حقیقت شرط ضمن عقد از منظر فقها

افتخار یوسفی[1]

چکیده

امروزه با کثرت معاملات و انواع شروط ضمن آن، بحث شرط ضمن عقد از مباحث مهم معاملات شده است. چه بسا شرط ضمن معامله، انگیزه اصلی یا حداقل یکی از اغراض مهم متعاملین برای معامله باشد، به گونه‌ای که اگر شرط منتفی شود، شاید به طور کلی از معامله منصرف شوند. اینکه متعاقدین با قرار دادن شرط ضمن عقد، حقیقتاً عقد را معلق بر شرط می‌کنند یا اراده آنها به عقد مقید بر وجود شرط است و با انتفای شرط، عقد منتفی است یا رابطه دیگری بین شرط و عقد برقرار است، بستگی به تبیین حقیقت اشتراط دارد.

این مقاله درصدد است تحلیل‌های مختلفی را که فقها از شرط ضمن عقد داشته‌اند، بیان و به بررسی و نقد آنها بپردازد. تحلیل هایی همچون رابطه ظرفیت، تعدد مطلوب، تقیید التزام به عقد و تفصیل بین شرط وصف و شرط فعل، برخی از دیدگاه‌هایی است که در تبیین رابطه عقد و شرط گفته شده است. بنظر می‌رسد شرط ضمن عقد، جزئی از عقد است که با عقد به شکل ترکیب انضمامی گره خورده است. منتفی شدن آن باعث از بین رفتن مقصود متعاملین نمی‌شود؛ اما این تأثیر را دارد که برای مشروط له حق خیار می‌آورد.

واژه‌های کلیدی: عقد، شرط ضمن عقد، تعلیق، تقیید و اشتراط.

---

۱. پژوهشگر و طلبه دوره عالی فقه جامعه الزهراء علیها السلام؛ ef.yosefi.90@gmail.com.

The Truth of the Conditions Included in Contract from the Perspective of Jurists

Iftikhar Yousefi[1]

Abstract

Nowadays, with the multiplicity of contracts and the types of conditions stipulated in them, the discussion of contract conditions has become one of the important topics in the area of transactions. The condition stipulated in contract through a separate binding contract may be the main motive or, at least, one of the important intentions of the parties to the transaction, so that if the condition is eliminated, the parties may withdraw from the transaction altogether. The following items depend on the explanation of the truth of the condition: whether or not the parties, by placing a condition in the contract, actually suspend the contract on condition, whether or not their will is bound to the contract by the existence of the condition and with the abolition of the condition, the contract is annulled, whether or not there is another relationship between the condition and the contract. The present paper seeks to explain and review the various analysis that jurists have made of the conditions stipulated in contracts. Analysis such as the capacity relation, plurality of the desirables, adherence to the obligation to contract and distinction between the condition of description and the condition of action are some of the views that have been stated in explaining the relationship between contract and condition. It seems that the condition stipulated in contract is a part of the contract that is tied to it in the form of a concrete combination. Its abolition does not remove the intention of the parties, but it can give the person in whose favor a condition is made the option to withdraw from the transaction.

Keywords: contract, condition stipulated in a contract, suspension, restriction and condition.

---

1. Advanced Level of Jurisprudence, Researcher at Jami'at al-Zahra. ef.yosefi.90@gmail.com.

تحليل شرط ضمن العقد

افتخار اليوسفي[1]

الخلاصة

في الوقت الحاضر، مع تعدّد المعاملات وأنواع الشروط التي ضمنها، أصبحت الشروط ضمن العقد من الموضوعات المهمة في المعاملات. فقد يكون شرط ضمن المعاملة هو الدافع الرئيسي أو على الأقلّ أحد الأغراض المهمة لأطراف المعاملة، بحيث إذا تم إلغاء الشرط فقد ينصرفون عن المعاملة تماماً. فقد يقتضي أن يقوم أحد المتعاملين من خلال وضع شرط في العقد بتعليق العقد حقيقةً، أو إنّ إرادتهم مقيّدة بوجود الشرط وتنتفي بانتفاء شرط العقد أو وجود علاقة أخرى بين الشرط والعقد، يعتمد ذلك على تفسير حقيقة الشرط.

وتسعى هذه المقالة إلى بيان ودراسة ونقد التحليلات المختلفة التي قدّمها الفقهاء للشرط ضمن العقد، وأخيراً بيان النظر المختار فيما يتعلّق بالشرط والعقد. التحليلات لعلاقة الظرفية ولتعدّد المطلوب وتقييد الالتزام بالعقد والتفصيل بين شرط الوصف وشرط الفعل هي بعض الآراء التي تمّ ذكرها في شرح العلاقة بين العقد والشرط. ويبدو أنّ الشرط في العقد هو جزء من العقد بحيث يكون مرتبطاً بالعقد بشكل تركيب انضمامي. وإن إلغاءه لا يقتضي إلغاء منظور المتعاملين، ولكن له تأثير يمنح حق الخيار للمشروط له.

الكلمات المفتاحية: العقد، الشرط ضمن العقد، التعليق، التقييد، الاشتراط.

---

١. اللمحقق و طلبة الدورة العليا في الفقه في جامعة الزهراء؛ ef.yosefi.90@gmail.com.

۱. مقدمه

زندگی روزمره و روابط اجتماعی بشری بر التزامات و قرارهایی بین افراد استوار است. انسان‌ها به مقتضای نیازهای حیات اجتماعی ناگریز از انعقاد قرارداد و پیمان‌هایی با دیگر افراد جامعه هستند. این داد و ستدها و پیمان‌ها برای انجام فعل‌ها و ترک فعل‌ها، وصلت‌ها، همکاری‌ها، همزیستی‌ها و غیره، در قالب عقودی بین افراد شکل می‌گیرد. در بسیاری از این معاملات با توجه به اهداف خاص متعاملین و نیز شرایط و اوضاع معامله، با رضایت طرفین، شروط ویژه‌ای در ضمن عقد گنجانده می‌شود؛ به طوری که کمتر معامله‌ای است که انجام شود و اثری از شرط ضمن عقد در آن نباشد. تنوع شروط ضمن عقد و گونه‌های مختلف طرح شرط باعث شده بحث مفصلی تحت عنوان شرط ضمن عقد در فقه امامیه مطرح شود.

با توجه به گستردگی معاملات و شروط ضمن آنها و نیاز افراد به استفاده از شروط ضمن عقد، شناخت اقسام شرط می‌تواند برای متعاملین اهمیت ویژه‌ای داشته باشد. همچنین اختلافات ناشی از کیفیت شروط و طریقه ذکر آنها و نحوه ارتباط شرط با عقد اصلی، از مبانی است که در احکام مترتب بر شرط تأثیر مستقیم داشته و تنقیح آن می‌تواند مقدمه‌ای برای تبیین آثار مترتب بر شرط باشد.

اینکه حقیقت اشتراط چیست و به طور دقیق‌تر تفاوت اشتراط تعلیق و تقیید چیست، مطلبی است که نقش و جایگاه شرط ضمن عقد را تبیین کرده، می‌تواند تصویر روشنی از رابطه شرط و عقد را نمایان کند. همچنین بسیاری از احکام مترتب بر شرط ضمن عقد، از جمله اثر عدم پایبندی به آن از طرف مشروط‌علیه، باطل بودن شرط و نتیجه مترتب بر آن، تقسیط یا عدم تقسیط ثمن معامله بر شرط و احکام دیگر، سرچشمه در تحلیل همین رابطه دارد. این مقاله درصدد است با توضیحی درباره اقسام شرط به بررسی نظریات مختلف در تحلیل رابطه شرط و عقد و نقد آن نظریات پرداخته و تبیینی صحیح از رابطه شرط و عقد ارائه دهد.

۲. مفهوم‌شناسی

۲-۱. معنای لغوی عقد

عقد در لغت به معنای جمع بین اطراف جسم، گره زدن و بستن است. «**عقد کل شیء إبرامُهُ و عقد النکاح وجوبه**: عقد هر چیزی بستن و محکم کردن آن است و عقد نکاح، لزوم آن است» (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج۱، ص۱۴۰). در لسان‌العرب آمده است: «**العقد نقیض الحلّ**: عقد به معنای بستن و نقیض باز کردن است» (ابن منظور، ۱۴۰۸ق، ج۹، ص۳۱۰).

مفهوم اصلی عقد همان بستن و متصل کردن و ضد گشودن است و بقیه معانی، برگرفته از همین معناست. به همین دلیل، در کلام عرب گفته شده است: «**عقد الحبل**: ریسمان را گره زد و بست و **عقد البناء بالجص**: ساختمان را با گچ محکم کرد و عقد البیع: معامله را بست و محکم کرد».

عقد به معنی ارتباط و اتصال است؛ اما نه هر ارتباط و اتصالی؛ بلکه ارتباطی که از نوعی استحکام برخوردار است. مثل بستن دو طرف ریسمانی که جدا کردن آن مشکل باشد. تعابیری چون عقدالحبل، عقدالبناء، عسل معقّد و عقد الرب، مؤید این مطلب است.

۲-۲. معنای اصطلاحی عقد

معنای اصطلاحی عقد در فقه شیعه، ریشه در معنای لغوی آن دارد. همان طور که گذشت، عقد در لغت به معنای بستن و گره زدن است. در اصطلاح نیز عقد قرار و تعهدی است که به واسطه ایجاب و قبول دو طرف بسته می‌شود. فقهای شیعه، عقد را «عهد المؤکّد» یا «عهد المشدّد» تعریف کرده‌اند. برای مثال، مرحوم خویی﵀ عقد را این گونه تعریف کرده است: «محکم کردن کردن یکی از دو التزام با التزام دیگر و گره زدن آن به دیگری» (فیاض، بی‌تا، ج۲، ص۶۷).

این تعریف آنچه را به معنای حقیقی کلمه، عقد اعم از صحیح و فاسد شامل می‌شود، شامل وعد نمی‌شود. اشکال این تعریف آن است که تعبیر به «التزام» کرده و تعبیر التزام به حقوق غربی شبیه‌تر است تا فقه اسلامی؛ زیرا در فقه اسلامی عقد همیشه

التزام نیست، برای مثال عقد بیع در مرتبه اول نقل ملک است، نه التـزام بـه نقـل؛ البتـه در مرحله بعد به نقل صورت گرفته در ضمن عقد طرفین ملتزم می‌شوند.

بسیاری از فقها عقد را به تعهد طرفینی تعریـف کرده‌انـد (نجفـی، ۱۹۸۱، ج۲۲، ص۳). اگـر منظورشان از تعهد همان التزام به عمل باشد، اشکال همچنان باقی است؛ زیـرا بسـیاری از عقود ماهیت تعهدی ندارند، مثلاً همان طور که بیان شـد، عقـد بیـع ماهیـت تملیکـی دارد، یـا عقد نکاح اولاً و بالذات رابطه زوجیـت را می‌رسـاند و در مرحلـه بعـد نتیجـه‌اش یـک تعهـد است. البته برخی از عقود مثل کفالت و ضمان ابتدائاً تعهد هسـتند؛ امـا بیـع و اجـاره ماهیتشـان یک حکم وضعی است و تعهد به آن، نتیجه‌ای مترتب بر آن حکم وضعی می‌باشد.

اما اگر مراد از تعهـد همـان معنـای قـرار باشـد؛ بـه عبـارت دیگـر، تعهـد را بـه اراده برگردانیم یعنی این طور خواسته‌اند، دیگر اشـکال منتفـی اسـت. چـرا کـه هـم در عقـود عهدی که در آن تعهد به انجام فعل یا ترک فعل است و هم در عقـود ملکـی کـه مشـابه شرط نتیجه است، تعهد به معنای «قرار» در آنها وجود دارد.

مرحوم اصفهانی﵀ عقد را «قرار مرتبط به قرار دیگر» تعریـف می‌کنـد (اصـفهانی، بی‌تـا، ج۲، ص۱۵۹). تفاوت آن با عهد به این نکته برمی‌گردد که عهد یک قرار و جعل است، اما عقد قرار مـرتبط بـه قـرار دیگـر اسـت. بنـابراین، عقـد و عهـد هـر دو در قـرار بودنشـان مشترکند. در واقع حیثیت قرار، حیثیت عهدی است و حیثیـت ارتبـاط ایـن قـرار بـه قـرار دیگر، حیثیت عقدی. عهد مطلق قرار است، بدون مقید شدن به ارتباط با قرار دیگـر، امـا عقد قرار مرتبط به قرار است. برای اینکـه تصـویر روشـن‌تری از عقـد ارائـه دهـیم، بهتـر است مروری بر عناصر تشکیل‌دهنده مفهوم عقد داشته باشیم.

۳-۲. عناصر تشکیل‌دهنده عقد

اگر بخواهیم به تحلیل حقیقت و ماهیت عقد بپردازیم، خواهیم دید که هر عقـدی از چند عنصر اساسی تشکیل شده، که بدون آن‌ها عقد تحقق نمی‌یابد. ایـن عناصـر عبـارت است از:

۱. اعتبار نفسانی و قصد طرفین (حسینی مراقی، ۱۴۲۵ق، ج۲، ص۴۹).

۲. انشای متعاقدین (خویی، بی‌تا، ج۳، ص۶-۳۷۵).

۳. طرفینی بودن عقد (نجفی، ۱۹۸۱، ج۲۲، ص۲۱۱). با این عنصر، تفکیک عقد از ایقاع معلوم می شود.

۴. پذیرش عرف و عقلاء.

۵. شمول ادله شرعی صحت عقود. البته این عنصر پنجم برای تحقق عقد صحیح لازم است، به خلاف چهار عنصر قبلی که بدون آن‌ها اصلاً عقد محقق نمی‌شود.

در یک جمع‌بندی، با توجه به عناصر تشکیل‌دهنده عقد، در تعریف عقد صحیح می‌توان گفت: «عقد صحیح عبارت است از ابراز و انشای اعتبار نفسانی، به گونه‌ای که مورد پذیرش عرف و عقلاء بوده و ادله شرعی صحت عقود، آن را فراگیرد».

۴-۲. معنای شرط

شرط کلمه‌ای است عربی که جمعی از لغویین آن را به جهت اشتهار و وضوحش بی‌نیاز از تبیین و تعریف دانسته و گفته‌اند: «**الشرط معروف**» (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج۳، ص۱۳۶؛ ازدی بصری، بی‌تا، ج۲، ص۳۴۲). برخی دیگر شرط را لازم گردانیدن و لازم گرفتن چیزی در بیع و امثال آن (ابن منظور، ۱۴۰۸ق، ج۷، ص۳۲۹) یا به معنای الزام و التزام (شیرازی، بی‌تا؛ ج۲، ص۳۶۸) دانسته‌اند.

شرط در علوم مختلف معانی اصطلاحی متفاوتی دارد که بی‌ارتباط با معانی لغوی آن نیست. شرط در اصطلاح اصولیین و فلاسفه عبارت است از: امری که از عدم آن، عدم مشروط لازم می‌آید؛ ولی از وجود آن، وجود مشروط لازم نمی‌شود (دائرة المعارف الإسلامیه، ج۱۳، ص۱۹۱). شرط در اصطلاح نحویون به معنای تعلیق وجود امری بر امر دیگر است (مجمع اللغة العربیة، ج۱، ص۴۸۱)؛ به نحوی که با وجود اولی، دومی هم وجود می‌یابد و ترکیب شرطی، یعنی معلق کردن حکم مستفاد از جمله جزاء بر حکم مستفاد از جمله شرط به واسطه اداة شرط یا هیأت جمله شرطیه.

در اصطلاح فقها دو معنا برای شرط گفته شده است. به نظر برخی از فقها، از جمله

شیخ انصاری رحمه‌الله، شرط دو معنا دارد که البته این معانی را عرف برای شرط به کار برده است. این دو معنا عبارت است از:

۱. معنای حدثی و مصدری: شرط عبارت است از لازم گرداندن و لازم گرفتن چیزی، مثل اینکه بگوید با خودم شرط کردم صد تومان به شما بدهم؛ یعنی متعهد شدم که این را انجام دهم. این معنای مصدری مشتقاتی مانند شرط، شارط، مشروط و غیره دارد. گاهی در این معنا بر خود مشروط، لفظ شرط به شکل مجاز اطلاق می‌شود، مثل خلق به معنای مخلوق.

۲. معنای جامد: شرط عبارت است از امری که از عدم آن، عدم مشروط لازم می‌آید، بدون در نظر گرفتن اینکه از وجودش، وجود مشروط لازم می‌آید یا خیر. بنابراین، شرط از قبیل جزء علت تامه خواهد بود (شیخ انصاری، بی‌تا، ص۲۷۵).

طبق نظر شیخ انصاری رحمه‌الله، شرط دو معنای اصطلاحی داشته و مشترک لفظی است. استعمالش در هر معنا نیازمند قرینه است و اگر قرینه‌ای در کار نبود، معنای شرط مجمل می‌ماند.

از دیدگاه امام خمینی رحمه‌الله شرط یک معنا دارد که همان التزام در ضمن عقد است (موسوی خمینی، ۱۳۷۱، ج۵، ص۲۴۹-۲۵۰). آیت‌الله خویی رحمه‌الله همچون امام معنای شرط را واحد می‌داند که همان ربط، ارتباط و وابسته بودن است و تمام موارد گفته شده برای معنای شرط به همین معنا برمی‌گردد (خویی، بی‌تا، ج۷، ص۲۹۵). به این بیان که شرط همواره ربط و منوط شدن به یک چیز است. حالا ممکن است وابستگی در امر تکوینی باشد یا در امر شرعی.

به نظر می‌رسد آنچه از موارد استعمال واژه شرط در فقه به دست می‌آید، معنای جامع آن، یعنی همان ربط و بستن است؛ خواه در امور تکوینی مثل شرطیت طلوع خورشید برای روز یا در مجعولات اعتباری، خواه شرعی باشد یا عرفی، مانند شرطیت طهارت برای نماز یا قدرت بر تسلیم برای بیع. بنابراین، می‌توان گفت جامع همه استعمالات خواه در فقه یا لغت یا نحو و موارد دیگر، همان بستن و گره خوردن است.

۳. تقسیم شرط به اعتبار ارتباط با عقد (ابتدایی و ضمنی)

شرط به اعتبارهای مختلف تقسیماتی دارد که هر کدام قابل بحث و بررسی است. به اعتبار ارتباط یا عدم ارتباط آن با عقد، شرط به دو قسم شرط ابتدایی و شرط ضمنی تقسیم می‌شود.

شرط ابتدایی یا تعهد مستقل، شرطی است که با عقد هیچ گونه رابطه‌ای ندارد؛ به گونه‌ای که اگر عقدی در کار نباشد، باز شرط وجود دارد. به عبارت دیگر، شرط ابتدایی عبارت است از تعهد یک‌جانبه که در عقد واقع نشده است.

اینکه اطلاق شرط بر شرط‌های ابتدایی حقیقی است یا خیر، اختلاف‌نظر وجود دارد. برخی از علما، اطلاق شرط بر تعهدات و الزامات ابتدایی را اصلاً صحیح نمی‌دانند یا لااقل آن را اطلاق حقیقی نمی‌دانند؛ بلکه مجازاً و عنایتاً به شروط ابتدایی شرط اطلاق می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷، ج۵، ص۱۹۱). حضرت امام (موسوی خمینی، ۱۳۷۱، ج۱، ص۱۳۶-۱۳۷)، مرحوم خویی (خویی، بی‌تا، ج۳، ص۹۵)، مرحوم روحانی (روحانی، بی‌تا، ج۱۴، ص ۲۸۵) و برخی بزرگان دیگر، قائلند که واژه شرط حقیقتاً بر شرط ابتدایی اطلاق نمی‌شود و اطلاق آن بر شرط ابتدایی مجاز است.

در مقابل عده دیگری از فقها مانند شیخ انصاری (انصاری، بی‌تا، ص۲۷۵) استعمال در شرط ابتدایی را استعمال حقیقی دانسته‌اند؛ همان طورکه در شرط ضمن عقد، استعمال حقیقی است. مرحوم سید یزدی (صاحب عروه) نیز قائل است که مفهوم شرط حقیقتاً شامل شرط ابتدایی نیز می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق، ج۳، ص۲۴۵). همچنین مرحوم نراقی شروط ابتدایی را از مصادیق شرط شمرده است (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص۴۴).

صرف‌نظر از اطلاق واژه شرط به معنای حقیقی‌اش بر شرط ابتدایی، حکم این نوع از شرط نیز مورد اختلاف نظر فقها واقع شده است. گرچه مشهور فقها به عدم وجوب وفای به شروط ابتدایی قائلند و حتی ادعای اجماع هم شده است (شیخ انصاری، بی‌تا، ص۲۸۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج۱۷، ص۲۲۵)، در عین حال برخی از فقها وجوهی را برای لزوم عمل به شرط ابتدایی مطرح کرده‌اند.

از جمله حضرت امام قائلند می‌توان با الغای خصوصیت از شرط ضمنی، حکم

وجوب وفا را به شرط ابتدایی هم سرایت داد؛ به این بیان که درست است بر شرط ابتدایی، شرط به معنای حقیقی اطلاق نمی‌شود؛ اما می‌توان گفت ملاک وجوب عمل به شرط، که مستفاد از «**المؤمنون عند شروطهم**» است، همان قرار مؤمنین است و اینکه آنان مقید به قرار و تعهدات خود هستند، بدون اینکه خصوصیت شرطیت، یعنی التزام ضمن التزام در آن نقشی داشته باشد (موسوی خمینی، ۱۳۷۱، ج۵، ص۳۰۴). شرط ابتدایی که ارتباطی با عقد ندارد، خارج از بحث فعلی ماست.

در مقابل شرط ابتدایی، شرط غیر ابتدایی یا ضمنی قرار دارد. هر قراری از ناحیه طرفین که داخل در مدلول ایجاب و قبول عقد باشد، جزئی از عقد تلقی شده و به آن شرط ضمن عقد گفته می‌شود. آنچه باید به آن توجه داشت، وجود علاقه و ارتباط شرط با عقد است، نه زمان وقوع آن؛ یعنی به جهت اراده متعاملین و تراضی آن دو، بین عقد و شرط رابطه‌ای ایجاد می‌شود، مثل رابطه اصل و فرع؛ به طوری که التزام به شرط و عمل به آن فرع پای‌بندی به عقد و بیرون آن است.

شرط غیر ابتدایی از نظر زمان وقوع به یکی از سه حالت ذیل قابل تصور است:

الف. پیش از عقد بر آن توافق شود، که ممکن است در حین عقد از آن غافل باشند و هیچ ذکری از آن شرط نشود و حتی در ذهن متعاقدین نیز رابطه‌ای بین عقد و آن شرط سابق برقرار نباشد. چنین شرطی یک شرط ابتدایی محسوب می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷، ج۳، ص۲۵۱) و از آنجا که موضوع انشاء و تعهد قرار نگرفته است، تبعیتی از عقد نمی‌کند و لزوم عمل هم ندارد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج۲، ص۵۹؛ مامقانی، ۱۳۴۴، ص۲۳۳).

اما اگر شرط قبلی هنگام عقد در نظر متعاقدین باشد و عقد با توجه به آن شرط سابق منعقد شود، اما در صیغه عقد ذکری از آن به میان نیاید، به چنین شرطی شرط تبانی یا بنایی گفته می‌شود. در اینکه آیا چنین شرطی لزوم وفا دارد یا خیر، بین فقها اختلاف نظر است. (رک. موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷، ج۳، ص۲۵۳-۲۵۶) مشهور فقها چنین شرطی را الزام‌آور نمی‌دانند و التزام در ضمن عقد یا ذکر شرط را در ضمن عقد، از شرایط صحت شرط می‌شمارند (شیخ انصاری، بی‌تا، ص۲۸۲؛ سبحانی، ۱۴۱۲ق، ص۴۹۵؛ خوانساری، ۱۳۷۳، ج۲، ص۱۲۳-۱۲۵).

استدلال مشهور عمدتاً این است که هر چند در مقام لبّ و التزام نفسی، وقوع عقد مبنی بر شرط سابق، موجب تقیید عقد و تراضی طرفین به شرط مذکور است؛ اما چون این شرط در این صورت به مرحله انشاء قولی یا فعلی نرسیده و صرفاً به صورت یک امر قلبی و نفسانی باقی مانده، اثری بر آن مترتب نبوده و لازم الوفاء نیست (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷، ج۳، ص۲۵۴).

ب. شرط در ضمن عقد ذکر شود و انشاء عقد همراه با بیان شرط باشد. چنین شرطی، شرط ضمنی و لازم العمل است. نکته مهم رابطه شرط و عقد و علاقه بین آن دو است. با توافق به شرط خاصی، متعاقدین تعهد و تراضی به عقد را اصل قرارداد خود، و تعهد به شرط را تعهد فرعی در ضمن آن معامله قرار می‌دهند، به طوری که قصد مشترکی به عقد و شرط تعلق می‌گیرد.

ج. شرط بعد از انجام عقد به آن ملحق شود، به چنین شرطی شرط الحاقی گفته می‌شود. گاهی شرط الحاقی، امری مستقل از عقد سابق است. مثلاً وکالت بر امری به عنوان شرط الحاقی طرح شود. طبیعتاً این شرط به دلیل استقلال وجودی و مضمونی‌اش از قرارداد قبلی، تابع قرارداد نیست و برای نافذ بودنش نیاز به دلیل دیگری دارد و اگر دلیلی یافت نشود، به عنوان شرط ابتدایی است که به نظر فقها لزوم ندارد.

اما گاهی شرط الحاقی، درباره مفاد و چگونگی عقد قبلی است و توافق جدیدی بر عقد سابق صورت می‌گیرد؛ برای مثال، طرفین بر میزان دستمزد در قرار سابق بیفزایند یا موعد جدیدی را برای پرداخت بهای کالا معین کنند. این قرارداد از یک‌سو چون تصحیح مفاد عقد سابق است، مرتبط به آن می‌باشد و می‌توان گفت دلیل لزوم وفای به عقد این را هم می‌گیرد و از سوی دیگر، چون ضمن عقد ذکر نشده، شاید بتوان گفت امر مستقلی است و لزومش نیاز به دلیل خاص دارد و «**اوفوا بالعقود**» لزوم خود عقد و شرایط ضمن آن را می‌رساند.

۴ حقیقت اشتراط از منظر فقها

بعد از بیان مفهوم و اقسام شرط، لازم است به بررسی حقیقت اشتراط، از منظر فقها

بپردازیم. منظور از حقیقت اشتراط بررسی ماهیت شرط است. برآنیم که ببینیم در فرآیند اشتراط، حقیقتاً چه اتفاقی می‌افتد؟ آیا اراده طرفین به عقد مقید به وجود شرط می‌شود یا تأثیر گذاری عقد، متوقف بر وجود شرط است؟

پیش از بیان مطلب لازم است سه واژه تعلیق، تقیید و اشتراط تبیین شوند.

۱-۴. تفاوت تعلیق، تقیید و اشتراط

تعلیق، تقیید و اشتراط تفاوت‌هایی با یکدیگر دارند. ابتدا لازم است تعریف مختصری از هر کدام بیان شود.

الف. تعلیق: تعلیق یعنی وجود عقد را منوط و وابسته به امری کنیم؛ به نحوی که در مقام انشاء، مُنشَأ پدیده آمده، به شکل معلَّق حاصل شده؛ به گونه‌ای که اگر آن معلَّقٌ علیه نیامده باشد، عقد فاقد اثر است.

به واسطه تعلیق، مفهوم معلَّق ضیق نمی‌شود؛ بلکه وجودش منوط به وجود معلَّقٌ علیه می‌شود. دیدگاه بیشتر فقها این است که عقد معلَّق باطل است، حتی ادعای اجماع بر بطلان چنین عقدی شده است (شیخ انصاری، بی‌تا، ص۲۸۳؛ نجفی، ۱۹۸۱، ج۲۷، ص۳۵۲ و ج۳۳، ص۴۹). گویا در ذهن فقها این مطلب ثابت بوده که عقد باید بلافاصله پس از تحققش اثر بگذارد و اگر اثر نگذارد، باطل است.

عده‌ای از فقها نیز، عقد معلَّق را صحیح دانسته‌اند و در ادله قائلان به بطلان مناقشه کرده‌اند. از جمله صاحب حدائق (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج۲۲، ص۱۳)، میرزای نائینی (خوانساری، ۱۳۷۳، ج۱، ص۲۵۴-۲۵۶)، مرحوم خویی (خویی، ۱۴۱۴ق، ج۳، ص۲۳۵)، مرحوم امام (موسوی خمینی، ۱۳۷۱، ج۱، ص۲۳۶) و غیره، با ردّ ادله قائلان به بطلان عقد معلَّق، دست کم در مواردی قائل به صحت چنین عقدی شده‌اند.

ب. تقیید: تقیید، یعنی دامنه و موضوع قرارداد ضیق و محدود شود. از آنجا که قید و مقیّد با هم یک چیز است و دو امر مستقل نیست، به واسطه تقیید، خود موضوع معامله، محدود می‌شود. البته این مطلب که انتفای قید، باعث انتفای موضوع معامله و تراضی

طرفین می‌شود[1] یا خیر، بحث مفصلی است که این مقاله گنجایش آن را ندارد. در اینجا برای تبیین تفاوت قید و شرط، بر این نکته توجه داریم که در تقیید، موضوع معامله محدود می شود و به عبارت دیگر، قید داخل موضوع معامله است.

ج. اشتراط: در اشتراط تعهد اضافه‌ای در ضمن عقد قرار می‌گیرد؛ یعنی قراری ضمن قرار دیگر. بنابراین، چنین نیست که اثر عقد یا وجود آن، منوط به امری دیگر شود (که در تعلیق می‌شد) و نه موضوع عقد محدود می‌شود (که در تقیید می‌شد)؛ بلکه در ضمن این قرار امر خارجی‌ای، به عنوان قرار دوم شرط می‌شود. بنابراین شرط، بر خلاف قید امری اضافی است، امری منضمّ به عقد است و نه از شئون عقد.

به طور خلاصه، می‌توان تفاوت قید و شرط را این طور بیان کرد:

۱. قید داخل در موضوع معامله است و شرط خارج از موضوع؛ به عبارت دیگر، تقیید در تحدید موضوع دخالت دارد، برخلاف اشتراط.

۲. اشتراط، قرار اضافه‌ای بر اصل عقد است، التزام دومی علاوه بر التزام عقدی، اما در تقیید، یک التزام بیشتر نیست.

۳. ترکیب قید و موضوع، ترکیب اتحادی است؛ اما ترکیب شرط و مشروط، ترکیب انضمامی است.

تفاوت تعلیق و اشتراط در این است:

۱. در عقد معلَّق به علت وابستگی عقد بر امری، تا وقتی معلّق‌علیه نباشد، اصل عقد تحقق نمی‌یابد؛ برخلاف عقد مشروط که اصل عقد، ایجاد شده و وابسته و منوط بر چیزی نیست و اثر خود را هم می‌گذارد، فقط مشروطٌ‌علیه موظف است شرط را اتیان کند.

۲. در معاملات و عقود لازم دو نوع تعهد وجود دارد: تعهد اول انجام مقتضای عقد

---

۱. لذا برخی در صورت فقدان قید یا وصف موضوع معامله، قائل به بطلان آن شده‌اند و به ادله‌ای چون عدم تطابق موجود با معقودٌعلیه و انتفای رضایت به واسطه انتفای قید، تمسک کرده‌اند و در مقابل، قائلان به صحت، ادله آنها را با بیان‌های مختلف رد و نقد کرده‌اند (برای مطالعه بیشتر، رک. حسینی حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۴۴۱-۴۸۹).

است و تعهد دوم التزام و پایبندی به تعهد اول و برنگشتن از آن (کـه ایـن تعهـد دوم اثـر لزوم عقد است). التزام اولی تعهد و التزام مستقیمی ناشـی از خـود عقـد؛ و التـزام دومـی تعهدی غیرمستقیم مبنی بر پایبندی به التزام اول است.

در عقد معلَّق، تعلیق به التزام اول برمی‌گردد و تـا زمـانی کـه معلَّقٌ‌علیـه تحقـق نیافتـه باشد، التزام اول به وجود نمی‌آید؛ اما در عقد مشروط، شرط بـه التـزام دوم برمی‌گـردد. قبل از تحقق شرط التزام اول هست؛ اما التزام دوم منوط به تحقق شرط است (حسینی مقـدم، ۱۳۸۷، ص۱۰۷-۱۰۹).

در نهایت، تفاوت تعلیق و تقیید در این است:

۱. در تعلیق، وجود وابسته می‌شود و در تقیید مفهوم؛ در نتیجه به واسطه تعلیق، اصـل اراده و مالکیت معلَّق می‌شـود؛ امـا در تقییـد، مـراد و آنچـه کـه تملیـک شـده، محـدود می‌گردد.

۲. اگر معلَّق‌علیه نیاید، اساساً هیچ ملکیت و نقل و انتقالی انجام نشده اسـت؛ امـا اگـر قید تخلف شود، به نظر مشهور، بین اوصاف اساسی و غیر اساسی تفاوت است؛ یعنـی بـه واسطه تخلف وصف اساسی اصل معامله باطل اسـت و در صـورت تخلـف وصـف غیـر اساسی، فقط حق خیار ایجاد می‌شود.

اکنون که تفاوت تعلیق، تقیید و اشتراط تا حـدودی تبیـین شـد، در ادامـه بـه بررسـی حقیقت اشتراط از منظر فقها پرداخته می‌شود تـا پـی ببـریم کـه در فرآینـد اشـتراط، چـه نسبت و رابطه‌ای بین شرط و عقد ایجاد می‌شود.

۲-۴. اقوال فقها پیرامون رابطه شرط و عقد

۱-۲-۴. دیدگاه اول: رابطه ظرفیت

به نظر حضرت امام﵀ رابطه عقد با شرط، رابطه ظرفیت است؛ به این بیـان کـه شـرط قرار مستقلی است که در ضمن عقد ایجاد شده و عقد، ظـرف تحقـق شـرط اسـت؛ اگـر شرط بدون عقد واقع شود، شرط ابتدایی است که لزوم عمل ندارد؛ اما وقتی ضمن عقـد ایجاد شد، وجوب عمل می‌آید (موسوی خمینی، ۱۳۷۱، ج۵، ص۲۰۵).

طبق این دیدگاه با شرط، نه بیع، نه ثمن و نه مثمن و نـه حتـی رابطـه و علقـه معـاملی هیچ کدام محدود نمی‌شـود؛ بـه عبـارت دیگـر، نـه عوضـین، نـه انشـاء و نـه مُنشَـأ مقیّـد نمی‌شوند؛ بلکه عقد بیع و شـرط ضـمن آن، دو قـرار مجـزا هسـتند کـه هـر کـدام بـرای لزومشان دلیل خاص خود را دارند. عقد لازم‌العمل است، به دلیل «**اوفوا بالعقود**» و شرط لازم‌العمل است، به دلیل «**المؤمنون عند شروطهم**».

بنابراین، از منظر ایشان، وقوع شرط در ضمن عقد، تنها اثرش انعقـاد ماهیـت شـرط و در نتیجه لازم‌العمل بودنش اسـت. از ایـن رو، ایشـان در جـای دیگـر تصـریح می‌کننـد: «شرط قرار مستقلی است در مقابل قرار بیع؛ امـا در تحقـق عنـوان شـرط و ایجـاد شـرط، معتبر است که در ضمن عقد باشد، بدون اینکـه هـیچ تقییـدی صـورت گیـرد، نـه تقییـد عوضین است، نه انشاء و نه منشأء» (موسوی خمینی، ۱۳۷۱، ج۵، ص۲۲۰).

به نظر می‌رسد نظریه ظرفیت تحلیل صحیحی از رابطه عقـد و شـرط نمی‌باشـد؛ زیـرا شرط با عقد ارتباطی فراتر از ظرفیت دارد، اگر ارتباط صرف ظرفیت باشد؛ یعنـی شـرط و عقد دو قرار جداگانه‌اند، با دو دلیل جداگانه بـرای تعهـد بـه آنهـا؛ در حـالی کـه ایـن مطلب خلاف ارتکـاز اسـت. فهـم عرفـی از شـرط، ایـن اسـت کـه شـرط، قـرار تبعـی و مطلوب ثانوی است، فرع مطلوب اول؛ به این معنا که اگر مطلوب اول نباشد، ایـن شـرط هم منتفی است. بنابراین، مطلوبی اسـت بـه دنبـال عقـد و بـه تبـع آن، نـه اینکـه مطلـوب مستقلی باشد.

حضرت امام﵀ خود به این نکته توجه دارند که از نظر عـرف، شـرط و عقـد بـه هـم مرتبط است و رابطه آنها فراتر از رابطه ظرفـی اسـت؛ امـا از آنجـا کـه نتیجـه ایـن ظهـور عرفی این است که در عقد مشروط، بیع و نقل محقق نمی‌شود، مگر بعد از عمل به شرط و چنین نتیجه‌ای فسادش واضح است. از این رو، به نظر ایشان بایـد از ایـن ظهـور دسـت برداشت (موسوی خمینی، ۱۳۷۱، ج۵، ص۲۰۶).

در پاسخ به این بیان باید به این نکته توجه داشت که نتیجه بیع مشـروط، عـدم تحقـق نقل و انتقال نیست؛ بلکه بیع چه مطلق باشد و چه مشروط، مفید نقل و انتقال است. شرط این اثر را دارد که التزام به بیع و تعهد به عمل بر طبق آن را وابسته می‌کند. بنابراین، اگـر

مبیع، بدون شرط واقع شود، از نظر عرف و با ارتکاز عرفی نقل و انتقال حاصل است و اگر مشروط به شرط باشد، باز هم نقل و انتقال صورت گرفته است؛ اما به دلیل اینکه مشروطٌعلیه به شرط خود پایبند نبوده، مشروطٌله می‌تواند عقد را فسخ کند. بنابراین، محذور عدم نقل تا زمان حصول شرط، وجود ندارد تا لازم باشد از این ظهور عرفی دست برداریم.

اشکال دومی که بر این نظریه وارد است این که اگر شرط قرار مستقلی در کنار عقد باشد، نتیجه‌اش این می‌شود که اگر فروشنده ایجاب بیع را همراه با شرطی انشاء کرد؛ اما خریدار قبول را فقط برای خود عقد انشاء کرد، باید قائل شویم عقد صحیح انجام شده و فقط شرط محقق نشده است؛ چون این دو را قرار مستقل به شمار آوردیم؛ در حالی که این مطلب قابل قبول نیست؛ زیرا عدم تطابق ایجاب و قبول، باعث بطلان عقد می‌شود. فقها تصریح کرده‌اند که یکی از شرایط صحت عقد، تطابق ایجاب و قبول است.

اگر متعاملین در مضمون عقد یا در توابع عقد، از جمله شرط آن اختلاف داشته باشند؛ به عبارت دیگر، قبول مشتری متفاوت با ایجاب بایع باشد، بیع منعقد نمی‌شود (شیخ انصاری، بی‌تا، ص۲۸۲).

ثالثاً اگر شرط قرار مستقلی از عقد باشد، توجیه خیار تخلف شرط دلیل دیگری لازم دارد؛ مشتری به اصل عقد پایبند بوده و آنچه را انجام نداده قرار مستقل جدایی است، چرا نفی آن قرار مستقل، باعث تزلزل و خیاری شدن این قرار مستقل شود؟! (خویی، ۱۴۱۴ق، ج۱، ص۴۹).

مرحوم امام﵀ خیار تخلف شرط را این طور توجیه می‌کند که ثبوت این خیار، امری عقلایی و وابسته به تفاوت قیمت‌ها و اغراض است. شروط و قیودی که دخیل در قیمت است، اگر در ضمن عقد ذکر نشود، تخلف آنها از باب تخلف داعی بوده و تأثیری در لزوم عقد نخواهد داشت؛ اما اگر به صورت قید، وصف یا شرط در ضمن عقد ذکر شود، تخلف آنها سبب ثبوت خیار تخلف شرط می‌شود (موسوی خمینی، ۱۳۷۱، ج۵، ص۲۰۶).

هر چند این بیان امام﵀ خیار تخلف شرط را به نکته عقلایی برمی‌گرداند و آن را

توجیه می‌کند؛ اما پاسخ اشکال نیست و اشکال همچنان به قوت خود باقی است؛ زیرا اگر شرط، قرار مستقلی در کنار قرار بیعی است، چه دلیلی دارد که عقلاء تخلف آن قرار مستقل را سبب خیاری شدن این قرار می‌دانند؟ وقتی اینها دو قرار مستقل هستند، نبود یکی چگونه می‌تواند خیاری شدن دیگری را ثابت کند؟!

به علاوه، طبق این سخن، در صورتی تخلف شرط خیارآور است که شرط، تأثیرگذار در قیمت و اغراض باشد؛ همچنان که خود ایشان تصریح می‌کند که خیار تخلف شرط فقط در صورتی است که شرط نحوه دخالتی در قیمت و اغراض معاملی داشته باشد (موسوی خمینی، ۱۳۷۱، ج۵، ص۲۲۰)؛ حال آنکه فقها تخلف شرط را به طور مطلق، سبب حق خیار می‌دانند، هر چند که شرط تأثیری در قیمت مبیع یا غرض متعاملین نداشته باشد.

در مجموع، تبیین رابطه عقد و شرط به صرف رابطه ظرفیت، اشکالاتی دارد و از همه مهم‌تر اینکه مخالف فهم عرف از شرط است؛ از این رو، اکثریت قریب به اتفاق فقها، این تحلیل را نپذیرفته و برای تبیین این رابطه، نظرات دیگری داده‌اند.

۲-۲-۴. دیدگاه دوم: تعدد مطلوب

مرحوم حکیم قائل است که قیود در معاملات همواره به نحو وحدت مطلوب هستند؛ یعنی اراده فرد به بیع، یک اراده و رضایت است. ایشان تصریح می‌کند ضابطه در قیود این است که به نحو وحدت مطلوب اخذ می‌شود و فرقی بین اعمال و اعیان ذمی یا خارجی نیست. مقتضای چنین مطلبی این است که با انتفای قید، معامله باطل باشد؛ زیرا مورد رضایت واقع نشده است؛ اما در معاملات شخصی خارجی با انتفای قید، قائل به صحت معامله هستیم؛ زیرا عقلاء به همان اذن واقع بر مقید، اکتفا می‌کنند؛ یعنی وقتی مبیع جزئی خارجی است، ولو فاقد قید مأخوذ در انشاء باشد، رضایت بر همان مبیع خارجی واقع شده، هر چند که مشتری خیال می‌کرده واجد قید است. بنابراین، از نظر عقلاء، رضایت بر آن مبیع تعلق گرفته و همین برای صحت کافی است.

اما درباره شروطی که با انشاء مستقل جعل می‌شود، از نظر عقلاء اصل عقد و شرط

ضمن آن، دو مطلوب است. اگر چه در مقام رضایت حقیقتاً اذن بر عقد بـا شـرط، بـه دو اذن جداگانه، یکی به عقد و دیگری به شرط منحـل نمی‌شـود؛ امـا حکمـاً، حکـم تعـدد مطلوب را دارد. لذا با انتفای شرط، ممکن است اصل رضایت به بیع، همچنان باقی باشـد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج۱۲، ص۲۳-۲۴).

برای تبیین منظور ایشان می‌توان این گونه توضیح داد که اگـر چـه اراده فـرد بـه بیـع همراه با شرط یا مبیع همراه با وصفی خاص، یک اراده و رضایت است و در واقع شـرط هم همانند قید، به نحوی رضایت را تحدید می‌کند و شرط و قید لبـاً یکـی می‌شـود؛ امـا این رضایت به طور تشکیکی قابل انحلال اسـت، حـدی از رضـایت کـه از آن بـه اصـل رضایت تعبیر می‌شود، به مبیع با قیود اساسی و جوهری‌اش تعلق گرفته و کمـال رضـایت به مبیع همراه با آن شرط یا قید غیر اساسی، به نحـو تعـدد مطلـوب یـا بـه شـکل انحـلال حکمی، در مواردی که شرط مورد نظـر یـا قیـد بیـان شـده در بیـع، شـرط و قیـد کمـال رضایت باشند، نه اصل آن، با انتفای آن قید و شرط، باز اصل رضایت باقی است.

با این بیان معلوم می‌شود که وجود شرط، در تحقق کمال رضایت به بیع مـؤثر اسـت و بایع ارتباطی فراتر از رابطه ظرفی دارد؛ اما با نفی آن، همچنان ممکن است رضایت بـه بیع باقی باشد و به عبارت دیگر، اصل رضایت (بدون قید کمـال آن) بـرای صـحت بیـع، کافی است.

طبق این دیدگاه رابطه شرط و عقد، رابطه‌ای بالاتر از رابطه ظرفیت اسـت، شـرط در مرتبه‌ای از رضایت دخیل و مؤثر است. اگر شرط اخذ شده در عقد، همچون قید اساسی باشد که در اصل رضایت بـه عقـد تأثیرگـذار اسـت، بـا انتفـای شـرط، عقـد هـم منتفـی می‌شود، چون رضایتی به آن عقـد وجـود نـدارد؛ امـا اگـر شـرط مـذکور، شـرط کمـال رضایت باشد، انتفای آن، موجب بطلان عقد نخواهـد بـود؛ چـون خـود عقـد، حـدی از رضایت را دارد و همین حدّ برای صحت کافی است.

۳-۲-۴. دیدگاه سوم: تقیید حیثیت التزام به عقد

مرحوم نائینی با تفکیک اصل عقد و متعلَّق آن، رابطه عقد و شـرط را تبیـین می‌کنـد.

ایشان قائل است هر عقدی دو حیثیت جداگانه دارد؛ برای مثال، در عقد بیع، ما یک حیثیت عقدی داریم که مفاد آن این است که قرار می‌گذاریم که لازم است بر طبق آن قرار عمل شود و حیثیت دوم، حیثیت بیعی است که به معنای انتقال ملکیت است. شرط ضمن عقد بیع، قیدِ اصل بیع نیست تا موجب تقیید مُنشَأ شود، اگر مُنشَأ و اصل بیع مقیّد می‌شد، با انتفای قید، منشأ و بیع هم منتفی می‌شد؛ اما این شرط، قید بیع نیست؛ بلکه شرط التزامی است ضمن التزام بیعی. از این رو، فساد شرط، موجب فساد خود بیع نمی‌شود؛ بلکه اثر آن این است که حیثیت عقدی را مشروط کرده است؛ یعنی التزام به نقل ملکیت، مشروط به وجود این شرط است، با انتفای شرط، مشروطٌله التزام به بیع نخواهد داشت (آملی، بی‌تا، ج۲، ص۳۲۲-۳۲۳).

طبق این دیدگاه کاملاً معلوم است که چرا انتفای شرط باعث بطلان عقد نمی‌شود؛ بلکه آن را قابل فسخ می‌کند؛ زیرا التزام به عقد مشروط به وجود شرط است. با نبود شرط، خود عقد منتفی نمی‌شود؛ بلکه التزام به آن منتفی است. بنابراین، مشروطٌله می‌تواند به آن ملتزم نباشد؛ به عبارت دیگر، از خیار خود استفاده کرده آن را فسخ کند و یا به عقد بدون شرط راضی باشد.

در این تبیین هم رابطه عقد و شرط، رابطه‌ای فراتر از رابطه ظرفیت است، وجود و عدم شرط، در بود و نبود التزام به عقد مؤثر است و نه در وجود و عدم خود عقد خاص.

۴-۲-۴. دیدگاه چهارم: تفصیل بین شرط فعل و شرط وصف

مرحوم سید یزدی﵀ با تفصیل بین شرط وصف و شرط فعل نظریه جدیدی ارائه داده است. ایشان قائل است شرط وصف بازگشت به تقیید و شرط فعل بازگشت به مشروط شدن التزام به عقد دارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۸ق، ص۲۴۹).

از نظر ایشان هر چند شرط وصف را نیز می‌توان به مجاز و مسامحه به التزام برگشت داد؛ اما از آنجا که اگر شیء در مبیع مشخص، فاقد وصف شرط شده باشد، بایع نمی‌تواند وصف مذکور را در آن ایجاد کند؛ از این رو، الزام و التزام به طور حقیقی در شرط وصف ممکن نیست، بنابراین به اقتضای فهم عرفی شرط وصف حمل بر تقیید می‌شود.

ممکن است اشکال شود لازمه ارجاع شرط وصف به تقیید آن است که در صورت تخلف شرط عقد باطل باشد و حق فسخ قابل پذیرش نیست؛ در حالی که حکم بطلان خلاف فهم عرف و حکم شرع است.

ایشان با تحلیل این مطلب که شرط وصف در مقام انشاء و دلالت الفاظ، قید محسوب می‌شود، اشکال را دفع می‌کند. با توجه به ارتکاز ذهنی متعاملین و در مقام قصد واقعی آنها مسئله از باب تعدد مطلوب است. قصد طرفین بطلان عقد در صورت نبود وصف نیست؛ بلکه در صورت تخلف ممکن است بخواهند همچنان به عقد پایبند باشند؛ از این رو، اگر مشروطٌ‌له با نبود شرط به مبیع راضی باشد، نیاز به انشاء عقد جدیدی نیست.

مرحوم سید در گامی فراتر می‌فرماید بعید نیست حتی در شرط فعل نیز بتوان نظریه تقیید را پذیرفت؛ چون حتی در این باره نیز می‌توان گفت طرفین خواسته‌اند با شرط مفاد عقد را مقید کنند. با لحاظ قصد واقعی طرفین و تعدد مطلوب، تعلیق مبطل لازم نمی‌آید. همچنانکه تخلف شرط هم منجر به بطلان عقد نمی‌شود. اثر مترتب بر آن به خواست طرفین، خیار فسخ برای مشروطٌ‌له است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۵۰).

در بررسی و نقد این نظریه می‌توان گفت هر چند با این تحلیل ایجاد حق خیار با تخلف شرط، تبیین می‌شود؛ اما نتیجه این تحلیل آن است که شرط فعل، ضمن عقد لزوم وفا نداشته باشد، امری که خلاف حکم شرع و فهم عرف است.

۵-۲-۴. تعلیق به التزام یا تعلیق در التزام

تحلیل دیگری که از رابطه عقد و شرط گفته شده، تحلیل مرحوم خویی رحمه‌الله است. ایشان قائل است شروط ضمن عقد به طور کلی یکی از این دو قسم خواهد بود. گاهی با قرار دادن شرط، خود عقد بر التزام به شرط معلَّق می‌شود و گاهی هم التزام به عقد و وفای آن معلَّق بر شرط می‌شود. رابطه عقد با شرط به نحو قضیه مانعة الخلو به یکی از این دو شکل است (خویی، بی‌تا، ص ۴۰).

تعلیق خود عقد و مُنشَأ بر التزام به شرط، به این معناست که مشروطٌ‌له، عقد را معلق

بر التزام مشروطٌعلیه به شرط، انشاء می‌کند و در مقام انشاء اذعان به شرط دارد و التزام به آن را می‌پذیرد.

طبق این بیان، اگر مشروطٌعلیه التزام به شرط را نپذیرد، اصلاً عقد محقق نشده و ایجاد نمی‌شود؛ چون انشاء عقد معلَّق بر این التزام است و البته این نحوه از تعلیق از نظر ایشان مضر به صحت عقد نیست؛ چرا که تعلیق بر امر حاصلی است. مشروطٌعلیه بالفعل این التزام را دارد. نتیجه چنین شرطی این است که بر مشروطٌعلیه وفای به شرط واجب است؛ اما اگر او در عمل به شرط پایبند نبود، عقد صحیح بوده، حتی برای مشروطٌله، خیار هم نمی‌آورد. زیرا عقد معلَّق بر التزام به شرط بود که وجود داشت، نه برخود شرط، پس عقد صحیح انجام شده است. این نحوه از شرط، در شرط ضمن نکاح وجود دارد. اگر در ضمن عقد نکاح، امری شرط شود، اصل عقد معلَّق بر التزام مشروطٌعلیه به شرط است و مشروطٌعلیه در حین عقد این التزام را قبول دارد، پس عقد معلَّق بر امر حاصلی است و صحیح است. از طرف دیگر، اگر در مرحله عمل، مشروطٌعلیه شرط را انجام نداد، عقد همچنان صحیح است و لازم. لذا تخلف شرط ضمن عقد نکاح، باعث خیاری شدن نکاح نمی‌شود.

نحوه دوم شرط ضمن عقد به این شکل است که التزام به عقد، مقیّد است بر وجود شرط، که مرحوم خویی از این شکل به «تعلیق در التزام» تعبیر می‌کنند (خویی، بی‌تا، ج۷، ص۲۹۶)؛ یعنی التزام به عقد توسط مشروطٌله به وجود شرط و تحقق آن در خارج، مقیّد است.

این نحوه دوم، شبیه نظر مرحوم نائینی‌ﷺ است. در این شکل از شرط، اگر مشروطٌعلیه به شرط ملتزم نباشد، مشروطٌله هم به عقد التزام نخواهد داشت. در نتیجه، عقد قابل فسخ بوده و مشروطٌله خیار دارد.

طبق این تبیین، خیار تخلف شرط یا خیار اشتراط، به خیار شرط بازگشت دارد؛ زیرا در حقیقت مشروطٌله با قرار دادن شرط در ضمن عقد، التزام خود را به عقد، مقیّد به وجود شرط می‌کند و می‌گوید اگر شرط محقق نشود، من حق فسخ عقد را دارم، گویا با این کار برای خود شرط خیار گذاشته است.

اگر چه تبیین ایشان، خیار تخلف شرط را توجیه می‌کند و نیز در عقودی مثل عقد نکاح، راه نیافتن خیار را توجیه می‌کند؛ اما تبیینی است که خلاف ارتکاز است. ایشان شروط ضمن عقد را دو دسته کرد. در برخی از آنها، مثل شرط ضمن عقد نکاح قائل شد که حقیقت اشتراط، تعلیق عقد بر التزام به شرط است و در بعضی دیگر، مثل شرط ضمن عقد بیع، قائل شد که التزام به عقد مقیّد و معلَّق بر وجود شرط شده است. این تبیین از جهاتی اشکال دارد.

اولاً: شرط و اشتراط عمل ارادی است، فردی که شرط می‌کند خودش باید فهم تعلیق از این اشتراط داشته باشد؛ در حالی که چنین فهمی از شرط خلاف ارتکاز عرفی است.

ثانیاً: تفکیک بین شرط ضمن عقد نکاح با شرط ضمن عقد بیع، تفکیکی است که گر چه از نظر حکمی قابل فهم و قابل توجیه است؛ اما در مرحله انشاء و ایجاد، دو عمل انشایی متفاوت صادر نمی‌شود؛ یعنی از نظر عرف همان طور که در ضمن عقد بیع شرطی مقرر می‌شود، ضمن عقد نکاح هم به همین شکل است. عرف در مرحله انشاء و جعل تفاوتی بین این دو نحوه از شرط نمی‌بیند. تفاوت راه یافتن خیار در بیع و عدم آن در عقد نکاح، ناشی از حکم شارع است. دلیلی ندارد که همه تفاوت در احکام، ناشی از تفاوت در موضوع‌ها باشد؛ بلکه در بحث ما انصافاً اراده متعاملین و فهم آنها از اشتراط در هر دو عقد یکسان است. بنابراین، به نظر می‌رسد بهتر است تفاوت اثر را ناشی از حکم شارع بدانیم، نه ناشی از تفاوت موضوع و اراده متعاملین.

ثالثاً: متعاملین در ضمن عقد بیع، تملیک را انشاء می‌کنند، نه التزام به عقد را. التزام به عقد عمل انشایی نیست؛ بلکه اثر انشای تملیک است. بنابراین، التزام که اثر انشاء است، نه خود مُنشَأ، حکمی از ناحیه شارع است. معنا ندارد که بگوییم التزام معلَّق به شرط یا التزام به شرط است. حکم شارع در اختیار ما نیست. البته اگر کسی قائل باشد انشاء متعاملین خودش دو کار است، مدلول مطابقی انشاء عقد بیع، تملیک است و مدلول التزامی آن، التزام به عقد است؛ یعنی بیع تملیک است و حیثیت عقدی بودن آن التزام را می‌رساند (شبیه دیدگاه مرحوم نائینی) (رک. آملی، بی‌تا، ج۲، ص۳۲۲). لزوم

عقد، ناشی از اراده خود متبابعین است و قابل تعلیق می‌باشد؛ اما طبق دیدگاه مرحوم خویی﵀، عمل انشایی متعاملین همان تملیک است و لزوم آن و التزام، حکمی از ناحیه شارع می‌باشد؛ از این رو، بیان اینکه التزام معلَّق به شرط یا التزام به شرط است، قابل قبول نیست.

۶-۲-۴. ترکیب انضمامی

با توجه به تبیین‌هایی که از رابطه عقد و شرط مطرح شد و اشکالات وارد بر آنها، به نظر می‌رسد رابطه شرط و عقد را می‌توان این گونه تحلیل کرد که عقد مشروط عبارت است از انشاء مضمون عقد به اضافه شرط خاص. با این توضیح که در بیع مشروط، تملیک به اضافه شرط را داریم. عقد صرف تملیک نیست؛ بلکه شرط هم جزء عقد است، منتهی ترکیب عقد و شرط، ترکیب اتحادی نیست که با رفتن شرط، مرکب منتفی شود؛ بلکه ترکیب انضمامی است، اختلال به شرط کل قرار را باطل نمی‌کند و از آنجا که جزئی از قرار منتفی شده، طرف مشروطٌله، حق خیار دارد.

بنابراین، شرط به تعلیق بازگشت ندارد (نظر مرحوم خویی﵀) و قید هم نیست که با انتفاء آن مقید منتفی شود، (که نظر مرحوم حکیم این طور بود و بعد برای صحت عقد به دلایلی همچون کفایت اذن وارد بر مبیع خارجی در بیع جزئی نزد عقلاء تمسک می‌کردند) (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج۱۲، ص۲۴)؛ بلکه ترکیب شرط و عقد یک ترکیب انضمامی است و مقصود اصلی متبایعین عقد و مقصود تبعی آنها شرط است. از این رو، با نبود یا فساد شرط، مقصود اصلی حاصل است و عقد باطل نمی‌شود؛ بلکه برای مشروطٌله، حق خیار ایجاد می‌شود.

البته با نظر حضرت امام﵀ هم تفاوت دارد. ایشان شرط و عقد را دو قرار مستقل و مجزا می‌دانست که فقط برای تحقق عنوان شرط، ضمن عقد بودن آن معتبر است (موسوی خمینی، ۱۳۷۱، ج۵، ص۲۲۰). به نظر ما قرار شرطی، قرار مستقلی در ضمن عقد نیست؛ بلکه جزئی از مفاد عقد است و لذا «**أوفوا بالعقود**» لزوم عمل به شرط را هم می‌رساند. اما این قرار و التزام ضمن عقد، یک قرار تبعی و فرعی نسبت به خود عقد محسوب می‌شود

و ترکیب انضمامی هم اشاره به همین دارد؛ گرچه از مفاد و لوازم عقد است؛ اما با رفتن آن عقد منتفی نمی‌شود.

۵. نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان تفاوت تعلیق، تقیید و اشتراط را تفاوتی ماهوی و حقیقی تبیین کرد. در تعلیق وجود عقد منوط و وابسته به امری شده و بنا به نظر مشهور فقها، این امر موجب بطلان عقد می‌شود. در تقیید دامنه و موضوع قرارداد ضیق شده، قید داخل در موضوع معامله است و با انتفای آن، موضوع معامله منتفی می‌شود. اما در اشتراط تعهد اضافه‌ای که خارج از حقیقت عقد است، به عقد ضمیمه می‌شود. نه وجود عقد منوط به امر دیگر می‌شود و نه موضوع آن محدود می‌گردد؛ بلکه قرار دیگری به عنوان مطلوب فرعی و قرار دوم به عقد ضمیمه می‌شود.

رابطه عقد با شرطی که ضمن آن مطرح شده، رابطه ترکیب انضمامی است. عقد مطلوب اصلی و شرط ضمن آن، مطلوب فرعی و در طول عقد است؛ از این رو، خلل به شرط باعث از بین رفتن مطلوب اصلی نشده و عقد به قوت خود باقی است و فقط به سبب آسیب دیدن مطلوب فرعی مشروطٌ‌له حق خیار پیدا می‌کند.

فهرست منابع

۱. آملی، محمدتقی (بی‌تا)، المکاسب و البیع (تقریرات درس نائینی)، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

۲. ابن منظور (۱۴۰۸ق)، لسان‌العرب، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۳. اصفهانی، محمدحسین (بی‌تا)، تعلیقة علی المکاسب، تهران: المطبعه الرشیدیه.

۴. انصاری، مرتضی (بی‌تا)، مکاسب، مطبعة اطلاعات (چاپ سنگی).

۵. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، فرهنگ عناصرشناسی، بی‌جا: گنج دانش.

۷. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق)، الصحاح اللغة، بیروت: دار العلم للملایین.

۸. حسینی حائری، سیدکاظم (۱۴۲۳ق)، فقه العقود، قم: مجمع اندیشه اسلامی.

۹. حسینی مراقی، میر عبد الفتاح (۱۴۲۵ق)، العناوین، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

۱۰. حسینی مقدم، سید عسگری (۱۳۸۷)، تعلیق در قراردادها، قم: بوستان کتاب.

۱۱. خوانساری بجنوردی، موسی بن محمد (۱۳۷۳)، منیة الطالب (تقریرات درس مرحوم نائینی)، تهران: مکتبة محمدیه.

۱۲. خویی، سید ابوالقاسم (بی‌تا)، مبانی عروة الوثقی (کتاب المضاربه)، نجف اشرف: مطبعة الآداب.

۱۳. ـــــــــــــــ (بی‌تا)، مستند عروة الوثقی (کتاب الاجارة)، بی‌جا: بی‌نا.

۱۴. ـــــــــــــــ (بی‌تا)، مصباح الفقاهة، نجف اشرف: مطبعة الحیدریه.

۱۵. ـــــــــــــــ (بی‌تا)، موسوعة الامام الخویی، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.

۱۶. خویی، سید محمدتقی (۱۴۱۵ق)، الشروط أو الإلتزامات التبعیة فی العقود، قم: مؤسسه المنار.

۱۷. روحانی، سید محمدصادق (بی‌تا)، فقه الصادق، قم: مطبعة مهر.
۱۸. سبحانی، جعفر (۱۳۸۱)، دراسات موجزة فی الخیارات و الشروط، قم: المرکز العالمی للدراسات الاسلامیه.
۱۹. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذّب الاحکام، قم: مؤسسة المنار.
۲۰. شیرازی، مجدالدین (بی‌تا)، القاموس المحیط، بی‌تا: عالم الکسب.
۲۱. طباطبایی، سید محمدحسین (بی‌تا)، المیزان فی تفسیر القرآن، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۲. طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق)، مستمسک العروة الوثقی، قم: اسماعیلیان.
۲۳. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۳ق)، حاشیة المکاسب، قم: دار المصطفی لإحیاء التراث.
۲۴. عاملی، شیخ حر (بی‌تا)، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۵. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق)، العین، قم: نشر هجرت.
۲۶. الفیاض، محمداسحاق (بی‌تا)، محاضرات فی اصول الفقه (تقریرات ابحاث سید ابوالقاسم الخویی)، نجف اشرف: مطبعة الآداب.
۲۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، تهران: سمت.
۲۸. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۸)، مقالات حقوقی، تهران: دانشگاه تهران.
۲۹. مامقانی، عبدالله (۱۳۴۴)، منهاج المتّقین، بیروت: مؤسسه آل البیت لإحیاء التراث العربی.
۳۰. مدنی کاشانی، آقا رضا (۱۴۰۹ق)، تعلیقة شریفة علی بحث الخیارات و الشروط من کتاب المتاجر للشیخ الانصاری، قم: مکتبة آیت‌الله مدنی کاشانی.
۳۱. معلوف، لوییس (۱۳۷۶)، المنجد فی اللغة، قم: نشر بلاغت.
۳۲. موسوی بجنوردی، میرزا حسن (۱۳۸۷)، القواعد الفقهیة، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۳۳. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۷۱)، کتاب البیع، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۳۴. نراقی، مولی احمد (۱۴۱۷ق)، عوائد الایام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.