرد، بطوری که در صورت بطلان شرط، قید مزبور منتفی و منشاء مقید یا موضوع مقید منشاء هم به طور ملازمه، منتفی گردد. چه این که در هر حال با منتفی بودن شرط، ماهیت عقد منتفی نیست و همچنان در عالم اعتبار باقی خواهد ماند.

#### التزام به شرط در ایران:

در تعریف التزام گفته شد که فهم لازم پس از فهم ملزوم را التزام گویند. در واقع لفظ یا بر تمام ما وضع له دلالت می کند یا نه. در صورتی که بر تمام ما وضع له دلالت کند، مانند دلالت انسان بر حیوان ناطق به آن مطابقت گویند، اما در صورتی که بر تمام ما وضع له دلالت نکند یا بر جزء آن دلالت می کند یا نه، به اولی دلالت تضمن گویند. مانند دلالت انسان بر ناطق یا حیوان و یا دلالت نوع بر جنس. اما اگر دلالت لفظ بر خارج از مسمای خویش باشد به آن دلالت التزام گویند. مانند دلالت لفظ انسان بر نویسنده و یا خندان و دلالت فصل بر جنس.

شروط باطل :

استقلال عقد نسبت به شرط و وابستگی شرط به عقد، در انشاء، نمایانگر این است که اصولاً فساد شرط به عقد سرایت نمی کند و شرط فاسد عقد را فاسد نمی کند. این وضعیت مطابق با قاعده و اصل است، زیرا تحقق و ادامه اعتبار عقد وابسته به شرط نیست تا بطلان شرط موجب بطلان عقد شود.

شرایط صحت موضوع این بخش عبارتست از: ۱- مقدور بودن شرط ۲- فایده داشتن ۳- مشروع بودن.

عقد و مبنای تحقق آن:

عقد در لغت به معنای بستن و گره زدن، محکم کردن عهد و پیمان آمده است از این لغت در عرف بیشتر در رابطه با عقد ازدواج استفاده می شود.

عقد در حقوق مدنی معنای وسیعتری از فقه دارد و شامل هرگونه توافقی می شود. اما در فقه فقط مشتمل بر توافقی است که دارای اثر قانونی برای هر دو طرف (متعاقدين) باشد. (نه یک طرف) و ارزش مالی هم داشته باشد. در قوانین جدید این گونه نیست مثلاً معاملات بین کشورها مثل معاهده عدم تجاوز هر چند ارزش مالی نداشته باشد عقد تلقی می شود. برخی فقها نکاح را از این جهت که ناشی از التزامات مالی نیست عقد کامل نمی دانند.

شروط بطلان عقد:

فقها در این که منظور از خلاف مقتضای عقد چیست، بحث بسیار کرده اند. خلاصه مطلب این است که عقد دو مقتضا دارد: مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد.

«مقتضای ذات عقد»، نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به قصد حصول آن، عقد را منعقد کرده اند. برای مثال، مفاد عقد بیع، تملیک عین به عوض معلوم است؛ یعنی به محض وقوع عقد، مشتری مالک مبیع و بایع، مالک ثمن می شود. حال اگر در بیع، شرط شود که مبیع به ملکیت مشتری در نیاید، شرط مزبور خلاف مقتضای

ذات عقد بیع است، یا اگر در نکاح که مقتضای ذات آن، ایجاد علقه زوجیت است، طرفین در ضمن عقد شرط کنند که رابطه مزبور ایجاد نشود، این شرط، خلاف مقتضای ذات عقد است.

«مقتضای اطلاق عقد»، آن چیزی است که عقد بر حسب اطلاق خود، یعنی در صورت عدم تقيید به اموری مانند وصف، مکان و یا زمان، مقتضی آن است. برای نمونه، اقتضای عقد بیع مطلق آن است که ثمن، نقد پرداخت شود و کلیه اختیارات نیز حسب مورد به وجود آید.

با توجه به آنچه گفته شد، چنانچه شرط، خلاف مقتضای ذات عقد باشد، باطل است؛ اما شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد، باطل نیست.

تفاوت بین قرارداد و عقد :

قرارداد توافق دو یا چند نفر در مورد چیزی است که واجد نفع حقوقی باشد. موضوع قرارداد ممکن است شناسایی یا ایجاد یا تغییر یا اسقاط تعهد و یا انتقال حقی قرار گیرد. و باید گفت قراردادی که موضوع آن ایجاد تعهدی باشد عقد نامیده می شود، به عبارت دیگر، عقد اخص از قرارداد و قرارداد اعم از عقد است.

قانون مدنی این نتیجه را در مورد بیع عین معین متذکر شده (ماده ۳۳۸ و بند اول ماده ۳۶۲ قانون مدنی) و در بیع کلی نیز با استفاده از وحدت ملاک، از زمانی که مبیع از صورت کلی خارج و برای متبایعین مشخص گردد، مالکیت آن به مشتری منتقل خواهد شد. این قاعده ناشی از نظریه کلی تعهدات قانون مدنی است و به کلیه عقود دو طرفه (معاملات) تسری دارد و معرف طرز تفکر حقوقی ماست.

با توجه به تفاوت بین عقد و قرارداد، اقاله یا تفاسخ (توافق طرفین در سقوط تعهدات ناشی از عقد) عقده نبوده ولی قرارداد محسوب است. همچنین توافق بین یکی از بدهکاران تضامنی و مضمون له در سقوط دین (

که بنا به مستنبط از ماده ۷۱۹ قانون مدنی و با توسل به وحدت ملاک و انطباق آن با ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی فرانسه، سبب برائت کلیه بدهکاران تضامنی می شود) نوعی قرارداد به شمار می رود و برعکس عقد نیست.

به طوری که ملاحظه می شود بر خلاف قوانین مدنی ایران و فرانسه ماده قانون تعهدات سوئیس موضوع عقد را مسکوت گذارده در نتیجه در این قانون، عقد در مفهوم وسیع قرارداد و مترادف با آن به کار رفته است. با توجه به دید قانونگذار سوئیس، عناصر اساسی عقد را می توان سه عنصر دانست:

۱- اراده های آشکار شده طرفین یا طرف ها.

۲- متقابل بودن اراده های آشکار شده.



شرط فعل حقوقی منفی:

در این گونه شروط، ضمن عقد شرط می‌شود که یکی از طرفین یک عمل حقوقی را انجام ندهد. برای مثال موجر در عقد اجاره شرط می‌کند که مستأجر مورد اجاره را به کس دیگری اجاره ندهد و یا در ضمن عقد نکاح، شوهر متعهد به عدم ازدواج مجدد می‌شود و امثال اینها. عموماً در این نوع قراردادها اجل برای انجام فعل شرط منفی تعریف می‌شود.

وضعیت شرط فعل منفی در نگاه حقوق دانان:

گفتار اول: قوانین عمومی حاکم بر شروط

تعدادی از حقوقدانان معتقدند اثر تخلف از این نوع شروط را می‌بایست در مواد عمومی مندرج در شرط فعل جستجو نمود لذا بر صراحت شرط ترک فعل حقوقی را به عنوان مصداق این مواد معرفی می‌کنند، به خصوص که ماده ۲۳۷ ق.م. شرط فعل را اعم از شرط فعل مثبت و منفی می‌داند. بنابراین بر طبق ماده ۲۳۷ ق.م. هرگاه مشروطه علیه ملتزم به انجام شرطی شده باشد چه اثباتی و چه نفی باید آن را به جا آورد و در صورت تخلف، طرف مقابل می‌تواند به حاکم رجوع نماید و تقاضای اجبار به شرط را بخواهد و اگر اجبار ملتزم غیر مقدور باشد بنابر ماده ۲۳۸ ق.م. حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن را فراهم کند و در نهایت اگر انجام هیچ کدام از این دو طریق ممکن نباشد بنابر ماده ۲۳۹ ق.م. مشروطه له حق فسخ معامله را خواهد داشت. با توجه به مواد فوق ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی ابتدا، اجبار مشروطه له بر ترک فعل حقوقی است به این صورت که هرگاه مشروطه له نشانه های تخلف از شرط را ببیند می‌تواند از دادگاه بخواهد که مشروطه علیه را به ترک تخلف اجبار کند ولی در صورت تخلف و ارتکاب عملی که ترک آن شرط شده است، مشروط له خیار تخلف شرط خواهد داشت.

گفتار دوم: وضعیت مواد خاص مربوط به شرط فعل منفی در حقوق ایران

در ماده ۴۵۴ ق.م. مقرر شده 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 که در این صورت اجاره باطل است.»

و یا در ماده ۴۵۵ همان قانون آمده است: «اگر پس از عقد بیع تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد.»

چنانچه از این دو ماده استفاده می‌شود ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی در صورت تخلف بطلان است لذا اگر در عقد بیعی که شرط شده خریدار تا مدت اعمال خیار بایع، حق اجاره دادن مبیع را ندارد در صورت تخلف، عملش دارای اثر حقوقی نمی‌باشد و عقد اجاره او در خارج تحقق پیدا نمی‌کند. حال سوالی که مطرح می‌شود این است، آیا این دو ماده که در ارتباط با دو عمل حقوقی خاص بیان شده درباره دیگر شروط ترک اعمال حقوقی هم صادق است؟ در پاسخ باید گفت ذکر این دو عمل حقوقی بیانگر هیچ خصوصیت متمایزی در آنها نمی‌باشد بلکه از باب مثال بوده و هیچ استدلالی نمی‌تواند در خصوص این دو عمل، حکم مزبور را ثابت نماید و آن را قابل تصریح به موارد دیگر نداند لذا از باب تنقیح مناط قطعی و ادله مطرح شده در سابق می‌بایست حکم این مواد را در همه شروط ترک فعل حقوقی جاری دانست و در موارد تخلف از این شروط، معتقد به باطل بودن اعمال مذکور شد.

خسارتی را که طبق ماده ۲۳۰ ق.م متخلف از انجام تعهد باید بپردازد به ۲ صورت است:

۱- وجه التزام راجع به عدم انجام تعهد:

در این فرض موضوع تعهد وحدت مطلوب است به این صورت که اگر موضوع تعهد انجام نشد، الزام متعهد (مشروطه علیه) به انجام موضوع شرط دیگر معنی ندارد مانند اینکه فلان رستوران متعهد است که در تاریخ مقرری شام عروسی را تهیه کند و اگر شام عروسی را تهیه نکرد مبلغ ۱۰ میلیون تومان خسارت بدهد، حال اگر موضوع تعهد را انجام ندهد، الزام وی دیگر مطلوبیت ندارد و متعهد باید مبلغ ۱۰ میلیون تومان (نه بیشتر و نه کمتر) به عنوان خسارت به طرف قرارداد بپردازد.

۲- وجه التزام راجع به تاخیر در انجام تعهد :

در این نوع از تعهد انجام موضوع تعهد مطلوبیت دارد هر چند به تاخیر بیفتد، پس متعهد هم باید اصل تعهد را انجام دهد و هم وجه التزام معین شده را به عنوان خسارت به طرف مقابل بپردازد.

مانند معماری که تعهد می‌کند خانه ای را ظرف مدت ۶ ماه بسازد و اگر مدت ساخت خانه از ۶ ماه بابت هر روز فلان مبلغ را به عنوان وجه التزام به طرف قرارداد بپردازد. حال اگر مدت ساخت خانه از ۶ ماه تجاوز کند، معمار باید هم ساخت خانه را به اتمام برساند و هم باید وجه التزام را بپردازد.

تحلیل وضعیت التزام در حقوق ایران:

گروهی از ضمانت اجراها، حقوق یا اختیاراتی هستند که هر چند قانون از آنها حمایت می‌کند اما همانند دسته نخست زاییده خود قانون نیستند، بلکه ریشه قراردادی دارند. یعنی اگرچه این گروه از ضمانت اجراها مورد

حمایت قانون هستند و به همین اعتبار نیز با اتکا به قدرت عالی و عمومی می توان آنها را اعمال کرد، اما تکون و نقطه آغازین آنها به دست تراضی و توافق ارادی طرفین بوده و محصول قرارداد فی مابین طرفین است. در گروه نخست صرف قرارداد یا تعهد اصلی کافی بود که در صورت تحقق، ضمانتهای اجرایی متعاقب آن تعهدات پدیدار شوند. اما در اینجا اولاً تعهدی به موجب قرارداد یا عقدی ایجاد می شود. ثانياً طرفین برای سهولت برخورد با متخلف و کاهش مشکلات اثبات ورود خسارت یا تقصیر و یا به هر دلیل دیگری راساً ضمانت اجرای مورد نظر خود را در ضمن عقد یا قرارداد اصلی در نظر می گیرند که گروه نخست از ضمانت اجرا بعضاً برای این دسته از ضمانت اجرا نیز به نوبه خود ضمانت اجرا محسوب می شوند. لیکن آنچه مهم است اینکه، این دسته از ضمانت اجراها هم، زمانی سودمند و کارآمد می باشند که قانون از آنها حمایت کند تا شخصی که می خواهد از حقوق مندرج در این ضمانت اجراها بهره جوید بتواند به کمک قوای عمومی، فرد متخلف و نقض کننده تعهد را وادار به اجرا تعهد یا جبران خسارت ناشی از تخلف بنماید.

آنچه را در اینجا به عنوان ضمانت اجرا می توان برشمرد به اختصار عبارتند از:

#### تعریف وجه التزام

یکی از اساتید در تعریف وجه التزام مقرر می دارد: « آن مبلغی است که متعاقدين در حین بستن عقد، به عنوان میزان خسارت (مادی یا معنوی) محتمل الوقوع ناشی از عدم اجرای تعهد و یا ناشی از تاخیر در اجرای تعهد، پیش بینی کنند و بر آن توافق نمایند. وجه التزام گاه به صورت شرط تهدیدکننده است که به موجب آن مشروط له، طرف خود را ملزم می کند که در صورت عدم اجرای تعهد اصلی باید مبلغی بدهد. اگر وجه التزام برای تاخیر اجرای تعهد باشد متعهدله حق دارد هم وجه التزام را بخواهد و هم اجرای تعهد اصلی را: در این فرض، حالت تعدد مطلوب هست. اما اگر وجه التزام برای تخلف از اجرای تعهد باشد فقط می تواند وجه التزام را بخواهد و نمی تواند تعهد اصلی را هم بخواهد یعنی اگر بخواهد می تواند از وجه التزام چشم پوشد و فقط تعهد اصلی را بخواهد، و می تواند وجه التزام را بخواهد و بس. در این فرض، حالت وحدت مطلوب هست. در حقوق فرانسه حکم این است. نکته ای که باید افزود این است که معنی تعیین وجه التزام این نیست که متعهد مخیر بین اجرای تعهد اصلی یا دادن وجه التزام باشد، مطلقاً تخییری برای او نیست.

#### شرط بودن وجه التزام

شرط مصدر شرط مفرد شروط در اصطلاح فقهی: «آنچه وضع می شود تا در بیع و مانند آن التزام به آن صورت گیرد؛ منوط کردن چیزی بر چیز دیگر به صورتی که اگر اولی موجود شد، دومی هم وجود خواهد یافت گفته شده است شرط چیزی است که ثبوت حکم منوط بر آن است.»

در حقوق اسلامی واژه شرط علاوه بر معانی گفته شده در موارد زیر نیز به کار می رود.

الف) عقود و قراردادها: عقد را مشارطه خوانده اند و تاریخ انعقاد عقد را یوم المشارطه گفته اند و در ادبیات فارسی پیوسته شرط به معنی عهد و پیمان به کار رفته است.

ب) خیار: شرط خیار در حیوان سه روز است این به عنوان مثالی است که در رابطه با خیار می تواند به کار برد.

ج) الزامات قانون شرط اله احق.

شرط به عنوان ماهیت اعتباری وابسته به عقد، جزء عقد یعنی منشاء یا جزء موضوع عقد نیست. زیرا اگر جزء عقد یا موضوع عقد بود، در صورت بطلان شرط در حقیقت باید عقد تجزیه می شد و جزء مربوط به شرط باطل و عوض مربوط به این جزء در صورت ایفاء قابل استرداد بود، در حالی که با بطلان شرط هیچ جزئی از عقد باطل نیست و هیچ قسمت از موضوع مسترد نمی شود و تنها حق فسخ برای مشروط له به وجود می آید.

همچنین شرط را نمی توان قید منشاء یا موضوع عقد معرفی کرد، بطوری که در صورت بطلان شرط، قید مزبور منتفی و منشاء مقید یا موضوع مقید منشاء هم به طور ملازمه، منتفی گردد. چه این که در هر حال با منتفی بودن شرط، ماهیت عقد منتفی نیست و همچنان در عالم اعتبار باقی خواهد ماند.

جایگاه شرطی وجه التزام

اثر نقض عهد یا خودداری از اجرای تعهد، ایجاد مسئولیت برای جبران خسارت ناشی از آن می باشد. اما بسیار اتفاق می افتد که اشخاص به دو دلیل عمده از همان ابتدا یعنی هنگام عقد قرارداد در خصوص میزان مسئولیت و طرق جبران آن نیز اتخاذ تصمیم می کنند. نخستین دلیل آنان جلوگیری از نقض عهد است. یعنی هرگاه یکی از طرفین یا هر دو طرف چنین احساس کنند، یا احتمال دهند که طرف مقابل ممکن است به هر دلیلی از اجرای تعهد خودداری ورزد، به منظور تضمین اجرای قرارداد اقدام به خلق تعهد دیگری می کنند.

وجه التزام یکی از شناخته شده ترین و رایج ترین شیوه های اعلام اراده طرفین در خصوص جبران خسارات احتمالی ناشی از نقض قرارداد است. تعیین وجه التزام تقریباً در تمامی نظامهای حقوقی معروف جهان به رسمیت شناخته شده است. حتی در نظام حقوقی سوسیالیسم تعیین وجه التزام لازم و ضروری است. در این نظام درج شرط وجه التزام عمدتاً برای تضمین اجرای تعهد است و جنبه کیفری، و چهره مجازات آن بیش از چهره تخمین خسارات احتمالی است.

نظریه صحت عمل حقوقی منهی عنه:

در مقابل برخی معتقدند که عمل حقوقی منهی عنه صحیح است و عمده دلیل این گروه، علاوه بر ادله عمومی صحت معاملات، اصالی الصحه است. با این توضیح که در صورتی که وقوع صورت عرفی یک عمل

حقوقی محرز باشد با تردید در صحت و اعتبار آن عمل حقوقی، اصل بر آن است که عمل، صحیح واقع گردیده است مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. قانون مدنی در ماده ۲۲۳ نیز به این اصل تصریح کرده است.

#### پیشینه تحقیق

تا آنجا که نگارنده به بررسی و تفحص پرداخته است تا کنون تحقیق مستقل و جامعی در این رابطه در سطح تحقیقات دانشگاهی صورت نگرفته است هرچند برخی از اساتید در کتب خود به این مسئله اشاره کرده اند اما باید گفت که اشاره آن ها به صورت گذرا بوده و مفید فایده نیست از طرف دیگر باید گفت در رابطه با حقوق مصر و جایگاه آن نیز تا کنون تحقیق مفصلی صورت نگرفته است و می توان گفت هیچ یک از اساتید به جز استاد بزرگ جناب آقای دکتر مصطفی محقق داماد در کتاب شرط به این مسئله اشاره نکرده است.

قانون مدنی جدید مصر متضمن موادی چند درباره هر یک از شرط و اجل می باشد.

عنصر شرط، امری مربوط به آینده است که وقوع آن حتمی نیست و وجود یا سقوط تعهد به وقوع آن منوط می گردد. پس می توان چنین گفت که رابطه شرط با عقد (تعهد) از نظر قانونگذار مصر، رابطه‌ی علت و معلولی دارد که هر دو با هم ملازمه‌ی وجودی و عدمی دارند، بدین معنی که اگر شرط در آینده به وقوع بپیوندد تعهد یا عقد هم به وجود می آید و اگر این شرط که مربوط به آینده است به وقوع نپیوندد، عقد یا تعهد اصلی گویا از ابتدا وجود نداشته است.

عنصر اجل، عبارت از امری مربوط به آینده است که وقوع آن حتمی است؛ به گونه‌ای که اجرا یا سقوط تعهد بر آن مترتب می گردد. اگر اجرای تعهد منوط به حلول اجل باشد، چنین اجلی را «اجل تعلیقی» یا «اجل واقف» می نامند و اگر سقوط تعهد موجود و نافذی بر حلول اجل مترتب شود، آن را «اجل فاسخ» گویند.

پس تفاوت ماهوی میان شرط و اجل، در حتمی بودن یا نبودن وقوع امر استقبالی است. به عبارت دیگر، شرط و اجل هر دو در آینده واقع می شوند، با این تفاوت اساسی که وقوع اجل قطعی است و وقوع شرط احتمالی است.

#### بند اول: شرط تعلیقی

وقتی که وجود تعهد متوقف بر حصول شرط شود، به طوری که به محض تحقق شرط، تعهد به وجود آید و با تخلف از آن تعهد به وجود نیاید، شرط را در چنین حالتی «شرط تعلیقی» یا «شرط واقف» می نامند. بنابراین شرط تعلیقی یعنی شرطی که وجود تعهد متوقف بر آن است؛ به طوری که اگر از آن تخلف شود، تعهد پا به مرحله وجود نمی گذارد؛ مانند اینکه پدری هبه خود به فرزندش را معلق بر ازدواج او نماید. در اینجا ازدواج

یک شرط تعلیقی است. اگر این شرط محقق شود و فرزند اقدام به ازدواج نماید، تعهد پدر به انجام هبه به وجود خواهد آمد و اگر از این شرط تخلف شده، فرزند اقدام به نکاح ننماید، تعهد پدر به هبه نیز به وجود نخواهد آمد.

#### بند دوم: شرط فاسخ

تعهد معلق بر شرط فاسخ، در حقیقت تعهدی است که سقوط آن معلق بر یک شرط تعلیقی شده است، زیرا شرط در واقع همیشه دارای اثر تعلیقی است؛ یعنی وجود یا سقوط تعهد را معلق می‌سازد که در حالت اول آن را (شرط تعلیقی) و در حالت دوم (شرط فاسخ) می‌نامند.

در بعضی از موارد تشخیص تعلیقی یا فاسخ بودن شرط نیاز به دقت دارد. مثلاً اگر در بیع، شرط شود که میباید، مورد موافقت شخص ثالثی قرار گیرد مشخص نیست که آیا چنین شرطی تعلیقی است و بیع جز با موافقت شخص ثالث محقق نمی‌شود، یا شرط فاسخ است و بیع در حال حاضر نافذ می‌باشد، ولی در صورت عدم موافقت ثالث با کالای فروخته شده، فسخ خواهد شد. تعیین هر یک از این دو منوط به مراجعه به اراده طرفین است و این قاضی است که با ملاحظه شرایط و اوضاع و احوال مربوط، قصد طرفین را در فاسخ یا تعلیقی بودن شرط، احراز کرده و مطابق آن حکم می‌کند.

کاشفیت شرط فاسخ در حقوق خارجی مانع از آن نیست اعمالی که برای اداره مال لازم است و موجب انتقال آن نمی‌شود قبل از تحقق شرط نافذ باشد لذا اعمالی از قبیل واگذاری اجاره، دریافت اجاره بها و فروش میوه ها و به رهن گذاشتن صحیح است. لیکن اعتبار اعمال مزبور مشروط به دو شرط است: ۱. حس نیت صاحب حق معلق که رکن معنوی محسوب می‌شود: یعنی ضرورت دارد این گونه اعمال حقوقی با هدف زوال حق طرف دیگر انجام نشود. ۲. عدم تجاوز از حدود متعارف در اعمال مزبور که رکن مادی تلقی می‌شود مانند اینکه عقد اجاره را برای مدت بیش از سه سال منعقد ننماید.

در مورد آثار شرط باید میان دو مرحله تمیز قائل شود:

#### ۱) اثر شرط در مرحله تعلیق:

قانون مدنی سابق بدون آنکه در آن نصی در مورد مرحله تعلیق باشد، همین حکم را مقرر می‌داشت. معادل این نصوص در قوانین سایر کشورهای عربی عبارت است از: ماده ۲۶۸ ق.م.سوریه، و ماده ۲۵۵ قانون مدنی لیبی، ماده ۲۸۸ قانون مدنی عراق و مواد ۹۳ تا ۹۵ قانون تعهدات و عقود لبنان.

با توجه به این مواد قانونی و مخصوصاً ماده ۲۶۸ ق.م.مصر باید گفت که در مرحله تعلیق شرط موجود می‌باشد؛ ولی تحقق یا تخلف از آن قطعی نیست و همین امر موجب تعلیق تعهد و نامیده شدن این مرحله به «مرحله تعلیق» شده است.

(۲) اثر شرط بعد از پایان مرحله تعلیق:

با پایان یافتن مرحله تعلیق، وضعیت شرط روشن خواهد شد، چرا که شرط یا محقق می‌شود و یا تحقق پیدا نخواهد کرد که در هر صورت، یعنی دو حالت شرط تعلیقی و فاسخ، اثر خود را دارا است. همچنین تحقق شرط تعلیقی یا فاسخ در بیشتر موارد دارای اثر قهقرایی است، که برای فهم بهتر این موضوع باید ۳ مطلب را بررسی کرد:

چگونگی تحقق یا تخلف شرط:

در تحقق یا عدم تحقق شرط، اراده طرفین مورد توجه است، در این باره ماده ۱۱۷۵ ق.م.فرانسه چنین مقرر می‌دارد:

«تحقق شرط باید به گونه‌ای باشد که طرفین اراده و قصد کرده‌اند که آنگونه باشد».

این نص معادلی در قانون مدنی مصر ندارد؛ ولی با قواعد عمومی منطبق است؛ لذا در حقوق مصر می‌توانیم بدون نیاز به وجود نصی در این زمینه، به مفاد این حکم ملتزم شویم.

در مورد تخلف از شرط نیز ماده ۱۱۷۸ ق.م.فرانسه می‌گوید:

«هرگاه مدیون که تعهدش معلق بر شرط است از به وجود آمدن آن جلوگیری کند، شرط تحقق یافته تلقی می‌شود»

غالب مثالهای اجل پایان بخش در عقود مستمر است مانند قرارداد کار، قرارداد اجاره، حق انتفاع و شرکت. ولی پاره ای از حقوقدانان معتقدند که عقد مستمر مفید به اجل پایان بخش نیست زیرا اجل در عقود مستمر رکن جوهری است نه عرضی. رکنی که جزو ذات تعهد باشد نمی‌تواند اجل تلقی شود چه اجل وصف عرضی است که بر تعهد عارض می‌شود. ایشان معتقدند عقود وجود دارند که مقید به اجل پایان بخش هستند در همان حال که جزو عقود مستمر نیستند و زمان در آنها رکن عرضی است نه ذاتی. اجل پایان بخش به معنای

واقعی آن در این عقود وجود دارد که هرچند در عمل زیاد نیستند، لیکن در اندازه ای می باشند که بتوان اجل پایان بخش را در مقابل اجل تاخیری قرار داد.

اصولا قرارداد قانون طرفین است و در صلاحیت قاضی نیست که آن را اصلاح کند. معهذا اکثر قوانین به دلایل بشردوستانه و رعایت صلح اجتماعی، اختیار خاص تعدیل را برای قضات به رسمیت شناخته اند. «اجل قضایی یا مهلت عادلانه موعدی است که دادگاه به منظور رعایت حال مدیون و کاستن از فشار مالی بر او یا رعایت بنای تراضی و اوضاع و احوال، به او می دهد و بدین وسیله اعمال اجرایی و اجبار مدیون را متوقف می سازد». اجل عادلانه وسیله کاهش فشار طلبکار علیه بدهکار مبتلا به وضعیت اقتصادی نامطلوب ولی با حسن نیت است. یکی از روزنه های نفوذ اخلاق و انصاف در حقوق و تلطیف قواعد خشک و منطقی حقوق می باشد. بر همین مناسبت که در ماده ۲۲۷ قانون مدنی مزین به صفت «عادلانه» شده است.

محدوده انجام عقد توسط طرفین

ماده ۱۴۸ قانون مدنی جدید مقرر می دارد:

« ۱. عقد باید به ترتیب مقرر در قرارداد و بر اساس حسن نیت اجرا گردد.

۲. عقد، تنها طرف قرارداد را ملزم به اجرای مفاد آن نمی سازد؛ بلکه لوازم عقد را نیز در حدود قانون، عرف و عدالت و متناسب با طبیعت قرارداد شامل است.» در بند اول این ماده، چگونگی اجرای قرارداد و در بند دوم، محدوده عقد معین شده است که از آن می توان برای محدوده مسئولیت نیز استفاده کرد.

تفاوت تفسیر مسئولیت با تعیین محدوده مسئولیت و چگونگی اجرای آن

در اینجا سه مسئله وجود دارد که باید از هم تفکیک شود: تفسیر قرارداد، تعیین محدوده قرارداد و چگونگی اجرای قرارداد. ابتدا باید مسئله تفسیر برای پی بردن به قصد مشترک دو طرف روشن شود. پس از آن قاضی به تعیین محدوده قرارداد می پردازد و در این راه تنها به مفاد عقد که داخل در قصد مشترک دو طرف است بسنده نمی کند؛ بلکه مطابق قانون، عرف و عدالت متناسب با طبیعت قرارداد، لوازم عقد را نیز مورد توجه قرار می دهد و بالاخره به مسئله سوم یعنی اجرای قرارداد می رسد. در اینجا است که متعاقبین به اجرای تمام جوانب قرارداد که از سوی قاضی و از طریق تفسیر قرارداد و تعیین محدوده آن مشخص شده است، آن هم بر اساس حسن نیت، موظف می باشند. با تمام شدن مطلب پیرامون تفسیر عقد، اینک نوبت به تعیین محدوده قرارداد می رسد.



قاضی برای تعیین محدوده قرارداد به قصد مشترک دو طرف بسنده نمی کند و لوازم عقد را نیز لحاظ می نماید. قانون، مهمترین نمونه های عواملی را که قاضی می تواند در پرتو آنها به تعیین این لوازم و در نتیجه تعیین محدوده عقد توفیق یابد معرفی کرده است؛ بدون آنکه عوامل مزبور، حصری باشند. عوامل یادشده از این قرارند:

۱. طبیعت تعهد.

۲. قوانین تکمیلی و تفسیری.

۳. عرف و در کنار آن شروط متعارف ( *clauses de style* ).

۴. عدالت.

قضیه از این قرار است که شخصی متعهد به وارد کردن ذرت علوفه‌ای به میزان معین و قیمت مشخص گردید. پس از وارد کردن مقداری از کالای مذکور، از وارد کردن بقیه به دلیل بالا رفتن قیمت امتناع ورزید. دادگاه در حکم خود چنین رأی داد:

«چنانچه اجرای قرارداد به طور کلی به دلیل حادثه‌ای قهری غیرممکن نشده باشد، اصل بر لزوم عقد است، زیرا عقد قانون متعاقدين است، مگر این که اجرای قرارداد مغایر عدالت و روح انصاف باشد. پس اگر هنگام اجرای قرارداد وضعیتی رخ دهد که هنگام انعقاد عقد مورد نظر متعاقدين نبوده باشد و در حقوق طرفین تأثیر قابل توجهی بگذارد، به نحوی که تعادل و توازن قراردادی را به شدت به هم بزند و اجرای قرارداد را تا حد غیرقابل انتظاری مشکل نماید، در چنین موردی حکم به اجرای عقد، ظالمانه و کمک به مدیون موافق عدالت است. نظریه حوادث غیرمترقبه که وسیله طرفین پیش‌بینی نشده باشد با نظریه حوادث قهری تفاوت دارد، زیرا نظریه حوادث قهری در جایی اجرا می‌گردد که اجرای قرارداد غیرممکن شده باشد ولی نظریه حوادث پیش‌بینی نشده در مورد غیرممکن شدن نسبی است و موجب خسارت و ضرر عمده می‌گردد. روح نظریه «دارا شدن غیرعادلانه»<sup>۱</sup> و نظریه «سوء استفاده از حق»<sup>۲</sup> در حالی که در نصوص قانونی چنین نظریاتی نیست، در نظریه حوادث پیش‌بینی نشده وجود دارد. همچنین نظریات ملاحظه حال مدیون و انتظار تا دارا شدن وی و ضرر غیرمنتظره قابل تطبیق با نظریات فوق است.»

در رابطه با وجه التزام بلید گفت در حقوق ایران مبلغی را که در آن به عنوان ضمانت اجرای تعهد معین می‌شود، «وجه التزام» می‌نامند. تعیین وجه التزام ویژه قراردادها است و مبلغی است که مدیون بایستی در صورت عدم اجرا یا تاخیر در اجرای قرارداد بپردازد. می‌توان مطالبی که در رابطه با وجه التزام بیان شده در مثالی تشریح کرد به این صورت که، تعهد به فروش خانه‌ای در قولنامه می‌شود و خریدار مبلغی به عنوان بیعانه به فروشنده می‌دهد و چنین قرار می‌گذارند که اگر معامله انجام شود این مبلغ جزئی از ثمن باشد؛ ولی، هرگاه معامله به دلیل خودداری خریدار از تنظیم سند رسمی انجام نشود، او حقی بر بیعانه ندارد، و اگر فروشنده امتناع ورزد دو برابر مبلغی را که گرفته است بازگرداند. برعکس، در مسئولیتهای غیرقراردادی به ندرت از این گونه شروط دیده می‌شود و مبلغ معین شده را نیز «وجه التزام» نمی‌گویند: چنانکه اگر صاحب کارخانه‌ای با باغداران اطراف خود توافق کند که هرگاه در اثر آلوده شدن هوا به درختان آنان آسیبی برسد او مبلغ معینی بپردازد، چنین پولی را «وجه التزام» نمی‌نامند. به همین جهت اصطلاح «شرط کیفی» را با اینکه با ماهیت کنونی آن در حقوق ایران تناسب نداشت، از حقوق اروپایی اقتباس کردیم. منتها، باید توجه داشت که ماده

<sup>۱</sup> Unjust Enrichment..

<sup>۲</sup> Abuse of Right.

۲۳۰ قانون مدنی چنین فرض کرده است که وجه التزام مقرر در پیمانهای خصوصی در هر حال چهره جبران خسارت را هم دارد و نباید آن را کیفر محض شمرد. به همین جهت نیز پذیرفته شده است که خسارت عدم انجام تعهد با تقاضای اجرای اصل آن جمع نمی شود.

۱. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، قم، محقق، ۱۴۱۸.
۲. اصلانی، حمیدرضا، «ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران با رویکردی بر آرای امام خمینی»، پژوهش‌نامه متین، پاییز ۱۳۸۶.
۳. افتخاری، جواد؛ کلیات عقود و تعهدات، تهران، سال ۱۳۸۲، چاپ اول.
۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، جلد اول، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۸۳.
۵. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، انتشارات میزان، جلد دوم، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۶. انصاری، مسعود، دانشنامه حقوق خصوصی، انتشارات جنگل، چاپ سوم، ۱۳۸۸.
۷. بهرامی احمدی، حمید، کلیات عقود و قراردادها، انتشارات میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، ج ۲، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، جلد سوم، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.
۱۲. جهانگیری، محسن، بررسی اقسام شرط و آثار آن، آموزه های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۵، بهار - تابستان ۱۳۹۱.
۱۳. حسینی، سید محمد، فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی، انتشارات سروش، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
۱۴. خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، بی جا، بی تا.
۱۵. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات، چاپ سوم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۲، ش ۳۰۶.
۱۶. شعبانی، قاسم، تعیین خسارت در قراردادها و تعهدات، انتشارات اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۸۵.
۱۷. شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
۱۸. عابدی، محمد، اجل در تعهدات و قراردادها، رساله دکتری دانشگاه تهران، تابستان ۱۳۸۳.
- عمیدزنجانی، عباسعلی، قواعد فقه: بخش حقوق خصوصی، انتشارات سمت، جلد اول، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم کنونی، انتشارات میزان، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۳.