

رابطه‌ی شرط ضمن عقد و قرارداد

دکتر علی اکبر فرحزادی*

چکیده

بدون شک هدف از شرط ضمن عقد آن است که میان شرط و عقد ارتباط برقرار شود. در تعبیر کلی می‌توان این ارتباط را به رابطه‌ی اصل و فرع مانند کرد و از تعهدات ناشی از خود قرارداد به عنوان تعهدات اصلی یاد کرد و تعهدات مربوط به شروط ضمن عقد را تعهدات فرعی، جنبی و تبعی دانست. گرچه بسیاری از فقیهان و حقوق‌دانان در تحلیل ارتباط عقد و شرط به این اندازه بسنده کرده و آثار قرار گرفتن شرط در ضمن عقد را بر پایه‌ی آن توجیه نموده‌اند، اما برخی از فقها با دقت بیشتری در نهاد شرط ضمن عقد تأمل کرده‌اند.

مقاله حاضر در تلاش است ضمن طرح دیدگاه‌های مختلف و بررسی نقاط قوت و ضعف هر یک، راه حل قابل قبولی برای تحلیل رابطه‌ی میان شرط و قرارداد ارائه کند. بنظر می‌رسد که قرارداد مشتمل بر شرط مجموعه‌ای مرکب از شرط و عقد است که با تحلیل اراده طرفین، در اغلب موارد می‌توان آن را به یک مطلوب اصلی و یک مطلوب تبعی تجزیه نمود (تعدد مطلوب) به طوری که در حالت عادی، بطلان شرط یا عدم تحقق آن به درستی قرارداد لطمه نخواهد زد.

واژگان کلیدی:

عقد، شرط ضمن عقد، قرارداد، شرط ضمن قرارداد، شروط قراردادی، شرط فعل شرط صفت، تعهد اصلی، تعهد فرعی.

* عضو هیات علمی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری

مقدمه

یکی از مهمترین مسائل مربوط به حقوق قراردادهای موضوع شروط قراردادی است، طرفین قرارداد بسیاری از خواسته های خود را در قالب شرط ضمن عقد می ریزند. بدنه ی اصلی قرارداد چیزی غیر از ایجاب و قبول و بیان مورد معامله نیست، در واقع بیشتر محتویات یک قرارداد اعم از کتبی یا شفاهی، غالباً همان شروطی است که بین طرفین مورد توافق واقع می شود. با توجه به نظر مشهور در فقه امامیه مبنی بر الزام آور نبودن شرط ابتدایی، نهاد شرط ضمن عقد از دیرباز در فقه امامیه و حقوق ایران مورد توجه فراوان قرار داشته است. از موضوعات مهمی که در این زمینه نیاز به بررسی دارد چگونگی ارتباط قرارداد با شرطی است که در ضمن آن گنجانده می شود. این امر ذهن گروهی از فقیهان را به خود مشغول کرده و نظریه های متفاوتی در تحلیل رابطه مزبور ابراز شده است. در این مقدمه با نقل عبارات پاره ای از این فقیهان به احتمالاتی که در این زمینه مطرح شده اشاره کرده و سپس به ارزیابی آنها خواهیم پرداخت :

محقق یزدی می گوید : « شروطی که در ضمن عقد قرار می گیرد آن گونه که در عرف رایج است از باب لزوم و التزام است نه به شکل تقييد و ظاهر سخن فقیهان نیز همین است ... البته از عبارات شهید اول چنین آشکار می شود که وی شرط را از باب تقييد دانسته است.^۱»



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱- ان الشروط الواقعة فی ضمن العقود علی ما هو المتداول فی العرف انما هی بنحو الالزام و الالتزام لا بنحو التقييد و ظاهر الفقها ایضا ذلک كما لا یخفی علی من تأمل فی کلماتهم. نعم ینظر من الشهد انه جعلها بمعنی التقييد» طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، تحقیق عباس محمد آل سباع، قم، دارالمصطفی لاحیاء التراث، ۲ جلد، چاپ اول، ۱۴۲۳، ه.ق. ج ۳ ص ۲۴۷

شیخ انصاری در استدلال به نفع لازم الوفاء بودن شرط غیرمذکور در متن قرارداد می‌نویسد: «چنانچه قرارداد مبتنی بر شرط توافق شده ی پیشین واقع شود، آن شرط قید معنوی عقد بوده و وفای به آن جز با عمل به آن شرط امکان پذیر نیست و قرارداد بدون آن شرط، مصادق "تجارة عن تراض" نیست. زیرا تراضی طرفین مقید به شرط مذکور بوده است.»^۱

امام خمینی با توجه به تعریف بیشتر لغت شناسان از شرط (التزام فی التزام) رابطه ی شرط و عقد را به رابطه ی ظرف و مظروف تشبیه کرده، معتقدند عقد و شرط دو التزام مستقلند که یکی در ضمن دیگری قرار گرفته است. در این باره می‌گویند:

«ظاهر تفسیر اهل لغت از شرط آن است که شرط التزامی است که در ظرف عقد بیع قرار می‌گیرد نه اینکه عقد بیع بدان معلق یا مقید باشد، چه در صورت تعلیق یا تقیید شرط «در» عقد بیع نیست. ظاهر تعبیر فقهاء هم که شرط را به شرط «ضمن» عقد توصیف می‌کنند همین امر است.^۲

از آنچه گفته شد به خوبی روشن می‌شود که در مورد رابطه‌ی عقد و شرط فرضیه‌های مختلفی قابل طرح است. در این مقاله دیدگاه‌های زیر را بررسی خواهیم کرد:

- ۱- دیدگاه تقیید محض
- ۲- دیدگاه تقیید توام با التزام
- ۳- دیدگاه تعلیق توام با التزام
- ۴- دیدگاه تفصیل بین شرط صفت و شرط فعل
- ۵- دیدگاه ظرفیت
- ۶- دیدگاه ترکیب

الف) دیدگاه تقیید

شهید اول برخلاف فقیهان دیگر در مورد اثر شرط ضمن عقد معتقد است که تنها اثر شرط آن است که در صورت تخلف شرط، مشروط له بتواند عقد را فسخ کند و چنین نیست که مشروط علیه تعهد و تکلیفی نسبت به انجام آن پیدا کند. به عبارت دیگر، شرط ضمن عقد حکم تکلیفی جدیدی درباره‌ی عمل به شرط بوجود نمی‌آورد و اثر آن منحصرأ ایجاد یک حکم وضعی است (قابلیت فسخ عقد). بدیهی است مطابق این دیدگاه، امکان مطالبه‌ی شرط از مشروط علیه و اجبار وی برای انجام شرط وجود ندارد. تعبیر شهید اول چنین است:

۲- یکمن ان يقال: ان العقد اذا وقع مع تواطيهما على الشرط كان قيدا معنويا له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون الا مع العمل بذلك الشرط و يكون العقد بدونه تجارة لاعن تراض، اذا التراضى وقع مقيدا بالشرط. انصاری، مرتضی، مکاسب، اعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم، قم، مطبقة باقری، ۶ جلد، چاپ اول، ۱۴۲۰، هـ. ق. ج ۶، ص ۵۵

۳- «الظاهر منهما - قاموس و اقرب الموارد - انه الالتزام الذى ظرفه البيع لان البيع معلق عليه او متقيد به، ضرورة ان البيع المعلق على الشرط لا يكون الشرط فيه، وكذا الحال فى المتقيد.» الموسوى الخمينى، سيد روح الله، البيع چاپ مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۵ جلد، چاپ سوم، ۱۳۶۳ هـ. ش. ج ۱، ص ۸۶.

« هرگاه شرط عملی نشود، مشروط له خیار فسخ پیدا می‌کند، نه اینکه انجام شرط بر مشروط علیه واجب شود. تنها فایده‌ی شرط ضمن عقد قرار دادن بیع در معرض فسخ و زوال است.»^۴

این تعبیر نشان می‌دهد که شهید اول به الزام آور بودن شرط ضمن عقد اعتقاد ندارد، نه آن را التزام مستقلی می‌داند که در ظرف عقد قرار گرفته است و نه برای شرط نقش التزام تبعی قائل است. بنابراین آنچه میتوان به شهید اول نسبت داد نظریه‌ی «تقیید محض» است. به عبارت دیگر نقش شرط آن است که عقد را مقید کند و با فقدان قید، لزوم عقد برداشته شده و احتمال فسخ و انحلال عقد مطرح می‌شود.^۵

اشکال عمده‌ای که به این دیدگاه وارد است این است که ظواهر ادله‌ی شرعی بر این دلالت می‌کند که عمل به شرط ضمنی جزء تعهدات قراردادی بشمار آمده و می‌توان اجبار مشروط علیه را در صورت تخلف از انجام شرط مطالبه کرد.

اشکال دیگر این است که اگر شرط ضمن عقد قید قرارداد باشد، با منتفی شدن قید (شرط ضمن عقد) باید مقید (عقد) هم منتفی و باطل شود حال آنکه ایشان قائل به پیدایش حق فسخ برای مشروط له شده است نه بطلان عقد.

محقق یزدی ضمن طرح نظریه‌ی تقیید، آن را از سه صورت خارج نمی‌داند^۶:

- ۱- شرط ، قید خود عقد باشد. ۲- شرط ، قید لزوم عقد باشد. ۳- شرط، قید استمرار عقد باشد.^۷
- صورت اول مستلزم تعلیق عقد است که شهید اول، خود بر بطلان آن ادعای اجماع نموده است. به علاوه لازمه‌ی مقید شدن عقد آن است که در صورت عدم تحقق شرط، عقد باطل باشد نه قابل فسخ.^۸ افزون بر آن، اگر شرط به معلق علیه عقد تاویل شود نباید انجام آن تکلیف مشروط علیه بشمار آید. حال آنکه غیر از شهید اول سایر فقیهان معتقد به الزامی بودن انجام شرط ضمن عقد می‌باشند.
- صورت دوم نیز، که از ظاهر عبارات شهید اول همین صورت فهمیده می‌شود، با دو اشکال مواجه است :

پوشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۴- کل شرط لم یسلم لمشرطه فانه یفید تخیره و لا یجب علی المشترط علیه فعله، و انما فائدته جعل البیع عرضة للزوال عند عدم سلامة الشرط و لزومه عند الاتیان به». مکی عاملی ابوعبدالله محمد بن جمال الدین (معروف به شهید اول)، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیة، دارالتراث، بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ.ق. ص ۱۲۰ نیز رک: الجعفی العالمی، زین الدین (معروف به شهید ثانی) الروضة البهیة فی شرح اللمة الدمشقیة، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۰ جلد، چاپ دوم، ۱۴۰۳ هـ.ق. ج ۳، ص ۵۰۶. همو، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، المطبعة بهمین، قم، ۱۵ جلد، چاپ اول ۱۴۱۳ هـ.ق. ج ۳، ص ۴۵۵

۵- محقق یزدی از این موضوع چنین تعبیر کرده است: « ینظر من الشهید انه جعلها بمعنی التقیید ، حیث انه یقول ان فائده الشرط جعل العقد اللازم جائزا و انه لا یجب الوفاء به. و لو کان بنحو الالزام و الالتزام کان واجب الوفاء .. » همان ص ۲۴۸.

۶-... انه لو کان بنحو التقیید فاما ان یکون قیدا فی اصل البیع او فی لزومه فی استمرار همان ، ص ۲۴۹

۷- به عنوان مثال مرحوم نراقی تصریح کرده که شرط ضمن عقد در واقع شرط استمرار عقد است نه اصل آن رک : نراقی، احمد، عوائد الایام، مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، قم، چاپ اول، ۱۳۷۵ هـ ش. ص ۱۲۹.

۸- رک : نجفی خوانساری، موسی، منیة الطالب فی شرح المکاسب (تقریرات درس میرزای نائینی) موسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین، قم، ۳ جلد ، چاپ اول، ۱۴۲۱ هـ.ق. ج ۳، ص ۲۳۴.

اولاً بازگشت شرط به لزوم عقد خلاف ظاهر است. مثلاً درجایی که فروشنده در انشاء ایجاب گفته : « این کالا را به فلان مبلغ به تو فروختم به شرط آنکه فلان کار را انجام دهی » و خریدار هم قبول خود را اعلام کرده است، ظاهر آن است که شرط، اصل عقد را هدف گرفته نه لزوم آن را، زیرا در عبارات قرارداد ذکری از لزوم عقد و امکان فسخ آن در صورت تخلف شرط به میان نیامده تا بتوان شرط را به آن ارجاع داد. ثانیاً مطابق این احتمال نیز نباید عمل به شرط ضمن عقد تکلیف مشروط علیه به حساب آید و این با برداشت فقیهان از ادله ی شرط ناسازگار است.

صورت سوم نیز به هر دو اشکال صورت قبلی مبتلاست. به علاوه اگر شرط وسیله ی تقیید استمرار عقد باشد با منتفی شدن آن باید به انفساخ عقد نظر داد نه به امکان فسخ آن توسط مشروطه له^۱.

ب) دیدگاه تقیید توام با التزام

بسیاری از فقیهان رابطه ی متقابل شرط و عقد را چنین تحلیل کرده‌اند که شرط، به نوعی، عقد را مقید می‌کند و در مقابل به تبع تعهد اصلی قراردادی، انجام شرط هم به تعهدات مشروط علیه افزوده می‌شود. مشروط علیه با پذیرش شرط ملتزم به انجام آن است و این التزام نسبت به تعهد اصلی قرارداد جنبه ی فرعی و تبعی دارد.

این دیدگاه از یک سو در برابر نظریه ی شهید اول قرار می‌گیرد که شرط را صرفاً وسیله ی تقیید مفاد عقد می‌داند و برای مشروط علیه تکلیفی نسبت به انجام آن قائل نیست و از سوی دیگر می‌توان آن را در برابر نظریه ی ظرفیت دانست که مطابق آن، شرط هیچگونه تعلیق و تقییدی در عقد ایجاد نمی‌کند، بلکه التزامی است مستقل که جایگاه آن عقد است.

مرحوم نراقی این دیدگاه را به مشهور فقیهان نسبت داده است.^۱ ایشان ضمن بیان دو معنای شرط (الزام و التزام - مایلزم من عدمه العدم) معتقد است ماهیت شرط ضمن عقد را می‌توان با توجه به هر دو معنای مذکور تحلیل کرد. زیرا از طرفی ضمانت اجرای شرط ضمن عقد امکان الزام مشروط علیه بر انجام شرط است و این با معنی اول سازگار است. و از سوی دیگر، ضمانت اجرای نهایی شرط ضمن عقد امکان فسخ عقد به وسیله مشروط له است و این با معنای تقییدی شرط (مایلزم من عدمه العدم) سازگاری دارد.

۹- رک : طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، همان. یادآوری می‌شود که محقق یزدی مبنای محقق یزدی مبنای تحلیل خود را از سخن مرحوم مراغی اقتباس کرده است. ایشان هم در رد نظریه ی تقیید و تعلیق، صورتهای سه گانه ی مذکور در متن را مطرح کرده و معتقد است اگر شرط، اصل عقد یا دوام و استمرار آن را مقید کند تعلیق مبطل لازم می‌آید. و اگر گفته شود بوسیله ی شرط، لزوم عقد مقید می‌شود پاسخ آن است که لزوم حکم شرعی است و در اختیار متعاملین نیست. رک : حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، العناوین، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم، ۲ جلد، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ.ق، ج ۲، ص ۲۷۳. «یمكن ان یکون استعمال لفظ الشرط فی (الشرط ضمن العقد) باعتبار المعنی الثانی (مایلزم من عدمه العدم و لایلزم من وجوده الوجود)، بناء علی ما هو المشهور منهم فی مسائل البیع من ان بقاء استمرار العقد موقوف علی ان یسلم الشرط لمشرطه ... »، همان، ص ۱۲۸.

۱۰- نراقی، احمد همان، ص ۱۲۹ : «انما جعلنا الشرط شرطا لاستمرار العقد دون اصله حتی یکون شرطا لتحقيقه لانه یکون تعلیقا للعقد، و یرجع الی ان حصول مدلول الايجاب و القبول معلق علی حصول الشرط و هذا غیر جائز اجماعاً

البته ایشان شرط ضمن عقد را شرط استمرار عقد دانسته معتقد است شرط، دوام و استمرار عقد را معلق می‌کند نه خود عقد را. زیرا احتمال اخیر به معنی تعلیق عقد بوده که وی بطلان آن را از مسلمات می‌داند. از فقیهان دیگری که این دیدگاه را به طور ضمنی پذیرفته‌اند می‌توان به شیخ انصاری اشاره کرد. ایشان در مورد شرط تبانی، به نفع کسانی که آنرا الزام آور می‌دانند استدلال کرده که شرط تبانی، قید معنوی عقد است و وفای به عقد بدون قید آن ممکن نیست.^{۱۱}

دیدگاه مزبور و استدلال آن مورد انتقاد برخی از فقیهان واقع شده است. مرحوم مراغی، بر خلاف شهید اول، الزام آور بودن شرط ضمن عقد را می‌پذیرد ولی معتقد است که نقش شرط تقييد مفاد عقد نیست. به عقیده‌ی وی شرط یا باید ذات عقد را مقید کند یا دوام و استمرار آن را تقييد نماید و یا وصف لزوم آن را.^{۱۲} و چون این هر سه فرض باطل است دیدگاه مزبور قابل پذیرش نیست. وی علت بطلان فرض اول (تقييد ذات عقد) و فرض دوم (تقييد استمرار عقد) را عقد معلق می‌داند. در مورد فرض دوم اضافه می‌کند که اگر شرط، قید استمرار عقد باشد باید با منتفی شدن شرط استمرار عقد از بین رفته و عقد حالت انفساخ پیدا کند نه اینکه قابل فسخ شود. در مورد بطلان فرض سوم (که شرط، لزوم عقد را مقید کند) معتقد است لزوم، حکم شرعی عقد است و در اختیار متعاقدین نیست تا بتوانند چیزی را شرط لزوم عقد قرار دهند.^{۱۳}

ج) دیدگاه تعلیق توام با التزام

در ابتدا یادآور می‌شود که برخی از فقهاء در این محبت به روشنی میان تعلیق و تقييد فرق نگذاشته و آنها را به جای یکدیگر بکار برده‌اند.^{۱۴} ولی برخی دیگر آن دو را از هم تفکیک نموده و آثار متفاوتی برای هر

پوشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱۱- انصاری، مرتضی، همان، ج ۶، ص ۵۵. برای ملاحظه ی تعبیر مشابه شیخ که شرط تبانی را قید معنوی عقد دانسته است رک : طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، همان، ص ۲۹۳.

۱۲- چنانکه ملاحظه می‌شود این حصر ثلاثی مورد اقتباس محقق یزدی واقع شده است. ایشان هم چنان که گذشت نظریه‌ی شهید اول (دیدگاه تقييد محض) را به بیانی مشابه بیان مراغی مورد انتقاد قرار داده. رک : طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، همان، ص ۲۴۹.

۱۳- حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، همان، ج ۲، صص ۲۷۴-۲۷۳: « ان الشرط لو كان بمعنى العدم عندالعدم فلايفترق الحال بين كونه شرطاً الاصل العقد او لاستمراره . اذ كما ان التعلیق مبطل في اصل العقد مبطل في دوامه ايضاً. اذ قصد الدوام في العقود ... و طريان البطلان او الفسخ شي آخر لايمكن تقييده في القصد من اول الامر اذ لا شبهة في البطلان لو علق الدوام من اول الامر على شي متزلزل الحصول. مضافاً الى ان الشرط لو كان للاستمرار للزم من ذلك ارتفاع الاستمرار بارتفاع الشرط، فلا وجه لثبوت الخيار فانه غير الاستمرار. فينبغي ان يقول هذا شرط للزوم و لا ريب في فسادة اذ اللزوم حكم شرعی منوط بجعل الشرع و ليس في يد المتعاقدین ان يجعلوا شرطاً للزوم.» البته این بیان از نظر اعتقاد به بطلان عقد معلق و نیز مبطل دانستن تعلیق انحلال عقد (در صورت تقييد دوام عقد به امر محتمل الوقوع) قابل انتقاد است.

۱۴- مانند مرحوم نراقی. رک : همان، ص ۱۲۸.

کدام بیان کرده اند.^{۱۵} ما نیز در این نوشتار تعلیق و تعیید را در دو مفهوم متمایز با آثار جداگانه بکار برده ایم. در صورت تعیید عقد، عقد از همان لحظه بر حصره ی مقید واقع می شود، ولی در صورت تعلیق عقد فقط بر فرض وقع معلق علیه واقع می شود.^{۱۶}

به هر حال نظریه ی دیگری که در خصوص رابطه ی شرط و عقد ابراز شده این است که انجام شرط، به عنوان یکی از التزامات قراردادی بر مشروط علیه لازم است و تأثیری که شرط در عقد میگذارد آن است که موجب تعلیق عقد می شود. مرحوم آیت الله خوئی کراراً بر این دیدگاه تأکید کرده و در صدد توجیه آن برآمده است.

به عقیده ی ایشان تعلیقی که از نظر فقیهان موجب بطلان عقد می شود مربوط به جایی است که ذات عقد بر امری محتمل الوقوع معلق شود. بنابراین ممکن نیست که شرط ضمن عقد موجب تعلیق ذات شود. اما دو فرض دیگر در مورد شرط قابل تصور است که هر دو صحیح است و هر یک می تواند مبنای توجیه رابطه ی عقد و شرط قرار گیرد :

نخست آنکه عقد نه بر خود شرط بلکه بر التزام به شرط معلق شود. در این حالت از آنجا که التزام مشروط علیه در هنگام وقوع عقد حاصل است، لطمه ای به درستی عقد وارد نمی شود. زیرا معلق علیه امری حاصل است این تعلیق نظیر تعلیق عقد به شرایط صحت آن بوده و اشکالی ایجاد نمی کند.

دوم آنکه التزام به عقد، معلق بر شرط ضمن آن گردد. در این حالت عقد منجز است نه معلق، اما التزام به آن معلق به عملی شدن شرط شده و با عدم تحقق آن، مشروط له حق فسخ پیدا می کند.^{۱۷}

د- دیدگاه تفضیل

پاره ای از فقیهان در توجیه رابطه ی بین شرط و عقد، میان شرط فعل و شرط صفت تفضیل گذاشته و در مورد شرط فعل به نظریه ای التزام و در مورد شرط صفت به نظریه ی تعیید گرایش پیدا کرده اند. محقق یزدی پس از رد نظریه ی شهید اول (نظریه ی تعیید محض) این تفضیل را بنیاد نهاده و به تحکیم و دفاع از آن پرداخته است.^{۱۸}

ایشان معتقد است گرچه در مورد اوصاف هم می توان به مجاز و مسامحه از التزام و التزام سخن گفت و ادعا نمود که مثلاً وقتی وصفی در مبیع شرط می شود، در واقع فروشنده متعهد می شود که مبیع دارای آن وصف

۱۵- مثلاً محقق اصفهانی برای شرط چند معنا ذکر میکند و معتقد است ماهیت شرط نحوی، تعلیق، ماهیت شرطی اصولی، تعیید و ماهیت شرط فقهی، التزام ضمن عقد است. رک: همان ج ۳، ص ۱۱۴، و ص ۱۷۵.

۱۶- رک. اصفهانی، محمدحسین، همان، ج ۳، ص ۳۲۶، البته در مواردی ممکن است نتیجه ی این دو یکسان باشد مثل تعلیق به امر حاصل. به نظر می رسد چارچوب تعیید برای توجه نقش « شرط صفت » و چارچوب تعلیق بیشتر برای توجیه نقش « شرط فعل » مناسب است.

۱۷- توحیدی، محمدعلی، مصباح الفقاهة (تقریرات درس آیه الله خوئی) موسسه انصاریان للطباعة و النشر، قم، ۷ جلد، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ هـ.ق، ص ۲۹۹ و ص ۳۵۴.

۱۸- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، همان، ص ۲۴۹: « و التحقیق ان یقال بالتفصیل بین ما لوکان الشرط من قبیل الافعال و ما لوکان من قبیل الاوصاف. ففی الاول یكون بنحو الالتزام و فی الثانی بنحو التعیید.»

را به خریدار تسلیم کند، اما از آنجا که اگر مبیع شخصی واجد صفت نباشد فروشنده نمی‌تواند صفت را در آن ایجاد کند لذا الزام و التزام به طور حقیقی در مورد شرط صفت ممکن نیست. بنابراین در مورد شرط صفت، آنطور که فهم عرفی اقتضاء می‌کند باید شرط را بر تقييد حمل کرد.^{۱۹}

آنگاه ایشان در مقام دفاع از این نظریه، به طرح اشکالی پرداخته و بدان پاسخ می‌دهد:

اشکال این است که لازمه‌ی ارجاع شرط صفت به تقييد آن است که در صورت تخلف شرط صفت، عقد باطل باشد و حق فسخ مبنای قابل توجیهی ندارد. قبول این نتیجه (بطلان عقد) نیز خلاف فهم عرف و حکم شرع است.

پاسخ محقق یزدی به اشکال فوق آن است که شرط صفت در مقام انشاء و دلالت الفاظ، قید محسوب می‌شود و گرنه با توجه به ارتکازات ذهنی متعاملین و در مقام قصد واقعی آنها مسئله از باب تعدد مطلوب است (ذات مبیع یک مطلوب و وصف شرط شده مطلوب دیگری است). قصد طرفین این نیست که اگر وصف وجود نداشت عقد باطل باشد بلکه می‌خواهند در صورت تخلف آن، ذینفع پای بند به عقد نباشد. و گرنه چنانچه مشروط له، در صورت فقدان شرط، به مبیع فاقد شرط راضی باشد، نیاز به انشاء عقد جدیدی نیست.^{۲۰}

سرانجام ایشان بعید نمی‌بیند که حتی در مورد شرط فعل نیز بتوان نظریه‌ی تقييد را پذیرفته و به طور کلی از نظریه‌ی التزام دست شست. چون با توجه به پاسخ مذکور، در مورد شرط فعل نیز می‌توان گفت که طرفین عقد خواسته‌اند به وسیله‌ی شرط ضمن عقد مفاد عقد را مقید کنند و با لحاظ قصد واقعی طرفین و

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱۹- این تحلیل مورد توجه بسیاری از فقها و حقوقدانان نیز قرار داشته است. رک: توحیدی، محمدعلی همان، ج ۷، ص ۳۰۰ و جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، انتشارات کتابخانه گنج دانش، تهران، ۵ جلد، چاپ دوم، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۲۲۵۶. در منبع اخیر از ماده‌ی ۲۲۴ ق.م. که شرط را به سه قسم تقسیم نموده (شرط فعل، شرط صفت، شرط نتیجه) انتقاد شده و آمده است: « شرط در حقیقت یک قسم است و آن شرط فعل است ... شرط صفت و شرط نتیجه در واقع شرط نیستند بلکه قید هستند و فرق ماهوی با شرط ضمن عقد دارند... تقسیم شرط به سه قسم در ماده‌ی ۲۲۴ ق.م ضعف تالیف و بلکه خطای مسلم است ... »

۲۰- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، همان، ص ۲۵۰ « لا ینقال لازمه البطلان عندالتخلف لالخيار و قد مر انه خلاف حکم العرف و الشرع. لانا نقول انه تقييد فی الرتبة الاولى و بالنسبة الی عالم الانشاء و اللفظ و لکنه فی اللب علی وجه تعدد المطلوب، فان مرکوز فی اذهانهم لیس عدم البیع عند العدم، بل عدم الالتزام به، والا فلوروی بالمبیع مع فقط الشرط لایکون من الرضا بامر خارجی، حتی یحتاج الی انشاء معامله جدیدة ». چنانکه ملاحظه می‌شود محقق یزدی در این پاسخ، «مقام انشاء» را از «قصد لیبی و واقعی طرفین» جدا کرده و حق خیار فسخ را، در صورت تخلف شرط صفت، به خواسته‌ی واقعی طرفین عقد و تفسیری که از قصد مشترک ایشان می‌شود، نسبت داده است. در آینده خواهیم دید که امام خمینی این شیوه را از سید یزدی اقتباس نموده و به دفاع از برخی انتقادات وارد بر نظریه‌ی ظرفیت، که نظریه‌ی مورد قبول ایشان در تحلیل رابطه‌ی عقد و شرط می‌باشد، پرداخته است.

حمل آن بر تعدد مطلوب نه تعلیق مبطل لازم می‌آید و نه تخلف شرط به بطلان عقد منتهی خواهد شد، بلکه به خواست طرفین عقد، در صورتی عملی نشدن شرط، ذینفع خیار فسخ خواهد داشت.^{۲۱} تنها اشکالی که مانع پذیرش این نتیجه می‌شود آن است که مطابق این تحلیل نباید شرط فعل ضمن عقد لازم الوفاء باشد و این خلاف حکم شرع و فهم عرف است.

هـ - دیدگاه ظرفیت

بعضی از فقیهان ضمن قبول لازم الوفاء بودن شرط ضمن عقد، به صراحت نظریه‌ی تقیید و تعلیق را رد کرده‌اند. امام خمینی بعد از نقل معنی شرط از دو کتاب لغت (قاموس و اقرب الموارد) که هر دو شرط را به «الزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه» تعریف کرده‌اند می‌نویسد:

«آنچه از تعریف شرط آشکار می‌شود آن است که شرط التزامی است که ظرف آن عقد بیع است نه اینکه عقد معلق بر آن یا مقید بدان باشد...»^{۲۲}

ایشان در رد دیدگاه تقیید می‌نویسد:

«شرط ضمن عقد قید بیع یا مبیع نیست، اگر کسی مرکب خود را بفروشد و زیارت خانه‌ی خدا را بر خریدار شرط کند، عقد بیع مقید به زیارت خانه‌ی خدا نیست. مبیع هم مرکب مقید به زیارت خانه‌ی خدا نیست، بلکه مبیع خود مرکب است و شرط چیزی دیگری است که در ضمن عقد بیع قرار گرفته است.»^{۲۳} همچنین ایشان دیدگاه تعلیق را به این بیان مورد انتقاد قرار داده است:

«... از نظر عرف و لغت، معامله بر شرط ضمن آن معلق نیست. زیرا وجود معامله بر وجود شرط توقف ندارد. معامله امری منجز است که در ضمن آن، کاری بر یکی از طرفین آن شرط شده است. پس رابطه‌ی میان آن دو چنین نیست که یکی معلق بر دیگری باشد، بلکه شرط التزام مستقلی است که در ضمن التزامی دیگر قرار گرفته است. هر چند حکم عقلایی آن در صورت تخلف شرط، پیدایش خیار برای مشروط له است.»^{۲۴} بنابراین مطابق این دیدگاه شرط، التزام مستقلی است که ظرف تحقق آن، در مقام انشاء و دلالت، عقدی است که شرط در ضمن آن قرار گرفته است.

یکی از نتایج این دیدگاه، آن طور که بدان تصریح هم نموده‌اند آن است که شرط تبانی الزام آور نیست، زیرا شرط تبانی در مقام انشاء و دلالت در ضمن عقد قرار ندارد و مجرد تبانی سابق موجب تحقق ظرفیت و قرار گرفتن شرط در ضمن عقد نمی‌شود.^{۲۵}

۲۱- همان: «... يمكن ان يجعل من هذا الباب جملة من المقامات التي يكون الشرط من قبيل الافعال، لكن يكون نظر المتعاقدين الى التقيد، فلا يحكم بالبطلان بل بالحصه على الوجه المذكور، بل يمكن من هذا البيان ان يجعل جميع الشروط كذلك.»

۲۲- «الظواهر انه الالتزام الذي طرفه البيع لا ان البيع معلق عليه او متقيد به...» البيع، ج ۱، ص ۸۶.

۲۳- همان، ج ۱، ص ۸۹، نیز رک: ج ۵، ص ۲۰۴ و ۲۴۴.

۲۴- همان، ج ۱، ص ۸۸، نیز رک: ج ۵، ص ۲۰۵.

۲۵- همان، ج ۵، ص ۲۰۵.

مهمترین سوالی که پاسخ آن در این فرضیه دشوار بنظر می‌رسد این است که اگر شرط ضمن عقد از استقلال کامل برخوردار است و با عقد مشروط فیه هیچ رابطه‌ای جز رابطه‌ی بین ظرف و مظروف ندارد چرا در صورت تخلف شرط، برای مشروط له حق فسخ بوجود می‌آید.

در پاسخ این سوال، امام خمینی بین مقام انشاء و دلالت (اراده‌ی اعلام شده) و اهداف واقعی طرفین (و به تعبیر ایشان «اغراض لبی») فرق گذاشته معتقدند:

« شرط، در مقام انشاء هیچ رابطه‌ای با خود عقد یا ثمن یا مبیع ندارد ... هر چند بر حسب اغراض لبی طرفین، شرط بیگانه‌ی از عقد نیست و به همین دلیل است که شرط ضمن عقد موجب تفاوت قیمت می‌شود و در صورت تخلف شرط حق خیار بوجود می‌آید».^{۲۶} بنابراین خیار تخلف شرط از احکام عقلایی شرط است نه نتیجه‌ی تعلیق یا تقیید عقد به وسیله شرط.^{۲۷}

به نظر می‌رسد بیان فوق از دیدگاه ظرفیت، عمدتاً بر تعریف گروهی از لغت شناسان از مفهوم شرط (الزام و التزام فی البیع و نحوه) و تأکید اغراق آمیز بر نقش کلمه‌ی «فی» در این تعریف مبتنی است. تفکیک بین مقام انشاء و دلالت و اغراض لبی با استدلال محکمی پشتیبانی نمی‌شود. قصد مشترک طرفین تا حدودی که مورد انشاء قرار بگیرد منشاء آثار حقوقی است و گرنه به منزله‌ی اغراض و انگیزه‌های شخصی است که عدم تحقق آن هیچ ضمانت اجرایی ندارد. پذیرش اینکه شرط و عقد در مقام اثبات فاقد هر گونه ارتباط بوده، در عین حال شرط لازم الوفاء بوده و تخلف از آن موجب خیار باشد، بسیار دشوار است.

در پایان یادآور می‌شویم که مرحوم محقق اصفهانی هم، درباره‌ی رابطه‌ی شرط و عقد دیدگاه ظرفیت را مورد توجه قرار داده اما برخلاف امام خمینی، بین ظرفیت عقد برای شرط و ارتباط بین التزام عقدی و التزام شرطی ناسازگاری ندیده است.^{۲۸} البته ایشان احتمال «ظرفیت محض» را هم مطرح نموده‌اند به این توضیح که: ممکن است در جایی التزام شرطی جنبه‌ی تبعی نداشته باشد و عقد بیع صرفاً ظرف تحقق التزام باشد. در این صورت تخلف شرط موجب پیدایش خیار نخواهد بود.^{۲۹} حقیقت این است که فرض ظرفیت محض به این معناست که شرط و عقد هیچگونه ارتباطی با یکدیگر ندارند و چنین شرطی، به اعتقاد بسیاری از فقیهان در حکم شرط و عقد هیچگونه ارتباطی با یکدیگر ندارند و چنین شرطی، به اعتقاد بسیاری از فقیهان در حکم شرط ابتدایی است و شرط ضمن عقد محسوب نمی‌شود.^{۳۰}

۲۶- امام خمینی، البیع، ج ۵، ص ۲۴۴

۲۷- همان جلد ۱، ص ۸۸

۲۸- اصفهانی محمد حسین، حاشیه مکاسب، تحقیق عباس محمد آل سباع، ۵ جلد، دارالمصطفی لاحیاء التراث قم، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۴، ص ۱۷۵. این قرائت از نظریه‌ی ظرفیت را می‌توان تحت عنوان «ظرفیت و التزام تبعی و ضمنی» مورد مطالعه قرار داد.

۲۹- همان، ص ۱۷۶: «والتحقیق ان الالتزام البیعی قدیکون صرفاً محضاً للاتزام الشرطی، فیکون الفرض من اخذه فیه تصحیح الشرط فقط حیث ان الشرط لا فی ضمن العقد اما لیس بشرط او غیر صحیح ...»

۳۰- رک «همان، ج ۵، ص ۱۷۰. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، همان، ج ۳، ص ۲۹۷، ایروانی غروی، علی، حاشیه مکاسب، تحقیق باقر فخار اصفهانی، قم، دار ذوی القربی، ۳ جلد، چاپ اول، ۱۴۲۱ هـ.ق، ج ۳، ص ۲۸۹. به عقیده این فقیهان شرط ابتدایی شرطی است که با عقد مرتبط نباشد خواه در عقد ذکر شود یا نه. به عنوان مثال محقق یزدی می‌نویسد: «انه بناء علی عدم الاعتبار بالشروط البدویة فاللازم ذکر الشرط فی العقد علی وجه یرتبط به، والا فلو التزم

و - دیدگاه ترکیب

بعد از بیان دیدگاه‌های مختلف می‌توان آمیزه‌ای از برخی از آن نظریه‌ها را وسیله‌ی تحلیل رابطه‌ی میان عقد و شرط قرارداده و دیدگاه منتخب را چنین بیان نمود :

اولاً برخلاف نظریه‌ی شهید اول نقش شرط تقیید محض نیست. شرط ضمن عقد، آنطور که دیگر فقیهان گفته‌اند، واجب الوفاء است. پس دیدگاه ترکیب، مانند چهار نظریه‌ی پیش از آن به شرط ضمن عقد به عنوان ابزاری برای الزام و التزام می‌نگرد.

ثانیاً تفصیلی که محقق یزدی میان شرط فعل و شرط صفت گذاشت و در مورد شرط صفت از نظریه‌ی تقیید متابعت نمود، منطقی بنظر می‌رسد. بنابراین دیدگاه ترکیب بیشتر ناظر به شرط فعل است.^{۲۱} ثالثاً مبنای اصلی دیدگاه ترکیب، در حد اطلاع و تتبع نگارنده، برای نخستین بار، البته نه تحت همین نام، بوسیله‌ی مرحوم مراغی مطرح شده است. ایشان پس از طرح دیدگاه تقیید و رد آن، به حقیقت معنای شرط اشاره کرده و آن را عبارت از ایجاد علاقه و پیوند میان عقد و شرط می‌داند^{۲۲} و معتقد است وقتی شرطی در ضمن یک عقد گنجانده می‌شود به این معناست که طرفین خواسته‌اند آن دو با هم واقع شوند. لذا شرط از اجزاء عوض و معوض گشته و غرض متعاملین به مجموع عقد و شرط به صورت مرکب تعلق می‌گیرد. یعنی دو چیز برای آنها مطلوبیت دارد یکی عقد که مطلوب اصلی و دیگری شرط که مطلوب تبعی است. از این منظر، خیار تخلف شرط نظیر خیار تبعض صفقه، مستند به تعدد مطلوب و ترکیب مقصود است. منتهی در مورد تبعض صفقه، مطلوب چند چیز در عرض هم است، ولی در مورد عقد مشروط، مطلوب دو امر طولی است، چون تعهد مربوط به شرط تعهد فرعی است و در طول تعهد ناشی از عقد (تعهد اصلی) قرار می‌گیرد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

فی عقد البیع بخیاطة ثوب المشتري مع عدم الارتباط بالبيع علی وجه یکون جزء من المبيع و یکون تخلفه موجبا للخیار، لایکون الا شرط بدویا فالمراد من الشرط البدوی مالم یرتبط بالعقد و ان ذکر فی ضمنه علی وجه الاستقلال.» همان، ص ۲۹۷.

۳۱- برخی از حقوقدانان نیز برای شرط دو نقش قائل شده‌اند: نقش تقییدی و نقش ترکیبی. رک : کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، آثار قرارداد، انتشارات بهنشر، تهران، چاپ اول، ۱۳۶۸، ش ۵۵۴، ص ۱۳۶، البته از نظر ایشان نقش ترکیبی شرط محدود به جایی است که شرط ضمن عقد قراردادی جایز باشد. در این حالت ترکیب بین شرط و عقد به دو منظور انجام می‌شود : ۱- استفاده ی لزوم از عقد اصلی ۲- تبعی ساختن توافق مربوط به شرط

۳۲- حسین، میرعبدالفتاح، همان، ج ۲، ص ۲۷۴: «والتحقیق ان الشرط فی العقد انما هو، بمعنی الربط و احداث العلاقة بین العقد و ما شرط و لا یطلق الشرط علی الاکرام المستقل الذی لاربط له بشیء.»

منابع :

- ۱- اصفهانی، محمدحسین، حاشیه مکاسب، تحقیق عباس محمد آل سیاع، ۵ جلد، دارالمصطفی لاحیاء التراث، قم، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ.ق.
- ۲- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، اعداد لجنة تحقیق تراث الشیخ الاعظم، ۶ جلد، مطبعة باقری، قم، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ. ق
- ۳- ایروانی غروی، علی، حاشیه مکاسب، تحقیق باقر فخار اصفهانی، ۳ جلد، دارذوی القربی، قم، چاپ اول، ۱۴۲۱ هـ ق
- ۴- توحیدی، محمدعلی، مصباح الفقاهه (تقریرات درس آیه الله خویی)، ۷ جلد، موسسه انصاریان للطباعة و النشر، قم، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ هـ.ق.
- ۵- الجبعی العاملی، زین الدین (معروف به شهید ثانی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ۱۰ جلد، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۰۳ هـ.ق.
- ۶- ----، مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق موسسه المعارف الاسلامیة، ۱۵ جلد مطبوعه بهمین، قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
- ۷- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۵ جلد، انتشارات کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۱.
- ۸- حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، العناوین، ۲ جلد، موسسه النشر الاسلامی، التابعة لجماعة المدرسین، قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ.ق.
- ۹- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، تحقیق عباس محمد آل سیاع، قم، دارالمصطفی لاحیاء التراث، ۳ جلد، چاپ اول، ۱۴۲۳، هـ.ق.
- ۱۰- کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، آثار قرارداد، انتشارات بهنشر، تهران، چاپ اول، ۱۳۶۸، هـ.ش
- ۱۱- محقق داماد، دکتر سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی، ج ۱ (مالکیت-مسئولیت)، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ دهم، ۱۳۸۲ هـ.ش.
- ۱۲- مکی عاملی، ابو عبدالله محمدبن جمال الدین (معروف به شهید اول)، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیة، دارالتراث، بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ.ق.

- ۱۳- الموسوی الخمینی، سیدروح الله، البیع، ۵ جلد، موسسه‌ی مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، چاپ سوم، ۱۳۶۳ هـ.ش.
- ۱۴- نراقی، ملااحمد، عوائد الايام، مركز النشر التابع لمكتب الاعلام الاسلامی، قم، چاپ اول، ۱۳۷۵ هـ.ش
- ۱۵- نجفی خوانساری، موسی، منیة الطالب فی شرح المكاسب (تقریرات درس میرزای نائینی)، ۳ جلد، موسسه‌ی النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، قم، چاپ اول، ۱۴۲۱ هـ.ق.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



پروشکاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی