

## قدرت بر تسلیم «مورد» شرط ضمن عقد

دکتر اسماعیل صغیری<sup>۱</sup>

### چکیده

قدرت بر تسلیم مورد معامله، از قواعد عمومی قراردادها بوده و ضمانت اجرای فقدان آن، به طور معمول، بطلان معامله می‌باشد. در این مقاله قدرت بر تسلیم مورد معامله، به طور خاص، در خصوص، مورد شرط ضمن عقد بحث و بررسی شده و منظور از قدرت بر تسلیم در شرط فعل، شرط صفت و شرط نتیجه به تفکیک مطالعه و احکام آن نیز با لحاظ منابع فقهی و قانون مدنی ایران استخراج شده است.

**کلمات کلیدی:** شرط ضمن عقد، قدرت بر تسلیم مورد معامله، شرط فعل، شرط صفت، شرط نتیجه.

---

<sup>۱</sup> - استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز

## فصل اول - کلیات

### گفتار اول - مفهوم «مورد» شرط ضمن عقد

منظور از مورد شرط ضمن عقد، همان موضوع شرط می‌باشد که قانونگذار تعریف دقیقی از آن به عمل نیآورده و فقط در ماده ۲۳۴ ق.م. (قانون مدنی) به صورت غیر مستقیم اشاره می‌نماید که موضوع شرط می‌تواند تعهد به اقدام یا عدم اقدام به فعلی یا کیفیت یا کمیتی در مورد عقد اصلی یا احياناً تحقق اثر یکی از اعمال حقوقی باشد. از این رو در تعریف مورد شرط چاره‌ای جز مراجعه به عموماً نیست. در این راستا، ماده‌ی ۲۱۴ ق.م. اشعار می‌دارد: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کنند.» همانگونه که ملاحظه می‌شود این ماده‌ی قانونی نیز تعریفی از مورد معامله که بتواند مع‌الواسطه در روشن شدن تعریف مورد شرط هم مورد استفاده قرار گیرد به دست نمی‌دهد و فقط به ذکر مصادیق بسنده می‌کند. واقع این است که: «ماده‌ی ۲۱۴ ق.م. در بیان مصادیق مورد معامله [نیز] کامل نیست. زیرا از یک طرف منحصراً مورد معامله‌های مالی نظیر بیع و اجاره تعریف شده است و تعریف مزبور شامل موضوع عقد غیر مالی نکاح که زوجین هستند نمی‌شود.<sup>۱</sup> در این خصوص چه بسا گفته شود که قانونگذار در مقام بیان مورد معاملات مالی بوده است نه غیر مالی، از طرف دیگر، تعریف مزبور مربوط به عقود عهدی است و شامل موضوع عقد تملیکی نمی‌شود؛ چه این که موضوع عقد تملیکی مالی است که به طرف معامله تملیک می‌شود و تعهد به تسلیم آن جنبه‌ی فرعی دارد. به علاوه تعریف مزبور شامل حق یا تعهدی که ساقط می‌شود، مانند قرارداد تبدیل تعهد که سقوط تعهدی به جای انشای تعهد دیگر، مورد آن است، نمی‌باشد.»<sup>۲</sup> بنابراین با لحاظ این نکته که منظور از مورد معامله، بطور کلی جایگاه و محل تحقق آثار ناشی از عقد می‌باشد و نیز با امعان‌نظر به مصادیق بارز موضوع قراردادها، مورد معامله را می‌توان چنین تعریف کرد: «مورد معامله، مالی است که تملیک یا حقی از آن منتقل و یا انتفاع از آن مأذون و یا عملی است که به انجام یا ترک آن تعهد می‌شود و یا تعهدی است که اسقاط یا انشاء می‌شود و یا شخصی است که اثر عقد را در او تحقق می‌یابد.»<sup>۳</sup> از این لحاظ مورد شرط ضمن عقد را نیز می‌توان مرادف با تعریف مذکور دانست، جز این که اتصاف مورد معامله به کمیت یا کیفیتی خاص را نیز باید بدان افزود.

### گفتار دوم - مفهوم قدرت بر تسلیم «مورد» شرط ضمن عقد

«قدرت بر تسلیم مورد معامله» یا به اصطلاح «مقدورالتسلیم بودن آن» از شرایط عمومی صحت معاملات است؛ لذا چنانچه شرط ضمن عقد را تابع قواعد عمومی معاملات بدانیم، تردیدی در جریان احکام و مقررات مذکور، در خصوص مورد شرط وجود نخواهد داشت. از طرفی قول به عدم متابعت شرط از قواعد عمومی معاملات نیز، نهایتاً توفیری در جریان احکام و مقررات مذکور در خصوص مورد شرط نخواهد داشت، چه آن که، بند (۱) ماده‌ی ۲۳۲ ق.م. با باطل تلقی کردن «شرط غیر مقدور» در حقیقت، «مقدور بودن» شرط را جزو شرایط صحت آن ذکر کرده است. «مقدور بودن شرط» هم با این که بیشتر با «امکان اجرای قرارداد» سنخیت دارد تا «مقدورالتسلیم بودن آن» و علیرغم وجود تفاوت‌های ظریف و دقیق تحلیلی بین دو بحث «امکان اجرای قرارداد» و «مقدورالتسلیم بودن مورد آن»، ولی با این همه، نظر به وحدت منشأ تحلیلی همه‌ی مباحث فوق و بازگشت همه‌ی آنها به مفهومی واحد، مباحث مربوط به «قدرت بر تسلیم» در قواعد عمومی معاملات، عیناً در باب «مقدور بودن شرط» هم قابل طرح و

بحث است. لذا در آغاز این فراز از بحث، ابتدا کلیات مربوط به قواعد عمومی ناظر بر قدرت بر تسلیم را ذکر و سپس به صورت اختصاصی قدرت بر تسلیم مورد شرط را به گفتگو می‌نشینیم.

## فصل دوم- قواعد عمومی قدرت بر تسلیم مورد معامله

هدف غایی از انجام هر معامله و تقبل یا تحمیل هر تعهدی در هر قالب و شکلی، اعم از شرط و عقد، اجرای عملی آن است. از نظرگاه عرف، معامله‌ای که سرانجام نتوان آنرا به موقع اجرا گذاشت، معامله‌ای لغو و بیهوده است. این انتظار عرفی مورد توجه قانونگذار نیز قرار گرفته، چنانچه در ماده‌ی ۳۴۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «بیع چیزی که ... بایع قدرت بر تسلیم آن را ندارد باطل است...» همچنین ماده‌ی ۴۷۰ ق.م. اشعار می‌دارد: «در صحت اجاره قدرت بر تسلیم عین مستأجره شرط است». ماده‌ی ۶۶۲ ق.م. نیز مقرر می‌دارد: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را به جا آورد ...». حقوقدانان با الغای خاصیت از بیع و اجاره و وکالت قاعده‌ی قدرت بر تسلیم مورد معامله را به همه‌ی انواع معاملات تسری و در حقیقت قدرت بر تسلیم را شرط صحت مطلق معاملات می‌دانند. به طوری که فقدان آن باعث بطلان هر معامله‌ای است. مبانی بطلان معامله‌ای که در آن متعاملین قدرت بر تسلیم مورد آن را ندارند، به طور خلاصه می‌توان در دو مفهوم «لغویت» و «غرر» خلاصه کرد: گفتیم که هدف نهایی هر معامله، اجرای آن است؛ معامله‌ای که متعاملین با علم بر فقدان قدرت بر تسلیم مورد آن مبادرت به انعقاد آن می‌کنند، عرفاً امری، لغو و بیفایده است، چنانچه انتساب قصد انشای جدی به طرفین چنین معامله‌ای نیز بعید و دشوار می‌نماید. حتی عده‌ای از علمای حقوق، چنین معامله‌ای را غیرعقلایی تلقی کرده‌اند.<sup>۴</sup> از طرفی، در معامله‌ای که در آن قدرت بر تسلیم مورد معامله وجود ندارد، روابط طرفین و سرنوشت معامله، امری مبهم و وابسته به شانس و احتمال و تصادف است که ممکن است باعث ورود ضرر و ایجاد اختلاف در آینده شود. تعبیر حقوقی این وضعیت، همان «غرر» است که مواد متعددی از قانون مدنی از جمله ماده‌ی ۲۱۶ و ۳۴۲ ق.م. متعرض آن شده و بطلان معامله به دلیل غرری بودن آن در نظام حقوقی فعلی، به عنوان یکی از قواعد عمومی معاملات، جایگاه خود را تثبیت کرده است. از نظر فقهی نیز برخی از علماء بر این مسأله ادعای اجماع کرده<sup>۵</sup> و برای اثبات ماهوی قضیه نیز به روایت نبوی معروف «لا تبع ما لیس عندک» استناد نموده‌اند.<sup>۶</sup>

از مطالعه مواد و مقررات مربوط به موضوع، استفاده می‌شود که برای تحقق این شرط، علاوه بر این که مورد معامله باید واقعاً مقدورالتسلیم باشد، طرفین نیز باید «علم» بر این قدرت تسلیم داشته باشند؛ بنابراین اگر مورد معامله واقعاً مقدورالتسلیم نباشد ولی طرفین به تصور قدرت بر تسلیم، معامله کنند معامله باطل است و یا این که اگر مورد معامله واقعاً مقدورالتسلیم باشد ولی طرفین به تصور عدم قدرت بر تسلیم، معامله نمایند، این معامله نیز باطل خواهد بود.<sup>۷</sup> البته باید متذکر شد که قدرت بر تسلیم مورد معامله منحصراً برای زمان اجرای معامله لازم است و در حین انشاء لزومی به وجود چنین قدرتی نیست مشروط بر این که طرفین متبانیاً بر وجود قدرت بر تسلیم در زمان اجرای معامله، مبادرت به انشای آن نمایند و در زمان اجرا نیز عملاً این قدرت به وجود آید.<sup>۸</sup> بنابراین اگر علیرغم تبانی طرفین در زمان انشاء، عملاً در زمان اجرا چنین قدرتی به وجود نیامده و امکان اجرای عقد محقق نشود، به نظر می‌رسد با توجه به این که، اصولاً از حین انشاء تا زمان اجراء هیچ سابقه‌ای بر قدرت مذکور پیدا نشده

است، بتوان معامله را باطل دانست. «البته در صورتی که مورد معامله در زمان تشکیل عقد مقدورالتسلیم بوده ولی پیش از تسلیم یا تسلیم، قدرت بر تسلیم یا تسلیم سلب شود، این وضعیت موجب بطلان عقد نخواهد بود و در عقد بیع عین معین مانند صورت تلف مبیع قبل از قبض (ماده‌ی ۳۸۷ ق.م.) سبب انفساخ عقد می‌باشد»<sup>۹</sup> که این موضوع با آنچه قبلاً گفته شد، متفاوت است.

در نهایت متذکر می‌شود که قدرت بر تسلیم، طریقت داشته و فاقد موضوعیت است، بنابراین مثلاً اگر بایع قدرت بر تسلیم نداشته باشد، ولی خود مشتری قادر به تسلیم باشد، شرط حاصل است (ماده‌ی ۳۴۸ ق.م.). علاوه بر آن در صورتی که فقدان قدرت بر تسلیم به صورت موقت و زودگذر باشد نمی‌توان آن را به معنی عدم تحقق شرط و نتیجتاً بطلان معامله تلقی کرد. بنابراین فقدان قدرت بر تسلیم باید دائمی باشد نه موقت و زودگذر: پس اگر متعهد نتواند تعهد خود را در موعد انجام دهد نباید آن را غیرمقدور و غیرقابل تسلیم تلقی کرده و باطل شمرد. مگر این که، موعد وفای به عهد، قید تعهد بوده و تعهد و زمان اجرای آن به نحو وحدت مطلوب مدنظر باشد و در حقیقت با سپری شدن موعد، اصل تعهد نیز از بین رفته و منتفی شود.

### فصل سوم - قواعد اختصاصی قدرت بر تسلیم مورد شرط ضمن عقد

آنچه تاکنون گفته شد، در صورت اعتقاد بر جریان و حکومت قواعد و مقررات عمومی معاملات در شروط ضمن عقد، در خصوص این نهاد حقوقی نیز جاری و ساری است، با این حال نظر به تنوع انواع شرط، بهتر است مطالعاتی اختصاصی نیز به تفکیک در خصوص اشتراط قدرت در شرط فعل، صفت و نتیجه داشته باشیم: در این راستا ابتدا نکات و مقررات مشترک بین سه قسم شرط مذکور تذکر داده می‌شود:

**نکته اول:** این که: بحث از شرط نامقدور، فرع بر امکان عقلی و عرفی وقوع مفاد شرط است، بنابراین اگر امکان وقوع شرطی، عقلاً یا عرفاً محال باشد، اصولاً امکان تعلق قصد انشای متعاقبین به عنوان اشخاصی که اهلیت داشته و عرفاً کار لغو و بیهوده انجام نمی‌دهند، وجود ندارد. بنابراین چنین شروطی اساساً از بحث شرط نامقدور خارج هستند.<sup>۱۰</sup>

**نکته دوم:** آن که ملاک وجود قدرت در مشروط علیه علی‌الاصول قدرت شخصی نیست و در صورتی که خود وی فاقد قدرت ایفای تعهد ناشی از شرط باشد اما دیگری بتواند شرط را بجا آورده در این صورت باید معتقد بود که شرط مقدور است. در این خصوص ماده‌ی ۲۳۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور ولی انجام آن به وسیله‌ی شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم، موجبات انجام آن فعل را فراهم کند». البته آنچه گفته شد در صورتی است که انجام شرط به قید مباشرت نباشد و در صورتی که مباشرت مشروط علیه در انجام شرط مدنظر بوده باشد، در این صورت بدیهی است که قدرت شخصی نامبرده، ملاک تحقق یا فقدان مقدوریت شرط خواهد بود. و در نهایت

**نکته سوم:** این که برای حصول شرط مقدوریت، ظن عقلایی طرفین شرط، بر قدرت بر تسلیم مورد شرط، کافی است و در این زمینه وجود علم قاطع لازم و ضروری نیست. «از میان فقها سید محمد کاظم طباطبایی یزدی

(ره) حصول ظن به امکان تحقق و ایجاد تعهد ناشی از شرط و بلکه مجرد امکان آن را کافی می‌داند.<sup>۱۱</sup> این نظر را باید تأیید کرد، زیرا سختگیری بیش از حد در شرط باعث باطل معرفی شدن اکثر شروط و معاملات متداول میان مردم، به لحاظ عدم حصول علم برای متعاقدين به اقتدار مشروط علیه بر اجرای مفاد شرط می‌شود و این خلاف اصل استحکام و صحت معاملات و شروط است؛ بنابراین باید گفت که وجود احتمال انجام کار و غیر مقدور نبودن فعل مشروط، در دید عرف، کافی برای صحت اشتراط فعل است. علاوه بر این‌ها، از قانون مدنی نیز تلویحاً پذیرش نظر فوق برمی‌آید، زیرا مقنن به شرح ماده‌ی ۲۳۴ قانون مذکور اشتراط فعل بر شخص خارجی را پذیرفته است. بدیهی است که در چنین موردی امکان اجرای «تعهد به فعل ثالث»، از درجه‌ی ظن و احتمال فراتر نمی‌رود. شخص ثالث در این میان هیچ تعهدی پیدا نمی‌کند و این احتمال وجود دارد که شرط را بپذیرد یا توجیه و درخواست متعهد را در انجام فعل مشروط رد کند؛ پس، نفوذ شرط بر فعل ثالث نشان می‌دهد که «درجه احتمال معقول» برای درستی شرط کافی است.<sup>۱۲</sup>

اینک با مشخص شدن مقررات مشترک حاکم بر مقدوریت شرط بین سه قسم از انواع شروط، می‌توان اندکی هم به بحث و بررسی درخصوص اعمال این شرط در مورد هر یک از انواع شروط ضمن عقد پرداخت.

### گفتار اول - قدرت بر تسلیم شرط فعل

حسب تعریف «شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود». (م ۲۳۴ ق.م.) بنابراین به موجب تقسیم‌بندی قانون مدنی شرط فعل به دو قسمت تقسیم می‌شود که عبارتند از شرط فعل بر یکی از متعاملین و شرط فعل بر شخص ثالث. از طرفی مفاد شرط نیز ممکن است عبارت از اقدام به امری یا ترک آن امر باشد. همچنین نوع تعهد ممکن است به نتیجه یا به وسیله باشد. علاوه بر آن، امر مورد تعهد ممکن است حقوقی یا مادی باشد؛ بنابراین ملاحظه می‌شود که شرط فعل، فی حد ذاته می‌تواند انواع و اقسام متعددی داشته باشد که بررسی «مقدور بودن» در همه‌ی انواع مذکور مستلزم مجالی فراخ است. لذا به بررسی اهم موارد مذکور باید اکتفا شود. از این میان تعهد به وسیله و نتیجه و همچنین شرط فعل بر شخص ثالث را بررسی می‌کنیم: اقدامی که مشروط علیه، به موجب شرط ضمن عقد، تعهد به اقدام آن را می‌کند، گاه خود مقصود نهایی از توافق شرطی است، مانند حضور در دادگاه یا به مقصد رسانیدن کالایی خاص و گاه مقدمه نتیجه و مطلوب موردنظر طرفین است. در اصطلاح، تعهد نوع نخست را «تعهد به نتیجه» یا «تعهد به غایات» و تعهد نوع دوم را «تعهد به وسیله» یا «تعهد به مبادی» می‌نامند.<sup>۱۳</sup> برای تشخیص وجود یا فقدان قدرت بر انجام شرط توسط مشروط علیه باید دید مفاد شرط چیست و او چه چیزی را بر عهده گرفته است: نتیجه را یا تمهید وسیله را؟ برای مثال اگر بر مشروط علیه شرط شود که مباشرتاً تابلوی معینی را نقاشی کند و پس از اشتراط، معلوم گردد که نامبرده کوچکترین آشنایی با فن نقاشی ندارد یا این که بر مشروط علیه شرط شود صرفنظر از اتمام یا عدم اتمام کار، مباشرتاً بعنوان کارگر ساختمانی، یک روز مشغول انجام کار معینی باشد و پس از اشتراط معلوم شود که نامبرده به دلیل معلولیت توان حرکت ندارد، در این دو صورت که به ترتیب تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله است، شرط به دلیل نامقدور بودن باطل است. اما مثال‌ها، همواره بدین سادگی نیست و قابلیت تفسیر دارد، کما این که اگر بر باغبانی شرط شود که شکوفه را تبدیل به میوه نموده و تحویل دهد، در تفسیر این شرط اگر گفته شود که چون این

امر منسوب به خداوند بوده و از اقتدار بندگان خارج است، لذا شرط را باید باطل دانست ولی اگر منظور از شرط مذکور تعهد به تمهید وسایل و انجام امور باغبانی مانند رسیدگی به درخت و آبیاری و سمپاشی و نظایر آن باشد، در مقدوریت این شرط هیچ تردیدی وجود ندارد و آنرا حتماً باید صحیح تلقی کرد.<sup>۱۴</sup> حمل مفهوم تعهد بر وسیله یا تعهد بر نتیجه بر تعهدی خاص مستلزم تدقیق در الفاظ قرارداد و اوضاع و احوال جانبی قضیه و قرائن و امارات موجود در قضیه و استعانت از فنون تفسیر و تعبیر معاملات است. حال اگر نتوان به هیچ طریقی یکی از مفاهیم یاد شده را به تعهد معینی منتسب کرد، به نظر می‌رسد در این مقام، مقتضای اصل صحت، گزینش مفهومی باشد که شرط را صحیح و معتبر تلقی نماید. همچنین نباید از یاد برد که سختگیری در احراز توان متعهد روانیست و همینکه بتوان محملی عرفی برای انجام امر مورد تعهد با ملاک درجه احتمال وقوع معقول پیدا کرد، بلافاصله باید حکم بر صحت شرط داد.<sup>۱۵</sup>

در خصوص شرط فعل بر ثالث باید گفت که منظور از این شرط آن نیست که طرفین قرارداد به طور مستقیم تعهدی را بر عهده‌ی ثالث بگذارند، چرا که چنین شرطی مصداق بارز تعهد به ضرر شخص ثالث بوده و جز با قبول وی معتبر نیست و حتی در صورت قبول او نیز از حوزه‌ی بحث ما خارج است، زیرا منظور از شرط فعل بر ثالث آن است که یکی از طرفین قرارداد با اشتراط فعل ثالث بر او مشروط علیه قرار گرفته و در واقع انجام فعل مشروط توسط شخص ثالث به وسیله‌ی نامبرده تضمین می‌شود؛ مانند این که در ضمن صلح ساختمانی که در اجاره ثالث است بر بایع شرط شود که مورد اجاره را خالی از تصرف غیر در موعد معینی تحویل دهد که چون در حقیقت مورد اجاره در تصرف ثالث بوده و او است که باید عین مستأجره را تخلیه کند، بنابراین تعهد مشروط علیه در واقع تضمین تخلیه (فعل) به وسیله‌ی او (ثالث) می‌باشد. عده‌ای از فقها به طور مطلق، شرط فعل بر ثالث را به دلیل عدم اقتدار باطل می‌دانند<sup>۱۶</sup> در حالی که عده‌ای دیگر در صورتی که سبب فعل مشروط تحت اقتدار مشروط علیه باشد اشکالی در صحت آن نمی‌بینند.<sup>۱۷</sup> «دسته سومی از فقها در صورتی که فعل مشروط هیچ‌گونه ارتباطی به مشروط علیه نداشته باشد التزام بدان را سفهی و باطل دانسته‌اند، اما چنانچه فعل مذکور، مربوط به متعهد باشد، و نامبرده اطمینان و وثوق به ایجاد آن داشته باشد، شرط را صحیح شمرده‌اند.<sup>۱۸</sup> برای مثال، اگر شخص ثالثی که فعل او شرط شده است فرزند مشروط علیه باشد، به لحاظ اطمینان عرفی که متعهد به واسطه‌ی نفوذ خویش بر فرزندش به تحقق و اجرای فعل مشروط دارد، قول به صحت شرط داده‌اند»<sup>۱۹</sup>. در حقوق ایران نیز مجموع نظرات فقهای دسته دوم و سوم قابل پذیرش به نظر می‌رسد.<sup>۲۰</sup>

## گفتار دوم- قدرت بر تسلیم در شرط صفت

در خصوص اشتراط قدرت در شرط صفت باید گفت: همان طور که می‌دانیم حسب تعریف «شرط صفت عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله» (م ۲۳۴ ق.م.) بنابراین شرط صفت یا شرط کمی است (شرط مقدار) یا شرط کیفی. همچنین وصفی که در مورد معامله شرط می‌شود یا وجود آن در حین انشای عقد مدنظر طرفین است که وصف حالی نامیده می‌شود یا طرفین تحقق وصف مقصود را در آینده مدنظر دارند که در این صورت وصف استقبالی خوانده می‌شود. از طرفی با توجه به کلیاتی که در آغاز بحث قدرت بر تسلیم مطرح

شد، باید معتقد بود که منظور از قدرت بر تسلیم در شرط صفت و در واقع منظور از مقذور بودن شرط صفت آن است که اولاً طرفین متبایناً بر وجود وصف معهود در زمان حال یا با امیدواری وثقه قابل اعتنای عرفی بر وجود صفت مذکور در آینده، اقدام به اشتراط نمایند. ثانیاً وصف مذکور واقعاً در زمان حال در مورد معامله وجود داشته یا این که ظن عرفی قابل اعتنایی به تحقق آن در آینده موجود باشد و ثالثاً چه در وصف حالی و چه در وصف استقبالی در زمان تسلیم و ایفای تعهد، موضوع معامله بالفعل متصف به صفت مذکور باشد. وجود این شرایط برای حصول قدرت بر تسلیم در شرط صفت لازم و ضروری است و فقدان هر یک از آنها موجب سلب قدرت بر تسلیم و در نتیجه نامقذور شدن شرط صفت و در نتیجه بطلان آن خواهد شد و در آنچه گفته شد هیچ تفاوتی بین انواع و اقسام شرط صفت اعم از شرط مقدار و شرط کیفی یا شرط حالی و شرط استقبالی نیست.

این در حالی است که برخی از حقوقدانان معتقدند در شرط مقدار مسأله اشتراط قدرت مطرح نمی‌شود، زیرا قانونگذار به موجب ماده‌ی ۳۴۳ ق.م. معامله‌ی به شرط مقدار معین را تجویز کرده و در صورت نقیصه یا زیادی مورد معامله از مقدار مشروط، به مستفاد از ماده‌ی ۳۵۵ همان قانون، حسب مورد به مشتری یا بایع حق فسخ داده است.<sup>۲۱</sup> این عقیده قابل پذیرش نیست زیرا: اولاً، علیرغم تصریح و اطلاق بند یک ماده‌ی ۲۳۲ ق.م. در شرطیت قدرت برای صحت شرط، اخراج شرط مقدار از اطلاق این حکم مستلزم دلیل و مقتضای استصحاب، بقای حکم مذکور در خصوص شرط مذکور در موارد تردید است. ثانیاً، ایجاد حق فسخ مذکور در ماده‌ی ۳۵۵ ق.م. اتفاقاً به دلیل بطلان شرط صفت است که خود ناشی از فقدان وصف معهود به شرح مندرج در ماده‌ی ۲۳۵ ق.م. همانا شده برای توجیه بطلان و ایجاد حق فسخ ناشی از فقدان وصف معهود به شرح مندرج در ماده‌ی ۲۳۵ ق.م. همانا فقدان قدرت بر تسلیم موضوع شرط و در واقع نامقذور بودن آن می‌باشد.<sup>۲۲</sup>

فقه‌های امامیه غالباً ضمن تفکیک بین وصف حالی و استقبالی، وصف حالی را در صورتی که مشروط علیه قادر به تسلیم مورد معامله با وصف مذکور باشد صحیح و وصف استقبالی را به لحاظ این که وصف غیرفعلی، مملوک مشروط علیه نبوده و تحت سلطه و اقتدار او نیست، مطلقاً باطل می‌دانند.<sup>۲۳</sup>

شیخ انصاری اشتراط وصف حالی را ولو این که تحقق آن معلوم نباشد، صحیح دانسته و در استدلال بر آن، ضمن استناد به اجماع فقها بر صحت شرط مذکور، می‌نویسد: «التزام به وجود صفتی در حال، در واقع همانند این است که طرفین بنا را بر وجود آن وصف حالی در مبیع گذاشته‌اند و در واقع چنین اشتراطی به منزله‌ی توصیف مبیع به وصف معین است و به همین مقدار غرر منتفی می‌شود»<sup>۲۴</sup> اما در خصوص وصف استقبالی با توجه به این که ارتباط عقد به چنین صفتی دلیل بر بنای طرفین بر تحقق آن نیست، قول به بطلان شرط را اختیار کرده است.<sup>۲۵</sup>

استدلال شیخ در خصوص صحت وصف حالی از ناحیه اغلب محشیین مورد انتقاد واقع شده است. اجماع ادعایی نامبرده در صحت وصف حالی اطمینان‌آور دانسته نشده<sup>۲۶</sup> و دلیل عقلی استنادی وی نیز، در صورت صحت، عیناً قابل تسری به وصف استقبالی شمرده شده است.<sup>۲۷</sup>

«نظر دیگری که در خصوص موضوع وجود دارد، قول به تفصیل بین موارد وجود اطمینان و ثقه بر تحقق وصف معهود و غیر موارد مذکور است. عده‌ای از فقها اشتراط وصف را در موردی که وثوق و امیدواری به تحقق آن وجود دارد، اعم از این که وصف مشروط، حالی یا استقبالی باشد، صحیح دانسته‌اند<sup>۲۸</sup> اما در خصوص مواردی که اطمینان به ایجاد وصف معهود نیست، برخی قائل به بطلان شرط به طور مطلق شده<sup>۲۹</sup> و بعضی قول به بطلان شرط در وصف حالی و صحت آن در وصف استقبالی را اختیار کرده‌اند.<sup>۳۰</sup> در استدلال بر قول اخیر گفته شده است که اولاً جهل به وصف حالی موجب مجهول شدن مبیع و غرری شدن بیع می‌شود و بنابراین شرط به جهت لزوم غرر باطل است و ثانیاً در وصف استقبالی، با توجه به این که مبیع در حین انعقاد عقد، ذاتاً و وصفاً معلوم بوده لذا غرری متصور نیست و علم به اوصاف مورد معامله نیز تا ابد شرط نمی‌باشد،<sup>۳۱</sup> بنابراین شرط صحیح است.»<sup>۳۲</sup>

### گفتار سوم- قدرت بر تسلیم در شرط نتیجه

در خصوص شرط نتیجه هم باید گفت: حسب تعریف «شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود» (م. ۲۳۴ ق.م.) که با توجه به سایر مقررات موجود می‌توان شرط نتیجه را عبارت از اشتراط نتیجه و اثر یکی از اعمال حقوقی در ضمن عقد دانست. «شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد، آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود» (م ۲۳۶ ق.م.) بنابراین تملیک یک تلوزیون در قالب شرط نتیجه ممکن و مفارقت زن و شوهر به موجب شرط نتیجه غیرممکن است، چه آن که اولی موقوف به سبب خاص نیست در حالیکه دومی موقوف بر سبب خاص طلاق است. بنابراین اصولاً اشتراط قدرت در شرط نتیجه‌ای مطرح می‌شود که موقوف به سبب خاص نباشد. در این حوزه منظور از قدرت بر تسلیم آن است که ایجاد اسباب عمومی تحقق نتیجه و به عبارت دقیق‌تر قابلیت حقوقی تحقق نتیجه‌ی مقصود، تحت سلطه و اقتدار مشروط علیه باشد؛ به بیان بهتر حصول نتیجه‌ی مذکور برای مشروط علیه باید فاقد مانع قانونی بوده و از هر جهت تحت اختیار مشروط علیه باشد. بنابراین اگر در ضمن عقدی بر بایع شرط شود که یک دستگاه آپارتمان مسکونی وی متعلق به مشتری باشد، این شرط به دلیل مالکیت بایع بر آپارتمان و فقدان هر گونه مانع قانونی به نفس اشتراط حاصل شده و مقدور است، اما در صورتی که موضوع شرط، یک قطعه زمین بایر باشد، چون براساس مقررات مربوط به اراضی شهری، انتقال زمین بایر شهری به غیر دولت ممنوع است، لذا چنین شرطی از شروط نامقدور محسوب و بنابراین باطل است.

در خصوص شرط نتیجه‌ی موقوف به سبب خاص نیز تا آنجا که به اشتراط قدرت در شرط ارتباط پیدا می‌کند باید گفت که عده‌ای از فقها دلیل بطلان چنین شرطی را در حقیقت نامقدور بودن آن دانسته‌اند.<sup>۳۳</sup> البته ناگفته نماند که عده‌ای دیگر نیز با استدلال به این که در چنین مواردی التزام به امر مشروط برای طرفین مقدور است، لکن شارع مقدس، تحقق نتیجه‌ی مقصود را بدون ایجاد سبب خاص خود، تنفیذ و امضا نمی‌نماید، چنین شرطی را نه از مصادیق شرط نامقدور، بلکه از مصادیق شرط مخالف کتاب و سنت دانسته‌اند.<sup>۳۴</sup>



## پی‌نوشت‌ها:

- ۱- صاحب جواهر، مورد و موضوع عقد نکاح را مهریه و حق استمتاع جنسی زوجین از همدیگر می‌داند (نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۱۱، ص ۲۹ و ۳۱) ولی دکتر مهدی شهیدی با لحاظ احکام و آثار نکاح مانند توارث زوجین و لزوم انفاق به زوجه و جهات معنوی موجود در عقد نکاح، نظر صاحب جواهر را برخاسته از گونه‌ای تشبیه و تنظیر دانسته و خالی از یک تحلیل دقیق حقوقی تلقی می‌کند. شهیدی، دکتر مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ش ۲۳۲، ص ۲۹۴.
- ۲- شهیدی، دکتر مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ش ۲۳۲، ص ۲۹۵.
- ۳- شهیدی، دکتر مهدی، همان.
- ۴- شهیدی، دکتر مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ش ۲۴۶، ص ۳۰۹.
- ۵- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۲۷۶.
- ۶- همان.
- ۷- شهیدی، دکتر مهدی، همان.
- ۸- همان، ش ۲۴۸. در این زمینه ماده ۳۷۰ ق.م. مقرر می‌دارد: «اگر طرفین معامله برای تسلیم موعدی قرار داده باشند، قدرت بر تسلیم در آن موعد شرط است نه در زمان عقد».
- ۹- همان، ش ۲۵۰.
- ۱۰- موسوی خمینی، روح‌ا...، بیع، ج ۵، ص ۱۴۴. فخار طوسی، جواد، در محضر شیخ انصاری، شرح خيارات، ج ۷، ص ۱۹۵ و ۱۹۶.
- ۱- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه‌ی مکاسب، ص ۱۰۷.
- ۲- عابدیان، دکتر میرحسین، شروط باطل و تأثیر آن در عقد، ص ۶۹ و ۷۰. همچنین ر.ک. به: کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ش ۵۶۸، ص ۱۷۰.
- ۳- تقسیم به تعهدات به «تعهد به غایبات و مبادی» به میرزای نائینی در کتاب منیه‌الطالب نسبت داده شده است. ر.ک. به: کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ش ۵۶۸، ص ۱۶۹.
- ۴- کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ش ۵۶۸، ص ۱۷۰.
- ۵- همان.
- ۶- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۲۷۶. حلی، حسن‌بن یوسف، قواعدالاحکام، ص ۱۵۲.
- ۷- نراقی، ملامحمد، مشارق الاحکام، ص ۸۰.
- ۸- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، ج ۲، ص ۱۰۷، ۱۰۸.
- ۹- عابدیان، دکتر میرحسین، شروط باطل و تأثیر آن در عقد، ص ۷۲.
- ۱۰- کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۶۰.
- ۱۱- عابدیان، دکتر میرحسین، شروط باطل و تأثیر آن در عقد، ص ۷۴.
- ۱۲- گو این که می‌توان تمایز دقیقی بین بطلان شرط به دلیل فقدان وصف و بطلان شرط به دلیل نامقدور بودن تسلیم مورد معامله به همراه وصف مشروط قائل شد.
- ۱۳- خوانساری، شیخ موسی، منیه‌الطالب (تقریرات درس میرزای نائینی)، ج ۲، ص ۱۰۳.
- ۱۴- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۲۷۶.
- ۱۵- همان.
- ۱۶- خراسانی، محمدکاظم (آخوند خراسانی)، حاشیه مکاسب، ص ۲۳۶.
- ۱۷- همان. حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه‌الصادق، ج ۱۴، ص ۲۸۹.
- ۱۸- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، ج ۲، ص ۱۰۸؛ حسینی روحانی، سید محمدصادق، همان.
- ۱۹- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، همان.
- ۲۰- حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه‌الصادق، ج ۱۴، ص ۲۸۹.
- ۲۱- همان.
- ۲۲- عابدیان، دکتر میرحسین، همان، ص ۷۴ و ۷۵.
- ۲۳- از جمله در این خصوص شیخ عبدالله مامقانی در مناهج‌المتقین آورده است: «در صورت اشتراط مفارقت زوجه بدون طلاق و حلیت زن بیگانه بدون نکاح و موارد دیگری که دلیل آنها، حاکی از عدم وقوع آن اثر مگر به فرض تحقق سببی خاص است، باید چنین شروطی را از شروط نامقدور محسوب کرد...»؛ عبارت کتاب چنین است: «ولو اشتراط مفارقه‌الزوجه من غیر طلاق و حل‌الاجنبیه من غیر نکاح و نحو ذلك من الآثار المعلوم من دلیلهما عدم الوقوع الا بسبب خاص، کان من غیرالمقدور...» مامقانی، شیخ عبدالله، مناهج‌المتقین، ص ۲۳۳. علاوه بر آن ر.ک. به: انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۲۷۶ و نراقی، ملامحمد، مشارق الاحکام، ص ۸۰.
- ۲۴- حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه‌الصادق، ج ۱۴، ص ۲۸۹؛ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، ج ۲، ص ۱۰۸.

## فهرست منابع:

### الف - به زبان فارسی

۱. احمدی واستانی، دکتر عبدالغنی، نظم عمومی در حقوق خصوصی، ج ۱، انتشارات روزنامه رسمی کشور، تهران، ۱۳۴۱ ه.ش.
۲. امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، ج ۴، ۶ مجلد، ج ۱ و ۲، ناشر کتابفروشی اسلامی، تهران، ۱۳۶۶ ه.ش.
۳. امیری قائم مقامی، دکتر عبدالمجید، حقوق تعهدات (نظریه‌ی کلی تعهدات قانون مدنی)، ج ۲، دوره ۲ جلدی، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، بی‌تا.
۴. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، نشر کتابفروشی علمی، تهران، ۱۳۲۹ ه.ش.
۵. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، رساله دکتری دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، بی‌تا، تهران، ۱۳۴۶ ه.ش.
۶. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، ج ۳، نشر کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸ ه. ش.
۷. شهیدی، دکتر مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، ج ۱، نشر مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران، ۱۳۸۲ ه. ش.
۸. شهیدی، دکتر مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۱، نشر عصر حقوق، تهران، ۱۳۷۹ ه. ش.
۹. شهیدی، دکتر مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، نشر حقوقدان، تهران، ۱۳۷۷ ه. ش.
۱۰. عابدیان، دکتر میرحسین، شروط باطل و تأثیر آن در عقد، ج ۱، انتشارات ققنوس، تهران، ۱۳۷۹ ه. ش.
۱۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ۵ مجلد، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا، تهران ۱۳۶۴ تا ۱۳۶۹ ه. ش.

### ب - به زبان عربی

۱۲. آخوند خراسانی، ملا محمد کاظم، حاشیه المکاسب، با تصحیح و تعلیق سید مهدی شمس‌الدین، ج ۱، بی‌جا، ۱۴۰۶ ه. ق.
۱۳. آل کاشف الغطاء، شیخ احمد، سفینه النجاة فی الأحکام و العقود و الايقاعات، ج ۲، مطبعه‌ی حیدریه، نجف اشرف، ۱۳۳۸ ه. ق.
۱۴. آل کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، دوره ۲ جلدی، ج ۱ و ۲، مطبوعات مکتبه النجاح طهران و مکتبه الفیروز آبادی، قم، ۱۳۵۹ ه. ق.
۱۵. ابن ادریس حلی، ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد، سرائر (کتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی)، ج ۳، دوره ۳ جلدی، ج ۲ و ۳، مطبعه مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌جا، ۱۴۱۴ ه. ق.
۱۶. ابن براج، قاضی عبدالعزیز البراج الطرابلسی، جواهر الفقه، ج ۱، مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌جا، ۱۴۱۱ ه. ق.
۱۷. ابن همام حنفی، کمال‌الدین عبدالواحد، شرح فتح‌التقدیر، دوره ۹ جلدی، ج ۶، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۳۴۰ ه. ق.
۱۸. اشکوری، سید ابوالقاسم، بغیه الطالب (تعلیق بر مکاسب)، طهران، ۱۳۲۲ ه. ش.
۱۹. اصفهانی، بهاء‌الدین محمد (فاضل هندی)؛ کشف اللثام؛ انتشارات فراهانی، تهران، ۱۳۹۱ ه. ق.
۲۰. اصفهانی، شیخ محمد حسین، بحوث فی الفقه، ج ۲، مطبعه مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌جا، ۱۴۰۹ ه. ق.
۲۱. انصاری، شیخ مرتضی، متاجر (کتاب المتاجر)، دوره ۲ جلدی، ج ۲، چاپ افست، تهران، ۱۳۵۲ ه. ش.
۲۲. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب (کتاب المکاسب)، ج ۲، مطبعه اطلاعات، تبریز، ۱۳۷۵ ه. ق.
۲۳. ایروانی، حاج میرزا علی، حاشیه‌المکاسب، ج ۲، چاپ افست، مطبعه رشدیه، طهران، ۱۳۷۹ ه. ق.
۲۴. حسنی روحانی، سید محمد صادق، فقه‌الصادق (تعلیق بر مکاسب)، ج ۱۴، مطبعه‌العلمیه، قم، بی‌تا.
۲۵. حلی، حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد (ایضاح الفوائد فی شرح القواعد)، ج ۳، ج ۱، مطبعه علمیه، قم، ۱۳۸۹ ه. ق.
۲۶. خوانساری، شیخ موسی، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تقریرات درس میرزای نائینی، دوره ۲ جلدی، ج ۲، مطبعه المرتضویه، نجف اشرف، ۱۳۸۵ ه. ق.
۲۷. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه‌المکاسب، چاپ افست، سازمان چاپ مهر، ناشر دارالمعارف الاسلامیه، تهران، ۱۳۸۷ ه. ق.
۲۸. فخار طوسی، جواد، در محضر شیخ انصاری (شرح خیارات)، ج ۱، هشت مجلد، ج ۷ و ۸، نشر مرتضی، قم، ۱۳۷۴ ه. ش.
۲۹. موسوی خمینی، روح‌الله؛ البیع؛ وزارت ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۰۷ ه. ق.
۳۰. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام با تعلیق شیخ علی آخوندی، ج ۱۰، دوره ۴۳ جلدی، ج ۲۲ و ۲۳ و ۲۷، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۷۴ ه. ش.
۳۱. نراقی، ملا محمد، مشارق الاحکام، چاپ سنگی در یک مجلد، بی‌تا، بی‌جا، بی‌تا.
۳۲. نورانی اردبیلی، مصطفی، ایضاح المطالب فی شرح المکاسب، ج ۲، چاپخانه پیروز، قم، ۱۳۹۲ ه. ق.