

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۸
پاییز ۱۳۹۳، ص ۷۱-۴۹

تأثیر شرط بر وضعیت عقد*

دکتر علیرضا باریکلو

استاد پردیس فارابی دانشگاه تهران

Email: bariklou@ut.ac.ir

چکیده

شرط ضمن عقد، نهادی است که در حقوق اسلام شناسایی شده ولی درباره تأثیر آن بر وضعیت عقد در دو مرحله تشکیل و بقای عقد در بین صاحب نظران اختلاف است. در مرحله تشکیل عقد، اختلاف ناشی از حیث ارتباط شرط با موضوع عقد است که در این باره از میان نظریات جزئی از موضوع بودن، وصف یا تابع بودن یا مستقل بودن، نظر اخیر با قواعد حقوقی و قصد طرفین مطابق‌تر است که قاعدتاً عدم اعتبار شرط، اثر بر اعتبار عقد نخواهد داشت. در مرحله بقای عقد نیز اختلاف ناشی از نقش شرط در قصد طرفین مطرح است که بعضی به نحو وحدت مطلوب معتقد شده‌اند که انتفای شرط موجب انفساخ عقد می‌شود، بعضی به تعدد مطلوب یکسان که بطلان شرط موجب انفساخ قسمتی از عقد می‌شود و بعضی معتقد به تعدد اصل و فرع شده که انتفای شرط موجب انفساخ عقد نمی‌شود بلکه موجب خیار برای مشروط له می‌شود و این دیدگاه با قواعد حقوقی و ماهیت شرط منطبق‌تر است.

کلیدواژه‌ها: شرط، وصف، جزء، وحدت مطلوب، تعدد مطلوب، اصل، فرع.

مقدمه

در حقوق اسلام شرط ضمن عقد نهادی است که فلسفه وجودی آن در سایر نظام‌های حقوقی وجود ندارد. زیرا هر چند در نظام‌های دیگر، بحث شروط و توافقات قراردادی مطرح است ولی آنچه در حقوق اسلام شرط ضمن عقد را از نهاد مشابه حقوق خارجی متمایز می‌کند دیدگاه نظام حقوقی به دلیل لزوم عقد و تعهدات است. در حقوق خارجی مبنای لزوم تعهدات، قصد طرفین است و به همین دلیل قصد الزام و التزام از شرایط اعتبار عقد بیان شده در حالی که در حقوق اسلام مبنای لزوم عقد، حکم شارع است و قصد طرفین در لزوم عقد نقشی ندارد. لذا عقد ماهیتی است که قاعدتاً از طرف شارع لازم اعلام شده و سایر ماهیت‌هایی غیرعقدی مانند شرط، اگر ضمن عقد لازمی درج شود حکم شرعی لزوم، شامل آن می‌شود. در نتیجه، هر چند در کتب فقهی و حقوقی شرط به عنوان یک توافق فرعی در قبال موضوع اصلی معامله از حیث حکم لزوم و عدم لزوم زیاد مورد بحث قرار گرفته ولی از حیث تأثیر آن بر وضعیت عقد در دو مرحله تشکیل و بقای عقد، مستقلاً مورد بررسی واقع نشده و نظریات فقهی-حقوقی مربوط به آن متشتت و پراکنده است.

لذا، موضوع اصلی این مقاله بررسی اثر عقد بر اعتبار و بقای عقد است و به این ابعاد توجه می‌شود که اولاً آیا عدم اعتبار شرط بر اعتبار عقد در مرحله تشکیل اثری دارد، ثانیاً اگر شرطی در مرحله تشکیل عقد، معتبر ولی در مرحله بقا، بی‌اعتبار شد مثلاً ممتنع یا غیرمشموع اعلام شد، آیا انتفای شرط بر بقای عقد مؤثر، و موجب انفساخ عقد می‌شود.

فرضیه مقاله این است که در مرحله تشکیل عقد، اگر شرط اجمالاً معلوم باشد طوری که عرفاً معامله غرری محسوب نشود، قاعدتاً اثری بر اعتبار عقد ندارد. در مرحله بقا نیز قاعدتاً انتفای شرط اثری بر وضعیت عقد نخواهد گذاشت و فقط موجب خیار برای مشروط له می‌شود مگر این که شرط مربوط به مقدار مورد معامله باشد که در این فرض موجب انفساخ عقد به نسبت مقدار مفقود می‌شود. بنابراین در این مقاله تأثیر شرط بر وضعیت عقد در دو مرحله تشکیل و بقا، مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱. تأثیر شرط بر اعتبار عقد

در نظریات حقوقی-فقهی در باره تأثیر شرط بر وضعیت عقد اختلافات زیادی است که ناشی از توصیف جایگاه و منزله شرط در عقد است. به عنوان مثال در این باره دیدگاهی چون،

بعض، وصف، تابع مورد معامله بودن و مستقل از مورد معامله بودن در نظریات ابراز شده که هر کدام از این دیدگاه‌ها اثری متفاوت بر وضعیت عقد یا اعتبار و عدم اعتبار آن خواهد گذاشت که جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. بعض موضوع

درباره تأثیر شرط بر وضعیت عقد، یک دیدگاه این است که شرط، قسمتی از مورد معامله است و عقد مشروط مانند معامله‌ای است که دارای مورد متعدد است و در نتیجه شیء مشروط و مورد معامله، هر دو با هم موضوع عقد را تشکیل می‌دهند و بطلان شرط موجب عدم اعتبار عقد می‌شود. این دیدگاه از حیث تاریخی به علامه قابل استناد است که شرط را قسمتی از مثن دانسته که به اعتبار آن ثمن افزایش یا کاهش می‌یابد. (علامه حلی، ۲۹۸/۵؛ ۲۴۶/۱۰) بعضی این دیدگاه را این‌گونه توجیه کرده: عوض چیزی است که معوض در مقابل آن قرار می‌گیرد. وقتی یکی از طرفین راضی نباشد که بدون شرط، مورد معامله به تنهایی به عنوان عوض باشد، پس شرط قسمتی از عوض محسوب می‌شود چون فرقی ندارد که شخصی خودرو و زمین خود را با هم بفروشد و یا این‌که خودرو را بفروشد و در ضمن بیع خودرو شرط کند که زمین نیز به مشتری تعلق گیرد یا به او فروخته شود. همان‌گونه که در فرض اول ثمن در قبال مجموع خودرو و زمین قرار گرفته است، در فرض دوم نیز ثمن باید نسبت به مبیع (خودرو) و مورد شرط (زمین) توزیع شود. (نراقی، ۱۳۵)

بعضی (محقق داماد، ۳۳۰) این دیدگاه را به بعضی از فقها نسبت داده‌اند اما بعضی آن را بر خلاف ظاهر توجیه کرده‌اند که یعنی شرط در افزایش و کاهش عوض یا معوض نقش دارد نه این‌که در قبال مورد شرط نیز عوض قرار داده شود. (حسینی مراغه‌ای، ۲۸۴/۲؛ نایینی، ۲۲۷/۳) و بعضی دیگر آن را تضعیف کرده‌اند که ثمن بر شرط توزیع نمی‌شود (شهید اول، ۲۱۶/۳؛ امام خمینی، ۲۳۸/۵) چون از حیث عرفی و شرعی در قبال شرط عوض قرار نمی‌گیرد؛ از دیدگاه عرف، مدلول معامله عبارت است از وقوع معاوضه بر عوض و معوض و نهایت چیزی که عرف مساعد آن می‌باشد، این است که شرط قید عوض یا معوض قرار گیرد که دخیل در افزایش و کاهش عوض و معوض باشد. از لحاظ شرعی نیز شرع همان معاوضه عرفی را امضاء کرده است. (انصاری، ۳۶/۳) لذا نظریات فقهی در این باره غیرمنسجم و پراکنده توصیف شده است. (همان، ۲۰) به عنوان مثال هر چند بعضی شرط را قسمتی از مورد معامله محسوب کرده‌اند ولی مجهولیت شرط را اگر موجب مجهول شدن مورد معامله نشود، موجب

بطلان معامله ندانسته و معتقدند اگر کالایی به صد دینار فروخته شود و در ضمن عقد شرط شود که در مدت معین مثلاً ظرف یک سال، اگر حادثه معینی واقع شود، ثمن کالا ۵۰ دینار شود، این شرط باطل است ولی اگر شرط شود در صورت وقوع حادثه خاصی، ۵۰ دینار از ثمن هبه شود یا ذمه مشتری از پرداخت آن بری شود، شرط نافذ است و موجب بطلان عقد نمی‌شود. (نراقی، ۱۵۴) در حالی که اگر شرط قسمتی از مورد معامله باشد، باید معلوم باشد و جهل به آن قابل اغماض نیست زیرا برای رفع غرر و اعتبار معامله لازم است مورد معامله از حیث مقدار و جنس و وصف معلوم باشد و آلا معامله غرری و باطل است (همان، ۹۴)

هر چند این دیدگاه در مواردی که موضوع شرط مرتبط با مورد معامله باشد صادق و مطابق با واقع است، مانند شرط مقدار که از شرایط صحت عقد است زیرا به اتفاق صاحب نظران (ر.ک: اراکی، ۲/۲۵۳ به بعد) و نیز ماده ۳۴۲ ق.م. موضوع معامله باید از حیث مقدار معلوم باشد و اگر مقداری از مورد معامله منتقل نشود مطابق ماده ۳۸۴ ق.م. معامله نسبت به آن باطل و به همان نسبت، ثمن از مشتری به بایع منتقل نمی‌شود. لذا در این نظریه به بعضی از مصادیق شرط توجه شده به عنوان مثال، معامله دو کالا است ممکن است به دو صورت منعقد شود؛ نخست این که هر دو با هم به ثمن واحد واگذار شود. مثلاً بایع ایجاب کند: «زمین و خودرو را به صد میلیون فروختم» و مشتری آن را قبول کند. دوم این که یکی از آن دو را مورد معامله و دیگری را مورد شرط قرار دهد مثلاً بایع ایجاب به مشتری کند: «زمین را به صد میلیون فروختم به شرط آن که خودرو را هم خریداری نمایی». مسلماً این دو ایجاب از حیث تحلیل حقوقی متفاوت است زیرا ایجاب اول، متضمن فروش دو کالا به یک ثمن است و در صورت تلف یکی از دو کالا یا عدم قابلیت معاملی یا مجهولیت آن، معامله به استناد نظریه انحلال عقد واحد به عقود متعدد، مطابق ماد ۴۴۱ ق.م. به دو عقد، صحیح نسبت به کالای قابل معامله و باطل نسبت به کالای غیرقابل معامله تجزیه می‌شود و به تبع ثمن نیز به دو قسمت از حیث حق مالکیت تجزیه می‌شود، یعنی آن مقدار از ثمن که در مقابل کالای قابل معامله است، به بایع و آن مقدار از ثمن که در قبال کالای غیرقابل معامله است، به مشتری متعلق است که برای محاسبه آن باید به تحلیل اقتصادی عقد و اقتضای معاوضی آن توجه شود. اما ایجاب دوم اگر متضمن شرط فعل فروش کالای دیگر همراه با مورد معامله باشد، مسلماً در قبال این شرط جزئی از ثمن قرار نمی‌گیرد و چنین معامله‌ای فروش مورد معامله و تعهد به فروش کالای دیگر محسوب می‌شود. در نتیجه، در این معامله بایع کالای مورد معامله را فروخته و در ضمن

آن تعهد کرده که کالای دیگری را به مشتری یا ثالث معین بفروشد که انتقال مال مشروط نیازمند به انشای معامله دیگری است که تمام شروط اعتبار معامله برای معامله مشروط لازم است و باید دید مشروط‌علیه در مقام انعقاد معامله مشروط یا اجرای تعهد شرطی، حق مطالبه عوض دارد؟

برای تحلیل موضوع، باید به نوع معامله مشروط در ضمن عقر توجه شود. اگر شرط انعقاد معامله معوض شود مانند این که کالا را بفروشد یا اجاره دهد، در این فرض انشای بیع یا اجاره توسط مشروط‌علیه باید به عوض باشد چون بیع بلائمن و اجاره بلا مال الاجاره معقول نیست. (کاتوزیان، ۱/۳۷) پس در شرط فعل انعقاد عقد معوض، شرط قسمتی از ثمن یا مثن مورد معامله اصلی نیست و صرف تعهد به انعقاد معامله است که بطلان آن اثری بر وضعیت یا اعتبار عقد نخواهد داشت.

اگر شرط فعل، انعقاد عقد مجانی باشد مانند آن که مشتری ایجاب کند زمین را به صد میلیون خریدم به شرط آن که خودرو هم به او هبه شود، در این فرض نیز قسمتی از ثمن در مقابل مال مورد معامله مجانی قرار نمی‌گیرد و عدم اعتبار شرط اثری بر وضعیت عقد ندارد. این مورد مانند فرضی است که در عرف اظهار می‌شود چند قلم کالا خرید کنید و فلان مبلغ جایزه دریافت نمایید.

فرض سوم این است که مشتری ضمن ایجاب خرید کالایی، شرط کند که با بیع کالای معین دیگری را به او منتقل کند و شرط ظاهر در عقد خاصی از حیث معوض و مجانی نباشد، در این فرض نیز در باره نوع عقد مقصود در شرط وجوهی است. نخست این که مشروط‌علیه باید به عقد مجانی شرط را انجام دهد چون او در ضمن عقد ملتزم به انتقال کالا شده و در مقام اجرا نمی‌تواند قرارداد معوض انشاء کند زیرا انشای عقد، انجام تعهد قراردادی است و اصولاً متعهد در مقام اجرای تعهد حق مطالبه عوض ندارد چون عوض در مقام ثبوت تعهد نه اجرای آن قرار می‌گیرد این استدلال بر مبنای مشهور همخوانی دارد که معتقدند در مقابل شرط، عوض قرار نمی‌گیرد. (ر.ک: شیخ انصاری، ۳/۳۶) بر مبنای کسانی که ثمن را در مقابل انجام شرط نیز محسوب می‌کنند مشروط‌علیه عوض کالای مورد شرط را در معامله اول یا اصلی محاسبه کرده و حق ندارد در مقام اجرای شرط نیز خواهان پرداخت عوض توسط مشروط‌له شود.

وجه دوم این است که آنچه شرط شده، تعهد انتقال مال معین از مشروط‌علیه به مشروط‌له

است که باید انجام شود اما نحوه اجرای مجانی یا معوض آن باید به اقتضای اصول از حیث غلبه، انعقاد عقد معوض باشد. افزون بر این، از حیث روابط مشروطه و مشروط علیه، اصل اولیه استقلال آنان از همدیگر و حرمت مال مشروط علیه بر مشروط له است که خلاف آن ثابت نشده و آنچه ثابت شده لزوم معامله مال مشروط بر مشروط علیه است نه واگذاری مجانی آن، و در نتیجه مشروط علیه می تواند شرط را در قالب عقد معوض منعقد کند. این وجه با قواعد حقوقی مطابق تر است ولی شرط ضمن عقد، با هر کدام از این وجوه تحلیل شود، ثمنی در قبال آن قرار نمی گیرد و در نتیجه فقدان شرایط اعتبار شرط، اثری بر اعتبار عقد اصلی نخواهد داشت.

اگر شرط انتقال شرط نتیجه باشد که به صرف انعقاد عقد اصلی، مال منتقل شود. مانند آن که خریدار ایجاب کند «زمین را به صد میلیون خریدم به شرط آن که خودرو نیز در ملکیت و دارایی من قرار گیرد» و بایع قبول کند. ولی بعد معلوم شود که مثلاً خودرو در زمان شرط تلف شده ولی طرفین از آن خبر نداشتند یا از جمله خودروهایی بوده که قانوناً واگذاری آن ممنوع است. در این موارد مسلماً نتیجه مقصود از شرط محقق نمی شود ولی عدم اعتبار شرط، اثری بر اعتبار عقد ندارد و مشروط له نمی تواند قسمتی از ثمن را به استناد بطلان شرط در قبال مال مشروط استرداد کند، چون با توجه به تفاوت ماهیتی عقد و شرط در حقوق اسلام در صورتی که در قبال شرط عوض مستقلی درج نشود، ثمن و عوض قراردادی در قبال مال مورد معامله است و درج شرط عاملی برای تشویق مشتری به معامله است و نمی توان در قبال شرط، قسمتی از عوض را توزیع کرد.

هم چنین اگر شرط ضمن عقد، انجام یا ترک فعل مادی باشد، احتساب قسمتی از ثمن در قبال آن مطابق با اصول حقوقی نیست زیرا عقد و شرط دو ماهیت متفاوت می باشند و دلیلی وجود ندارد که شرط قسمتی از ثمن یا ثمن معامله باشد. علاوه بر این، اگر شرط باطل و علت بطلان آن، حرمت فعل مشروط باشد که چنین فعلی چون منفعت مشروع ندارد محترم نیست و در قبال آن ثمن قرارداده نمی شود و اگر بی فایده و فاقد منفعت عقلائی باشد و یا غیرمقدور باشد، باز هم عوضی در قبال آن نمی تواند قرار گیرد زیرا عوض در قبال منافع حاصل از انجام فعلی قرار می گیرد (صدر، ۲۸۸/۴) در حالی که در شرط فاقد منفعت عقلائی، منفعتی قابل تصور نیست و در شرط غیرمقدور نیز منفعتی قابل حصول نیست. در نتیجه، معقول نیست که در قبال شرط باطل قسمتی از ثمن قرار داده شود تا عدم اعتبار آن بر وضعیت عقد

اثر داشته باشد.

به هر حال از عبارات طرفداران این دیدگاه استنباط می‌شود که چون مشروطه به لحاظ درج شرط در ضمن عقد راضی به پرداخت ثمن شده، قسمتی از ثمن را باید در قبال مورد شرط محسوب نمود. ولی این دیدگاه نوعی تحلیل اقتصادی شرط است که بر مبنای آن در برآورد ثمن و عوض قراردادی هزینه انجام شرط یا منافع حاصله از درج شرط نیز منظور می‌شود اما از حیث تحلیل حقوقی به این معنا نیست که در قبال شرط، قسمتی از ثمن قرار داده می‌شود همان‌گونه که وصف عالی موجب افزایش ثمن کالا و عیب موجب کاهش آن می‌شود ولی به آن معنا نیست که قسمتی از ثمن در قبال کالا و قسمتی از آن در قبال وصف قرار گرفته طوری که در فروش کالای متعدد، هر کالا در قصد طرفین و عرف، قسمتی از ثمن را به خود اختصاص می‌دهد.

بفرض این که در قبال شرط قسمتی از ثمن توزیع شود، همان‌گونه که به بعضی نسبت داده‌اند (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۳۰) دو اثر بر این دیدگاه مترتب است: نخست هر گونه عامل بی‌اعتباری شرط، بر اعتبار عقد اثر می‌گذارد مثلاً مورد شرط باید مانند مورد معامله به طور تفصیل معلوم و معین باشد، زیرا همان‌گونه که اگر دو کالا ی مورد معامله باید معلوم باشند، اگر یکی مورد معامله و دیگری مورد شرط قرار گیرد، باید هر دو معلوم باشد.

دوم این که اگر شرط در ضمن عقد باطل باشد، نظریه انحلال عقد واحد به عقود متعدد حاکم می‌شود و معامله نسبت به موضوع معامله صحیح، و نسبت به مورد شرط باطل است و مشروط‌علیه باید مقداری از ثمن را به نسبت ارزش اقتصادی مورد شرط به مشروط‌له بازگرداند. افزون بر این، باید ملتزم شد که شرط از حیث حکمی تابع عقد نیست و اگر عقد باطل شود، شرط به عنوان یک معامله مستقل به استناد قابلیت معاملی قسمتی از مورد معامله باقی می‌ماند و به بطلان عقد، شرط باطل نمی‌شود، همان‌گونه که در فروش زمین و خودرو با هم، اگر زمین موقوفه باشد، بیع آن باطل است ولی بیع خودرو با توجه به قابلیت معاملی آن به استناد قاعده انحلال نافذ است در حالی که تمام صاحب نظران بطلان عقد را موجب بطلان شرط می‌دانند (طباطبایی، ۲۵۴/۸) علاوه بر این، بر فرض بطلان شرط و صحت عقد، خیار مشروط‌له خیار تبعض صفت است نه خیار تخلف شرط در حالی که مشهور آن را خیار تخلف شرط می‌دانند (انصاری، ۳۶/۳)

هم‌چنین لازم است قسمتی از ثمن استرداد شود و لو مشروط‌له قرارداد را فسخ ننماید. این

دیدگاه با نظریه کسانی (امامی، ۲۸۶/۱) که شرط نتیجه را درج عقدی در ضمن عقد دیگر توصیف کرده نیز مطابق است زیرا اگر شرط به عقدی تعبیر شود که در ضمن عقد دیگر قرار گرفته، باید تمام شرایط صحت آن معامله را داشته باشد اعم از این که به طور مستقل و یا در ضمن عقد دیگری منعقد شود.

به هر حال از قواعد حاکم بر قرارداد و شرط نمی‌توان استنباط کرد که به طور کلی در قبال شرط عوضی قرارداد می‌شود هر چند که وجود شرط انگیزه‌ای برای مشروطه است که مورد معامله را به قیمت و عوض بیشتری معامله کند مگر این که شرط ناظر بر مقدار مورد معامله باشد که در این فرض اثر بی‌اعتباری شرط موجب غیرمعتبر شدن حداقل قسمتی از معامله اصلی می‌شود و زمینه اجرای نظریه انحلال عقد واحد به عقود متعدد را فراهم و در نتیجه قسمتی از ثمن معامله باید به مشتری مسترد شود.

۱-۲. صفت مورد معامله

دیدگاه دیگری که بر مبنای آن ممکن است عدم اعتبار شرط بر اعتبار عقد اثر گذارد، نظریه شرط به منزله صفت مورد معامله است. این دیدگاه بر این مبتنی است که چون شرط با توافق طرفین به عقد مرتبط شده به منزله وصف مورد معامله است که جهل به آن موجب بطلان عقد می‌شود، همان‌گونه که جهل وصف مورد معامله موجب غرری شدن معامله و بطلان آن می‌شود. (حسینی مراغه‌ای، ۲۸۸/۲) در تعبیر دیگری به ضمیمه مورد معامله اطلاق شده که مانند اوصاف جهل به آن موجب جهل به مورد معامله می‌شود. (نایینی، ۲۲۷/۳)

این دیدگاه بر دو نکته اساسی مبتنی است: نخست این که شرط مورد توافق طرفین قرار گرفته و نمی‌توان عمل کرد آن را در عقد نادیده گرفت. دوم این که جایگاه شرط در قصد طرفین، فرعی است زیرا به اتفاق و اجماع باید جنس، صفت و مقدار مورد معامله معلوم باشد. ولی در نزد شارع و عقلا تمام این موارد دارای اهمیت یکسان نیست؛ جنس و مقدار نقش اساسی در صحت عقد ایفاء می‌کند و صفت نقش فرعی و تبعی دارد. لذا شرط در حکم وصف مورد معامله است که سه اثر بر آن مترتب است؛ نخست این که برای صحت شرط، علم به مشروط یا مورد شرط لازم است و شرط مجهول باطل و موجب بطلان عقد می‌شود.

دوم این که در مقابل شرط، مانند وصف مورد معامله عوض قرار داده نمی‌شود. سوم این که در صورت عدم تحقق شرط، مانند عدم تطابق وصفی عین موصوف با عین موجود خارجی، معامله باطل نمی‌شود، بلکه مشروطه حق فسخ عقد را خواهد داشت.

این دیدگاه کاملاً با قصد طرفین و عرف مطابق است اگر مورد شرط، در باره صفت مورد معامله باشد، زیرا همان‌گونه که در نظریات فقهی (خویی، ۳۶۰/۷-۳۵۹) و ماده ۲۳۴ ق.م.مقرر است، شرط از حیث مورد، به سه نوع صفت، فعل و نتیجه تقسیم می‌شود. اگر مشروط، وجود صفت خاصی در مورد معامله باشد، اما مورد معامله فاقد آن وصف باشد، این شرط به تخلف وصف بر می‌گردد.

با این وجود، قابل بررسی است که با توجه به این‌که از طرفی شرط باید دارای فایده باشد (کاشف الغطاء، ۳۷۶/۱) و از طرف دیگر، به اتفاق صاحب نظران (مقدس اردبیلی، ۱۷۴/۸) و طبق ماده ۳۴۲ ق.م. وصف مورد معامله باید معلوم باشد، آیا شرط صفت نسبت به مورد معامله شرطی زاید نیست که درج آن در عقد فاقد منفعت عقلایی باشد؟

برای تحلیل موضوع لازم است از یک طرف، به نوع مورد معامله توجه شود زیرا همان‌گونه که در عرف رایج و در ماده ۳۵۰ ق.م. نیز مقرر است، مورد معامله ممکن است کلی در ذمه و یا عین خارجی حاضر در مجلس عقد یا غایب از آن باشد. از طرف دیگر باید به نوع صفت مشروط توجه شود زیرا هر چند در باره اوصافی که برای صحت معامله باید معلوم باشد، اختلاف است، طوری که بعضی معلومیت تمام اوصاف مورد معامله را غیرممکن دانسته (کاتوزیان، ۱۸۰/۲) و لذا آن را به دو نوع اساسی و غیر اساسی تقسیم کرده و علم به صفت اساسی را شرط صحت عقد محسوب کرده‌اند. (همان) بعضی دیگر صفت را به معنای عرض منطقی که از جنس مورد معامله جدا و عارض بر آن است توصیف، و آن را به دونوع ذاتی و غیرذاتی و صفت غیر ذاتی را به مهم و غیرمهم تقسیم و برای صحت معامله علم به اوصاف غیرذاتی مهم را لازم دانسته‌اند زیرا اوصاف ذاتی مقوم ماهیت مورد معامله است (شهیدی، ۳۱۸). به هر حال، مطابق با اصول حقوقی و خصوصاً ماده ۲۲۴ ق.م. این است که صفت با توجه به معنای عرفی آن تعریف شود تا با سایر عناوین مشتبه نشود. در عرف وصف به کیفیتی در مورد معامله اطلاق می‌شود که بر انگیزه معامله کننده اثر گذارد. این تأثیر، گاهی نوعی است به طوری که هر شخص متعارفی از وجود و یا عدم وجود آن در مورد معامله متأثر می‌شود، مانند میزان مصرف سوخت خودرو که هر شخص رشیدی متمایل به خرید خودرو کم مصرف است و برعکس مصرف زیاد سوخت خودرو بر انگیزه شخص به معامله در بازار رقابت اثر منفی می‌گذارد. یا مانند کیفیت خوش بو و بی‌بو بودن برنج که هر شخصی به خرید برنج خوش‌بو انگیزه دارد. این نوع کیفیت یا صفت را به اوصاف عقلایی تعبیر می‌کنیم. دوم کیفیت سلیقه‌ای

است که از شخصی به شخص دیگر متفاوت است و سیره عقلایی واحد بر آن وجود ندارد، مانند رنگ یا مد لباس، رنگ لوازم خانگی، که به اوصاف سلیقه‌ای تعبیر می‌کنیم. لذا اگر مورد معامله، مال کلی در ذمه یا عین خارجی غایب از مجلس عقد بدون رؤیت سابقه باشد، در این فرض معلوم بودن تمام اوصاف عقلایی، شرط صحت عقد است و جهل به آن موجب عدم اعتبار عقد می‌شود. ولی اگر شرط صفت مشروط از اوصاف سلیقه‌ای باشد، این شرط از شرط معلومیت صفت مورد معامله مستقل است و جهل به آن خللی در اعتبار معامله ایجاد نمی‌کند و فقط فقدان آن در عین خارجی موجب خیار تخلف شرط صفت و در عین کلی موجب حق تعویض می‌شود.

اگر مورد معامله عین خارجی حاضر در مجلس معامله باشد، در این که آیا علم به صفات عقلایی آن شرط صحت عقد است ظاهر مواد قانونی با هم در تعارض است زیرا مطابق ماده ۳۴۲ ق.م معلومیت وصف مورد معامله، شرط صحت عقد است و هم‌چنین از ماده ۳۴۷ استفاده می‌شود معلومیت صفات عقلایی عین خارجی حاضر در مجلس شرط صحت معامله است. از طرف دیگر، در ماده ۳۵۱ ق.م مقرر شده اگر مبیع کلی در ذمه باشد باید وصف آن بیان شود. از مفهوم مخالف این ماده استفاده می‌شود که در عین خارجی حاضر در مجلس معامله، بیان وصف لازم نیست. هم‌چنین در ضمانت اجرای تخلف وصف، ضمانت اجرای عین غایب از مجلس عقد مقرر شده که به دلیل عدم تطابق وصفی موصوف با موجود خارجی، خیار تخلف وصف محقق می‌شود و در کلی در ذمه هم اگر فرد تسلیم شده از حیث اوصاف مطابق با کلی موصوف نباشد، در ماده ۴۱۴ ق.م حق تعویض مقرر شده. ولی در مقررات قانونی که مشاهده یکی از طرق معلومیت کالا ذکر شده، اشاره‌ای به لزوم علم به اوصاف نشده و در مورد تخلف از واقع مانند آن که مال در زمان عقد واجد وصفی باشد، بعد از آن زایل شود و یا شخص مشاهده کننده در دیدن وصف اشتباه کند، در این موارد ضمانت اجرایی پیش‌بینی نشده و حتی حقوق‌دانان اشتباه مشاهده‌ای در وصف را موجب تحقق خیار برای اشتباه کننده ندانسته‌اند. (مهدی شهیدی، ۱۷۹) لذا به نظر می‌رسد در عین خارجی حاضر در مجلس عقد، صرف مشاهده کافی است و نیازی به بیان اوصاف نیست، چون مشاهده یا توصیف از عوامل معلومیت مورد معامله محسوب شده است. (مقدس اردبیلی، ۱۸۲/۸). و اگر مشتری خواهان وجود وصفی باشد، می‌تواند آن را به عنوان شرط صفت در عقد درج کند تا اگر مورد معامله، فاقد آن باشد یا بعد از عقد در زمان ضمان معاوضی فاقد آن شود، مشروطه

حق فسخ عقد را داشته باشد ولی این شرط بر اعتبار عقد اثر ندارد.

به هر حال، اگر شرط ضمن عقد در باره صفت مورد معامله باشد، باید به نوع صفت توجه شود، اگر مربوط به اوصاف عقلایی، و مورد معامله نیز کلی در ذمه یا عین خارجی غایب از مجلس عقد بدون رؤیت سابقه باشد، این دیدگاه بر آن صادق است و عدم اعتبار شرط یا جهل به آن موجب عدم اعتبار عقد می‌شود. اما اگر شرط صفت مربوط به اوصاف سلیقه‌ای باشد، بر اعتبار عقد اثری ندارد و فقط در صورت فقدان آن مشروط له حق خیار تخلف شرط صفت را در عین خارجی و او حق تعویض مورد معامله را در کلی در ذمه خواهد داشت.

اگر شرط مرتبط با مقدار مورد معامله باشد، که تعبیر به وصف کمی نیز شده (امامی، ۲۸۳/۱) این دیدگاه صادق نیست چون مقدار غالباً، نقش اساسی در معامله داشته و در قبال هر جزئی از آن، جزئی از ثمن قرار می‌گیرد و فقدان هر قسمتی از آن موجب بطلان عقد به همان نسبت می‌شود و ثمن به همان نسبت به بایع منتقل نمی‌شود که بعضی از آن به شرط دو حیثی تعبیر کرده‌اند، (بجنوردی، ۳۱۳/۳) یعنی از حیث مقدار، جزء مورد معامله است و از حیث کل مقدار، وصف کمی مورد معامله است و در نتیجه، مشتری هم دارای حق کاهش میزان ثمن به استناد فقدان قسمتی از مبیع و هم می‌تواند خیار تخلف شرط صفت مقدار نسبت به عقد داشته باشد. لذا از منظر این دیدگاه خیار تبعض صفت که در ماده ۴۴۱ ق.م.مقر شده است، خیار مستقلی نیست بلکه خیار تخلف شرط مقدار مورد معامله است.

هم‌چنین اگر شرط در ضمن عقد، شرط فعل یا شرط نتیجه باشد، نمی‌توان آن را در حکم اوصاف مورد معامله محسوب کرد بلکه فعل مشروط یا نتیجه مشروط خود عنوان مستقلی است که مورد توافق واقع شده زیرا همان‌گونه که طبق ماده ۱۹۰ هر عقدی باید دارای موضوع معلوم و معین باشد، هر شرطی نیز باید دارای مورد یا موضوع باشد؛ اگر موضوع یا مورد شرط، فعل یا نتیجه باشد، کاملاً از موضوع معامله مستقل است. پس این دیدگاه نسبت به شرط مقدار مورد معامله و شرط فعل و نتیجه صادق نیست، چون انجام فعل مشروط یا تحقق اثری از آثار عقد خاص، عرفاً وصف مورد معامله محسوب نمی‌شود و غالباً با آن ارتباطی ندارد. به عبارت دیگر، فلسفه درج شرط فعل در ضمن عقد لازم، تسری حکم لزوم عقد به شرط است که با عقد مرتبط می‌شود نه با مورد معامله که تعبیر به صفت آن شود.

۱-۳. توابع مورد معامله

دیدگاه دیگر این است که شرط اثری بر اعتبار عقد ندارد زیرا شرط از توابع مورد معامله

است که علم به آن لازم نیست و اگر شرط مجهول باشد خللی به اعتبار معامله وارد نمی‌کند. این نظر به شهید اول نسبت داده شده که در بیع حیوان، شرط ضمیمه حمل به آن را نافذ دانسته و اگر فاقد حمل باشد، موجب تحقق خیار فسخ است. بعد بالاتر رفته و معتقد شده اگر حمل قسمتی از مورد معامله قراردادده شود اقوی صحت بیع است چون آن به معنای اشتراط است و جهالت آن مضر نیست زیرا آن تابع است (شهید اول، ۲۱۶/۳) چون شرط التزام تبعی است که در عقد به عنوان اصل مقصود نبوده و به منزله توابع مبیع می‌باشد که جهل به آن موجب جهل به مورد معامله نمی‌شود. (نایینی، ۲۲۶/۳)

نتیجه منطقی این دیدگاه آن است که اولاً علم به شرط برای صحت عقد لازم نیست همان‌گونه که مطابق نظریات فقهی (حسینی مراغه‌ای، ۲۴۴/۲) و ماده ۳۶۵ ق.م. توابع مورد معامله تابع عرف محل وقوع مال است گرچه طرفین بر آن جاهل باشند. لذا عدم اعتبار آن، اثری بر وضعیت عقد نخواهد گذاشت. ثانیاً هر چند که وجود تابع در قیمت مورد معامله مؤثر است ولی در قبال آن عوضی قرار نمی‌گیرد و اگر شرط محقق نشود، مشروطه نمی‌تواند از پرداخت جزئی از عوض امتناع کند.

این دیدگاه در نظریات فقهی محل اشکال قرار گرفته (امام خمینی، ۱۹۹/۵) زیرا اگر حمل قسمتی از مبیع، و بیع صحیح باشد، به اقتضای جزئیت باید قسمتی از ثمن در قبال آن محسوب شود در حالی که ثمن بر شرط توزیع نمی‌شود (شهید اول، ۲۱۶/۳) علاوه بر این، صرف تابع بودن از کبرایات نیست که جهل به آن مضر به معامله نباشد، چون دلیل نقلی یا عقلی بر آن وجود ندارد و اغماض از جهل در بعضی از توابع مورد معامله به دلیل خاص است و صرف تابع بودن یا ضمیمه یکی از عوضین بودن، دلیل بر عدم اخلاص جهل به معامله نیست. افزون بر این، شرط از توابع مورد معامله نیست چون تصریح کرده‌اند که در مقدار ثمن مؤثر است و نمی‌توان ادعا کرد که در عقد مقصود اصلی نیست و در معاوضه به آن توجه نمی‌شود (نایینی، ۲۲۷/۳-۲۲۶)

افزون بر این، در تمام موارد شرط، مشروط از توابع مبیع نیست بلکه ممکن است شرط مرتبط به نحوه تسلیم مبیع، وجود وصفی در آن یا خارج از موضوع مورد معامله باشد بله در مثال مزبور حمل از توابع است ولی در تمام موارد عقد مشروط نمی‌توان شرط را از توابع مبیع محسوب کرد.

۱. «لو جعل الحمل جزء من المبیع فالاقوی الصحة لانه بمعنی الاشتراط و لا تضر الجهالة لانه تابع.»

به هر حال، هر چند فرع مورد بحث شهید از توابع مبیع است ولی نمی‌توان تمام توافقات شرطی در ضمن عقد را از توابع مورد معامله شمرد، چون ظاهر این است که از حیث موضوعی، عرف مساعد با این وجه نیست زیرا توابع مورد معامله، به چیزهای اطلاق می‌شود که عرفاً به مورد معامله وابسته است در حالی که مورد شرط غالباً ارتباطی با مورد معامله ندارد و با توافق یا شرط به عقد مرتبط می‌شود. علاوه بر این، از حیث حکمی نیز فقدان توابع موجب تحقق خیار برای کسی که به ضرر او است نمی‌شود. (حسینی مراغه‌ای، ۲/۲۴۴) مثلاً امروزه در منازل مسکونی شهری خط تلفن از توابع مسلم منزل است ولی اگر کسی اقدام به خرید منزلی کرد که فاقد خط تلفن است، نمی‌توان برای او معتقد به خیار فسخ شد در حالی که در فقدان شرط، برای مشروطه بر فرض صحت عقد، خیار فسخ قائل می‌باشند. به هر حال اگر مورد شرط از توابع مورد معامله محسوب شود. اثری بر اعتبار عقد ندارد و حتی به دیدگاهی فقدان شرط موجب خیار برای مشروط له نمی‌گردد.

۱-۴. وصف عقد

در باره اثر شرط دیدگاه دیگری طرح شده مبنی بر این که شرط ارتباطی با مورد معامله ندارد تا بر وضعیت آن اثر گذارد، زیرا اگر شرط قسمتی از مورد معامله باشد، در صورت بطلان، عوض باید تجزیه شود و به نسبت ارزش اقتصادی یا هزینه اجرای فعل مشروط از ثمن کاسته شود. قید منشأ یا موضوع عقد نیست چون اگر شرط باطل شود، عقد نیز باید باطل شود بلکه با قابلیت و عدم قابلیت فسخ ارتباط دارد (شهیدی، ۲۵)

در این دیدگاه اثر شرط بر اعتبار عقد مورد انکار قرار گرفته و بیشتر بر پیامدهای حقوقی شرط که بر ثبات یا تزلزل عقد اثر دارد توجه شده، به این بیان که اگر به شرط عمل شود یا آن محقق شود، عقد غیرقابل فسخ و از ثبات حقوقی برخوردار می‌شود ولی اگر به عللی شرط محقق نشود، عقد قابل فسخ و مزول می‌گردد.

به هر حال این دیدگاه تحت تأثیر ماده ۳۴۰ ق.م.ا است که عقد از حیث وجود و عدم شرط به دو نوع مشروط و مطلق تقسیم شده؛ عقد مشروط، عقدی است که یکی از شروط سه‌گانه در ضمن آن درج شود. عقد مطلق، عقدی است که هیچ‌کدام از شروط سه‌گانه در ضمن آن درج نشده باشد. ولی باید توجه نمود که ممکن است شرط بر اعتبار عقد اثر داشته باشد و نمی‌توان ارتباط آن را بطور کلی نفی کرد به عنوان مثال در ماده ۴۹۷ ق.م.ا شرط قید موضوع محسوب و مقرر شده اگر در عقد اجاره شرط مباشرت مستأجر درانتفاع شود، اجاره با مرگ

مستأجر منفسخ می‌شود، چون مباشرت، قید موضوع عقد اجاره و منافع است (ر.ک: طباطبایی، ۱۹۶/۹). لذا این مورد یکی از مواردی است که فقدان شرط موجب سلب اعتبار از عقد شده است.

بنابراین، این نکته که شرط قید موضوع یا جزئی از آن نیست، غالباً مطابق با ماهیت عرفی شرط و اصول حقوقی است اما در بعضی از موارد ممکن است شرط با مورد عقد مرتبط باشد مانند شرط صفت یا مرتبط با نحوه اجرای قرارداد که با مورد عقد یا آثار عقد مرتبط می‌شود. علاوه بر این، قابلیت فسخ عقد، ضمانت اجرای حقوقی فقدان شرط است اگر مرتبط با فعل مشروطه نباشد و الاً خیار محقق نمی‌شود.

۱-۵. ماهیت مستقل

دیدگاه دیگر در باره شرط این است که شرط توافقی مستقل از مورد معامله است که در ضمن عقد لازمی درج می‌شود. به عنوان مثال بعضی شرط را به نوعی از ملزومات تعبیر کرده‌اند که اساساً مستقل است هر چند برای الزام آن باید در ضمن عقد لازمی درج شود. (نجفی، ۱۸۹/۲۳) یا در تعبیر دیگری، شرط به عنوان الزام مشروط‌علیه یا التزام به امری به نفع مشروط‌له در ضمن عقد توصیف شده است. (بجنوردی، ۲۵۳/۳) در این تعبیّرات، شرط مستقل از مورد معامله تعریف و به فلسفه تعدد آن هم اشاره شده که عبارت از تسری حکم لزوم عقد به شرط است چون در حقوق اسلام دلیل لزوم عقد مبتنی بر امر شارع و نه قصد طرفین است. به بیان دیگر، در حقوق عرفی قصد طرفین به التزام و الزم مبنای لزوم عقد است و به همین جهت در شرایط تعهدات، قصد الزام طرفین نیز بیان می‌شود، در حالی که در حقوق اسلامی قصد طرفین به لزوم و یا جواز عقد لازم نیست و فقط امر شارع است که عقد را نسبت به طرفین آن لازم می‌نماید. در نتیجه اگر توافقی عرفاً عقد محسوب نشود، وعده یا شرط است که بر وعده هیچ اثر حقوقی مترتب نیست ولی بر شرط اثر حقوقی مترتب است اما فی نفسه لازم نیست زیرا دلیلی از شرع وارد نشده که وفای به آن را لازم اعلام کند. به همین دلیل برای لازم شدن آن، درج در ضمن عقد لازم رایج شده تا ادله لزوم به وفای عقد، شرط را هم شامل شود. این دیدگاه با قواعد حقوقی مطابق‌تر است چون شرط از لحاظ عرفی به توافقات جداگانه‌ای اطلاق می‌شود که غیرمرتبط با شرایط صحت و آثار ذاتی عقد باشد، زیرا شرایط صحت برای اعتبار عقد لازم است و آثار عقد نیز به محض اعتبار عقد محقق می‌شود و نیازی به توافق ندارد. لذا در کتب فقهی عنوان شروط مستقل و جدای از شرایط متعاقبین یا مورد

معامله بررسی می‌شود. با این وجود، ممکن است توافقات شرطی مرتبط با تعدیل آثار اطلاق عقد باشد، مثلاً بر خلاف اقتضای اطلاق عقد که تسلیم بدون تأخیر است، شرط شود که مبیع در زمان معینی در آینده تسلیم شود. بنابراین، شرط عبارت‌است از توافق مستقلی بر انجام یا ترک فعلی یا اثر عقدی از عقود بدون انشای آن یا وجود صفتی در مورد معامله می‌باشد که طرفین آن را در ضمن عقد لازمی درج کرده تا ادله لزوم عقد، آن را شامل شود.

به هر حال با توجه به این‌که شرط توافقی مستقل است، باید دید آیا بر اعتبار و صحت عقد اثر می‌گذارد؟ بعضی معتقدند شرط فعل باید مقدار هزینه انجام آن معلوم باشد زیرا هزینه انجام شرط اگر شناور بین پنجاه تا پنج واحد پولی باشد، معامله غرری و باطل می‌شود چون برای مشروط‌علیه مجهول می‌شود که عوضی که به او رسیده در قبال مالی که از او منتقل شده چه نسبتی دارد. ولو در قبال شرط عوضی در عقد تعیین نشود، چون شرط دخیل در ارزش اقتصادی ثمن یا مثن است به طوری که اگر شرط نباشد، مشروط‌له حاضر به معامله به مقدار ثمن و مثن قراردادی نمی‌شود. (خویی، ۳۴۹/۷) بعضی دیگر معتقدند اقوی اعتبار علم است زیرا عموم نفی غرر شامل شرط مجهول می‌شود مگر این‌که شرط از توابع مورد معامله باشد مانند تخم مرغ در بیع مرغ که غیرمقصود است. (انصاری، ۲۰/۳) هم‌چنین اگر در ضمن اجاره شرط شود که اجیر مصالح بنایی را خود تهیه کند، صحت شرط بعید تلقی نشده اگر هزینه انجام شرط ولو به تخمین معلوم باشد تا رفع غرر و جهالت شود. (طباطبایی یزدی، ۱۶۰)

این دیدگاه علی‌رغم این‌که شرط را مستقل از مورد معامله توصیف کرده، به ارزش اقتصادی آن توجه نموده که اگر از حیث اقتصادی میزان منافع مشروط‌علیه در زمان عقد مشخص یا قابل تخمین نباشد، عقد غرری و باطل است چون در عقود معوض غالباً رابطه طرفین بر تغبان و تجارت است که اقتضای کسب سود بیشتر دارد. به همین دلیل بعضی شرط مجهول را در معاملات تسامحی موجب غرر ندانسته ولی در معاملات تغبانی معتقدند ولو جهل به شرط به عوضین سرایت نکند، عقد باطل است. (حسینی مراغه‌ای، ۲۸۹/۲؛ بجنوردی، ۲۷۹/۳) ولی در نهایت به این نظر مطمئن شده که انصافاً شرط صحت معامله، علم به عوضین و مقدار و اوصاف آن است و هر جهلی مضر است ولو از ناحیه شرط باشد. (همان، ۲۸۱)

به هر حال به استناد این دیدگاه که می‌توان به مشهور نسبت داد علم به شرط لازم است آنچه مورد اختلاف است اثر جهل است که آیا شرط مجهول در حد خودش باطل، یا موجب بطلان عقد نیز می‌شود که در نظریه اخیر ابتدا صرف بطلان شرط مطرح و بعد حکم به غرری

شدن معامله و بطلان آن شده است.

دیدگاه دیگری شرط مجهول اجمالی را فاقد اثر بر اعتبار عقد، می‌داند که طرفداران آن دو گروه می‌باشد؛ نخست کسانی که بین نوع شرط تفصیل داده و معتقدند: اگر شرط مجهول مرتبط با هدف عقد باشد، مانند شرط مجهول زمان تسلیم مبیع، این شرط موجب بطلان عقد می‌شود ولی اگر شرط مرتبط با هدف عقد نباشد، مانند بیع منزل مسکونی به قیمت معین به تاجری که در ضمن آن شرط شود درآمد یک سال آینده مشتری متعلق به بایع باشد، این شرط اگر چه مجهول است ولی به اعتبار عقد خللی وارد نمی‌کند (امامی، ۱/ ۲۸۱) این نظریه به صرف معلومیت عوض و معوض از حیث ادبیات حقوقی و نه از حیث مالیت و ارزش اقتصادی آن توجه دارد، لذا اگر شرط مجهول جهلش به جنس یا مقدار عین عوضین سرایت نکند، خللی بر اعتبار عقد ندارد چون در ماده ۲۳۳ ق.م.شرطی مبطل اعلام شده که جهلش به عوضین سرایت کند.

گروه دوم مطلق شرط مجهول که جهلش به عوضین سرایت نکند را معتبر دانسته و معتقدند: اصل عدم لزوم معلومیت شرط است زیرا در ماده ۱۹۰ ق.م. که در مقام بیان شرایط اعتبار معامله است، معلومیت شرط از شروط اعتبار عقد بیان نشده و ماده ۲۳۲ ق.م. نیز در مقام بیان شروط باطل، از شرط مجهول نامی نبرده است. بنابراین، شرط اگر در هنگام عقد تفصیلاً معلوم نباشد ولی اجمالاً معلوم باشد، صحیح است. (شهیدی، ۹۳-۹۲)

هر چند این دیدگاه مدعی صحت شرط مجهول است ولی در نهایت از آن تنزل و صحت شرط را منوط به وجود علم اجمالی کرده که بعضی دیگر از آن به قابل تعیین تعبیر، و معتقدند شرط مجهول قابل تعیین صحیح است مانند فروش خودرو که در ضمن آن شرط شود که تا زمانی که مشتری ساکن آن شهر است از خدمات رایگان بایع استفاده کند (کاتوزیان، ۱۸۹/۳) هر چند عبارت قابل تعیین ظهور در کفایت علم اجمالی دارد اما مثال آن ظاهر در این است که هر چند علم اجمالی موجود نباشد، شرط نافذ است زیرا در زمان شرط به طور اجمال معلوم نیست که مشتری چه مدتی در شهر ساکن باشد.

به هر حال، اگر شرط در باره وجود صفتی در مورد معامله یا طرفین باشد، باید معلوم باشد و جهل به آن معقول نیست زیرا صفت مشروط ظاهر در صفت معین است. اما اگر شرط از نوع نتیجه باشد، مانند آن که شرط شود هر مقدار پولی که مشروط‌علیه در حساب معین خود در نزد بانک خاصی دارد متعلق به مشروط‌له باشد یا سود سهام سال آینده او متعلق به

مشروط له باشد، آیا چنین شرطی معقول است. به نظر می‌رسد چون طرفین در مقام تغابن و تجارت هستند چنین شرطی معقول نیست زیرا هدف از درج شرط، الزام و التزام مبتنی بر تغابن است و نمی‌توان آن را یک رابطه مبتنی بر تسامح محسوب کرد ولی اثری بر اعتبار عقد ندارد..

در شرط فعل نیز باید هزینه انجام شرط حداقل به اجمال معلوم باشد، زیرا هزینه اجرای شرط بر غرری بودن معامله از حیث اقتصادی اثر دارد. (خویی، ۱۳۴۹/۷) لذا طبق ماده ۴۱۹ ق.م در احراز غبنی بودن معامله، توجه به شرط ضمن عقد نیز ضروری محسوب شده است. بنابراین، با توجه به این‌که از سویی رابطه طرفین بر تغابن و الزام و التزام است و از سوی دیگر، وجود شرط در غرری و غبنی بودن معامله اثر ندارد، لازم است طرفین حداقل علم اجمالی به آن داشته باشند تا عقدی که شرط در ضمن آن درج شده، عرفاً غرری محسوب نشود و به اعتبار آن خلل وارد شود.

۲- تأثیر شرط در انفساخ عقد

مورد دیگری که در تأثیر شرط بر عقد لازم به بررسی است، تأثیر بطلان شرط در انفساخ عقد است. از این حیث باید دید ارتباط شرط با موضوع معامله در توافق طرفین به نحو وحدت مطلوب یا تعدد مطلوب است و بر فرض اخیر، آیا شرط از حیث اهمیت، در کنار موضوع معامله، مطلوبی اصلی است یا فرعی است. هر کدام از این دیدگاه‌ها، مؤثر در اثر بطلان شرط بر انفساخ و عدم انفساخ عقد می‌باشد که بررسی می‌شود.

۲-۱. انفساخ

شکی نیست که شرط در قلمرو توافق طرفین وارد شده ولی با توجه به این‌که در کنار شرط یا مقدم بر آن، موضوع معامله نیز وجود دارد، در باره نحوه ارتباط آن دو، یک دیدگاه این است که به نحوه وحدت مطلوب است به طوری که انتفای شرط موجب انفساخ عقد می‌شود. این دیدگاه که به اکثر فقهاء نسبت داده شده (نراقی، ۱۵۷) بر این توجیه مبتنی است که تراضی بر مجموع شرط و عقد واقع شده، وقتی شرط منتفی شود، متعلق تراضی از بین می‌رود و قسمت باقی مانده، تجارت و معامله بدون تراضی محسوب، و باطل است (علامه حلی، ۲۹۸/۵؛ ۲۴۷/۱۰؛ شهید اول، ۲۷۳/۳؛ محقق الثانی، ۴۱۴/۴) هم‌چنین رضای مشروط له به عقد بر فرض عمل به شرط است و اگر به شرط عمل نشود، رضای او منتفی می‌شود. (مقدس

اردبیلی، ۱۴۸/۸)

هر چند این دیدگاه بین قدما مشهور بود ولی معاصرین بر آن اعتماد نکرده‌اند زیرا اولاً مجرد ارتباط شرط با عقد موجب انفساخ عقد به سبب انتفای شرط نمی‌شود چون نوع ارتباط آن گونه نیست که با انتفای شرط، عقد ماهیت جدیدی محسوب شود که محتاج به رضای جدید باشد. (انصاری، ۳۷/۳) ثانیاً برای اعتبار معامله طیب النفس لازم نیست بلکه رضای معاملی کافی است که بعد از انتفای شرط نیز وجود دارد و معامله تجارت بدون تراضی محسوب نمی‌گردد. (نایینی، ۲۷۷/۳)

افزون بر این، شرط در فقه دارای دو کاربرد است: نخست کاربرد منطقی که از وجود آن، وجود مشروط لازم نمی‌شود ولی از عدم آن، عدم مشروط لازم می‌شود. شرط به این معنا مسلماً موجب انتفای مشروط می‌شود ولی این معنا، به شرط صحت عقد تعبیر می‌شود در حالی که موضوع مورد بحث شرط ضمن عقد است که به التزام مرتبط به التزام دیگر تعبیر شده است. در نتیجه شایسته نیست که این نوع شرط با شرط منطقی اشتباه شود چون انتفای این شرط موجب انتفای رضایت مشروط له به معامله نمی‌شود. علاوه بر این، رضای طرفین در زمان عقد مقید به چیزی نبوده (امام خمینی، ۲۴۴/۵) و مورد شرط نیز از ارکان عقد نیست که منتفی شدن آن موجب انفساخ عقد شود. مضاف بر این، در مواردی که مورد معامله متعدد است و معامله نسبت به قسمتی از آن باطل شود، به استناد نظریه انحلال عقد واحد به عقود متعدد، معامله از لحاظ حکمی به دو نوع صحیح و باطل تقسیم شده، یعنی نسبت به قسمتی که قابلیت معاملی داشته، نافذ و نسبت به قسمتی که قابلیت معاملی نداشته، باطل اعلام شده و برای شخصی که انحلال بر خلاف میل او واقع شده، خیار تبعض صفقه مقرر شده است (علامه حلی، ۹۱/۲؛ نراقی، ۵۱۹) در مورد بحث نیز به طریق اولی می‌توان معامله را با وجود منتفی شدن شرط غیرمنفسخ دانست زیرا در معامله‌ای که خیار تبعض صفقه به آن تعلق گرفته، تمام مورد معامله به نحو یکسان مطلوب طرفین بوده و در مقابل هر دو مورد، عوض پرداخت شده ولی با این حال با منتفی شدن معامله قسمتی از آن، حکم به بطلان تمام معامله نشده، در موضوع مورد بحث که در قبال شرط ثمنی پرداخت نشده، حاکی از این است که اهمیت آن به اندازه مورد معامله متبعض شده نیست و صحت معامله در این فرض منطقی تر از صحت آن در فرض تبعض الصفقه است. به هر حال اشکال عمده این نظر این است که ظاهراً شرط را به معنای منطقی تعبیر کرده، در حالی که در تعذر شرط به ادعای اجماع (حسینی مراغه‌ای،

۲۸۳/۲) برای مشروط له خیار مقرر شده است. با این حال در قانون مدنی هرچند در ماده ۲۴۶.^۲ عقد اصل و شرط فرع محسوب شده و در نتیجه، بطلان شرط موجب انفساخ عقد نمی‌شود ولی در مواد ۴۹۷^۳ و ۵۲۹^۴ ق.م. از این دیدگاه عدوله و انتفای شرط، عامل انفساخ عقد محسوب شده است.

۲-۲. عدم انفساخ

نظریه دیگر در باره ارتباط موضوع معامله با مورد شرط این است که آن رابطه اصل و فرع، در قصد طرفین مورد تراضی قرار گرفته و در نتیجه انتفای شرط موجب انفساخ عقد غالباً نمی‌شود بلکه ممکن است موجب انفساخ قسمتی از آن، یا تزلزل عقد شود که باید این دو دیدگاه نیز تحلیل شود.

۲-۲-۱. انفساخ قسمتی از عقد

با توجه به این که شرط و موضوع معامله هر دو مورد توافق قرار گرفته، اقتضای اصل این است که هر دو به نحو یکسان، مطلوب مشروط له باشد. در نتیجه اگر مورد شرط منتفی شود، قسمتی از عقد به علت انتفای بخشی از مطلوب منفسخ می‌گردد. این دیدگاه را می‌توان به دو گروه منتسب کرد: نخست کسانی که ثمن را بر شرط توزیع نموده‌اند چون مستلزم آن است که مشروط و موضوع معامله به نحو یکسان مطلوب باشد و الا معقول نیست در مقابل هر دو عوض پرداخته شود. مثلاً اگر مقدار مورد معامله، شرط کمی تلقی شود، در صورت فقدان مقدار مورد توافق، نسبت به مقدار مفقود، عقد باطل می‌شود. (بجنوردی، ۳۱۳/۳) دوم کسانی که شرط را به عقد یا معامله‌ای تعبیر کرده که به جهتی از جهات تابع عقد دیگری قرار گرفته است (امامی، ۱/ ۲۸۶؛ عابدیان، ۱۸۰) در این دیدگاه نیز ناچاراً باید شرط با موضوع معامله مطلوب یکسان تلقی شود که دارای این نتایج است:

اولاً در صورت بطلان شرط باید قسمتی از عوض معامله به مشروط له تعلق گیرد و به نسبت ارزش اقتصادی شرط نتیجه یا هزینه اجرایی شرط فعل، مشروط علیه حق مطالبه عوض را نداشته باشد که استرداد بخشی از ثمن، مستلزم انفساخ قسمتی از عقد است.

^۲ ماده ۲۴۶: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ بهم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می‌شود.»

^۳ ماده ۴۹۷: «عقد اجاره بواسطه فوت موجر یا مستاجر باطل نمی‌شود ولیکن ... اگر شرط مباشرت مستاجر شده باشد بفوت مستاجر باطل می‌گردد.»

^۴ ماده ۵۲۹: «عقد مزارعه بفوت متعاملین یا احد آنها باطل نمی‌شود مگر این که مباشرت عامل شرط شده باشد در این صورت بفوت او منفسخ می‌شود»

ثانیاً خیارى که به مشروط له تعلق می‌گیرد خیار تبعض صفت است نه خیار تخلف شرط که فرق آن دو روشن است در اولی مشروط له می‌تواند قسمتی از ثمن را در صورت عدم اعمال خیار و تمام عوض را در صورت اعمال خیار مطالبه کند ولی در دومی فقد در صورت فسخ می‌تواند تمام عوض را مطالبه کند.

اشکال عمده این نظریه این است که بین ماهیت شرط و عقد تفاوتی قایل نشده و هر دو را یکسان محسوب کرده در حالی که در ادبیات حقوق اسلام و فقهی شرط و معامله دو عنوان متفاوت می‌باشند که به هر کدام بابی اختصاص یافته است.

۲-۲-۲. تزلزل عقد

دیدگاه دیگر در رابطه با تأثیر مورد معامله و شرط در قصد طرفین، اثر اصل و فرع است. یعنی مورد معامله به عنوان رکن اصلی قرارداد، مطلوب اصلی متعهدله است. (کاتوزیان، ۳۷/۱؛ شهیدی، ۸۴) ولی مورد شرط مطلوب فرعی مشروط له است که از دیدگاه عرفی رکن یا مطلوب اساسی نیست (انصاری، ۳۷/۳) لذا در صورت تعذر شرط اجماعاً معتقد به حق فسخ عقد اصلی شده‌اند. (حسینی مراغه‌ای، ۲۸۳/۲) نتیجه منطقی این دیدگاه همان‌گونه که در ماده ۲۴۶ ق.م. مقرر شده، این است که اگر موضوع معامله، منتفی شود شرط باقی نماند ولی انتفای شرط اقتضای انفساخ معامله را نداشته و نیز قسمتی از عوض به مشروط له مسترد نشود. این نظر به مشهور فقهای معاصر و بعضی از قدما قابل استناد است. (طوسی، ۱۴۹/۲؛ اسکافی، ۱۸۵؛ ابن ادریس، ۴۶۹/۲؛ ابن زهره، ۲۱۶) و در مواد ۲۳۵ و ۲۴۰ ق.م. پذیرفته شده ولی در مواد ۴۹۷ و ۵۲۹ از آن عدول شده و تعذر شرط موجب انفساخ عقد محسوب شده است. با این حال این تحلیل بر موارد غالب صادق است و ممکن است بر حسب تصریح طرفین یا شرایط اوضاع و احوال شرط با موضوع عقد به نحوه وحدت مطلوب نقش ایفاء کند و انتفای آن موجب انفساخ عقد شود، مانند موردی که شخصی غذایی را برای وعده معین و روز معین سفارش دهد یا هنرمندی تعهد به هنر نمایی کند ولی شرط روز خاصی شود. در این موارد که شرط ناظر بر زمان یا مکان اجرای تعهد است نقش اساسی دارد به طوری که خارج از این زمان و مکان مشروط، اجرای تعهد مطلوب متعهدله نیست.

نتیجه‌گیری

شرط در ادبیات حقوق اسلام به دو معنا استعمال شده، نخست معنای منطقی که از عدم

آن، عدم عقد لازم می‌شود ولی از وجود آن وجود عقد لازم نمی‌شود، این معنا از شرط به شرط صحت تعبیر می‌شود که انتفای آن، بدون خلاف، موجب عدم اعتبار عقد می‌شود. دوم توافقی که جهت لازم شدن در ضمن عقد لازمی درج می‌شود که به شرط ضمن عقد تعبیر می‌شود. در باره تأثیر این نوع شرط بر اعتبار قرارداد، صاحب نظران ارتباط شرط با عقد یا نسبت آن با موضوع معامله را توصیف کرده و دیدگاه‌هایی چون جزء مورد معامله یا وصف آن یا توابع آن یا حتی غیر مرتبط با عقد و موضوع آن را مطرح کرده‌اند که بر مبنای دیدگاه اول و دوم، انتفای شرط موجب عدم اعتبار عقد می‌شود ولی طبق سایر دیدگاه‌ها انتفای شرط اثری بر اعتبار عقد ندارد. اما ثابت شد که شرط ماهیتی مستقل از موضوع عقد است که برای تسری لزوم عقد به آن در ضمن عقد درج می‌شود و از این حیث ارتباطی با موضوع عقد ندارد. طبق این دیدگاه انتفای شرط، موجب عدم اعتبار یا بطلان عقد نمی‌شود و مشروط له نیز نمی‌تواند برای فقدان آن از پرداخت جزئی از ثمن خودداری کند. ولی حداقل علم اجمالی به مورد شرط لازم است تا عقد، غرری محسوب نشود.

درباره تأثیر انتفای شرط در انفساخ عقد معامله، بعضی معتقد به وحدت مطلوب شرط و عقد در تراضی طرفین شده که انتفای شرط موجب انفساخ عقد می‌شود ولی دلایل آن‌ها با ادعا منطبق نیست و با قاعده تابعیت عقد از قصد سازگاری ندارد. به همین علت نظریه تعدد مطلوب مورد شرط و موضوع عقد در قصد طرفین موجه‌تر است که به دو نحو تعدد یکسان و اصل و فرع قابل تحلیل است. با توجه به فرعی بودن مورد شرط نسبت به موضوع عقد، دیدگاه اصل بودن مورد معامله و فرع بودن مورد شرط با قصد طرفین بیشتر مطابق است و انتفای شرط موجب انفساخ عقد نمی‌شود بلکه موجب تزلزل عقد یا تحقق حق خیار برای مشروط له می‌شود مگر این که در عقد تصریح به خلاف شود یا از شرایط اوضاع و احوال خلاف آن استنباط شود.

منابع

آل کاشف الغطاء، محمد حسین، *تحریر المجلّة*، قم، المجمع العالمی للتقريب المذاهب الاسلامیة، الطبعة الاولى، ۱۴۲۶ق.

ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.

ابن زهره، حمزة بن علی حسینی، *غنیة النزوع الی علم الاصول*، قم، مؤسسة الامام الصادق، ۱۴۱۷ق.

اراکي، شیخ محمد علی، *کتاب بیع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

- اسکافی، ابن جنید، **مجموعه فتاوی ابن جنید**، گرد آورنده محمدبن احمد کاتب بغدادی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ق.
- امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، تهران، کتاب فروشی اسلامی، چاپ هشتم، ۱۳۶۸.
- انصاری، مرتضی، **المکاسب**، بیروت، مؤسسه النعمان، ۱۴۱۰ق.
- بجنوردی، حسن، **القواعد الفقهیه**، قم، دلیل ما، ۱۴۲۶ق.
- حسینی المرآغی، سید میر عبدالفتاح، **العناوین الفقهیه**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ق.
- حلی، حسن بن یوسف، **قواعد الاحکام**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۱۹ق.
- _____، **مختلف الشیعه**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، **تذکره الفقهاء**، قم، مؤسسه آل البيت، بی تا.
- خمینی، روح الله، **کتاب البیع**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۱۵ق.
- خوئی، ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، مقرر محمد علی توحیدی، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ق.
- شهید اول محمد بن مکی، **الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، **مسالك الانهزام**، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، الطبعة الثالثه، ۱۴۲۵ق.
- شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، تهران، نشر حقوقدان، چاپ اول، ۱۳۷۷.
- _____، **شرط ضمن عقد**، تهران، مجلد، ۱۳۸۶.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، **جواهر الکلام**، بیروت، دار احیاء التراث العربی، الطبعة السابعة، ۱۹۸۱م.
- صدر، سید محمد، **ماوراء الفقه**، قم، المحبین للطباعة والنشر، الطبعة الرابعه، ۱۴۲۷ق.
- طباطبایی، سید علی، **ریاض المسائل**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۹ق.
- طوسی، محمد بن حسن، **المبسوط**، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ق.
- عابدیان، میر حسین، **شروط باطل و تأثیر آن در عقد**، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی: عقود معین**، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا انتشارات مدرس، چاپ ششم، ۱۳۷۴.
- _____، **قواعد عمومی قراردادها**، چاپ سوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱.
- محقق داماد، مصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلام**، تهران، مرکز نشر اسلامی، ۱۳۸۸.

محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد*، بیروت، مؤسسة آل البيت، چاپ اول، ۱۴۲۹ق.
مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الثالثة، ۱۴۲۱ق.

نائینی، محمدحسین، *منیة الطالب*، مقرر شیخ موسی خوانساری، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام*، قم، مرکز النشر، الطبعة الاولى، ۱۳۷۵.
یزدی، محمد کاظم بن عبدالعزیز *العروة الوثقی*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الثانية، ۱۴۲۵ق.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی