

## مفاد شرط فعل مالی ضمن عقد در حقوق اسلامی

دکتر سید مصطفی محقق داماد\*

خلاصه

در مبحث شروط ضمن عقد یک مسأله از جایگاه قابل توجهی بر خوردار و در حقوق مدنی دارای آثار بسیاری است. مسأله این است که آیا مفاد شرط فعل حکم تکلیفی است؟ اگر شرط، حاوی حکم تکلیفی است آیا مفاد آن حکم تکلیفی محض است یا علاوه بر آن حاوی حکم نیز وضعی است؟ به عبارت دیگر آیا مفاد شرط فعل برای مشروط له ایجاد حق می‌کند یا صرفاً تکلیفی است که انجام آن به عهده مشروط علیه گذاشته شده است؟ و اگر موجب حق است چه نوع حقی ایجاد می‌کند؟<sup>۱</sup> و بالاخره آیا شرط فعل صرفاً موجب مسؤلیت برای مشروط علیه است یا آنکه موجب ضمان است؟

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

\* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

۱. به نظر اینجانب یکی از مهمترین مباحث در ادبیات اسلامی، تفاوت میان حکم تکلیفی و حکم وضعی و سپس رابطه میان آنهاست، که یکی از بخشهای فلسفه حقوق اسلامی می‌تواند به شمار آید. آگاهان به ادبیات غربی پس از مقایسه، تصدیق خواهند فرمود نکاتی که فقها و اصولیین مسلمان در این زمینه مورد امان نظر قرار داده‌اند کاملاً از نظر غربیان مغفول مانده است. برای مقایسه به تحلیل «هوفیلد» در مورد حق مراجعه فرمایید. رک.

Hofeld W., *Fundamental Legal Conception as Applied in Judicial Reasoning* (1917), 26 Yale Law Journal.

Theories of Rights, Edited by: Jermy Walderon, (Oxford Readings in Philosophy), Oxford University Press, 1985.

همچنین برای دیدن نظریات اسلامی رک. شیخ انصاری، رسائل، ص ۳۵۱ همو، مکاسب، چاپ جدید، ج ۵، ص ۸؛ خراسانی، کفایةالاصول، ج ۲، صص ۳۰۶-۳۰۲، اجودالتقریرات (تقریرات اصول میرزای نایینی)، ج ۲، ص ۳۸۳ به بعد.

کلید واژه‌ها: شرط، حکم وضعی، حکم تکلیفی، حق ذمی، ضمان، مسؤلیت

\*\*\*\*\*

مقدمتاً لازم است گفته شود که رابطه حق و تکلیف چنین است که هر جا حقی «ذمی» وجود دارد، طرفین آن عبارتند از ذیحق و من علیه الحق. شخص نخست در فرض چنین حقی مالک مالی در ذمه شخص اخیر است و در صورت مطالبه ذیحق مکلف به ادای حق و افرام ذمه خویش است. ولی در آنجا که از سوی آمر شرعی تکلیفی بر عهده شخصی قرار داده می‌شود، متقابلاً چنین رابطه‌ای لزوماً برقرار نیست، و چه بسا تکلیفی مقرر می‌گردد و در مقابل آن حق به معنای خاص «ذمی» پدید نمی‌آید، هر چند حق مطالبه وجود یابد. برای مثال نفقه اقارب تکلیف است؛ فرزند مکلف است که نفقه والدین خود را بپردازد، ولی این امر تکلیف محض است و برای والدین حق به معنای خاص ایجاد نمی‌کند. لذا اسقاط والدین در این خصوص بی‌اثر است و به هیچ وجه تکلیف فرزندان را نسبت به ادای نفقه ساقط نمی‌سازد، و مطالبه آنان هم در وجود تکلیف اثری ندارد. درست است که والدین می‌توانند مطالبه کنند، ولی جواز مطالبه آنان به معنای حق ذمی نیست، به طوری که بتوانند حق خود را اسقاط کنند. جواز مزبور در اصطلاح فقه از نوع حکم است نه حق قابل اسقاط. چه بسا تکالیفی بر عهده افرادی وضع می‌گردد که به موجب آن افرادی ذینفع خواهند شد و از آن رهگذر می‌توانند مطالبه کنند و از این رهگذر می‌توانند مطالبه کنند. ولی حق ذمی در اصطلاح فقها امری بالاتر از این‌هاست و نشانه آن صرفاً قابلیت مطالبه نیست. حق به نظر آنان رتبه نازله ملک و

بلکه چیزی از مقوله ملک است و آثاری دارد که در رأس آن قابلیت اسقاط و ابراء است.

حال مسأله این است، در مواردی که مورد شرط (مشروط به) پرداخت مال و یا عملی دارای ارزش مالی است، آیا مفاد شرط، یک تکلیف محض همچون نفقه اقارب است یا موجد حقی از نوع «ذمی» همانند نفقه زوجه برای مشروط له است؟

در پاسخ به این سؤال، در فقه نظریات مختلفی ارائه شده است که به اهم آنها اشاره می‌کنیم:

### ۱ - نظریه حق فسخ

بعضی فقها با استناد به اصل عدم تکلیف مشروط علیه معتقدند که «شرط»، تکلیفی بر عهده مشروط علیه قرار نمی‌دهد و صرفاً مدلول آن اعطای حق فسخ به مشروط له در فرض عدم تحقق شرط است، و هیچگاه مشروط علیه را مکلف به انجام مشروط به نمی‌نماید. شهید اول در زمره این گروه از فقیهان است. وی تصریح می‌کند که بر مشروط علیه انجام شرط، واجب و لازم نیست و فایده شرط صرفاً آن است که عقدی که شرط در ضمن آن قرار گرفته حالت لزوم خود را از دست می‌دهد و برای مشروط له این اختیار را بوجود می‌آورد که در صورت عدم انجام، عقد را فسخ کند.<sup>۱</sup>

۱. لمعه: «و کذا کل شرط لم یسلم یفید تخیر و لا یجب علی المشترط فعله و انما فائده جعل البیع عرضه للزوال». شرح لمعه، ج ۳، ص ۵۰۶.

## ۲ - نظریه تکلیف محض

به اعتقاد مشهور فقیهان، وفای به شرط یک تکلیف شرعی محض است. مرحوم شیخ انصاری پس از نقل این نظریه، ادله آنان را به ترتیب می‌شمرد.<sup>۳</sup>

در رأس ادله آنها ظاهر حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم»<sup>۴</sup> است؛ با این توجیه که لحن حدیث گرچه به گونه اخباری است نه انشایی، اما بدون تردید در مقام انشاء و تشریح صادر گردیده است، زیرا بسیاری از مؤمنان به شروط و تعهدات خود پایبند نیستند، پس حمل آن بر مفاد خبری مستلزم کذب خواهد بود.

## ۳- تکلیف و حق مطالبه (وجوب حقی)

جمعی از فقیهان برآنند که شرط، فراهم آورنده حکم تکلیفی و حکم وضعی است و به عبارت دیگر شرط موجب تکلیف به عهده مشروط علیه و حکم وضعی به نفع مشروط له به نحو توأمان است. ولی حکم وضعی مزبور را صرفاً در حق مطالبه محدود کرده‌اند، یعنی از یک سو مشروط علیه تکلیف می‌یابد که به شرط وفا کند و از سوی دیگر مشروط له حق دارد انجام آن را مطالبه کند. عده زیادی از فقیهان از جمله میرفتاح مراغی<sup>۵</sup> و امام خمینی<sup>۶</sup> بر این نظرند.

۳. انصاری، مکاسب، ج ۶، مجمع الفکر الاسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۲۰ قمری، ص ۶۲.

۴. حرّ عاملی، وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۲۰ از ابواب المهور.

۵. «و احتمال آن وجوب الوفاء تکلیف علی المشرط لا حق للشارط فیهِ حتی یطالبه، بعید عن باب المعامله و من المعلوم ان وجوب الوفاء علیه لحق للشارط». میرفتاح، العناوین، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۸۲.

۶. «وجوب العمل من احکام الشروط مطلقاً». خمینی، روح الله، همان، ص ۲۲۱.

پیروان این نظریه در واقع در مقابل نظریه آتی یعنی «حق ذمی» ایستاده و بر انکار آن اصرار ورزیده‌اند. به عقیده آنان لزوم وفای به شرط، نه تنها یک وجوب تکلیفی که یک وجوب حقی نیز می‌باشد، لذا مشروط له می‌تواند آن را اسقاط نماید.

#### تفاوت نظریه دوم و سوم

تفاوت نظریه دوم با نظریه سوم این است که به موجب نظریه دوم (حکم تکلیفی محض بدون هرگونه حکم وضعی) نیز اشخاصی که از تکلیف مزبور ذینفع هستند می‌توانند مطالبه کنند، ولی «توانستن» در اینجا یک حکم شرعی به معنای جواز است، نه یک «حق» به معنای امتیاز قابل اسقاط. درست همانند حکم تکلیفی وجوب نفقه اقارب که بر عهده شخص قرار می‌گیرد؛ اقارب می‌توانند مطالبه کنند، ولی نمی‌توانند اسقاط کنند. یعنی توانستن آنان به معنای جواز است و در فرض درخواست، حاکم حکم تکلیفی‌ای را که شرعاً به عهده شخص نهاده شده بر اجرای آن الزام می‌کند. در حالی که به موجب نظریه سوم (تکلیف توأم با حق) حق مطالبه از مقوله حقوق و واجد ویژگی‌های آن از قبیل قابل اسقاط بودن است

#### ۴- تکلیف و حق مالی ذمی

بر طبق این نظریه، شرط موجد یک نوع حق مالی است. و برای صاحب آن حق دینی بوجود می‌آورد؛ حتی گاه حق دینی مزبور می‌تواند به حق عینی تبدیل گردد. بر این اساس دیگر تعذر یا تخلف از شرط، مشروط له را بر سر دوراهی فسخ یا امضای مجانی عقد سرگردان و شگفت

زده نمی‌کند، بلکه مشروط له در ردیف حقوق سنتی و مشهور خود یعنی اجبار و فسخ، حق مطالبه بهای مالی شرط را نیز دارد. این نظریه که از دید قانون مدنی متروک و از دید فقهی مطرود واقع شده، توجه شماری از فقیهان به ویژه فقیهان عرفی مسلک را، اگر نه بالجمله دست کم فی الجمله به خود جلب کرده است. پیشاپیش این دسته از فقیهان تا آنجا که استقراء این تحقیق نشان می‌دهد، مرحوم علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء و به پیروی از او مرحوم صیمری در غایه المرام است.

در میان معاصران، بیش از همه مرحوم سید یزدی<sup>۷</sup> در آثار خود به ویژه عروة الوثقی بر این امر فتوی داده و سپس مرحوم سید محسن حکیم<sup>۸</sup> از شارحین عروة الوثقی به توجیه آن پرداخته است، ولی حاشیه نویسان دیگر آشکارا با آن مخالفت ورزیده‌اند<sup>۹</sup>. البته فروض روشن این بحث زمانی است که موضوع شرط فی نفسه (یعنی بدون تبعیت از عوضین) مالیت داشته باشد، مانند شرط خیاطت که بدون آنکه ارزش خود را از عوض یا معوض کسب کرده باشد اصولاً دارای ارزش و مقدار است، و یا جایی که موضوع شرط، پرداختن مالی باشد.

به گفته طباطبایی یزدی، نظر شیخ انصاری در این مسأله از ابهام برخوردار است<sup>۱۰</sup>. به نظر می‌رسد که بی‌تردید شیخ به حکم تکلیفی محض

۷. طباطبایی یزدی، عروة الوثقی، ج ۵، ص ۱۱۶.

۸. حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۱۵۰.

۹. خویی، مستند العروة الوثقی، تقریرات، به قلم بروجردی، کتاب الاجاره، ۱۳۶۵، ص ۴۰۸.

۱۰. طباطبایی یزدی، حاشیه مکاسب، ج ۳، ص ۱۶۰.

نمی‌تواند قائل باشد. به نظر شیخ دو حکم - تکلیفی و وضعی - از ناحیه شرع وضع نمی‌شوند، حکم وضعی حکمی است تبعی که لازمه حکم تکلیفی است.<sup>۱۱</sup> ولی اینکه ایشان حکم وضعی تبعی را در این مورد چه می‌دانند، آیا در حق مطالبه خلاصه می‌کنند یا حق «ذمی»؟ کلام ایشان مضطرب است.

### نقد و بررسی

برای روشن شدن مبانی فقها و نظریه مورد انتخاب توجه به مطالب زیر به ترتیب ضروری به نظر می‌رسد:

۱- بی‌تردید شرط از منابع تعهد و موجب نوعی حق به نفع مشروط له و به عهده مشروط علیه است. بنابراین به نظر ما پذیرش نظریه‌های اول و دوم کاملاً منتفی است، زیرا ناشی شدن حق از شرط امری است که نه تنها عرف می‌پذیرد که روایات و احادیثی که در آنها به حدیث «المؤمنون عند شروطهم» تمسک شده، وجود حق برای مشروط له را تأیید می‌کنند. منتهی باید بررسی کنیم که حق مزبور چگونه حقی است؟

۲- باید دانست که در «حقوق مالی بر اشخاص» سه رکن وجود دارد:

یک- ذی‌حق.

دو- من علیه الحق.

سه- موضوع حق.

در مورد حقی که به موجب شرط ایجاد می‌شود، مشروط له صاحب حق است، و می‌تواند ایفای موضوع حق را از مشروط علیه مطالبه کند، و در صورت استنکاف از دادگاه اجبار و الزام او را بخواهد.

۳- موضوع حق ناشی از شرط، لزوماً همیشه مال نیست؛ گاهی مال است و گاهی عمل و یا ترک عمل است. عمل مزبور گاهی قابل ارزیابی به مال است و گاهی چنین نیست. بنابراین حقی که به موجب شرط برای مشروط له ایجاد می‌شود، اگرچه حقی است بر عهده مشروط علیه، ولی حق لزوماً همواره مالی نیست، گاهی حقی مالی و گاهی غیر مالی است. در تعریف حق غیر مالی می‌توان گفت: «امتیازی است که هدف از اعطای آن رفع نیازهای عاطفی و اخلاقی انسان است». آنجا که زوجه در ضمن عقد نکاح شرط می‌کند که زوج او را از شهری که والدینش زندگی می‌کنند خارج نسازد، درست است که به موجب شرط، زوجه حقی بر عهده زوج خواهد داشت، ولی بی‌گمان یک حق مالی محسوب نمی‌شود، زیرا موضوع حق مزبور مال نیست و صرفاً یک امتیاز به نفع زوجه است. حق ولایت و حق حضانت نیز از همین قبیل است. اکثر حقوق سیاسی اشخاص از این دسته می‌باشند. و از آن جهت که حق و بر عهده طرف مقابل است قابل اسقاط می‌باشد، و چون حق مالی نیست و صرفاً یک حق شخصی است قابل انتقال و واگذاری نمی‌باشد.<sup>۱۲</sup>

۴- در مواردی که موضوع حق ناشی از شرط، مال است و حق مزبور از حقوق مالی محسوب می‌باشد، چند حالت متصور است:

۱۲. به نظر ما مواردی که نه قابل انتقال و نه قابل اسقاط می‌باشند حق نیستند، بلکه صرفاً از مقوله احکام محسوب می‌شوند.



الف- مال مزبور عین معین و تملک آن به نحو شرط نتیجه شرط شده است در این صورت شرط موجد حق عینی از نوع اصلی است، یعنی عین همراه با قبول شرط در دارایی مشروط له که صاحب حق است به طور کامل وارد می‌گردد. «صاحب حق عینی نیاز ندارد که اجرا و رعایت آن را از حاکم بخواهد، او سلطه‌ای بی‌واسطه دارد. این نیاز زمانی احساس می‌شود که حق مورد تجاوز قرار بگیرد».<sup>۱۳</sup> مشروط له در این فرض نیز اگر برای دریافت مالی که از طریق شرط نتیجه مالک شده است به دادگاه مراجعه می‌کند برای تثبیت مالکیت نیست. مراجعه او درست مانند کسی است که برای گرفتن مالش از غاصب به دادگاه مراجعه می‌کند. در اصطلاح فقها برای این رابطه به جای «حق عینی» از «ملک» استفاده می‌شود.

ب- مال مزبور عین معین و تملیک آن به نحو شرط فعل شرط شده است پر واضح است که این فرض، با فرض قبل کاملاً تفاوت دارد، زیرا موضوع حق در فرض قبل «ملکیت» است که از مقوله اعتباریات می‌باشد و در این فرض «تملیک» است، که فعلی حقوقی به عهده مشروط علیه قرار گرفته و نه اعتباری که از مقوله واقعیات است و در صورت انجام آن توسط مشروط علیه مالکیت برای مشروط له اعتبار می‌گردد، و مشروط له حق عینی اصلی و کامل نسبت به آن عین خواهد یافت، و مادام که فعل حقوقی تملیک توسط متعهد انجام نشده، مالکیت اعتباری پدید نخواهد شد و

۱۳. رک. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، شماره ۲۴۰.

رابطه حق عینی از نوع اصلی آن که کامل است و مطلق، میان مشروط له با عین مزبور به وجود نخواهد آمد.

حال سخن در این است که قبل از انجام فعل حقوقی تملیک توسط مشروط علیه، میان مشروط له و آن عین چه نوع رابطه‌ای وجود دارد؟ در پاسخ به این سؤال به نظر می‌رسد که برای مشروط له یک حق عینی تبعی با عین معین بوجود می‌آید. حق مزبور از نوع اصلی نیست، بلکه از نوع تبعی است. توضیح این که:

همانطور که قبلاً گفتیم در هر حقوق مالی سه رکن وجود دارد، شامل طرفین حق و موضوع حق. در این فرض موضوع حق عمل است، یعنی عمل تملیک عین معین که بر عهده مشروط علیه است و مشروط له حق مطالبه آن را دارد. لذا هرچند تا وقتی که عمل مزبور انجام نگرفته رابطه حق عینی اصلی میان صاحب حق، یعنی مشروط له با عین پدید نمی‌آید، ولی رابطه حق عینی تبعی بوجود می‌آید. اگر رابطه حق عینی اصلی بوجود می‌آمد رابطه مزبور تنها دارای دو رکن بود: یکی شخصی که صاحب حق است و دیگری مالی که موضوع حق است. در حالی که در اینجا بی‌تردید رابطه سه رکن دارد، و رکن سوم شخصی است که عهده او مشغول به ایفای موضوع حق است. لذا رابطه میان صاحب حق با عین نمی‌تواند از قبیل حق عینی اصلی باشد، ولی می‌تواند تبعی باشد. حق عینی تبعی حقی است که به تبعیت یک حق بر عهده دیگری نسبت به چیزی تحقق می‌یابد که آن چیز متعلق ایفای به عهد است. مانند موردی که عین معین وثیقه طلب قرار می‌گیرد. این حق به طلبکار اختیار می‌دهد تا در صورت امتناع بدهکار از پرداخت دین، طلب خود را از محل فروش وثیقه دریافت کند، ولی تا وقتی که عمل حقوقی فروش و تملیک صورت

نگرفته، رابطه حق عینی اصلی بر قرار نمی‌گردد و صرفاً حق عینی تبعی وجود دارد، یعنی به صاحب آن اختیار انتفاع و تصرف نمی‌دهد، ولی عین مزبور مورد تعلق حق تبعی است و از این رهگذر حق عینی اصلی و سلطه مالکیت مالک آن را محدود و مقید می‌سازد.

شیخ انصاری در مبحث شروط عوضین چنین مطرح کرده است:

«شرط دوم از شروط عوضین آن است که عوضین «طلق» باشند»<sup>۱۴</sup> ایشان در تبیین معنای «طلق» می‌گویند: «یعنی آنکه مالکیت مالک از هرگونه تعلقی رها باشد». ایشان برای محدود کردن مالکیت مواردی را ذکر می‌کنند که فرض معروف و مشهور آن چند مورد است، از قبیل وقف بودن، یا در رهن بودن؛ ولی می‌گویند که یکی از معاصرین ایشان بیش از بیست حق را ذکر کرده‌اند که مالکیت را محدود و مقید می‌سازند و منافی با «طلق» بودن مورد معامله می‌باشند.<sup>۱۵</sup>

مقصود ایشان از شخصیت معاصرشان، شیخ اسدالله تستری صاحب مقابیس است. هرچند در میان حقوقی که شیخ انصاری از معاصرشان نقل کرده‌اند صراحتاً حق ناشی از شرط دیده نمی‌شود، ولی وجود حق ناشی از حق خیار و نذر متعلق به عین را موجب خروج از مطلق بودن مالکیت دانسته‌اند که از نظر مناط و ملاک با سایر شروط وحدت ملاک دارد.<sup>۱۶</sup>

البته محدود شدن مالکیت به معنای آن نیست که اگر معامله‌ای انجام گیرد باطل است، بلکه نظر به اینکه خلل معامله انجام شده به علت تعلق حق مشروط له است، نتیجه آن عدم نفوذ خواهد بود که با اعلام رضایت او نافذ خواهد شد.

۱۴. مکاسب، ج ۴، ص ۲۹.

۱۵. همان، ص ۳۱.

۱۶. همان جا.

ج- موضوع حق ناشی از شرط مالکیت عین کلی است که به نحو شرط نتیجه ملحوظ شده باشد

مانند اینکه مالکیت یک تن گندم در ذمه شخصی به نفع دیگری شرط شود. معنا و مفهوم چنین شرطی این است که شخصی به موجب شرط خود را بدهکار دیگری و او را مالک مافی الذمه خود سازد. برای تحلیل حقوقی این مسأله به مباحث زیر توجه فرمایید:

مالک ساختن دیگری نسبت به مافی الذمه خود از طریق قراردادهایی نظیر بیع و نیز از طریق ضمانات قهری بی تردید امکان پذیر است؛ مانند اینکه کسی یک تن گندم کلی به دیگری می فروشد و یا از دیگری فرشی را به یک میلیون تومان می خرد، و یا یک تخته فرش او را تلف می کند. در صورت اول خریدار مالک یک تن گندم در ذمه فروشنده شده و در صورت دوم فروشنده مالک یک میلیون تومان در ذمه خریدار شده و در صورت سوم صاحب فرش مالک مثل یا قیمت آن در ذمه تلف کننده شده است.

در این فروض آنچه در ذمه وجود دارد از مصادیق ملک و دارایی عینی است. به تعبیر دیگر در این گونه موارد حق دو رویه دارد<sup>۱۷</sup>، عینی و ذمی. فقها این گونه دارایی را از مصادیق حق بیرون برده و آن را به ملک

۱۷. برای دیدن نظریه مخالف رک. امامی، حسن، حقوق مدنی. و سپس شاگردان متأثر از ایشان از جمله دکتر مهدی شهیدی (رحمة الله علیهما). این بزرگواران بیعی را که مبیع آن کلی است عهدی دانسته اند نه تملیکی، و تسلیم را عامل تملیک می دانند. در حالی که توالی فاسده بسیاری بر این نظر مترتب است، از جمله اینکه لازمه این نظر آن است که تسلیم همواره موجب تملیک باشد هر چند عقد هم فاسد باشد، در حالی که عقد فاسد به هیچ وجه اثر ندارد، هر چند تسلیم صورت گرفته باشد. دیگر اینکه در مواردی که شخص به نحو کلی مالی را خریداری کرده قبل از تحویل او مالک شناخته نشود، در حالی که مسلماً او مالک است و می تواند آنچه خریده و به ذمه فروشنده می باشد را مهریه زوجه در عقد نکاح قرار دهد.

تعبیر کرده‌اند که شاید به جهاتی دقیق‌تر از روشی است که حقوق معاصر انتخاب کرده و همه را داخل در مصادیق حق قرار داده است. در قانون مدنی ایران به تبعیت از فقه از یک طرف در تعریف بیع گفته می‌شود: «بیع تملیک عین است به عوض معلوم» (ماده ۳۳۸ قانون مدنی) و از طرف دیگر گفته می‌شود «مبیع ممکن است .... کلی ما فی الذمه باشد» (۳۵۰ قانون مدنی). با توجه به دو ماده فوق، قانونگذار مدنی ایران به تبعیت از فقها عقد بیع را مطلقاً، اعم از آنکه مبیع کلی باشد یا عین معین، تملیکی دانسته است.

مالک ساختن دیگری بر ذمه خود نیاز به سببی دارد که اعتبار آن مورد تأیید شرع و قانون قرار گرفته باشد. مسلماً سببیت عقد معتبر شناخته شده، همانطور که از طریق ایقاع پذیرفته نشده است. ولی اینکه آیا از طریق شرط ضمن عقد این امر امکان پذیر است یا خیر، در میان فقیهان مورد اختلاف است. بعضی بر منع آن اصرار می‌ورزند<sup>۱۸</sup> و برخی آن را بلاشکال می‌دانند.<sup>۱۹</sup>

به نظر ما عموم ادله نفوذ شروط برای نافذ بودن این امر کافی است، مگر در مواردی که منع شرعی در میان باشد، مثل مواردی که مفاد شرط خلاف قواعد و موازین امری شرع (به نحو عزیمت نه رخصت) است.

پذیرفتن نفوذ تملیک ذمه و بدهکار ساختن خود از طریق شرط نتیجه آثاری دارد، از جمله آنکه مورد شرط از دارایی بالفعل مشروط له و

۱۸. خوبی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، صص ۲۹۹ و ۳۶۰.

۱۹. طباطبایی یزدی، عروة الوثقی.

از دیون بالفعل مشروط علیه محسوب شود، مشروط له در زمره سایر طلبکاران وی قرار گیرد و در فرض امتناع مشروط علیه، مشروط له بتواند مورد شرط را از اموال او تأمین، و در فرض مرگ از ترکه وی برداشت نماید.

د- موضوع حق ناشی از شرط، ملکیت مالی کلی نیست که در فرض سابق بود، پرداختن مالی کلی است که به نحو شرط فعل ملحوظ شده است  
مانند آنکه پرداختن یک میلیون تومان و یا تسلیم یک تن گندم شرط شده باشد. تفاوت این فرض با فرض قبلی کاملاً واضح است، زیرا موضوع حق در فرض قبل عین است و حقی که برای مشروط له بوجود می آید حق عینی ذمی است، در حالی که در فرض اخیر حق مشروط له عمل تسلیم مال است.

انعقاد اینگونه شروط بر خلاف صورت قبلی (شرط نتیجه)، از نظر فقهی با هیچ مشکلی مواجه نمی باشد. حتی همان دسته از فقیهانی که صورت پیشین را با اشکال شرعی مواجه می دانند، این صورت را به آسانی می پذیرند.<sup>۲۰</sup> ولی مشکل دیگری در اینجا وجود دارد که عبارت است از تحلیل ماهیت حقوقی مفاد شرط. سؤال این است که شرط برای مشروط له چه نوع حقی ایجاد می کند؟

به موجب نظریه سوم، مفاد شرط در اینجا صرفاً یک «حق مالی غیرعینی» است؛ یعنی اولاً تکلیف محض نیست، مفاد شرط هم حق است و هم تکلیف. و ثانیاً حق ناشی شده از شرط، از نوع حقوق مالی یعنی قابل

۲۰. خویی، همان.

ارزیابی به مال است نه از نوع حقوق عاطفی و اخلاقی. و ثالثاً حق مزبور از نوع حق عینی ذمی یعنی مالکیت فی الذمه نیست، تا همچون سایر املاک و حقوق عینیه مورد سلطه کامل مالک باشد و بتواند تمامی تصرفات مالکانه از قبیل نقل و انتقال و غیرو را نسبت به آن انجام دهد. حق مزبور حقی شخصی است و اثر مترتب بر آن صرفاً این است که می‌تواند طرف مقابل را الزام به ایفاء کند.

به دیگر سخن تفاوت حق مالی ناشی از شرط فعل با مالکیت فی الذمه این است که در این فرض صاحب حق می‌تواند به طور غیر مستقیم، یعنی توسط طرف مقابل، با اموال خارجی ارتباط پیدا کند و راه عملی آن این است که اجرای آن را از دادگاه بخواهد. در حالی که در مالکیت ما فی الذمه رابطه مستقیم با مال برقرار است و به صاحب آن اختیار می‌دهد تا به طور مستقیم از موضوع آن استفاده کند. در این فرض اثر شرط «تعهد»، یعنی التزام است، حال آنکه در فرض قبلی، اثر شرط تملیک مافی الذمه می‌باشد. حقی که تعهد برای متعهد له ایجاد می‌کند حق مطالبه و الزام است. چنین حقی عرفاً از مصادیق مالکیت محسوب نیست و بنابراین کلیه احکام مالکیت نمی‌تواند بر آن بار باشد، هر چند که قابل ارزیابی به پول است.

در حقوق معاصر و به ویژه نظریه عمومی تعهد، آن جا که به موجب تعهد حق مطالبه برای متعهد له بوجود می‌آید، آن را در شمار یکی از عناصر دارایی او می‌آورند و به عنوان مال مطالبه می‌کنند<sup>۲۱</sup>. ولی از نظر فقها پذیرفتن این امر با مشکل جدی مواجه است. برخی فقها با توجه به تفاوت عمیقی که در نظریه شروط، میان اثر حاصل از شرط نتیجه با اثر

۲۱. کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، ص ۲۲.

حاصل از شرط فعل وجود دارد، بر این امر پافشاری دارند که شرط نتیجه مشروط علیه را «ضامن» می‌سازد و برای مشروط له مالکیت در ذمه می‌آورد، ولی اثر حاصل از شرط فعل صرفاً التزام به عمل است، و به عبارت حقوق امروز مسؤولیت است نه ضمان و بنابراین برای مشروط له دارایی افزون نمی‌کند، هر چند برای او حق الزام به بار آورد. به نظر آنان کسی که به نفع او پرداخت یک میلیون تومان شرط شده است، بی تردید نمی‌تواند خود را بالفعل مالک یک میلیون تومان بداند، به طوری که مبلغ مزبور را مثلاً ثمن معامله قرار دهد، ولی حق دارد مبلغ مزبور را مطالبه کند و در صورت امتناع، از دادگاه الزام به پرداخت را بخواهد. دادگاه نخست او را امر به پرداخت می‌کند و در صورت امتناع، از باب ولایت بر ممتنع نسبت به انجام واجبات و تکالیفش، از مال او برمی‌دارد و به مشروط له پرداخت می‌کند. چنانچه قبل از مطالبه و صدور حکم دادگاه مرگ مشروط علیه اتفاق بیفتد، نباید مالی از ترکه او خارج گردد، چون تعهد مزبور هنوز به یک حق مالی عینی تبدیل نشده است که رابطه مستقیم با اموال خارجی پیدا کرده باشد. حق ناشی از تعهد، حقی است که به طور غیر مستقیم با اموال خارجی مرتبط می‌شود، یعنی صاحب حق می‌تواند از طریق حکم دادگاه با اموال متعهد مرتبط گردد، نه به طور مستقیم.

گونه دیگر این بحث در چارچوب فقهی این است که «ضمان»، یک حکم وضعی است و عوامل آن توسط شرع احصاء شده است. آنجا که مال توسط غاصب غصب می‌شود، او «ضامن» است و معنای آن این است که مال مغضوب در ذمه او قرار می‌گیرد و مادام که عین و یا عوض آن را مسترد نکند، ذمه او مشغول است. این حکم، از جمله «علی الید ما اخذت



حتی توذیه<sup>۲۲</sup> استفاده شده که لسان آن به هیچ وجه شکل تکلیفی و یا به تعبیر دیگر دستوری و امری ندارد، یعنی گفته نشده «مال گرفته را باید برگرداند» که یک تکلیف است، گفته شده «مال در ذمه او وجود دارد» و تفاوت آن کاملاً روشن است. حکم نخست به عمل شخص غاصب تعلق گرفته، در حالی که مورد تعلق حکم اخیر عمل شخص غاصب نیست، حکم اخیر بیانگر وجود یک واقعیت اعتباری است، یعنی شارع که مقام صلاحیت‌دار برای اعتبار است، وجود مال مغبوب را در ذمه غاصب الی‌الاداء اعتبار کرده تا صاحب مال بتواند آن را مطالبه کند، خواه باقی و یا تلف شده باشد.<sup>۲۳</sup> و آنگاه که شخصی به دیگری مال کلی فی ذمه می‌فروشد و یا به ذمه می‌خرد نیز همین واقعیت یعنی «ضمان» که یک حکم وضعی است رخ می‌دهد.

در جایی که شخصی به دیگری یک تن گندم می‌فروشد، از نظر ادله شرعی، عقد مقدار گندم مزبور را در ذمه بائع برای مشتری وضع می‌کند، گویی همانطور که گندم در انبار موجود در مالکیت مشتری باشد، شرع وجود گندم مزبور را در ذمه بائع اعتبار می‌کند.

پس از ذکر این مقدمه می‌گوییم، اثر حاصل از شرط نتیجه می‌تواند یک حکم وضعی یعنی «ضمان» برای مشروط علیه و مالکیت در ذمه برای مشروط له باشد، اما اثر شرط فعل، یک حکم تکلیفی محض و متعلق آن عمل مشروط علیه است و اگر مشروط له می‌تواند مطالبه کند در حقیقت خواسته او انجام مشروط علیه به تکلیف قانونی خویش است، نه استرداد

۲۲. عوالی الثالی، ج ۱، ص ۲۲۴.

۲۳. مکاسب، ج ۳، ص ۱۸۱.

یک حق مالی متعلق به خود نزد مشروط علیه؛ دقیقاً همان تفاوتی که میان شرط نتیجه و اثر حاصل از عقد تملیکی با عقد عهدی وجود دارد. از نظر این دسته از فقیهان نتیجه عقد تملیکی مالکیت است، خواه متعلق آن عین خارجی و خواه در ذمه باشد. اما نتیجه عقد عهدی تعهد به انجام است و متعلق آن فعل متعهد است و نیروی الزام آور آن حکم تکلیفی قانونی نسبت به وفای به التزامات و تعهدات است.

اما پیروان نظریه اخیر، همانطور که قبلاً گفته شد معتقدند در مواردی که موضوع شرط عملی دارای ارزش مالی باشد، اثر حاصل از شرط یک امر دو رویه است، یعنی حکم تکلیفی همراه با حکم وضعی است. تکلیف بر عهده مشروط علیه و حق مالی برای مشروط له در ذمه مشروط علیه.

به موجب این نظر در این گونه موارد اثر شرط فعل و شرط نتیجه به یکدیگر نزدیک می‌شوند، یعنی همانگونه که اثر شرط نتیجه حکم وضعی ضمان است، تعهد به پرداخت هم علاوه بر تکلیف، اثر وضعی ضمان را نیز خواهد داشت.

#### نظریه مورد اختیار

به نظر می‌رسد اگر نظریه اخیر (تکلیف همراه با حق مالی ذمی) به طور مطلق و فراگیر قابل گفتگو و چون و چرا باشد، و بعضی صور آن را هم نتوانیم بپذیریم، لااقل در خصوص صورتی که پرداخت مالی، مورد شرط فعل است، قبول ضمان به نفع مشروط له مقتضای ذوق عرفی است. عرف تفاوتی میان آنکه شخصی از طریق شرط نتیجه ضامن مبلغی معین به نفع شخص دیگر باشد، با موردی که از طریق شرط فعل ملتزم به پرداخت

به او شده باشد نمی‌بیند، هرچند که این موارد با دقت عقلی ماهیتاً متفاوتند. در هر دو مورد عرف مشروط له را طلبکار و طرف مقابل را بدهکار می‌شناسد.

نکته قابل تأکید این است که حق ناشی از تعهد به پرداخت مال هرچند دارایی بالفعل نیست، ولی جای انکار نیست که دارایی بالقوه می‌باشد و بی‌تردید قضاوت عرف آن را در شمار حقوق دارای ارزش مالی قرار می‌دهد؛ هرچند که در بعضی موارد آن را با اموال بالفعل، متفاوت ارزیابی کند. به یقین عرف برای حقی که پس از مطالبه از متعهد توسط دادگاه به اموال خارجی مرتبط می‌گردد، در مقایسه با مال مادی و یا حتی مال بالفعلی که در ذمه دیگری است و صاحب آن می‌تواند آن را مستقیماً از طریق معاملات ناقله به دیگری منتقل سازد، ارزشی یکسان قائل نمی‌باشد، ولی در برخی موارد چندان فاصله‌ای نمی‌بیند، مثل آنکه شخصی بابت ثمن بیع از دیگری یک میلیون طلبکار باشد، با موردی که شخصی متعهد به پرداخت مبلغ مزبور شده باشد، عرف تفاوتی قائل نیست و ارزش هر دو را برابر می‌داند.

نگارنده البته به تفاوت عمیق میان ماهیت حقوقی شرط نتیجه با شرط فعل توجه دارد، و به هیچ وجه نمی‌خواهد آن دو را یکی بدانند، ولی معتقد است در مواردی که مورد شرط فعل پرداخت مال است، قصد طرفین هنگام توافق ایجاد حق دینی و ضمان است نه صرفاً انجام یک عمل. به عبارت دیگر درست است که در این گونه موارد متن قرارداد به صورت شرط فعل تنظیم می‌گردد، ولی در واقعیت امر اراده آنان قابل تفسیر به شرط نتیجه می‌باشد.

افزون آنکه، چه مانعی دارد تعهد و التزام را از اسباب ضمان و دین بدانیم؟ به دیگر سخن اگر پذیرفتیم که امکان دارد که شخص از طریق شرط نتیجه مدیون بالفعل دیگری شود و او مالک مافی الذمه وی گردد، مانعی به نظر نمی‌رسد که تعهد به پرداخت از طریق شرط فعل نیز از اسباب دین و ضمان محسوب شود، زیرا درست است که تحقق خارجی شرط یعنی پرداخت آن بالقوه و ارتباطش با اموال خارجی به نحو غیرمستقیم است، ولی تعهد و التزام بدون تردید فعلی است.

در تحلیل شرط نتیجه فقیهان این سؤال را مطرح کرده‌اند که وجوب وفای به شرط چه معنی دارد؟ و در پاسخ گفته‌اند:

«ان الوفاء لا یختص بفعل ما شرط بل یشمل ترتب الاثار علیه نظیر الوفاء بالعقد».<sup>۲۴</sup>

یعنی وفا تنها به معنای انجام یک فعل نیست، وفا شامل معنای ترتب آثار نیز می‌باشد، درست مانند وفا در مورد عقد (تملیکی). در عقد تملیکی وجوب وفاء وجود دارد، در حالی که عملی به عهده طرفین نسبت به مقتضای عقد مطرح نیست.

نظیر همین گفتگو به صورت دیگری در تحلیل ماهیت عقد هم در میان فقیهان بر قرار شده است. آنجا که می‌گویند اگر عقد حاوی مفهوم تعهد است (ماده ۱۸۰ قانون مدنی) و یا به قول فقیهان «العقد هو العهد» در عقود تملیکی که مقتضای عقد، تملیک است و همراه عقد انجام می‌گیرد، تعهد چه معنا دارد؟ تعهد به تسلیم مورد معامله؟ لزوم تسلیم مورد معامله که از احکام عقد است نه مقتضای آن. پس مورد تعهد چیست؟ و ایفای چه چیزی لازم است؟

۲۴. مکاسب، ج ۶، ص ۶۰

بهترین پاسخی که به این سؤال داده شده این است که عقد همواره حاوی عهد و التزام است. النهایه آنکه در عقود تملیکی خواه مورد معامله عین معین و خواه کلی باشد، ایفای به عهد همراه عقد به نحو بالفعل انجام می‌شود و در عقود عهدی ایفاء به عهد بالقوه و موکول به زمان خود است، هر چند که در هر دو مورد التزام و تعهد، بالفعل و همراه عقد است.

پاسخ فوق را می‌توان در شروط نیز جاری دانست. در تعریف شرط گفته شده است: «الشرط هو الزام الشی و التزامه»<sup>۲۵</sup> شرط عبارت است از الزام به چیزی و التزام به آن. منظور الزام از سوی مشروط له است و التزام از سوی مشروط علیه. پس در ماهیت شروط همواره الزام و التزام نهفته است، خواه در شرط فعل و خواه شرط نتیجه و یا صفت، النهایه می‌توان گفت که متعلق التزام در شرط نتیجه و صفت، همراه با انعقاد شرط ایفاء می‌شود و در شرط فعل ایفا موکول به وقت مقرر در شرط است.<sup>۲۶</sup>

۲۵. مکاسب، همان، ص ۱۱، به نقل از قاموس المحيط، ج ۲، ص ۳۶۸.  
 شیخ انصاری معتقد است که مدلول حدیث شریف نبوی «المؤمنون عند شروطهم» حکم تکلیفی است و قلمرو حکم تکلیفی صرفاً شرط فعل است، نه شرط نتیجه و نه شرط صفت. با این استدلال که تنها فعل است که قابل الزام است همانطور که قابل اسقاط هم می‌باشد، شرط نتیجه که همراه اشتراط محقق می‌شود، الزام به آن معنی ندارد، و شرط صفت هم یک امر خارجی است، یا موجود است و یا مفقود، عمل نیست تا الزام به آن قابل توجه باشد (مکاسب، ج ۶ ص ۵۹). طباطبایی یزدی از شارحین شیخ در نقد کلام وی می‌گوید «با توجه به مبنای شیخ مبنی بر اینکه حکم وضعی به تبع حکم تکلیفی جعل می‌گردد و چنین نیست که دو حکم وضعی و تکلیفی در عرض یکدیگر از ناحیه شرع وضع شوند (همان، ج ۵، ص ۱۸)، بنابراین چنانچه حکم تکلیفی مستفاد از حدیث مختص شرط فعل باشد و در مورد دو نوع دیگر شرط حکم تکلیفی وجود نداشته باشد، دیگر دلیلی جز اجماع برای صحت و نفوذ دو قسم دیگر وجود نخواهد داشت.» (طباطبایی یزدی، حاشیه بر مکاسب، ج ۳، ص ۳۰۲). سید طباطبایی یزدی به این نکته متذکر می‌گردد که معنای شرط به تصدیق خود جناب شیخ «الزام و التزام» است و چنین مفهومی مختص شرط فعل نیست و در همه اقسام باید قابل توجه باشد. اگر بتوانیم در قسم شرط صفت به توصیف مورد معامله برگردانیم، این توجیه در مواردی که مورد شرط فعل دیگری است منطقی نمی‌باشد. آنگاه می‌گویید: «ان الالتزام العرفی یمكن تفرقه وتحققه فیهما، فانا نراهم یلتزمون بامثال ذلك، فیقولون: علی عهدتی ان یفعل فلان کذا اویکون المبیع متصفا بكذا» (همان).

البته نگارنده متوجه این نکته می‌باشد که اگر نظر طباطبایی را در شرط مالی ضمن عقد بپذیریم و آن را موجب ضمان بدانیم، در فرض امتناع مشروط علیه از ادا، حق فسخ برای مشروط له منتفی خواهد بود، زیرا با شرط، ضمان در عهده مشروط علیه محقق گردیده و همانند شرط نتیجه، مفاد شرط تحقق یافته باید تلقی شود، و الزام حاکم، برای پرداخت دین است نه ایفای تعهد.

#### چند نمونه از ثمره بحث

اول- از نظر فقها، مقتضای اطلاق عقد اجاره آن است که مخارج روزانه اجیر به عهده خود اوست، نه به عهده مستأجر (کارفرما). ولی این امر می‌تواند با شرط، اعم از صریح و یا ضمنی و به هر حال توافق طرفین به هر نحو ملزومی تغییر یابد. بنابراین چنانچه به موجب شرط، مخارج روزانه اجیر به عهده مستأجر گذاشته شده باشد، او مکلف به ادا است. و مشروط له می‌تواند اجبار او را بخواهد.

حال سؤال این است که

- ۱- علاوه بر تکلیف، چه حقی برای مشروط له (اجیر) ایجاد می‌شود؟
  - ۲- در صورت تخلف، برای مشروط له چه امکانی وجود دارد؟
  - ۳- چنانچه اجیر شخصاً مخارج خود را هزینه کند و یا توسط دیگری متبرعاً هزینه شود، آیا اجیر حق مراجعه به مستأجر دارد؟
- پاسخ این سؤالات همه مبتنی بر مبانی مذکور در این مقال است به

شرح زیر:

بنابر نظر نخستین، هیچ گونه الزامی بر کارفرما میسور نیست و صرفاً در فرض امتناع برای اجیر حق فسخ متصور است.

به عبارت دیگر بنابر نظر اول، ضمانت اجرای تخلف از شرط، صرفاً وجود حق فسخ برای مشروط له نسبت به عقدی است که شرط در ضمن آن شده است (عقد اجاره) و هیچگونه الزامی بر مشروط علیه (کارفرما) نیست.<sup>۲۷</sup> و بنا بر نظر دوم پرداخت مخارج روزانه اجیر به موجب شرط صرفاً یک تکلیف به عهده کارفرما است، نه چیز دیگری.

بنا بر نظر سوم شرط مزبور برای مشروط له حق الزام می آورد و با توجه به رابطه شرط و عقد در فرض تخلف، حق فسخ نیز در عرض حق الزام بوجود می آید، ولی حق الزام به معنای حق ذمی دینی نیست، تا اجیر بتواند در فرض تخلف، مخارج خود را نسبت به گذشته مطالبه کند و یا در فرض موت از ترکه او برداشت نماید.<sup>۲۸</sup>

به موجب این نظر، وجوب پرداخت مخارج به عهده کارفرما همچون وجوب پرداخت نفقه اقارب است که دین محسوب نمی شود. چنانچه شخص کارگر و یا شخص اجنبی، بدون قصد تبرع از جانب کارفرما، مبادرت به هزینه نماید دیگر حق مطالبه از کارفرما ندارد.<sup>۲۹</sup>

بنابر نظر چهارم شرط مزبور برای مشروط له حق ذمی به عهده مشروط علیه قرار می دهد، و مانند سایر دیون قابل مطالبه است. چنانچه اجیر شخصاً و یا دیگری هزینه او را تأمین سازد، اثری در سقوط دین از عهده مشروط

۲۷. شهید اول، شرح لمعه، همان.

۲۸. خوبی، مستندالعروة الوثقی، همان، ص ۹۲ به بعد؛ نیز همان، ص ۴۰۸.

۲۹. همان.

علیه نخواهد داشت<sup>۳۰</sup>. در فرض موت نیز این دین به ترکه او تعلق خواهد گرفت. این همان نظری است که مورد تقویت طباطبایی یزدی قرار گرفته است. سید محسن حکیم حاشیه‌پرداز ایشان در توجیه نظریه چنین گفته است:

«عملا بالشرط الموجب للاستحقاق».

یعنی مقتضای شرط، ایجاد حق (دینی) است. در حالی که محقق خویی در نقد نظریه ایشان گفته است:

«ویندفع بعدم اقتضاء الشرط ماعدا التکلیف المحض دون الاستحقاق الوضعی بحیث تكون ذمة المشروط علیه مشغولة للشارط و مدینا له بالنفقة لکی یطلب منه ما یملکه علیه کما هو الحال فی سایر الشروط المذكورة فی ضمن العقود کشرط الكتابة والخیاطة ونحوهما فانها لا ستوجب شیئا اکثر من مجرد التکلیف بوجوب الوفاء، من غیر ان یملک الشارط شیئا فی ذمة الآخر. فاشترط النفقة فی المقام نظیر وجوب الانفاق علی الاقارب ... فی انه لا یتضمن الا حکما تکلیفیا محضا غایة الامران الوجوب هنا ثبت بسبب الشرط و جعله من المتعاقدين و هناك فی اصل التشريع»<sup>۳۱</sup>.

یعنی استدلال طباطبایی یزدی مورد قبول نیست، زیرا مفاد شرط چیزی جز حکم تکلیفی محض نمی‌باشد و به هیچ وجه موجب استحقاق حکم وضعی به معنای آنکه ذمه مشروط علیه نسبت به هزینه، مشغول و مدیون کارگر باشد، نیست. مشروط له با شرط، مالک چیزی نمی‌شود، تا بتواند مطالبه کند. همه شروط ضمن عقد نظیر اشتراط کتابت و یا خیاطت نیز

۳۰. طباطبایی یزدی، عروة الوثقی، ج ۵، ص ۱۱۶.

۳۱. حکیم، محسن، متمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۱۵۰، همان جا.



چنین است. مفاد شرط جز تکلیف وجوب وفا چیزی دیگر نیست و شرط (مشروط له) را مالک چیزی نمی‌کند. مفاد شرط پرداخت هزینه در این جا همانند وجوب نفقه اقارب است که یک حکم تکلیفی محض است. تفاوت این است که وجوب در این جا به سبب شرط و اراده طرفین است و در نفقه اقارب به سبب حکم قانون و شرع است.

تقدی که بر کلام ایشان به نظر نگارنده می‌رسد، این است که این نظر درست همان نظریه دوم است و لازمه مترتب بر آن، آن است که مشروط له نتواند اسقاط کند، همانطور که اقارب نمی‌توانند نفقه را اسقاط کنند. مگر اینکه در پاسخ این انتقاد گفته شود وجوب تکلیفی ناشی از شرط چون نشأت گرفته از اراده طرفین است، لذا الزام و تکلیف ناشی از آن منوط به مطالبه مشروط له است. ولی ناگفته پیداست که چنین پاسخی قانع کننده نیست، زیرا عدم مطالبه غیر از اسقاط است، درست است که مشروط له می‌تواند مطالبه نکند، ولی این به معنای اسقاط نیست و اگر مفاد شرط چیزی جز حکم تکلیفی محض نباشد و حکم وضعی از آن ناشی نگردد، حقی برای مشروط له متصور نیست تا قابل اسقاط باشد.

دوم- هرگاه در ضمن عقد نکاح منقطع شرط شود که نفقه دوران زوجیت به عهده زوج باشد، پرداخت نفقه بر زوج الزامی خواهد بود،<sup>۳۲</sup> ولی در مورد ضمانت اجرای شرط، همان نظریات چهارگانه مطرح خواهد شد. به موجب نظریه اول، حق الزام وجود ندارد و در فرض تخلف، اگر عقد منقطع از قواعد اجاره تبعیت کند نه از نکاح دائم، علی القاعده بایستی به حق فسخ نکاح برای زوجه نظر داد.

۳۲. ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی: «در نکاح انقطاع زوجه حق نفقه ندارد مگر آنکه شرط شده یا آنکه عقد مبتنی بر آن جاری شده باشد.»

بنابر نظر دوم، نتیجه تخلف صرفاً تخلف از تکلیف شرع و امر قانون است، در حالی که به موجب نظر اول بر تخلف، خیار تخلف شرط مترتب خواهد شد.

به موجب نظر سوم، بر عهده زوج وجوب تکلیفی است و برای زوجه حق مطالبه و الزام وجود دارد و زوجه می‌تواند الزام به ادا را از طریق دادگاه بخواهد، هر چند که دینی ایجاب نمی‌کند. در فرض عدم امکان الزام به علت اعسار و یا هرگونه علت دیگر، دادگاه با تقاضای زوجه می‌تواند زوج را به بذل مابقی مدت الزام نماید.

بنا بر نظریه چهارم، زوج به مقدار نفقه، مدیون زوجه خواهد بود. این نظریه بر این امر اصرار می‌ورزد که شرط می‌تواند یکی از اسباب دین محسوب شود. در اینجا زوج به موجب شرط مدیون به نفقه شده است. قانون مدنی ایران را می‌توان با همین نظر موافق دانست، چرا که بیان می‌دارد: در نکاح منقطع، زوجه حق نفقه ندارد و سپس مورد اشتراط را استثناء کرده است. این امر ظهور در آن دارد که در فرض استثناء، زوجه همانند نکاح دائم حق نفقه خواهد داشت.

سوم- در مزارعه جایز است تا شرط شود که یکی از دو طرف، علاوه بر حصه از حاصل مال دیگری نیز به طرف مقابل بدهد (ماده ۵۲۰ قانون مدنی)؛ این حکم مطابق با نظر مشهور فقیهان است.<sup>۳۳</sup> ولی قانون نسبت به آثار شرط مزبور سخنی به میان نیاورده و فرض تخلف را مطرح نکرده است. آیا فقط حق فسخ؟ (نظر نخست) یا جواز حکمی الزام برای مشروط

۳۳. نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۷، ص ۱۱.

له؟ (نظر دوم) و یا حق الزام برای مشروط له (نظر سوم) و یا حق ذمی برای مشروط له (نظر چهارم)

چهارم - ماده ۵۸۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است، مگر اینکه به طور لزوم شرط شود که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند». لازم به ذکر است که قانون از نظر مشهور فقها تبعیت کرده که شرط مزبور را خلاف مقتضای عقد دانسته‌اند و لذا آن را باطل و مبطل محسوب کرده‌اند. در حالی که در رأس قرن معاصر، سید طباطبایی یزدی که صاحب فتاوی‌ای تحول بخشی می‌باشد، شرط مزبور را نه خلاف مقتضی که خلاف اطلاق دانسته و آن را صحیح می‌داند.<sup>۳۴</sup>

به نظر می‌رسد قانونگذار در ماده فوق، نظر چهارم در مورد شروط یعنی ضمان و ایجاد حق «ذمی» را نپذیرفته و نظر سوم را ترجیح داده است، زیرا اگر شرط موجب ضمان یعنی حق ذمی می‌بود، مورد استثنای ذیل ماده، همانند مورد اول صدر (ضمان مضارب)، هم باطل و هم مبطل بود و تفاوتی میان آنها وجود نداشت. قانون برای فرار از ضمان، به حيله ذیل متمسک شده است و مفاد آن را چیزی جز تعهد قابل الزام نمی‌داند. همانطور که توضیح دادیم تعهد قابل الزام، با حق «ذمی» تفاوت دارد؛ لذا سید طباطبایی نظر چهارم را دارد و شرط مضارب را مبنی بر پرداخت خسارت موجب ضمان می‌داند و میان این مورد با موردی که مضارب شرط ضمان کند فرقی نمی‌نهد. هرچند که چون عدم ضمان مضارب را

۳۴. عروة الوثقی، ج ۵، ص ۱۶۱.

مقتضای عقد مضاربه نمی‌داند تا شرط ضمان خلاف مقتضی تلقی شود،<sup>۳۵</sup> لذا نیازی به تمسک به حيله مزبور، یعنی تبدیل شرط ضمان به شرط پرداخت خسارت نمی‌بیند.

پنجم - ماده ۴۸۶ قانون مدنی که مقرر داشته است: «تعمیرات و کلیه مخارجی که در عین مستأجره برای امکان انتفاع از آن لازم است به عهده مالک است مگر آنکه شرط خلاف شده یا عرف بلد بر خلاف آن باشد ...». به نظر می‌رسد مفاد این ماده با مورد نفقه زوجه منقطعه تفاوت دارد، چون مطابق اصل، مخارج تعمیر به عهده موجر است و به موجب شرط از عهده موجر ساقط شده است؛ یعنی معنای این شرط آن است که موجر متعهد به تعمیر نیست. به تعبیر دیگر در این مسأله مشروط له موجر و مشروط علیه مستأجر است، ولی مورد شرط فعل تعمیر نیست، بلکه سقوط حق تعمیر به نحو شرط نتیجه می‌باشد. در مورد نفقه زوجه منقطعه، مشروط به پرداخت نفقه بود که یک عمل است و در اینجا تعمیر، مشروط به نمی‌باشد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

۳۵. همان، ص ۱۶۱. «إذا اشترط المالك على العامل ان يكون الخساره عليهما كالربح او اشتراط ضمانه لراس المال ففي صحته وجهان الاقوى الاول لانه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد كما قد يتخيل».

## منابع:

- ۱- احسائی، ابن ابی جمهور (م. ۸۸۰ قمری)، عوالی اللثالی، ۴ جلدی، چاپ قم، ۱۴۰۳ قمری.
- ۲- اجود التقریرات، (تقریرات اصول میرزای نائینی) به قلم سید ابوالقاسم خویی (م ۱۳۵۵ ش)، ۲ جلدی، نشر مطبوعات دینی قم.
- ۳- انصاری، شیخ مرتضی (م. ۱۲۸۱ قمری)، فرائد الاصول (رسائل)، تحقیق از لجنه تراث الشیخ الاعظم، ۴ جلدی، نشر مجمع الفکر الاسلامی، قم.
- ۴- انصاری، شیخ مرتضی (م. ۱۲۸۱ قمری)، مکاسب، تحقیق تراث، چاپ اول، قم، ۱۴۱۵ قمری.
- ۵- حکیم، محسن (م. ۱۳۹۰ قمری)، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلدی، مکتبه مرعشیه، چاپ قم، ۱۴۰۴ قمری.
- ۶- خراسانی، محمد کاظم (م ۱۳۲۸ قمری)، کفایة الاصول، ۲ جلدی، آل البيت قم.
- ۷- شهید ثانی (م. ۹۶۶ قمری)، شرح لمعه، ۱۰ جلدی، تحقیق جامعه النجف، نشر داوری، چاپ قم، ۱۴۱۰ قمری.
- ۸- طباطبایی یزدی (م ۱۳۳۷ قمری)، العروة الوثقی، چاپ جدید، ۵ جلدی، تحقیق مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ قمری.
- ۹- طباطبایی، محمد کاظم، حاشیه مکاسب، ۳ جلدی، تحقیق قطیفی، قم، ۱۴۲۱ قمری.
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق.
- ۱۱- کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات.

- ۱۲- مستند العروة الوثقی، کتاب الاجاره، (تقریرات آیت الله خویی) به قلم  
بروجردی، ۱۳۶۵ شمسی.
- ۱۳- مصباح الفقاهه، تقریرات آیت الله خویی، به قلم توحیدی، ۷ جلد، چاپ  
سوم، نشر وجدانی، ۱۳۷۱ شمسی.
- ۱۴- نجفی، محمد حسن (م. ۱۲۶۶ قمری)، جواهر الکلام، ۴۳ جلدی، چاپ  
اسلامیه، تهران.

16-Hofeld W., Fundamental Legal Conception as Applied in  
Judicial Reasoning (1917).26 Yale Law Journal.

17- Theories of Rights, Edited by: Jermy Walderon,  
(Oxford Readings in Philosophy), Oxford University  
Press, 1985.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی