

# شرط جزایی در عقود

○ محمد علی تسخیری

چکیده

تعریف شرط، تقسیم بندی های متنوع شرط، مقررات صحت و نفوذ شروط و نیز بررسی اجمالی شرط فاسد از مباحث مقدماتی مقاله است که زمینه را برای بررسی شرط جزایی یا همان شرط غرامت در عقود فراهم می سازد. نویسنده پس از طرح این موضوعات به مباحث اصلی پرداخته و در آغاز با تعریف شرط جزایی و بیان شرط صحت آن، برخی از موارد بطلان این شرط را تشریح کرده است. آنگاه به تبیین مثال های شایع در مورد شرط جزایی در عقود گوناگون، اقدام کرده و در ضمن آن به توضیح عربون که نوعی شرط جزایی است و در متون فقهی گذشته از آن یاد شده، پرداخته است. شایسته است در ابتدا، احکام و آثار شروط را به طور عام (کلی) روشن کنیم و سپس به طور خاص درباره شرط جزایی سخن بگوییم.

## شرط و ماهیت آن

شرط در عرف بر دو معنی اطلاق می شود:

۱. معنای مصدری؛ یعنی ایجاد التزام و تعهد. در قاموس<sup>۱</sup>، شرط به معنای اجبار و

۱. قاموس المحيط، ج ۲، ص ۳۸۶، ماده «شرط».

التزام به چیزی در بیع بیان شده است. گاهی شرط بدین معنا بر خود مشروطاً، اطلاق می‌گردد؛ مانند واژه خلق که به جای مخلوق به کار می‌رود، در این صورت به معنای «آنچه انسان بر خود لازم می‌دانسته و خود را به انجام آن، متعهد می‌داند» به کار می‌رود.

۲. آنچه از عدمش، عدم لازم می‌آید، بدون این که لازمه وجودش، وجود باشد؛ مانند طهارت برای نماز و سپری شدن سال مالی برای وجوب زکات.

فقهها، شرط را در هر دو معنا به کار برده‌اند. اطلاق شرط بر شروط وضعی (قراردادی) به معنای اول آن بوده و هنگامی که بر شروط شرعی اطلاق گردد، به معنای دوم آن می‌باشد.

ظاهراً شرط، یک معنا دارد و در اصل به معنای ربط و شدّ (بستن و محکم کردن) است. بنابراین، اطلاق شرط و به کار بردن این واژه، فقط به لحاظ مقید بودن چیزی به چیز دیگر است و ارتباط دو چیز با هم یا ناشی از تکوین و طبیعت بوده، یا امری است که ساخته شارع می‌باشد و یا این که دو طرف قرارداد (عقد) بر آن، اتفاق نظر دارند.

در کتاب المنجد معنای شرط چنین آمده است:

شرط به معنای مصدری یعنی الزام و اجبار به چیزی. التزام و پایبندی ... چیزی را

شرط کرد؛ یعنی آن را بست.<sup>۲</sup>

آیا شرط به معنای مطلق الزام و التزام است، یا این که فقط شامل چیزی است که در ضمن عقد دیگری بیاید؟ ظاهراً آنچه از شرط به ذهن تبادر می‌کند، آمدن ضمن عقد است و شرط به استعمال حقیقی شامل شرط ابتدایی نمی‌شود.

بنابراین هر گاه کسی انجام عملی را تعهد کند، گفته نمی‌شود که انجام آن عمل را شرط کرده یا انجام آن عمل بر او شرط شده است. اکثر کسانی که الزام و التزام را از معانی شرط دانسته‌اند آن را مقید به درج در بیع و مانند آن، کرده‌اند. از اهل لغت کسی یافت نشده است که در مقام تعریف، الزام و التزام را به معنای شرط اطلاق کرده باشد. بنابراین شمول شرط بر التزامات ابتدایی مستقل معنای روشنی ندارد، بلکه اصلاً درست نیست.

اگر شرط را به ربط و شدّ تفسیر کنیم، روشن است که شرط شامل تعهدات ابتدایی یا به اصطلاح «وعده» نمی‌گردد؛ زیرا ربط، از جمله معانی حرفی است که قائم به غیر می‌باشد و به طور مستقل معنایی ندارد و ربط را نمی‌توان از دو طرف آن جدا نمود و به طور مستقل آن را تصور کرد. بر فرض تفسیر شرط به الزام و التزام، مقید است که در ضمن عقد دیگری باشد. در مقام شک، در این که شرط، شامل الزام و التزام می‌شود یا نه، اصل عدم شمول است. اتفاق نظر علمای امامیه بر عدم وجوب و فا به تعهدات ابتدایی مؤید این است که شرط، شامل تعهدات ابتدایی نمی‌گردد و منشا این اتفاق نظر جز این نیست که تعهد ابتدایی در حقیقت شرط نیست بلکه وعده محض می‌باشد.

### تقسیم بندی شرط

شرط به معنای عام - ارتباط دادن دو چیز به یکدیگر و بستن دو چیز به هم - به انواعی تقسیم می‌شود که به طور خلاصه آنها را بیان می‌کنیم:

#### ۱. شرط حقیقی و شرط اعتباری:

شرط اصولاً به شرط تکوینی ذاتی و شرط اعتباری جعلی تقسیم می‌شود، زیرا ربط و ارتباط بین دو چیز گاهی حقیقی و ذاتی است و در خلقت آن‌ها وجود دارد به طوری که دست جعل و اعتبار به آن راه ندارد و قابل وضع یا رفع نیست مانند رابطه بین آتش و حرارت. گاهی ارتباط دو چیز، اعتباری و جعلی است و تابع اراده جاعل و تعریف اوست.

شرط اعتباری جعلی خود تقسیمات مختلفی دارد:

اول - تقسیم به اعتبار جاعل و منشاء شرط:

الف - شرط عقلی، مانند شرط قدرت برای انجام تکلیف.

ب - شرط عرفی و عقلایی، مانند شرط مالیت داشتن عوضین در عقد بیع.

ج - شروط شرعی از قبیل:

- شروطی که موجب جواز تصرف می شوند، مثل قصد در عقد؛ زیرا عقد تابع قصد است.
- شروطی که صحت عقد، وابسته به آن است؛ مثل رضایت متعاقدین.
- شروطی که تکلیف شرعاً، به آنها بستگی دارد؛ مثل بالغ و عاقل بودن.
- د- شروط متعاقدین؛ یعنی شروطی که دو طرف عقد بر آنها توافق می کنند. این گونه شروط را جعلی یا وضعی گویند و در برابر شروط شرعی قرار دارند.

دوم- تقسیم به اعتبار مورد و گستره آن:

الف- شرط عام: این گونه شروط در تمام موارد تکلیف وجود دارد، مانند بلوغ، عقل و اختیار.

- ب- شرط خاص: در برخی از تکالیف با لحاظ نمودن دلیل خاص آن مورد وجود دارد، مانند شرط بودن قبض برای بیع صرف و سلف.
- سوم- تقسیم بر اساس تأثیر شرط در متعلق خود:

الف- شروط صحت: شروطی که در اصل صحت عقد، دخیل است و در صورت عدم تحقق این شروط، عقد اساساً فاسد می باشد، مانند شرط معلوم بودن عوضین در عقد بیع.

ب- شروط لزوم: شروطی که پس از انعقاد عقد صحیح، در لازم بودن آن، دخیل هستند مانند شرط عدم خیار برای طرفین در عقد.

چهارم- تقسیم شرط به لحاظ متعلق آن:

الف- شرط وصف، مانند شرط باسواد بودن کارگر.

ب- شرط نتیجه، شرطی است که پس از انعقاد عقد در صورت تحقق متعلق آن به طور خود به خود ایجاد می گردد، مانند شرط وکیل بودن زن از جانب مرد برای طلاق خود در صورتی که مثلاً مرد به طور متوالی شش ماه نفقه زوجه را نپردازد، یا تملیک عین معین از سوی مشروط له.

ج- شرط فعل، مانند شرط دوختن لباس یا آموزش نوشتن.

پنجم- تقسیم شرط به لحاظ استقلال یا وابستگی:

الف- شرط ابتدایی که عبارت است از تعهد ابتدایی و اصطلاحاً «وعده» نامیده می شود.

ب - شرط ضمنی که عبارت است از تعهدی که با عقدی دیگر مرتبط باشد .

ششم - تقسیم شرط به لحاظ تصریح یا عدم تصریح به آن :

الف - شرط صریح : شرطی است که به طور صریح در ضمن عقد آمده باشد .

ب - شرط ارتكازی ضمنی ، مانند شرط سالم بودن مبیع .

ج - شرطی که عقد بر اساس آن شکل گرفته و مبنای عقد می باشد .

تقسیم بندی های دیگری در مورد شرط وجود دارد که چون اهمیت چندانی ندارد ، از

بیان آنها خودداری می کنیم .

## ۲. شروط وضعی (قراردادی)

همانطور که گفته شد ، شروط وضعی ، شروطی هستند که دو طرف عقد بر آن توافق

کرده اند و در ضمن عقد به آن ملتزم و متعهد شده اند . شروط وضعی دو گونه اند :

الف - شرط خیار و حق فسخ عقد که اصطلاحاً این گونه شرط را «شرط خیار» یا

«خیار شرط» می گویند ؛ چون این گونه خیار به سبب شرط ضمن عقد محقق می شود .

ب - قرار دادن هر شرط دیگری از شرط خیار که چنین مواردی در منابع فقهی

تحت عنوان «باب الشروط» بیان می شوند . شرط جزایی (جبران خسارت) از جمله این

شروط است .

## چارچوب کلی صحت و نفوذ شرط

برای صحیح بودن شرط و لزوم وفای به آن چند چیز باید مراعات گردد :

۱ . شرط ، ذاتاً و فی نفسه جایز باشد ، بنابر این جایز نیست کسی چیزی را به دیگری

بفروشد به شرط این که خریدار فعل حرامی مرتکب شود ، مانند آن که کسی انگور را بفروشد

به شرط این که خریدار آن را به شراب تبدیل کند . یا کسی ، دیگری را در روز ماه رمضان اجیر

کند و در ضمن عقد اجاره ، شرط کند که کارگر در طی روز افطار کند . دلیل عدم جواز این

گونه شروط آن است که تعهد به ارتکاب حرام نافذ نیست . حضرت امیر (ع) می فرماید :

إِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمُ الْإِشْرَاطَ حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحْلَى حَرَامًا؛<sup>۳</sup>

مسلمانان باید به شروط خود پایبند باشند، مگر شرطی که حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند.

در صورتی که شرط حرام باشد، درج آن در عقد و التزام به آن، موجب حلال کردن امر حرام می‌گردد.

۲. شرط مخالف با کتاب و سنت نباشد؛ بنابراین هر گاه مالی را به کسی هبه کند یا بفروشد و در ضمن عقد بیع یا هبه شرط کند که همه ورثه خریدار یا موهوب<sup>۴</sup> له یا بعضی از آنان از آن مال، ارث نبرند، چنین شرطی باطل است؛ زیرا مخالفت آن با کتاب و سنت هیچ وجه جوازی برای آن نمی‌گذارد.

مستندات عدم اختیار شرط مخالف با کتاب و سنت را می‌توان نصوص زیر دانست:

۱. عبدالله بن سنان گفت: شنیدم امام صادق (ع) می‌فرمود:

من اشترط شرطاً مخالفاً لکتاب الله فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه،  
والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عز وجل؛<sup>۴</sup>

کسی که امر مخالف با کتاب خدا را شرط کند، نه برای شرط کننده نافذ است و نه علیه مشروط<sup>۵</sup> علیه. «المسلمون عند شروطهم» مربوط به شروطی است که موافق کتاب خدا باشد.

۲. محمد بن قیس از امام باقر (ع) نقل می‌کند:

في من تزوج امرأة اشترطت عليه أن يبدها الجماع والطلاق ففرضي أن عليه الصداق و  
بيده الجماع والطلاق، وذلك السنة؛<sup>۵</sup>

امام باقر (ع) درباره کسی که با زنی ازدواج کرده بود و زن شرط کرده که اختیار جماع و طلاق در دست وی (زن) باشد، چنین قضاوت کرد، مهر و صداق بر عهده مرد است و اختیار جماع و طلاق نیز در دست وی می‌باشد و این سنت است.

۳. وسایل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۴، باب ۶ از ابواب خیار، ح ۵.

۴. وسایل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۳، باب ۶ از ابواب خیار، ح ۱.

۵. وسایل الشیعه، ج ۱۵، ص ۴۰ و ۴۱، باب ۲۹ از ابواب المهور، ح ۱.

۳. در تفسیر عیاشی آمده است: <sup>۶</sup> محمد بن مسلم از امام باقر (ع) نقل می کند که

فرمود:

قضى أمير المؤمنين في امرأة تزوجها رجل و شرط عليها و على أهلها إن تزوج عليها و هجرها أو أتى عليها سرية فإنها طالق، فقال (ع): شرط الله قبل شرطكم إن شاء وفي بشرطه و إن شاء أمسك امرأته و نكح عليها و تسرى عليها و هجرها إن أتت سبيل ذلك، قال الله تعالى: «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث... أو ما ملكت أيمانكم...<sup>۷</sup> و اللاتي تخافون نشوزهن فمظوهن و أهجروهن في المضاجع»<sup>۸</sup>

امیر مؤمنان (ع) در مورد زنی که با مردی ازدواج کرده بود و شرط کرده بود که اگر مجدداً ازدواج کند یا با وی همبستر نشود یا کنیز همخواه ای اختیار کند، زوجه مطلقه باشد، حضرت فرمود: شرط خدا بر شرط شما مقدم است، مرد بخواهد می تواند به شرطش وفا کند و اگر بخواهد می تواند همسر خود را نگهدارد و در عین حال مجدداً ازدواج کند و کنیز اختیار کند، و اگر زن برای این کارها از او ناراضی باشد می تواند همبستری با وی را نیز ترك کند. زیرا خدای سبحان می فرماید: «از زنانی که مانع ازدواج ندارند، دو، سه و چهار تا را به زنی اختیار کنید... یا با کنیزان همبستر شوید... و زنانی را که از نافرمانی آنان هراس دارید، نخست آنان را موعظه و نصیحت کنید سپس همبستری با آنان را ترك کنید...»<sup>۹</sup>

ابن زهره در غنیة النزوع نقل کرده است:

الشرط جائز بین المسلمین ما لم يمنع منه کتاب او سنة؛ شرط در بین مسلمانان جایز و رواست مگر این که کتاب یا سنت آن را منع کرده باشد.<sup>۹</sup>

۳. شرط، خلاف مقتضای عقد یا حکم آن نباشد، مانند آن که هرگاه کسی چیزی را به

۶. تفسیر عیاشی، ج ۱، ص ۲۴۰، ح ۱۲۱.

۷. نساء، آیه ۳.

۸. نساء، آیه ۳۴.

۹. غنیة النزوع، ص ۵۲۴.

دیگری بفروشد به شرط این که ثمن آن را مالک نشود یا ملکی را اجاره کند به شرط این که مؤجر مال الاجاره را دریافت نکند.

در صورتی که شرط خلاف مدلول عقد باشد، قصد انشای مدلول عقد محقق نمی شود و با عدم تحقق قصد، عقد محقق نمی گردد؛ زیرا عقد تابع قصد است و هیچ عقدی بدون قصد منعقد نمی شود. مثلاً بگوید: فلان مال را به تو فروختم به شرط این که مبیع اکنون یا برای همیشه به ملکیت تو در نیاید یا فلان مال را به تو هبه کردم به شرط این که آن مال به من تعلق داشته باشد، نه به تو. هر گاه شرط با حکم عقد منافات داشته باشد خواه حکم امضایی باشد، خواه تأسیسی، شرط صحیح نیست؛ زیرا با کتاب و سنت مخالفت دارد، کتاب و سنت بر عدم تخلف هر عقدی از حکم خود دلالت دارد و شریعت، حکم هر عقدی را مشخص کرده است، در صورتی که عدم آن حکم را شرط کنیم، با شریعت مخالفت کرده ایم مثلاً: فروشنده شرط کند که خریدار در مبیع تصرف نکند و یا زوجه شرط کند همسرش از وی استمتاع نبرد.

۴. التزام به شرط در متن قرار داد آمده باشد. بنابراین، اگر پیش از قرارداد بر شرط مورد نظر، توافق کرده باشند، بنا به رأی مشهور فقها چنین شرطی التزام آور نیست؛ زیرا اگر مشروط علیه، پیش از قرارداد پایبندی خود به شرط را انشا کرده باشد، شرط و تعهد ابتدایی محسوب می شود و قطعاً همان طور که گذشت پایبندی و وفای به آن لازم نیست و در صورتی که وعده ایقاع و انشای عقدی را همراه با شرطی بدهد و شرط را در عقد ذکر نکنند در پایبندی به آن شرط برایش الزامی نیست.

۵. شرط مجهول نباشد به گونه ای که موجب ضرر در بیع گردد؛ زیرا شرط در حقیقت بخشی از عوض یا معوض است و جهالت و نامعلوم بودن یکی از عوضین موجب ضرر در بیع می گردد، در حالی که پیامبر (ص) از بیع غرری نهی کرده است. بنابراین پایبندی به امری مجهول موجب بطلان بیع و در نتیجه بطلان شرط مجهول مندرج در آن می شود.

۶. مشروط علیه توان انجام شرط را داشته باشد. بدین معنی که در عالم واقع بتواند مفاد شرط را محقق سازد و آن را انجام دهد، زیرا درج شرط در معاملات - همان طور که



بیان شد. به معنای الزام و التزام و پایبندی است، بدیهی است که امر غیر مقدور و ناممکن نمی تواند موضوع التزام قرار گیرد، مانند آن که کسی زراعت خود را بفروشد و ملتزم شود که آن را به صورت خوشه تحویل دهد.

۷. شرط نوعاً دارای منفعت عقلایی قابل توجه باشد یا این که برای شرط کننده چنین منفعتی داشته باشد؛ زیرا شرط، حق شرط کننده است و چیزی که منفعت عقلایی نداشته باشد، حق محسوب نمی شود و شارع به آن توجه ندارد تا وفای به آن را لازم بداند.

### حکم شرط صحیح

۱. همان طور که وفای به عقد لازم، واجب است، وفای به شرط مندرج در آن نیز واجب تکلیفی شرعی است. از مستندات این حکم می توان موارد زیر را برشمرد:

- ظاهر حدیث نبوی:

المؤمنون عند شروطهم؛<sup>۱۰</sup>

مؤمنان به شروطی که پذیرفته اند، پایبندند.

- از علی (ع) نقل شده است:

من شرط لإمرأته شرطاً فلیف لها به فإنّ المسلمین عند شروطهم إلا شرطاً حرمّ حلالاً او حلالاً حراماً؛<sup>۱۱</sup>

کسی که شرطی را با زن خود می پذیرد باید به آن پایبند باشد، زیرا مسلمانان به شروط خود پایبندند، مگر شرطی که حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند.

در این حدیث، عبارت «المسلمین عند شروطهم» به معنای پایبندی و تعهد مسلمان به شرط خود و عمل به مقتضای آن می باشد و این به معنای وجوب وفای به آن است.

- عموم آیه شریفه «أوفوا بالعقود»<sup>۱۲</sup>، چون شرط بخشی از عقد است، عموم آیه

۱۰. وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۳۰، باب ۲۰ از ابواب المهور، ح ۴.

۱۱. همان، باب ۴۰ از ابواب المهور، ح ۴.

۱۲. مائده، آیه ۱.

مذکور شامل شرط نیز می شود.

۲. هر گاه مشروطاً علیه از انجام مفاد شرط خودداری کند، می توان وی را به انجام آن اجبار کرد، زیرا شرط، حق شرط کننده (مشروطاً له) است و به مقتضای عقد مقرون به شرط، بر ذمه مشروطاً علیه می باشد. از آن جا که مشروطاً علیه در صورت امتناع از انجام شرط، از انجام چیزی خودداری می نماید که حق دیگران است، حاکم وی را به انجام شرط اجبار می کند.

۳. در صورت عدم تحقق شرط، خيار فسخ برای مشروطاً له ایجاد می گردد، زیرا ماهیت رابطه شرط و عقدی که شرط در آن مندرج است، این است که التزام و تعهد به عقد معلق بر تحقق مفاد شرط در خارج است به گونه ای که اگر مفاد شرط در خارج محقق نشود، شرط کننده (مشروطاً له) نسبت به عقد پایبندی ندارد و می تواند از عقد دست بکشد و آن را ابطال کند. ایجاد چنین حقی را اصطلاحاً «خيار تخلف از شرط» می نامند.

آیت الله خوئی (ره) می گوید:

هر گاه مشروطاً علیه از انجام شرط خودداری نماید، مشروطاً له می تواند وی را به انجام شرط اجبار کند، ظاهراً خيار فسخ ایجاد شده برای مشروطاً له منوط به ناممکن بودن اجبار مشروطاً علیه نیست، بلکه به محض تخلف مشروطاً علیه از شرط و خودداری از انجام آن، حق فسخ برای مشروطاً له ایجاد می شود، اگر چه بتواند وی را به انجام شرط اجبار کند... البته در صورتی که مشروطاً علیه از انجام شرط عاجز باشد، مشروطاً له خيار فسخ دارد...<sup>۱۳</sup>

۴. شرط، قابل اسقاط است و شرط کننده (مشروطاً له) می تواند به طور رایگان یا با عوض از آن دست بکشد. هر گاه شرط ساقط گردد موضوع حکم وجوب وفای به عقد نیز منتفی می شود.

## حکم شرط فاسد

۱. هر گاه شرطی در معامله فاسد باشد، وفای به آن لازم نیست، زیرا فاسد بودن بدین معناست که حکم آن بر آن بار نشود.

۲. آیا شرط فاسد، فاسد کننده عقد است یا خیر؟ اگر فساد شرط موجب اختلال در خود عقد گردد عقد نیز باطل می شود، مانند شرط مخالف مقتضای عقد. همچنین در صورتی که شرط فاسد، موجب اختلال در امور و ویژگی های یکی از عوضین شود، عقد باطل می شود، مانند آن که وجود صفت مجهولی را در یکی از عوضین شرط کند که موجب جهالت به آن می شود. سخن ما در جایی است که شرط فاسد باشد و موجب اختلال در عقد یا شرایط عوضین نشود.

در خصوص چنین شرطی چند قول وجود دارد:

- ۱- شرط فاسد، عقد را فاسد نمی کند.
- ۲- شرط فاسد، عقد را فاسد می کند. برخی از متأخرین مانند علامه و شهید اول و شهید ثانی و محقق ثانی و ... بر این باورند.

آیت الله خوئی می گوید:

ظاهراً فساد شرط به عقد سرایت نمی کند، در صورت فاسد بودن شرط، عقد

صحیح است و شرط لغو می شود.<sup>۱۴</sup>

## تعریف شرط جزایی

منظور از شرط جزایی، غرامت و تاوانی است که دو طرف قرارداد در عقد تعیین می کنند تا هر کدام از طرفین که از مفاد عقد یا تعهد و التزامات پذیرفته شده در عقد تخلف کند، آن را به طرف مقابل بپردازد؛ این گونه شرط را شرط جزایی یا غرامت توافقی و یا وجه التزام می نامند.

## چند مثال :

۱. فروشنده متعهد می شود که مبیع را در روز معین تسلیم خریدار کند، در غیر این صورت فلان مبلغ را به عنوان خسارت به وی بپردازد.
۲. فروشنده در ضمن عقد بیع شرط کند که اگر مبیع از آن دیگری باشد، فلان مبلغ را به عنوان غرامت به خریدار بپردازد.
۳. زوج در ضمن عقد نکاح شرط کند که همسر دوم اختیار نکند یا همسرش را طلاق ندهد، در غیر این صورت فلان مبلغ را به عنوان غرامت به زوجه اش بپردازد.
۴. طلبکار در ضمن عقدی شرط کند که هر گاه بدهکار دین خود را در زمان معین نپردازد، ماهیانه یا روزانه فلان مبلغ را بابت تاخیر به طلبکار بپردازد.
۵. برخی، عربون (پیش پرداخت) را نیز از مصادیق شرط جزایی شمرده اند. عربون، مبلغی است که مشتری به فروشنده پیش پرداخت می کند؛ بنابراین که اگر بیع را پذیرفت، مبلغ پرداخت شده بخشی از ثمن محسوب شود و در صورتی که بیع را نپذیرد، مبلغ پرداخت شده قابل استرداد نباشد و فروشنده آن را مالک شود.

## حکم شرط جزایی

واضح است که هدف از شرط غرامت یا شرط جزایی در عقد این است که ضمانت اجرایی برای عمل به مفاد عقد باشد، در جایی که یکی از طرفین از عدم التزام و ایفای تعهد طرف مقابل هراس دارد، برای پایبند کردن وی به قرارداد و انجام مفاد آن، شرط غرامت را در عقد درج می کند. بنابراین، شرط غرامت از لحاظ صحت و نفوذ تابع عقد یا تعهد مورد توافق طرفین می باشد. اگر عقد یا التزامی که متضمن شرط جزایی است، از لحاظ اموری که در صحت آن دخیل است، صحیح باشد، شرط جزایی مبتنی بر آن نیز صحیح و نافذ است. در غیر این صورت، شرط جزایی به علت بطلان پایه و اساس آن، باطل می باشد، زیرا شرط جزایی فرع بر آن عقد یا التزام است و فرع تابع اصل می باشد. هر گاه اصل عقد، معتبر نباشد و برای هیچ کدام از طرفین، تعهد ایجاد نکند، قهراً شرط جزایی که بر اساس آن بنا شده، نیز

برای مشروطاً علیه هیچ گونه الزام و تعهدی ایجاد نمی کند. همچنین شرط جزایی نباید مستلزم امر باطلی مانند ربا باشد، زیرا در ضمن عقد، لازمه امر باطل، باطل است.

بنابراین، ضابطه کلی برای صحت شرط جزایی عبارت است از این که نه مبتنی بر امر باطلی باشد و نه امر باطلی را در پی داشته باشد، در این صورت چنین شرطی، صحیح و نافذ بوده و به عنوان یک تکلیف شرعی لازم الوفاست که قبلاً دلایل و مستندات لازم الوفاء بودن آن را بیان کردیم. پس از بیان ضابطه کلی صحت شرط جزایی، می توان گفت در موارد زیر شرط جزایی صحیح نیست:

۱. در معاملاتی که عقد از لحاظ شروط صیغه یا عوضین یا متعاقدين، صحیح نباشد، شرط جزایی صحیح نیست، مانند شرط غرامت در عقد صبی (غیر رشید) یا معاملات ربوی.
۲. شرط جزایی مبتنی بر تعهد و التزام باطل باشد، مانند شرط جزایی در:

الف- تعهداتی که فی نفسه جایز نیستند

ب- تعهداتی که با کتاب و سنت مخالف اند

ج- تعهدات مخالف مقتضای عقد

د- تعهدات ابتدایی

ه- تعهدات مجهولی که موجب ضرر در بیع می شوند

و- تعهدات و التزامات غیر مقدور

ز- تعهدات و التزاماتی که منفعت معتنا به ندارند

مثلاً اگر کسی انگور را بفروشد به شرط این که از آن شراب بسازد و گرنه فلان مبلغ را بپردازد. شرط غرامت در چنین موردی به علت این که بر اساس یک تعهد فی نفسه غیر مجاز، ایجاد شده است یا این که بر مبنای تعهد مخالف با کتاب و سنت پدید آمده، باطل است.

اگر کسی چیزی را بفروشد، به شرط این که مشتری در مبیع تصرف نکند، در غیر این صورت فلان مبلغ را به عنوان غرامت بپردازد، چنین شرطی باطل است؛ زیرا مبتنی بر خلاف مقتضای عقد می باشد.

اگر زن در عقد ازدواج، شرط کند که شوهر از وی بهره جنسی نبرد، در غیر این صورت

فلان مبلغ را بپردازد، در این جا شرط غرامت چون مخالف با حکم عقد می باشد، باطل است. اگر مردی به زنی وعده ازدواج دهد، چون وعده ازدواج، تنها یک تعهد ابتدایی است و پایبندی یکی از طرفین را در آینده نسبت به عملی کردن وعده ازدواج در پی ندارد، لذا هر شرط غرامتی که در ضمن این وعده درج شود، باطل است.

اگر مشتری در بیع حیوان آبستن بودن آن را با وجود نامشخص بودن حاملگی حیوان، شرط کند و فلان مبلغ را به عنوان شرط غرامت، تعیین کند، این شرط چون مبتنی بر امری مجهول است و موجب ضرر در بیع می گردد، قهراً باطل می باشد.

اگر فروشنده، در بیع محصولات کشاورزی، رساندن محصول را به خوشه، شرط کند، یا این که رطب را به خرما شدن برساند و مبلغی را برای عدم تحقق شرط - به عنوان خسارت - معین کند، چون اصل تعهد، غیر مقدور است و شرط بر امر غیر مقدور بنا شده است، از این رو باطل می باشد.

چند مثال تطبیقی برای شرط جزایی:

۱. عربون یکی از مصادیق شرط غرامت است که به سه صورت انجام می شود:

الف - معامله منعقد می شود، سپس مشتری بخشی از ثمن را تحت عنوان عربون و برای ضمانت اجرای مفاد عقد به فروشنده پرداخت می کند. در این صورت، مشتری باید بقیه ثمن را به فروشنده بپردازد؛ زیرا عقد منعقد شده، قطعی و لازم الاجراء است، در غیر این صورت، برای طرف مقابل، حق فسخ ایجاد می شود.

ب - هر گاه پس از پرداخت بخشی از ثمن، عقد منعقد نشود و مشتری مبلغی را تحت عنوان عربون به فروشنده بپردازد تا کالا را برای وی نگهدارد و آن را به دیگری نفروشد. در این صورت، پرداخت عربون یک تعهد ابتدایی است و برای مشتری، الزام آور نیست. بنابراین اگر مشتری از بیع منصرف شود، فروشنده باید عربون را به وی برگرداند؛ زیرا در این حالت، تصرف در مالی که مشتری پرداخت کرده، خوردن مال از راه باطل به شمار می آید، زیرا از راه تجارت و تراضی به دست نیامده است.

ج - قرارداد بسته شود و در ضمن آن، در ازای عربون، برای مشتری حق فسخ در نظر

گرفته شود. ماهیت چنین شرطی این است که هر گاه مشتری ببع را فسخ کند، فروشنده، عربون را تملک کند. چنین شرطی، منع شرعی ندارد و به محض فسخ ببع از طرف مشتری، مالکیت فروشنده بر عربون، قطعی می شود. در صورتی که مشتری، ببع را فسخ نکند، عربون بخشی از ثمن محسوب می شود و مشتری باید بقیه ثمن را پرداخت کند.

۲. خریدار و فروشنده، قرارداد ببع را منعقد کرده و در ضمن آن شرط می کنند که هر گاه یکی از آن دو منصرف شود، می تواند ببع را فسخ کند، اما به شرط این که مبلغ معینی را به طرف مقابل بپردازد. ماهیت شرط مزبور در حقیقت این است که حق فسخ، در ازای مبلغی برای دو طرف قرارداد پیش بینی می شود.

در این مورد شرط غرامت، صحیح و طبق ضابطه ایجاد شده است. هر گاه یکی از طرفین از قرارداد منصرف شود و مبلغ غرامت مورد توافق را به طرف مقابل پرداخت کند، حق فسخ عقد برایش پدید می آید و بدون پرداخت مبلغ توافق شده، نمی تواند معامله را فسخ کند.

آری، اگر در ضمن عقد، شرط کنند که به محض انصراف، باید مبلغ معینی را بپردازد، چنین شرطی باطل است؛ زیرا مخالف کتاب و سنت می باشد، چرا که در برابر وجه پرداخت شده، چیزی که مالیت داشته باشد، قرار داده نشده است. در نتیجه، تصرف در چنین ثمنی مصداق تحصیل مال از راه باطل است و مصداق تجارت و تراضی نیست اگرچه در این مثال جای مناقشه هست.

۳. هر گاه مشتری در ضمن عقد ببع مالی غیر منقول دارای سند عادی، از فروشنده، ضمانت اخذ نماید، چنین شرطی صحیح است و طبق ضابطه کلی بیان شده برای شروط صحیح، اشکال ندارد.

۴. اگر مشتری در هنگام انعقاد قرارداد ببع، شرط کند که هر گاه مشخص شود مبیع، ملک دیگری است، فروشنده باید مبلغ معینی را بپردازد، ظاهراً چنین شرطی صحیح نیست؛ زیرا هنگام روشن شدن مالکیت مبیع، عقد باطل می گردد و شرطی هم که در ضمن چنین عقدی قرار دارد، قهراً باطل است و به شرط ابتدایی تبدیل می شود. البته در صورتی که چنین بیعی موجب ایراد ضرر به مشتری گردد و فروشنده، به خریدار ضرر وارد

کرده باشد، به استناد قاعده «لاضرر و لا ضرر فی الاسلام» و قاعده «المغرور یرجع علی من غره»، فروشنده به مقدار ضرر وارد، ضامن می باشد.

آری، اگر این شرط را در ضمن عقد دیگری درج نماید، ظاهراً صحیح و لازم الاجراء است.

۵. هر گاه مشتری در ضمن عقد بیع، شرط کند که اگر فروشنده در روز (تاریخ) معین، مبیع را به وی تسلیم نکند، روزانه یا ماهیانه مبلغ معینی را به عنوان خسارت تأخیر، به خریدار بپردازد، یا این که فروشنده نسبت به پرداخت ثمن، چنین شرطی را در عقد بیع درج کند، در این صورت دو حالت وجود دارد:

الف- مضمن یا ثمن، کلی در ذمه باشد. شرط غرامت تحت عنوان خسارت تأخیر در تسلیم، باطل است؛ زیرا از قبیل ربا در قرض می باشد.

ب- مضمن یا ثمن، عین شخصی باشد که دارای منفعت است. شرط جزایی (غرامت) در باره تأخیر در تسلیم، اشکال ندارد و از قبیل اجاره می باشد و چون عقد اجاره، مستقل محسوب نمی شود عدم تعیین مدت، خللی در آن ایجاد نمی کند، بلکه شرط ضمن عقد است. با وجود این اگر خانه ای را بخرد و در ضمن عقد، شرط کند که اگر فروشنده، مبیع را در زمان معین تسلیم نکند، روزانه باید مبلغ معینی را به عنوان اجاره بپردازد، این شرط، صحیح است.

۶. زن در ضمن پیمان زناشویی، شرط کند که اگر شوهرش وی را طلاق دهد یا همسر دوم اختیار کند، مبلغ معینی را به عنوان خسارت یا غرامت بپردازد. ماهیت این شرط به دو حالت زیر بر می گردد که هر کدام حکم جداگانه ای دارد:

الف- شرط کند که شوهرش، حق طلاق یا ازدواج مجدد نداشته باشد؛ چنین شرطی به علت مخالفت با کتاب و سنت، باطل است.

ب- شرط کند که شوهرش، طلاق یا ازدواج مجدد را ترك کند و انجام ندهد. (وی را طلاق ندهد یا همسر دوم اختیار نکند)، این شرط، صحیح بوده و مخالف با کتاب و سنت نیست؛ زیرا امر حلال را می توان ترك کرد یا انجام داد و انجام ندادن امر جایز، اشکالی ندارد و تعهد بر ترك آن، خلاف شرع نیست. بنابراین هر گاه شوهر از این شرط، تخلف کند و زن را طلاق دهد یا تجدید فراش نماید، نسبت به مبلغ تعیین شده مشغول الذمه بوده و به همسرش، بدهکار می باشد.



۷. اگر مردی از زنی خواستگاری کند یا به زنی وعده ازدواج دهد، بدون شک، این امر ابتدایی، الزامی برای ازدواج و قبول آن - برای هیچ کدام از طرفین - ایجاد نمی‌کند. لذا هر شرط غرامتی (جزایی) که در ضمن خواستگاری یا وعده ازدواج، مطرح شود و هدف از آن، تضمین ازدواج باشد، باطل است. زیرا وعده، یک تعهد ابتدایی بوده و لازم الاجراء نمی‌باشد و هر شرطی نیز در ضمن آن درج گردد، ضمانت اجرایی ندارد. آری، اگر مرد در ضمن عقد لازم دیگری - مثلاً عقد بیع - شرط ازدواج با فلان زن را بپذیرد، این شرط، صحیح و لازم الاجراء است.

۸. کارمزد، بانک توسعه اسلامی در انجام طرح‌های صنعتی و کشاورزی در کشورهای عضو، اقدام به سرمایه‌گذاری‌های شرعی از قبیل بیع سلف، اجاره و پیش‌فروش (سفارش ساخت) می‌نماید. این بانک پس از مطالعه و اطمینان از داشتن توجیه مالی (سود) و اقتصادی، شروطی را برای سرمایه‌گذاری مطرح می‌کند. اگر سازمان بهره‌بردار، این شروط را بپذیرد و سازمان‌های ذیربط در بانک با سرمایه‌گذاری موافقت کنند، بانک، توافقنامه سرمایه‌گذاری را با سازمان‌های بهره‌بردار، تأیید می‌نماید.

بانک توسعه اسلامی، سازمان بهره‌بردار را تشویق می‌کند که در سریعترین زمان ممکن، عملیات اجرای طرح را شروع کند تا از پیامدهای تأخیر از قبیل افزایش قیمت‌ها و در نتیجه، افزایش هزینه‌های طرح جلوگیری شود.

بنابراین، نمایندگی مؤسسات بین‌المللی، حق الزحمه‌ای (کارمزد) را برای خود در نظر می‌گیرند که میزان آن، در صدی از سرمایه هزینه‌نشده است؛ به گونه‌ای که رابطه آن با مبالغ هزینه‌شده، حالتی معکوس دارد؛ یعنی در صورتی که در موعد مقرر، کل سرمایه هزینه‌گردد، هیچ خسارتی به سازمان بهره‌بردار تعلق نمی‌گیرد و در صورتی که از مبلغ سرمایه - هر اندازه - هزینه نشود، در صدی از آن به بانک تعلق می‌گیرد. این امر به عنوان شرط جزا در عقد بیان می‌شود و درج آن مانعی ندارد.

۹. بازگرداندن هزینه‌های ناشی از لغو سرمایه‌گذاری، بانک‌ها پیش از موافقت با هر پروژه‌ای، در مورد سودآوری آن تحقیق می‌کنند. این امر از سوی ادارات زیرمجموعه بانک

انجام می شود و کارشناسان و مهندسان، تحقیقات میدانی این مطالعه را به انجام می دهند. بانک برای انجام این امر، درصد فراوانی از هزینه های مستقیم و غیر مستقیم را می پذیرد. به محض تأیید موافقتنامه بانک ها ۴ درصد از کل مبلغ وام را به عنوان کارمزد برای خود در نظر می گیرند. این نسبت (درصد) در مقایسه با هزینه های مصرفی بانک - تا پیش از شروع طرح - ناچیز است. البته در این شیوه اگر چه بانک در خصوص تحقیقات طرح و اجرایی کردن آن، نقش ایفا می کند، اما در مقایسه با شیوه های دیگر سرمایه گذاری از قبیل بیع مدت دار (نسیه)، مرابحه (بیعی که درصد سود آن مشخص است)، اجاره به شرط تملیک، پیش خرید (سفارش خرید) و لغو توافقنامه از سوی کارگزار (عامل)، هیچ گونه پرداخت غرامتی را در پی ندارد.

بنابراین، بانک می تواند سازمان لغوکننده توافقنامه را نسبت به پرداخت هزینه های مصرفی - در خصوص مقدمات و انجام تحقیقات طرح - مسئول بداند و این امر در چارچوب مرابحه، بیع سلف و اجاره به شرط تملیک، عملی است.

۱۰. بیمه تأخیر یا ناتوانی در بازپرداخت، مجمع فقه اسلامی در تصمیم شماره ۵۰ خود (۶/۲) اعلام کرد که گنجاندن شرط خسارت (تاوان) بابت تأخیر در ادای اقساط دین، جایز نیست. بنابراین بانک برای این که از خطرات و زیان های تأخیر تأدیه [پرداخت] یا عجز از بازپرداخت اقساط در امان باشد، می تواند از راه بیمه خاص، این نقیصه را جبران کند و به گونه ای مطالبه اقساط را از بدهکار، در ضمن عقد، شرط نماید.

چند نکته:

۱. شرط جزایی همانند سایر شروط که به طور معوض یا مجانی قابل اسقاط می باشند، اسقاط شدنی است؛ زیرا ماهیت آن، حق است و شرط کننده می تواند از حق خود دست بکشد.

۲. به محض این که مشروط علیه از وفا به عهد (شرط) تخلف کند، نسبت به انجام شرط، مشغول الذمه می شود. بنابراین، شرط کننده می تواند در صورت خودداری مشروط علیه، وی را به انجام شرط اجبار کند و در صورت سرپیچی، حق فسخ برای شرط کننده، ایجاد می شود.

ظاهراً اختیار فسخ در چنین موردی منوط به دشواری اجبار مشروطاً علیه به انجام شرط، نیست؛ بلکه به محض خودداری او از انجام شرط، حق فسخ برای شرط کننده ایجاد می شود، حتی اگر بتوان وی را به انجام شرط وادار نمود.

۳. متعهد، چه در اجرای اصل تعهد و انتفاع مورد نظر شرط کننده کوتاهی کند و چه آن را با تأخیر انجام دهد، شرط جزایی (غرامت یا تاوان) محقق می شود. بنابراین اگر زنی در ضمن عقد لازمی با فلان مرد شرط کند که در زمان معین با وی ازدواج کند، در غیر این صورت، متعهد به پرداخت مبلغ معینی می باشد؛ خواه مشروطاً علیه (مرد) اصلاً با وی ازدواج نکند و خواه پس از سپری شدن زمان معین با وی ازدواج نماید؛ در هر دو صورت، شرط جزایی مورد توافق، ثابت می گردد؛ زیرا صرف ازدواج، مورد تعهد نیست؛ بلکه «ازدواج در زمان معین» مورد تعهد است. لذا ازدواج با تأخیر، موجب سرپیچی و خودداری از انجام تعهد می باشد و غرامت و جزای مقرر علیه مرد قابل اعمال است.

۴. زیان دیدن شرط کننده، در تحقق شرط جزایی، دخالت ندارد. به محض خودداری مشروطاً علیه از انجام تعهد، پرداخت جزا و غرامت برعهده او ثابت می گردد، اگر چه شرط کننده از عدم ایفای تعهد وی زیان ندیده باشد، یا ضرر و خسارت وی کمتر از مقدار مورد توافق باشد.

۵. برای اطمینان از انجام شرط غرامت، می توان از مشروطاً علیه ضامن گرفت یا مالی به عنوان رهن در تصرف داشت، یا کفیل اخذ نمود؛ زیرا شرط غرامت، حق مالی است و با خودداری از انجام تعهد، بر ذمه مشروطاً علیه مستقر می گردد و می توان به شیوه های مذکور، از مشروطاً علیه وثیقه گرفت.

۶. هر گاه شرط جزایی (غرامت)، مطلق بوده و ترتیب خاصی در آن پیش بینی نشده باشد، به محض این که مشروطاً علیه به تعهد (شرط) خود عمل نکند، نسبت به جزا مشغول الذمه می گردد؛ خواه عدم ایفای شرط، ناشی از اختیار باشد و خواه ناشی از اضطرار، از قبیل جنگ، انقلاب، اعتصاب، آتش سوزی، بیماری و ...