

ماهیت شرط ضمن عقد و ارتباط آن با صحت و فساد عقد از منظر فقهای معاصر

عبداللطیف عالم^۱

یونس واحد یاریجان^۲

سید ابوالقاسم نقیبه^۳

تاریخ پذیرش: ۹۹/۰۸/۰۹

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۵/۱۳

چکیده

در خصوص ارتباط بین شرط و عقد دیدگاه‌های مختلف و مغایر زیادی بیان شده است که بیشتر مرتبط با تحلیل‌های پیشینی یعنی نظرات فقهای قدیم بوده و مطالب پسینی یعنی نظرات فقهای معاصر مورد بررسی قرار نگرفته است. طبق نظر اکثریت یا همان نظرات فقهای قدیم، شروط ضمن عقد از حیث حدوث و بقاء تابع عقد اصلی می‌باشند، اما؛ بر مبنای دیدگاه دیگر که قائلین به آن برخی از فقهای معاصر می‌باشند شرط و عقد هیچ ارتباطی با هم ندارند. به نظر موافقین این دیدگاه، با تفکیک شروط، به شرط وابسته و مستقل و توسل به مبانی موجود، بیان می‌دارند شروط مستقل صرفاً از حیث «حدوث» تابع عقد است ولی «بقاء» آن و احکام مترتب بر این گونه شروط، تابع ماهیت آن است بنابراین با انشای عقد ایجاد می‌شود ولی با توجه به قصد دو طرف یا حکم قانون یا طبیعت شرط، ظرفیت بقاء دارد و تابع بقاء و اعتبار عقد نیست. بنابر این نظر شرط هیچ گونه ارتباطی با عقد نداشته و لذا تمام شروط ابتدایی معتبر و لازم‌الوفاء است و چنانچه شرط صحیحاً واقع شده باشد لازم است وفا شود و اگر صحیح نباشد اعتباری ندارد، لذا مبطل عقد نیست. مقاله حاضر که به روش توصیفی تحلیلی از طریق کتابخانه‌ای و اسنادی با هدف بررسی نظر فقهای معاصر پیرامون ارتباط بین شرط و عقد به نگارش درآمده به این نتیجه می‌رسد که: بر اساس نظریه برخی از فقهای معاصر، همواره شرط، تعهد مستقل از عقد است. یعنی در حقیقت در معامله‌ای که شرطی در ضمن آن آورده می‌شود دو تعهد مستقل از یکدیگر صورت می‌پذیرد و بر مبنای تعهد مستقل بودن شرط، صحت و فساد شرط هیچ گونه تاثیری در عقد ندارد.

واژه‌های کلیدی: عقد، شرط، صحت، فساد، تابع، مستقل، فقهای معاصر

^۱ . دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی در دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال

^۲ . استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال (نویسنده مسئول) Y_Yarijan@iautn.ac.ir

^۳ . دانشیار مدرسه عالی شهید مطهری

۱- بیان مسأله اساسی

از جمله مباحث مهم در زمینه‌ی قواعد عمومی قراردادها مبحث مربوط به شروط ضمن عقد است. هر فردی در زندگی اجتماعی خود و در روابط حقوقی خویش با دیگران که از مقتضیات زندگی اجتماعی است، ناگزیر به انعقاد عقود و قراردادهایی است که غالباً شروطی را به همراه دارند که در ضمن عقد گنجانده شده اند. لذا؛ مبحث شروط ضمن عقد، یکی از مباحث مهم و مورد توجه قانون مدنی است. تأمل در مواد قانون مدنی نشان می‌دهد شرط به معنای مطلق تعهد یا قرار، تصور نگردیده تا شامل کلیه توافقات باشد بلکه به عنوان امری تابع در نظر گرفته شده و تحلیل شروط ضمن عقد از آن جهت مورد توجه قرار گرفته تا از این نهاد، در تولید احکام خاص و متفاوت از عقود مستقل، بهره کامل برده شود. در اصطلاح حقوقی شرط یکی از دو مفهوم بدین شرح را دارد. ۱- امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد (ماده ۱۹۰ قانون مدنی) ۲- توافقی است که حسب طبیعت خاص موضوع آن، یا تراضی طرفین در شمار توابع عقد دیگری درآمده است. یا در تعریف دیگر آمده است شرط، امری است که در یک عمل حقوقی گنجانیده شود تا آثار آن را تکمیل یا تغییر دهد یا زوال و حدوث حقی برای امری مستقبل و محتمل الوقوع منوط گردد. ارتباط عقد و شرط مانند ارتباط اصل و فرع است این ارتباط ممکن است به خاطر طبیعت شرط باشد طبیعت شرط آن است که وجود و تحققش به طور مستقل و جدای از عقد قابل تصور نباشد. با این حال شرطی که در ضمن عقد واقع می‌شود از جهت صحت و اعتبار به عقد وابسته است به بیان ساده‌تر این که لازمه صحت شرط (تعهد فرعی) اعتبار و صحت تعهد اصلی می‌باشد. بنابراین اگر عقد باطل شود شرط ضمن آن نیز به تبع آن باطل می‌شود هر چند شرط خود دارای تمامی شرایط صحت باشد ولی به تبع عقد حکم به بطلان آن می‌شود، با از بین رفتن اصل، فرع نیز تبعاً باید از میان برود ولی عکس این مطلب صحیح نیست زیرا اصولاً انحلال فرع (شرط) نباید خدشه‌ای به اصل (عقد) بزند چرا که شرط ماهیت اعتباری مستقل ندارد بلکه وابسته به عقد است یعنی وقتی که شرط به عنوان یک تعهد تبعی در ضمن عقدی درج شود با عقد اصلی ایجاد ارتباط می‌کند. بدین ترتیب ارتباط شرط (تبعی) با عقد (اصلی) یک رابطه بسیار نزدیک است. به گونه‌ای که هر گاه تعهد اصلی به جهتی از جهات باطل باشد، شرط ضمن آن نیز باطل خواهد بود. اما به عکس نمی‌توان گفت که هر گاه شرط باطل باشد عقد نیز به تبع آن باطل می‌گردد. مگر صورتی که فساد شرط به یکی از شرایط اصلی صحت عقد سرایت نماید و یا برای مثال اشتراط به گونه‌ای باشد که حاصل آن عدم تحقق عقد اصلی باشد. در یک جمع‌بندی می‌توان بیان داشت که؛ دیدگاه فقها نسبت به مفهوم شرط، به دو نظر متفاوت برمی‌گردد: یکی پذیرفتن اشتراک لفظی و دیگری مشترک معنوی. مشترک لفظی‌ها در مصداق متفاوتند؛ همچنان که مشترک معنوی‌ها در جامع متفاوتند و این اختلاف دیدگاه، در چگونگی رابطه عقد و شرط، تأثیر گذار است و در نتیجه در برخی احکام نیز تفاوت نظر ایشان را نشان می‌دهد. از این‌رو؛ در خصوص ارتباط بین شرط و عقد دیدگاه‌های مختلف و مغایر زیادی بیان شده است اما در خصوص مسئله اصلی تحقیق دو دیدگاه

عمده وجود دارد. مطابق دیدگاه اول؛ که بر اساس متون فقهی و مواد قانون مدنی مورد توجه قرار گرفته، شرط ضمن عقد، رابطه‌ی تبعیت و فرعیت با عقد پایه دارد. طبق نظر اکثریت، شروط ضمن عقد از حیث حدود و بقاء تابع عقد اصلی می‌باشند، اما بر مبنای دیدگاه دوم؛ شرط و عقد هیچ ارتباطی با هم ندارند. به نظر موافقین این دیدگاه، با تفکیک شروط، به شرط وابسته و مستقل و توسل به مبنای موجود از جمله نظریه‌ی ظرفیت جهت تحلیل رابطه‌ی شرط با عقد، روایت المؤمنون عند شروطهم و قانون داوری تجاری بین‌المللی، بیان می‌دارند شروط مستقل صرفاً از حیث «حدوث» تابع عقد است ولی «بقاء» آن و احکام مترتب بر این گونه شروط، تابع ماهیت آن است بنابراین با انشای عقد ایجاد می‌شود ولی با توجه به قصد دو طرف یا حکم قانون یا طبیعت شرط، ظرفیت بقاء دارد و تابع بقاء و اعتبار عقد نیست. بنابر این نظر شرط هیچ‌گونه ارتباطی با عقد نداشته و لذا تمام شروط ابتدایی معتبر و لازم‌الادواست و چنانچه شرط صحیحاً واقع شده باشد لازم است وفا شود و اگر صحیح نباشد اعتباری ندارد لذا مبطل عقد نیست (دیدگاه اخیر فقهای معاصر بیان شده که در این تحقیق در مقام بررسی و تحلیل آن هستیم). از این‌رو؛ یکی از مسائل مهم و تاثیرگذار در مبحث شروط، تبیین رابطه‌ی شرط ضمن عقد و عقد اصلی است. بدین معنا که شرط ضمن عقد چه نسبتی با عقد اصلی دارد و به تبع آن آیا عناوین عارض بر عقد و شرط (مانند جواز، غرر، فساد و ...) به یکدیگر سرایت می‌کند یا نه؟ مسئله اصلی تحقیق حاضر پاسخ به این سوال‌هاست تا مشخص گردد که مطابق دیدگاه‌های مختلف ارتباط بین عقد با شرط به چه صورتی بوده و صحت و فساد شرط چه تاثیری بر عقد دارد که ضمن مفهوم شناسی و بیان رهیافت‌های نظری پیرامون ارتباط بین عقد با شرط، به تحلیل و مطالعه نظریات یاد شده پرداخته و با تمرکز بر نظر فقهای معاصر تاثیر فساد و صحت شرط بر عقد را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۲- مفهوم شناسی

چون در ارتباط با شرط با عقد بحث می‌کنیم لازم و ضروری است ابتدا با مفاهیم مرتبط با عقد و شرط آشنا شویم.

۲-۱ مفهوم عقد

مطابق ماده ۱۸۳ قانون مدنی، عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد. به این معنا که در اثر انعقاد عقد میان دو نفر رابطه حقوقی ایجاد شده و آن را در مورد یک موضوع خاص به یکدیگر مرتبط می‌کند. بنابراین برای درک صحیح تعریف مذکور ضروری است ابتدا مفهوم عقد مورد بررسی قرار گرفته و سپس در ادامه مفهوم این واژه از سایر موارد مشابه باز شناخته شود.

عقد در لغت به معنای «بستن و گره زدن» و جمع آن «عقود و اعقاد» است (حمیری، ۱۴۲۰، ص ۶۴۴) و در معانی به طور استعاره به کار می‌رود مثل عقد بیع و ... (قرشی، ۱۴۱۲، ص ۲۴) اما عقد در ماده اصلی، «انضمام دو جزء یا اجزاء» است و در مقابل آن باز کردن گره (مادی و چه معنوی) به کار رفته است (مصطفوی، ۱۴۰۲، ص

۱۸۸). همچنین عقد جمع کردن میان اطراف یک چیز است و در اجسام محکم استعمال می‌شود؛ همچون گره طناب. پس این که گفته می‌شود فلان چیز را با آن شخص معامله کردم و یا برای آن چیز قسم خوردم، در معنای استعاری کلمه به کار رفته است (جوهری، ۱۴۱۰، ص ۵۱). و در نهایت، برخی عقد را در لغت به معنای اتفاق طرفین مبنی بر انجام دادن مقتضای عقد می‌دانند (سعدی ابوجیب، ۱۴۰۸، ص ۲۵۶). در نتیجه مفهوم عقد، استحکام و اطمینان را سخ را می‌رساند (ابوالحسین، ۱۴۰۴، ص ۸۶).

در مفهوم اصطلاحی کلمه، عقد در حوزه فقه و حقوق قابل تامل و بررسی است و مطالعه آراء فقها و حقوقدانان در این زمینه می‌تواند در آشنایی هر چه بیشتر این مفهوم مفید فایده باشد. اگرچه استعمال و استفاده حقوقدانان در تعریف اصطلاحی کلمه عقد به طور فزاینده‌ای تحت تاثیر ادبیات فقهی بوده است.

۲-۲ مفهوم شرط

چون در رابطه با نسبت‌شناسی شرط و عقد بحث می‌کنیم لازم و ضروری است قبل از آشنایی با مفهوم شرط و انواع آن، به سیر مختصر تشریح شرط در کتب فقهی و حقوقی بپردازیم.

کلمه شرط به فتح اول و سکون دوم و سوم واژه ای عربی است که در لغت، به دو معنا اطلاق می‌گردد:

معنای اول شرط معنای حدثی و مصدری است که در این معنا اسم فاعل آن شارط و اسم مفعول آن مشروط بوده و مشروط له و مشروط علیه هم به ترتیب منتفع و متضرر از شرط می‌باشند. ابن منظور در لسان العرب می‌گوید: شرط، الزام شیء و التزام شیء در بیع و مثل آن می‌باشد، لذا از نظر لسان العرب الزام ابتدائی صحیح نیست و اگر هم استعمالاتی از آن به چشم می‌خورد، از باب مجاز است. شرط از نظر وی حتماً باید در ضمن عقدی باشد و هویت استقلالی برای آن متصور نیست بر خلاف این نظر، شیخ انصاری با استدلال به شواهد روائی متعدد می‌گوید: استعمال واژه شرط در مورد تعهد ابتدائی نیز صحیح است چون به نذر و عهد با خدا نیز "شرط" گفته شده با اینکه انسان ابتدائاً با خدا شرط می‌کند و آن را در ضمن عقد دیگری نمی‌آورد. وی با استدلالات متعدد معتقد می‌شود که منظور از شرط، مطلق الزام و التزام است، چه در ضمن عقدی بیاید و چه مستقل از آن باشد. لازم به ذکر است که در برهه‌ای از زمان این برداشت از شرط بر رویه قضایی ایران حکم فرما شد. با این توضیح که؛ بخشنامه‌ی شماره‌ی ۵۹/۶۰/۱ مورخه ی ۱۳۶۲/۹/۶ کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی: از این کمیسیون سوالی به این مضمون پرسیده می‌شود که آیا قولنامه‌های موجود در دست مردم (تعهد به انعقاد بیع) لازم الوفا است یا خیر؟ کمیسیون این گونه پاسخ می‌دهد: آنچه که عرفاً قولنامه خوانده می‌شود در عقد لازم قرار نگرفته و اعتبار لازم قانونی و شرعی را ندارد و محاکم نمی‌توانند طرفین را الزام به وفا (انعقاد عقد) نمایند (عابدیان، ۱۳۸۸، ص ۱۴) به نظر می‌رسد این معنا از شرط دقیقاً معادل واژه تعهد است، که ذیلاً اشاره خواهد شد. البته شرط در بعض

موارد در معنای مفعولی یعنی بر مشروط نیز استعمال می‌گردد مثل موردی که خلق می‌گویند و مخلوق اراده می‌کنند در این صورت شرط به معنای آنچه که انسان بر نفس خود شرط کرده، می‌باشد.

معنای دوم لغوی از شرط عبارت از امری است که از عدم آن عدم لازم شود ولی از وجودش حتماً وجود لازم نگردد. مثل اینکه شرط نماز، داشتن وضوء است، ولی گرفتن وضوء لازمه‌اش نماز خواندن نیست؛ می‌توان تصور نمود شخص وضوء بگیرد ولی نماز نخواند. شرط در این معنا اسم جامد است و اگر مشتقاتی از آن گرفته شده، همه جعلی و برخلاف قاعده می‌باشند. در معنای مصدری (معنای اول) تصور شارط بدون مشروط ممکن نبود، ولی در اینجا این تصور ممکن است، چون شارط در اینجا کاری انجام نمی‌دهد که مشروط منفعل از فعل او باشد، لذا منظور از شارط در این معنا، جاعل الشرط و مراد از مشروط نیز ما جعل له الشرط است. از اینجا فرق شرط با مانع نیز مشخص می‌گردد مانع امری است که از وجودش عدم لازم آید. مثلاً بلوغ شرط صحت نکاح ولی قرابت مانع صحت آن است (همان، ص ۱۵).

با دقت در قانون مدنی ملاحظه می‌گردد که واژه «شرط» در این قانون در چهار معنا به کار برده شده است:

الف- در برخی موارد، مقصود فقط تعهد و حدود آن است بدین معنی که به شرط ضمن عقد و غیره اشاره‌ای ندارد بلکه برای تعیین مقدار و یا نوع تعهد هر یک از طرفین و الزامات آنها از کلمه شرط استفاده می‌شود. از جمله کاربرد این مفهوم در ماده ۳۴۴، و ماده ۳۹۴ ق.م در این مفهوم به کار برده شده است. لازم به یادآوری است که در فقه نیز گاهی منظور از شرط، صرف تعهد و الزام است و توجهی به مفهوم اصطلاحی شرط ضمن عقد نمی‌شود (سنگلجی، ۱۳۴۷، ص ۱۰۵).

ب- گاهی مقصود از شرط در قانون مدنی، عناصر و ارکان اساسی تعهد و قرارداد است که بدون آنها علی‌الاصول تعهد و قرارداد ایجاد نمی‌گردد و به عبارت دیگر، ساختمان اصلی یک عمل حقوقی، شرط نامیده شده است، مواد ۱۹۰، ۱۹۱، ۱۰۶۵ و ۱۲۶۶ ق.م در این مفهوم به کار برده شده‌اند.

ج- در مفهوم سوم نیز منظور از شرط، یک رکن اساسی معامله نیست. بلکه قید و یا وصف زایدی است که علاوه بر ارکان اصلی عقد باید در بعضی عقود موجود باشد. مانند قبض که در بعضی از عقود معین شرط صحت است. مواد ۴۷، ۵۹، ۶۰، ۳۶۴، ۶۹۰، ۷۷۲، ۷۲۸ ق.م به این معنا اشاره می‌نماید. در این مفهوم منظور از شرط، شرط صحت است و بیشتر به مسأله قبض مورد معامله مربوط می‌شود زیرا در بعضی از عقود (مانند وقف، حق انتفاع، رهن و هبه) مورد معامله باید به قبض طرف دیگر داده شود و به عبارت دیگر قبض شرط صحت معامله است.

د- در برخی از موارد نیز شرط در معنای اصطلاحی حقوقی به کار می‌رود. در این معنا شرط به یک ماهیت حقوقی تبعی که به صورت وابسته به یک عقد انشاء می‌شود، گفته می‌شود. در این مفهوم جمع واژه شرط، شروط است. واژه شروط مندرج در ماده ۲۳۲ ق.م در همین معنا به کار رفته است. دکتر مهدی شهیدی در مفهوم

شرط چنین بیان می‌دارد: شرط بعنوان یک ماهیت اعتباری با اراده انشائی طرفین به وجود می‌آید هر چند که همراه عقد و به تبعیت از آن تحقق پیدا می‌کند لذا باید پذیرفت که برای تحقق شرط مانند عقد، قصد انشاء طرفین لازم است و چون شرط جدای از عقد مشروط نیست بنابراین هنگام وقوع عقد مشروط، دامنه قصد انشاء عقد به شرط نیز بصورت ضمنی سرایت نموده و گسترش می‌یابد همچنین تفکیک و تمایزی در حرکت اراده بین عقد و شرط ضمن آن صورت نمی‌گیرد تا لزوم و یا عدم لزوم وجود قصد انشاء نسبت به شرط ضمن عقد زمینه طرح بحث داشته باشد (شهیدی، ۱۳۹۳، ص ۲۵).

۳- رابطه ی شرط و عقد

۳-۱ رابطه ی شرط با عقد و نظر فقهای معاصر

یکی از مسائلی که در مبحث شرط قابل بررسی است چگونگی رابطه‌ای است که میان عقد و شرط مندرج در آن وجود دارد.

در شرط ضمن عقد، به واسطه طبیعت تعهد یا تراضی دو طرف، بین عقد و تعهد علاقه و ارتباطی تبعی وجود دارد. و شرط ضمن عقد به دلیل آنکه ماهیتی مرتبط با عقد دارد، با لحاظ فرعی بودن مورد انشاء قرار می‌گیرد. (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۱۱۹)

به همین جهت، اکثریت حقوقدانان شرط را تابع عقد دانسته اند، که ماهیت اعتباری مستقل ندارد و با بطلان عقد، شرط نیز باطل می‌گردد؛ اما مطالعه در دیگر منابع که به صورت تحلیلی به توصیف این رابطه پرداخته‌اند، نتایج دیگری را نیز پیش روی هر محقق قرار می‌دهد.

به راستی، در مواردی که نیت و غایت متعاملین یا حکم قانونگذار یا طبیعت شرط، دلالت بر بقای شرط علیرغم فساد عقد دارد رابطه‌ی شرط با عقد بر چه اساس توجیه می‌شود؟ در میان نظریات «جزئیت»، «تقیید»، «تعلیق» و «ظرفیت» برای بیان رابطه‌ی شرط با عقد، به نظر می‌رسد نظریه‌ی اخیر موجه‌تر بوده که جهت اثبات مدعا به تحلیل آن می‌پردازیم. بر اساس نظریه‌ی ظرفیت، شرط یک قرار مستقل در برابر قرارداد اصلی محسوب می‌گردد که عقد را تشکیل داده و عقد صرفاً ظرف شرط است. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۳۳۰) که رابطه‌ی شرط و عقد همچون نظریات تقیید و تعلیق، متضمن نوعی ملازمه و ارتباط شدید نمی‌باشد، بلکه ارتباط شرط و عقد تنها در حد آن است که در ضمن ظرف یک عقد، امر دیگری به عنوان شرط انشاء می‌شود. برخی از فقهای معاصر (خیمینی، ۱۴۱۰، ص ۲۲۲) که از پیروان این نظریه هستند، در اقامه دلیل بر مدعای خود، به لغت و عرف و وجدان تمسک جسته‌اند و می‌فرمایند:

الف. آنچه از تعریف شرط آشکار می‌شود آن است که شرط، التزامی است که ظرف آن عقد بیع است، نه اینکه عقد، معلق بر آن یا مقید بدان باشد. زیرا که اهل لغت در تعریف شرط از حرف «فی» استفاده کرده و شرط را «التزامه فی البیع و نحوه» تعریف کرده‌اند. که این تعریف، مناسب با نظریه‌ی ظرفیت است.

ب. به حکم عرف و وجدان، متفاهم از عقد مشروط، عقد معلق نیست؛ زیرا وجود معامله بر وجود شرط توقف ندارد. معامله، امری منجز است که در ضمن آن کاری بر یکی از طرفین آن، شرط شده است. پس رابطه‌ی میان آن دو چنین نیست که یکی معلق بر دیگری باشد، بلکه شرط، التزام مستقلی است که در ضمن التزامی دیگر قرار گرفته است (خمینی، ۱۴۱۰، ص ۲۲۳).

مضافاً اینکه، اصولاً اشتراط امری که قابلیت التزام مستقل دارد، در ضمن عقد دیگر به معنی اشتراط آن بدون لحاظ مفاد عقد و آثار و احکام آن می‌باشد و طرفین برای این شروط، حسابی جدای از عقد اصلی باز می‌کنند. پس بر مبنای این دیدگاه، شرط توافقی مستقل از مورد معامله است که در ضمن عقد الزامی درج می‌شود (همان، ص ۲۲۳).

تتبع در کتب برخی از فقها نیز بیانگر آن است که بر اساس همین مبانی، شرط را لازم‌الاتباع دانسته و عقیده بر صحت شرط داشته‌اند. چنان که صاحب مفتاح الکرامه، در فرضی که مشتری در بیعی فاسد بابت دینی که قبل از بیع به بایع داشته است (در قالب شرط) مالی را از خود به رهن او بدهد، شرط را صحیح دانسته است. یا آنکه فقیهی دیگر در پاسخ به این سوال که چنانچه در ضمن عقد الزام شرط شود که هرگاه مستحق‌الغیر در آید -میعی که در عقد سابق به او منتقل شده است- الی پنجاه سال، پنجاه تومان مثلاً مشغول‌الذمه باشد از برای مشتری و مجاناً به او بدهد. آیا با ظهور استحقاق غیر در مبیع در مدت مزبور، مشروط علیه مشغول ذمه می‌شود یا خیر؟ و اگر فوت شود مشروط علیه از ترکه او حق دارد که مشروط له را بردارد؟ بیان داشته است: «بلی، ظاهر صحت شرط مذکور است و عند خروج مستحق‌الغیر، ذمه مشروط علیه مشغول می‌شود و با فوت او باید از ترکه اخراج شود. مثل سایر دیون» به این ترتیب، ملاحظه می‌شود که نظریه‌ی شرط مستقل در میان فقهای متقدم نیز مطرح بوده و نباید منشاء این دیدگاه را به فقهای معاصر نسبت داد. هرچند نباید این نکته را نادیده گرفت که با تحلیل این دیدگاه بر مبنای نظریه‌ی «ظرفیت»، شکل ضابطه‌مندتری به خود گرفته است (الطریحی، ۱۴۱۶، ص ۷۴).

در بین حقوقدانان نیز دکتر لنگرودی معتقد است: «در مواردی که تابعیت شرط صوری و تابع اغراض دیگری است، در این حالت تبعیت شرط نسبت به عقد، واقعی نیست و فساد عقد، مؤثر در شرط نباید باشد» (جعفری، لنگرودی، ۱۳۹۰، ص ۱۷۶). با این بیان، بر مبنای نظریه‌ی ظرفیت، فساد عقد مطلقاً موجب فساد شرط نمی‌گردد و در شروط مستقل، عقد هم چون ظرفی عمل می‌نماید که شرط در آن جای می‌گیرد و علیرغم وجود ارتباط میان عقد با شرط، فساد عقد در شرط مؤثر نمی‌افتد. در این فرضیه، مهمترین پرسشی که پاسخ به آن دشوار به نظر می‌-

رسد آن است که اگر شرط ضمن عقد از استقلال برخوردار است و با عقد مشروط فیه رابطه‌ای جز رابطه‌ی بین ظرف و مظلوف ندارد، چرا در صورت تخلف شرط، برای مشروط له حق فسخ به وجود می‌آید؟ (خمینی، ۱۴۱۰، ص ۲۲۵) در پاسخ گفته شده است، اولاً؛ شرط در مقام انشاء هیچ رابطه‌ای با خود عقد یا ثمن یا مبیع ندارد هرچند برحسب اغراض لبی طرفین، شرط بیگانه‌ای از عقد نیست و به همین دلیل است که شرط ضمن عقد موجب تفاوت قیمت می‌شود و در صورت تخلف شرط حق خیار به وجود می‌آید. ثانیاً؛ دیدگاه ظرفیت بدان معنا نخواهد بود که هیچ‌گونه رابطه‌ای میان شرط و عقد وجود ندارد؛ زیرا حسب اراده طرفین، شرط با عقد مجموعه‌ای را تشکیل داده که علیرغم وجود رابطه‌ی تأثیر و تأثری، در برخی از جنبه‌ها مستقل از یکدیگر عمل می‌نمایند؛ که مالک شناسایی و اجرای احکام مترتب نیز اراده طرفین است (قاسم‌زاده و جویباری، ۱۳۹۷، ص ۱۲۶).

از نظر آیت‌اله دکتر سید محمد موسوی بجنوردی شرط و عقد هیچ ارتباطی با یکدیگر نداشته و حتی امکان وقوع همزمان آنها ممتنع است و امکان وقوعی توامان ندارند لذا وقوع شرط ضمن عقد محال است به این شرح که:

هویت شرط و عقد به انشاء آندوست. یعنی هم شرط نیازمند انشاء مستقلی هست و هم عقد یعنی برای ایجاد آنها دو انشاء لازم است یک انشاء عقدی برای انشاء عقد و یک انشاء دیگر برای انشاء شرط ضروری است.

از طرفی می‌دانیم که انشاء عقد مستقلاً در قطعه‌ای از زمان (آنی از زمان) در افق نفس در عالم اعتبار تحقق می‌یابد و در قطعه‌ای از زمان (آنی از زمان) دیگر انشاء شرط مستقلاً محقق می‌شود از طرفی دیگر می‌دانیم که انشاء باید منجز باشد و به محض قصد در افق نفس و در عالم اعتبار به وقوع پیوندد در شرط ضمن عقد فرض براینست که انشاء عقد منوط و معلق و مقید به انشاء شرط می‌شود و بالعکس انشاء شرط نیز منوط و وابسته و معلق و مقید به انشاء عقد می‌شود در حالی که تقید و تعلیق در انشاء محال است.

کلیه انشائات که تعلیق و تقید به امری داشته باشد ممکن الوقوع نبوده و باطل است و لازمه انشاء تنجیز و استقلال است و انشاء مشروط نادرست و غیر قابل وقوع است و وقوع انشاء وابسته و معلق در افق نفس محال است و لذا شرط همیشه جدا از عقد واقع می‌شود و هیچ ارتباطی با هم ندارند و همه شروط واقع شده ابتدائی و مستقل از عقد هستند.

کلیه عقود به محض انشاء مشمول آیه "یا ایها الذین آمنوا فوالعقود" شده و اصل لزوم آنها را در بر می‌گیرد. و شروط هم به محض وقوع مشمول حدیث شرط "المؤمنون عند شروطهم" شده و لازم الوفا هستند و لذا هیچ شرطی ضمن عقد بوجود نمی‌آید و تمامی شروط و عقود مجرد از هم هستند.

نتایج این نظریه:

همه شروط مستقل هستند نه مرتبط و هیچ گونه وابستگی به عقود ندارند و اساسا مستقل از هم ایجاد می شوند. لازم الوفا بودن شروط ارتباطی به ضمانت ندارد بلکه مطلق شروط ابتدائی و تعهدات مستقل معتبر و لازم-الوفایند.

به محض آنکه عقد صحیحی و با لحاظ شرایط صحت عقود واقع گردید وفاء به آن لازم است. و اگر چنانچه شرط نیز سانع بوده و شرایط معتبره در آن رعایت شده باشد نیز لازم الوفا می باشد و اگر فاسد باشد قابل وفا نخواهد بود ولی شرط فاسد نمی تواند مفسد عقد باشد و لذا ابداء شروط مفسد نداریم زیرا عقد منجزا واقع شده است و مشمول اوفوا بالعقود گردیده است و دیگر شرط فاسد بدلیل فاسد بودنش مشمول المومنون عند شروطهم قرار نمی گیرد.

۲-۳ اشکال و جواب

اگر گفته شود که چه اشکالی دارد طبق رویه معمول در کتابت و الفاظ و اقرارات و اشارات، که شروط ضمن عقد ممکن الوقوع است، مجموعه آندو مورد پذیرش و امضاء متعاقبین قرار بگیرد؟

پاسخ آنست که انشائات در افق نفس اتفاق می افتد و مثلا شخص عاقد که وکالتا از زوجین عقد می خواند ابتدا در افق نفس انشاء زوجیت نموده و سپس در قالب الفاظ و کلمات به زبان جاری می نماید و عقود و شروط همانست که در درون اتفاق می افتد نه در کلمات و الفاظ.

لازم بذکر است درج بعضی شروط ضمن عقد در واقع مضمن قرار دادن در حین عقد است مثلا چنانچه در فروش خانه ای شرط شود که خانه رنگ آمیزی شود در واقع شرط صحت بوده، و در واقع خانه رنگ آمیزی شده بعنوان مبیع و مضمن قرار داده شده است و جزء عقد است نه شرط. این شیوه تفکر موجب تغییر شگرف در تغییر و تبیین محتوی و مطالب بحث انگیز مطرح در نظریه شروط شده و بسیاری از مباحث شروط را تحت تاثیر خود قرار خواهد داد که نیازمند تحقیق و کاوش مفصل و بررسی آن در هر یک از عقود و تاثیر آن در رابطه با شرط فعل و شرط نتیجه می باشد که مستلزم ورود به جزئیات در هر عقد بوده که از حوصله این مقاله خارج است.

۴- نقد و ارزیابی نظریه آیت الله بجنوردی

اولا بنظر می رسد در این استدلال نظام تشریحی به نظام علیت تکوینی تشبیه شده و این نظریه از خلط و قیاس مقولات مباحث فلسفی و عقلانی با مباحث فقهی و حقوقی و اعتباریات نشات گرفته باشد.

نباید نظام تکوین و احکام عقلی مربوط به امور واقعی را مقیاس تحلیل پدیده های قراردادی و اعتباری دانست. زیرا این دو نظام از هر لحاظ با یکدیگر متفاوتند و چه بسا موارد متعدد و فراوانی در علم حقوق می توان

یافت که از قواعد فلسفی تبعیت نمی کند من جمله تقدم معلول بر علت، عدم انفکاک بین آثار علت و معلول، که از اصول مسلم و قطعی بشمار می رود، در نظام قراردادی مورد نقض قرار می گیرد.

نظیر کاشفیت اجازه در بیع فضولی، انفکاک اعمال حقوقی و تاخیر آثار آن مثلا در وصیت و وقف که در وصیت تملیکی انشاء عقد انجام یافته ولی تحقق آثار آن منوط به فوت موصی می باشد و یا در عقد وقف که با قبض متاخر محقق می شود.

ثانیا مطالعه در عقود و معاملات مهم نشان می دهد که قرارداد، یک جریان متصل به هم و ممتد و به هم پیوسته است که از چندین نشست و گفتگو و مذاکرات در قالب اعمال حقوقی اعم از عقد و شرط و ایقاع و تعهدات و التزامات ایجاب و قبول تشکیل می گردد.

گسستن یک بخش از یک موجود زمانی که بتدریج در بستر زمان نشو و نما نموده است و نگاه تجزیه آلود و جزئی نگرانه به یک بخش بدون ملاحظه کل، نگاهی ناقص و نادرست است. حقیقت آنستکه تغییر واقع بینانه قرارداد منوط به نگاهی جامع و کلی نگر به تمام جزئیات آن است نه جزء جزء و بخش بخش، اتفاقا در همان مباحث عقلی در بیان ملا صدرا آمده است که "المتصل التدریجی مساوق مع الوحده الشخصیه" یعنی اشیاء که حرکت دفعی نداشته بلکه متدرج الوجود هستند و بتدریج در بستر زمان روئیده در آنات متعدد شکل گرفته و بوجود آمده است یک واحد شخصی محسوب می شود. مثلا یک دقیقه گرچه از آنات و ثانیه های متصل به هم تشکیل می گردد لیکن مجموعه آنها یک واحد دقیقه را تشکیل می دهند.

در اینجا نیز ما با یک مجموعه ای متشکل از قصد ها و انشائات در قالب عقود و شروط روبرو هستیم که از مذاکرات و نشست ها و گفتگوهای متعدد فنی و حقوقی و با لحاظ تمامی جوانب و در نظر گرفتن تمامی منافع طرفین و محدودیت های احتمالی آنها حاصل شده است.

حال اینکه بگوئیم چون شرط در یک قطعه از زمان بوجود آمده و عقد در زمانی دیگر ایجاد شده و بدلیل اینکه در دو قطعه از زمان واقع شده است پس شرط مجرد از عقد است، و هر کدام به انشاء جداگانه نیازمند است و بعد نتیجه بگیریم که انشاء عقد و انشاء شرط وابسته به هم می شوند و تعلیق و تقید می پذیرند و بدلیل تعلیق هر دو را باطل بدانیم، امری مقبول و منطقی نمی تواند باشد، ضمن اینکه دلیلی بر تقدم عقد بر شرط و رعایت ترتیب و اولویت دهی و اعتبار بخشی زمانی به عقد و سپس به شرط بنظر نمی رسد و ترجیح بلامرجه لازم می آید.

لازم به ذکر است که شروط از جهت داشتن یا نداشتن قابلیت التزام مستقل، بر دو قسمند. شروطی که قابلیت التزام مستقل ندارند که یا در ضمن عقد جایز واقع می شوند و یا در ضمن عقد لازم، و نیز شروطی که قابلیت التزام مستقل دارند، که در چهار صورت، محل بحث خواهد بود.

۵- شروط با قابلیت و عدم قابلیت التزام مستقل

۵-۱ شروطی که قابلیت التزام مستقل ندارند

۵-۱-۱ شرط در ضمن عقد جایز

اصلی ترین بحث در این قسم این است که شرط با قرار گرفتن در ضمن عقد جایز، آیا لازم الوفاست یا حتماً باید در ضمن عقد لازم قرار گیرد تا از آن کسب لزوم کند؟

اگر قائل شویم شرط در ضمن عقد، زمانی لازم الوفا می شود که خود عقد هم لازم باشد، در این صورت شرط در لزوم و جواز تابع عقد است. بر خلاف اینکه بگوییم شرط حتی در ضمن عقد جایز، لازم الوفاست که در آن صورت بین عقد و شرط از حیث لزوم و جواز انفکاک حاصل می شود. بنابراین، اگر در ضمن عقد و کالت شرط عدم عزل کردیم طبق فرض دوم شرط الزام آور است. در حالی که بنا بر فرض اول الزامی در کار نیست. در این خصوص، نظریات و آرای متعددی ابراز شده است که به ذکر آنها می پردازیم.

نظر مشهور فقها این است که شرط در لزوم و جواز تابع عقد است و شرط ضمن عقد جایز نمی تواند الزام آور باشد (طباطبایی، ۱۳۹۱، ص ۱۲۴)

نویسندگان قانون مدنی نیز از نظر مشهور در فقه پیروی کرده اند و شرط در عقد جایز را برای از بین بردن حق فسخ دو طرف حتی در مدت معین کافی نشمرده اند. از جمله در ماده ۶۷۹ می خوانیم:

موکل می تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.

در ماده ۵۸۶ در شرکت نیز آمده است:

اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی، مدت معین نشده باشد هر یک از شرکا هر وقت بخواهد می تواند رجوع کند.

همچنین ماده ۵۵۲ در مضاربه اعلام می کند:

هرگاه در مضاربه برای تجارت، مدت، معین شده باشد؛ تعیین مدت موجب لزوم عقد نمی شود لیکن پس از انقضای مدت مضارب نمی تواند معامله بکند، مگر به اجازه جدید.

و در ماده ۶۵۱ مقرر شده است:

اگر برای ادای قرض به وجه ملزومی، اجلی معین شده باشد، مقتضی نمی تواند قبل از انقضای مدت، طلب خود را مطالبه کند. در حالی که کافی بود اگر در عقد قرض برای ادای دین اجلی معین شده باشد...

صراحت این مواد در آنچه مشهور فقها به آن معتقدند قابل انکار نیست و نویسندگان قانون مدنی در این حکم مخالفتی با مشهور فقها ندارند. با این حال بعضی از حقوقدانان معاصر که نظر مشهور فقها را چنان غیر منطقی می دانند که معتقدند باید از آن دست کشید، می گویند که اگر خواست مشترک دو طرف بتواند ایجاد التزام کند و قالب و تشریفات معینی نداشته باشد (ماده ۱۰ ق.م) چه تفاوتی می کند که این خواست، ضمن عقد لازم بیان شود یا در خود عقد جایز؟ و با این استدلال می گویند: تفسیر مواد قانون مدنی باید در سایه روح حاکم بر قانون مدنی (حاکمیت اراده) صورت پذیرد و نتیجه می گیرند که مواد یاد شده از قانون مدنی که ظاهرش عدم لزوم شرط در ضمن عقد جایز است، ناظر به موارد شایع است بدون اینکه مفهوم آن لزوم شرط در عقد جایز را نفی کند. همچنین اظهار می دارند: این نظر را فقیهانی که با لزوم وفای به شروط ابتدایی موافقت کرده اند بشدت تأیید می کنند و می توان گفت این آخرین تحول در فقه امامیه به سوی حکومت اراده و گریز از تشریفات است (کاتوزیان ۱۳۸۴، ص ۱۴۵).

در برابر مشهور، جمع زیادی از بزرگان و اعیان فقها شرط ضمن عقد جایز را لازم الوفا می دانند که تعداد این فقها آنقدر زیاد است که، نسبت عدم لزوم شرط ضمن عقد جایز را به مشهور، مورد تردید قرار می دهد و شاید به همین جهت است که صاحب مستمسک نسبت قاعده عدم لزوم شرط ضمن عقد جایز را، به مشهور، از اساس انکار کرده است. در هر صورت در میان فقهایی که شرط بیان شده را لازم الوفا می دانند می توان از علامه حلی، شهید ثانی، محقق اردبیلی، محقق خویی و محقق خوانساری و سید محسن حکیم نام برد (طباطبایی الحکیم، ۱۳۹۱: ۲۶۸).

تمایل در حقوق فعلی نیز به وجود استقلالی برای شرط ضمن عقد جایز است و به لحاظ لزوم تبعیت عقد و شرط از قصد متعاقدين در نظریه جدید، بر این باورند که، چنین شرطی را باید لازم الوفا دانست و مثلاً عقد جایز و کالت را، با شرط عدم عزل، غیر قابل رجوع تلقی نمود.

آنچه از کلام مشهور فقها استفاده می شود، علت فقط جواز خود عقد و لزوم تبعیت و فرعیت شرط است بلکه سید محمد کاظم طباطبایی فرموده دلیلی غیر از آنچه ذکر شد برای این نظر وجود ندارد.

شاید مشهورترین عبارت، در این سخن صاحب جواهر باشد، که فرموده: ... و اما اللزوم و عدمه فیتبع العقد الذی تضمن الشرط فان لازماً وجب الوفاء بالشرط لکونه حینئذ من توابع العقد و الا لم يجب بل یکون حینئذ شیهة الوعد (نجفی، ج ۲۶، ص ۳۴۳).

لذا می توان گفت دلیلی که بر جواز خود عقد دلالت دارد، دلیل جواز شرط ضمن آن هم هست، چون شرط از توابع عقد و به تعبیر بعضی از فقها کالجزء است. شهید ثانی می فرماید: القراض من العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده لان الشرط كالجزء من العقد فلا يزيد عليه (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۲۹۱)

همچنان که نظیر این استدلال در خصوص شرط ضمن عقد لازم هم شده است.

مقدس اردبیلی در ذیل کلام علامه که در این باب فرموده: «ولا يلزم تأجيل الحال الا ان يشترط في لازم». می فرماید: «... و لان جزء عقد لازم، لازم» (مقدس اردبیلی، ۱۳۷۸، ج ۹، ص ۸۲).

بعضی از محققین معاصر قبول ندارند که مشهور از این دلیل استفاده کرده اند صاحب مستمسک می فرماید: اینکه می بینیم فقها در عقود جایز، شروطی را می پذیرند و شروطی را رد می کنند و در رد و قبول این شروط اصلاً از این قاعده «الشرط في العقود المعين اللازمه غير لازم الوفاء» حرفی به میان نمی آورند، دلیل است بر اینکه این قاعده در نزد مشهور معتبر نیست و بنابراین نباید آن را به مشهور فقها نسبت داد. سپس در توجیه بعضی از عبارات فقها که از این قاعده استفاده کرده اند، می فرماید:

و ما في بعض الكلمات المتقدمة و نحوها محمول على خلاف ظاهره او انه رأى خاص للقائل نفسه (طباطبایی الحکیم، ۱۳۹۱، ج ۱۲، ص ۲۶۶)

ایشان در جای دیگر می فرماید:

... و بالجملة فكلمات الاصحاب خالية عن التعرض لهذه القاعدة، و يظهر منهم عدم البناء عليها و لزوم العمل بالشروط و ان كانت في عقد جائز و العبارات السابقة لابد من حملها على غير هذا المعنى (همان، ص ۲۶۸)

حقیقت این است که این قاعده به وفور در استدلالات فقها به کار گرفته شده است بلکه سید محمد کاظم طباطبایی مدرک نظر مشهور را فقط تبعیت می داند و عبارت صاحب جواهر نیز در این باب که صریحاً با قاعده فوق بر مختار مشهور استدلال کرده است، اخیراً ذکر شد و در ریاض می فرماید:

ان الاجل المشترط في المضاربه حيث كان غير لازم بل جائز يجوز لكل منهما الرجوع لجواز اصله بلا خلاف كما مضى فلان يكون الشرط المثبت فيه جائزاً بطريق اولی [طباطبایی کربلایی ۱۴۱۲ ج ۱: ۴۹۴].

و در حدائق فرموده:

المشهور ان القراض من العقود الجائزة التي يجوز الرجوع فيها من الطرفين بل ادعى عليه الاجماع و على هذا فلو شرط التأجيل فيه لم يلزم و بذلك صرحوا ايضاً و كذا كل شرط سائغ (طباطبایی الحکیم، ۱۳۹۱، ج ۱۲، ص ۲۶۴).

در مورد دلایل لزوم شرط ضمن عقد جایز، استدلال‌ها بر دو قسم است: قسمی از آن مبنایی است و به وسیله آن نمی‌توان با هر فقیهی مواجه کرد، مثل استدلال به لزوم وفا به شروط ابتدایی که اقتضای ضروری آن لزوم شرط ضمن عقد جایز است. با این مبنا با استقلالی که شرط پیدا می‌کند لزوم تبعیت از عقد بی مفهوم است و لذا تمام کسانی که مبنای آنان لزوم شروط ابتدایی است؛ مثل سید محمد کاظم طباطبایی، نراقی، سبزواری، ابن البراج، شرط ضمن عقد جایز را لازم الوفا می‌دانند. بنابراین فایده وقوع چنین شرطی در ضمن عقد جایز فقط این است که لزوم وفای به شرط در ظرف این عقد است و با زوال این عقد شرط نیز از بین می‌رود (همان: ۲۶۵).

به همین جهت فقهای که مبنای آنان لزوم شرط ابتدایی است، در مورد بحث، حتی به اخباری که در خصوص وجوب وفا به وعد وارد شده تمسک کرده اند (طباطبایی، ج ۲، ص ۱۲۵)

قسم دوم از استدلال‌ها در این باب مبنایی نیست و با هر فقیه مخالفی می‌توان با آن مواجه کرد که این استدلال‌ها یا حلی اند، مثل استدلال به عمومات اوفا بالعقود و المومنون عند شروطهم و یا نقضی اند، مثل استدلال سید محمد کاظم طباطبایی در حاشیه المکاسب که می‌فرمایند: اگر علت جواز شرط ضمن عقد جایز، جواز خود عقد باشد، پس شرط ضمن عقود لازمه در مدت خیار نیز باید جایز الوفاء باشد.. (همان)

۲-۱-۵ شرط در ضمن عقد لازم

همانطور که بیان شد شرطی که قابلیت التزام مستقل ندارد از دو حال خارج نیست یا در ضمن عقد جایز است و یا در ضمن عقد لازم. آنچه تا به حال بیان شد، احکام قسم اول بود. در خصوص قسم دوم باید گفت شکی در وجوب وفا به چنین شرطی نیست. به دلیل:

۱. اقتضای فرعیت و تبعیت شرط؛
۲. اطلاقات و عمومات لزوم وفای به شرط؛
۳. بعضی از فقها فرموده‌اند: «لان جزء عقد لازم لازم» (مقدس اردبیلی، ۱۳۷۸، ج ۹، ص ۸۲) پس در این عقیده، به ادله لزوم خود عقد مثل «اوفا بالعقود» نیز می‌توان بر لزوم آن استدلال کرد.
۴. اگر لازم نباشد خلاف مقتضای عقد، لازم می‌گردد؛ اما این دلیل، بنا بر آنچه در فرع سابق بیان شد، قابل التزام نیست.
۵. به دلیل اجماع هم نمی‌توان ملتزم شد، چون به خاطر احتمال استناد به بعضی از وجوه سابق مدرکی است. (همان: ۸۴)

یکی از مهمترین مباحث شرط مورد بحث این است که آیا ممکن است با وجود لزوم عقد، شرط از لزوم آن تخلف کند و جایز گردد. طبعاً با اقتضای قاعده این تخلف محال است، اما بعضی از فقهای عظام اعتقاد دارند که به واسطه نقل و ورود دلیل شرعی این تفکیک در شرع مقدس واقع شده است. صاحب جواهر این معنی را در عقد

قرض قائل شده است (نجفی، ج ۲۵، ص ۳۳) وی با اینکه برخلاف نظر مشهور، قرض را از عقود لازمه می‌داند اما شرط اجل را در آن لازم الوفا نمی‌داند. وی در اثبات آن به اطلاق ادله ای تمسک کرده که مضمون آنها جواز رجوع قرض دهنده در قرض، اما استحباب امهال و انظار برای وی می‌باشد. طبعاً این اطلاق شامل صورت اشتراط اجل نیز می‌شود. بنابراین طبق مذهب ایشان می‌توانیم بگوییم شرط اجل در قرض که عقد لازم است لازم الوفا نیست، چون قرض دهنده می‌تواند در آن رجوع کند. هر چند که مستحب است رجوع نکند و به مقتضی مهلت دهد. وی در آخر بحث خود به طور صریح می‌فرماید:

فقد بان لك انه لا محيص عما عليه الاصحاب من اللزوم في الشرط بعقد لازم و عدم اللزوم في عقد القرض و ان قلنا بكونه من العقود اللازمة (همان، ص ۳۴).

این مقال و این استدلال را بعد از ایشان هیچ فقیهی نپذیرفته است. از میان تمام اشکالاتی که به این نظریه وارد است ما فقط به این اشکال عمده اشاره می‌کنیم که در فرض جواز رجوع قرض دهنده برای اخذ بدل آنچه قرض داده، آن هم در هر وقتی که بخواهد، عقد دیگر عقد لازم نیست، ولو حق استرداد خود عین را ندارد. سید محمد کاظم طباطبایی در آخر اشکالات فراوانی که به صاحب جواهر در خصوص نظریه فوق دارد، می‌فرماید:

و كان الاولى لصاحب الجواهر الذي مذهبه عدم لزوم الشرط في ضمن العقد الجائز ان يقول في المقام ان عقد القرض و ان كان لازماً من حيث عدم جواز فسخه و مطالبته عين المال المقترض اذا كانت موجودة الا انه لما كان يجوز له المطالبة بالاداء كل وقت شاء كان كالعقود الجائزة فيلزمه حكمها من عدم لزوم الشرط فيها بناء على ما ذهب اليه فان ملاك عدم اللزوم في العقد الجائز موجود هنا ايضاً بل هذا المعنى المذكور ايضاً نوع من جواز العقد، فتدبر (طباطبایی، ج ۲، ص ۱۲۵).

۲-۵ شروطی که قابلیت التزام مستقل دارند

در این فرض هر یک از عقد و شرط یا لازم است یا جایز، پس مجموع صور، چهار قسم است که هر قسمی جداگانه، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲-۵ عقد و شرط هر دو لازمند

مثل شرط اجاره در ضمن عقد بیع، شکی در لزوم شرط نیست، اما آیا این لزوم از باب تبعیت است یا برای اینکه خود عقد اجاره ذاتاً از عقود لازمه است و احتیاجی به تبعیت ندارد؟

اگر در عقد جایزی که شرط آن ذاتاً عقد لازمی است، مثل اجاره در ضمن مضاربه، مبنی بر عدم لزوم شرط باشد همچنان که فتوای مشهور است در این صورت، این حکم کاشف از این می‌شود که مجرد لزوم ذاتی در

شرط کافی در وجوب وفا نیست، بلکه علاوه بر آن عقد اصلی نیز باید لازم باشد. نتیجه این می شود که در مورد بحث، لزوم عقد در لزوم شرط تأثیر دارد و این خود نوعی تبعیت است.

۲-۲-۵ عقد و شرط هر دو جایزند

مثل شرط وکالت در عقد مضاربه. شرط در اینجا با مبنای مشهور فقها در جواز خود باقی است، اما طبق فتوای بسیاری از فقها که در مقابل مشهور قرار دارند، با تفصیلی که گذشت، شرط لازم الوفاست. پس در نظر آنان در اینجا بین عقد و شرط از حیث جواز تبعیتی نیست. تنها تبعیتی که وجود دارد این است که وجود شرط به وجود عقد بسته است و با بطلان یا انحلال عقد، شرط نیز ولو واجب الوفا شده زایل شدنی است.

در ابتدا چنین به نظر می رسد که جواز شرط در این قسم، که مشهور به آن قائل است، از باب تبعیت نیست؛ در حالی که مجرد جواز ذاتی شرط، در عدم وجوب وفا به آن کافی نیست، چون اگر خود عقد لازم باشد شرط جایز به لازم منقلب می شود. پس جواز خود عقد در جواز شرط تأثیر دارد و این خود نوعی تبعیت است.

۳-۲-۵ عقد، لازم و شرط عقدی جایز است

مثل شرط وکالت در ضمن عقد بیع. در این صورت بالاتفاق لزوم از عقد اصلی به عقد فرعی سرایت می کند. در اینجا می توان هم با دلیل لزوم عقد و هم با ادله وجوب وفای به شرط، لزوم شرط مورد بحث را ثابت کرد. بنابراین لزوم آن در تمامی مبانی ثابت است. صورت فرعی و تبعی دادن به عقد جایز در ضمن عقد لازم، به دو منظور انجام می شود.

۱-۳-۲-۵ استفاده از لزوم عقد اصلی

عقدی که به حسب طبیعت خود جایز است خواه جواز از دو طرف باشد مثل ودیعه، عاریه، مضاربه، شرکت، وکالت، وصیت، قرض، جعاله و هبه در بعضی از صور، و خواه از یک طرف مثل رهن، کفالت بدن، عقد ذمه و امان (شهید ثانی، ج ۱، ص ۲۶۹) در لباس شرط از توابع عقد لازم می شود و دو طرف را بدین وسیله پایبند می کند. موجری که می خواهد مستأجر در دوران اجاره از اموال او حفاظت کند، می تواند ودیعه را که از عقود اذنی است و مودع و امین هر زمان که بخواهند می توانند آن را بر هم زنند و مال امانت را بازگردانند، تابع اجاره کند تا از این طریق تا پایان مدت اجاره، ودیعه نیز به صورت پیمانی الزام آور درآید. همچنین، موکل می تواند هر وقت که بخواهد وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.

روشن است که این فایده بر مبنای نظر مشهور فقهاست که شرط ضمن عقد جایز را لازم الوفا نمی دانند. اما در نظر مقابل، از راهی دیگر نیز می توان این فایده را تأمین کرد و آن آوردن شرطی در ضمن عقد جایز است که مفاد آن اعطای لزوم به عقد جایز باشد.

۲-۳-۲-۵ تبعی ساختن وجود عقد جایز

در صورتی که پیمانی به صورت شرط در آید بقا و انحلال آن تابع عقد اصلی می شود. پس اگر عقد به سببی، فسخ یا اقاله شود یا مدت آن پایان یابد تعهد ناشی از شرط نیز از بین می رود، مگر در مواردی که انحلال شرط نیازمند اسباب و تشریفات خاص باشد. مانند موردی که مفاد شرط، نکاح بین دو طرف باشد که انحلال آن نیاز به طلاق و تشریفات خاص دارد.

۴-۲-۵ عقد، جایز و شرط، ذاتاً عقدی لازم است

مثل شرط اجاره در ضمن مضاربه. در چنین موردی نظر مشهور فقها بر لزوم سرایت جواز از عقد به شرط است. بنابراین اجاره که ذاتاً عقدی لازم است به اعتبار اینکه در ضمن عقد جایز مضاربه قرار گرفته، لازم الوفا نخواهد بود. همچنان که صاحب جواهر می فرماید:

و اما للزوم و عدمه فیتبع العقد الذی تضمن الشرط فان كان لازماً وجب الوفاء بالشرط لكونه حينئذ من توابع العقد والألم يجب بل یكون حينئذ شبيه الوعد (نجفی، ج ۲۶، ص ۳۴۳).

در حالی که با مبنای غیر مشهور، این شرط لازم الوفا خواهد بود، اما در حدود عقد اصلی. بنابراین طرفی که مایل است از وفای به شرط خودداری کند باید از عقد نیز بگذرد و تبعیض روا نیست و آن دو را یا باید با هم رعایت کند و یا از هر دو چشم پوشد و این نیز خود نوعی التزام است منتهی در حدود عقد اصلی. پس اگر ضمن عقد جایزی شرط اجاره بر یکی از دو طرف شود می توان الزام آن را از دادگاه خواست. خواننده دعوی می تواند با فسخ عقد اصلی خود را از آن قید التزام رها سازد، ولی پیش از این اقدام، انجام کار مشروط به عهده اوست. در حالی که با مبنای مشهور حتی با وجود عقد، التزام به شرطی که خود ذاتاً عقد لازم است اما در ضمن عقد جایز قرار گرفته لازم نیست؛ اما باید توجه داشت که در^{۱۸} غیر مشهور خلاص شدن از التزام شرط از طریق فسخ عقد، زمانی درست است که مفاد شرط، اعطای لزوم به عقد جایز نباشد. اما از آنجا که بحث در این قسمت در شرطی است که خود فی حدّ نفسه عقدی مستقل است تحقق شرط هایی که مفاد آنها اعطای لزوم به عقد است؛ مثل شرط عدم فسخ و عدم عزل، در اینجا ممکن نیست.

۶- نتیجه گیری

با عنایت به آنچه که در این مقاله در ارتباط با شرط و عقد و نسبت بین این دو، بیان شد می توان نتیجه گرفت؛ هر چند در قانون مدنی تعریفی از شرط نشده است ولی بنا به آنچه از مواد مربوط به شرط استنباط می شود، می توان آن را به معنی التزام و تعهدی تبعی دانست که ضمن عقد معین و در کنار تعهد اصلی ایجاد می شود و آن چنان با عقد مرتبط است که اگر عقد به جهتی از جهات منحل گردد، شرط نیز تبعاً منتفی می شود، پس شرط امری محتمل الوقوع در آینده است که طرفین حدوث اثر حقوقی را متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع می نمایند. شرط

در علم اصول به معنای هر امری می باشد، که وجود آن برای تحقق امر دیگری، لازم است و در اصطلاح حقوق و فقه به معنی مطلق تعهد است اعم از اینکه در ضمن عقد باشد یا مستقل از عقد. به طور کلی در تعریف شرط به معنای حقوقی و نه معنای منطقی و اصولی در فقه چنین آمده است "الشرط امر زاید علی الثمن و المثلث علی وجه التزام دون التعلیق....". فقها در تألیفات خود برای اثبات این امر که طرفین عقد حق دارند هر شرطی را که مخالف شرع نباشد در عقد بگنجانند به روایت «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً احل حراماً او حرم حلالاً» استناد می کنند. روایت مزبور از احادیث معتبر نبوی است که در فقه اسلامی به صورت یک قاعده مسلم فقهی در آمده است و به موجب آن، شارع مومنان و مسلمانان را ملزم و پایبند به شروط خود می داند. در خصوص معنای شرط، اکثریت فقها شرط را به معنای التزام فرعی در ضمن التزام اصلی تعریف کرده و شمول آن را به مطلق التزامات انکار کرده اند. به معنای دیگر، مطلق شرط را شامل شرط های ابتدایی نمی دانند بلکه شرط، التزام مرتبطی به شیء دیگر است. چه عقد باشد چه غیر آن. شاهد این مطلب آن است که اطلاق شرط بر عقدهایی مانند هبه و خرید و فروش و ... قبیح است. با این حال، در مواردی که استقلال شرط محرز است، اصل اول در خصوص شرط مستقل، اعتبار و اصالت آن بوده و این شرط، قابلیت دارد تا در حالت فساد عقد نیز مابین طرفین لازم الاتباع بوده و متعاقدين بدان عمل نمایند و تا زمانی که دلیل قطعی مبنی بر بی اعتباری شرط به دست نیاید، عمل بدان ضروری است. شرط به عنوان یک عمل حقوقی ذاتاً یک قرارداد است؛ زیرا از طرفی شرط از توافق دو اراده برای ایجاد آثار حقوقی تشکیل می شود و از طرفی عقد هم از توافق دو اراده برای تشکیل آثار حقوقی بوجود می آید؛ پس شرط هم در واقع یک قرارداد است و تبعی بودن آن لطمه ای به قرارداد بودن آن نمی زند. پس از این مرحله نوبت به یافتن ماهیت شرط در رابطه با عقد فرا می رسد. وقتی شرط همراه با عقد اراده می شود، می تواند به اشکال گوناگون عقد اصلی را متأثر کند که بررسی این نقش آفرینی شرط، در رابطه با عقد، جنبه دیگری از ماهیت شرط را می کاود. در مواردی اراده مشترک طرفین به نحوی بین شرط و عقد ارتباط برقرار می کند که مشروط له نه تنها شرط بدون عقد را نمی طلبد، بلکه عقد بدون شرط را نیز نمی خواهد. در مواقعی دیگر طرفین عقد، تحقق عقد و یا بقای التزام و وفای به عقد را معلق به پذیرش التزام شرطی یا انجام مفاد آن می کنند و البته اگر مصلحت متعاقدين اقتضا کند، در مواردی صرفاً شرط همراه با عقد اراده می شود بدون اینکه ارتباط انشائی و حتی در برخی موارد ارتباط واقعی بین شرط و عقد وجود داشته باشد. در خصوص ارتباط بین شرط و عقد دیدگاه های مختلف و مغایر زیادی بیان شده است، آنچه که بر اساس متون فقهی و مواد قانون مدنی مورد توجه قرار گرفته، شرط ضمن عقد، رابطه ی تبعیت و فرعییت با عقد پایه دارد. طبق نظر اکثریت، شروط ضمن عقد از حیث حدوث و بقاء تابع عقد اصلی می باشند، اما؛ بر مبنای دیدگاه دیگر که قائلین به آن برخی از فقهای معاصر می باشند شرط و عقد هیچ ارتباطی با هم ندارند. و بالاخره نتیجه کلی حاصله بدین شرح می باشد که بر اساس نظریه برخی از فقهای معاصر، همواره شرط، تعهد مستقل از عقد است. یعنی در حقیقت در معامله ای که شرطی در ضمن آن آورده می شود دو تعهد مستقل از یکدیگر صورت می پذیرد و بر مبنای تعهد مستقل بودن شرط، صحت و فساد شرط هیچ گونه تاثیری در عقد ندارد.

بنابراین شرط فاسد مفسد نداریم و مبطلت شرط منتفی است؛ زیرا عقد واقع شده بنا به اصله اللزوم مشمول آیه یا «ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» گردیده و حالت لزوم به خود گرفته است. چنانچه، شرط دارای شرایط صحت خود باشد مشمول حدیث شرط قرار گرفته و بنا بر «المومنون عند شروطهم» پایبندی و وفا به تعهدات را ضروری می نماید، اگرچه شرط فاقد یکی از شرایط صحت باشد لغو و باطل بوده و فاقد اثرات قانونی است ولی به هیچ وجه این امر نمی تواند مبطل عقد گردد لذا معتقدند، شرط مبطل عقد نداریم.

فهرست مآخذ

- ۱- ابوالحسین، احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقائیس اللغه، ج ۴، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، چ اول، ۱۴۰۴ هـ.
- ۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ نوزدهم، گنج دانش: تهران، ۱۳۹۰.
- ۳- الجوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح - تاج اللغه و صحاح العربیه، ج ۲، دار العلم للملایین، بیروت - لبنان، چ اول، ۱۴۱۰ هـ.
- ۴- الحمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، ج ۷، دار الفکر المعاصر، بیروت - لبنان، چ اول، ۱۴۲۰ هـ.ق.
- ۵- خمینی، سیدروح الله، کتاب البیع، جلد پنجم، چاپ چهارم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان: قم، (۱۴۱۰ هـ.ق).
- ۶- سنگلجی، محمد، قواعد وضوابط معاملات، چاپ حیدری، چ چهارم، تهران، ۱۳۴۷.
- ۷- السعدی، ابوجیب، القاموس الفقهی لغه و اصطلاحا، دار الفکر، دمشق - سوریه، چ دوم، ۱۴۰۸ هـ.ق.
- ۸- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: موسسه البلاغ، ۱۴۱۴ هـ.ق.
- ۹- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (شروط ضمن عقد) ج ۴، تهران، مجلد، چ چهارم، ۱۳۹۳.

۱۰- عابدیان، میرحسین، جزوه حقوق مدنی ۲ دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱.

۱۱- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، سهامی انتشار، چ هشتم، ۱۳۹۰

۱۲- کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)، ج ۱، چ ۴، تهران، ۱۳۸۴

۱۳- محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چ اول، انتشارات مرکز نشر علوم انسانی، ۱۳۸۸.

۱۴- قاسم‌زاده، سیدمرتضی، قربانی جویباری، محمد، اثر بطلان عقد بر شرط مستقل (توجیه و تحلیل رویه قضایی)، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره بیست و دوم، بهار ۱۳۹۷،

۱۵- طباطبایی الحکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی. بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۳۹۱،

۱۶- طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی، ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل. بیروت: دار الهادی، ۱۴۱۴ ه.ق،

۱۷- الطریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، ج ۳، کتابفروشی مرتضوی، تهران، چ سوم، ۱۴۱۶ ه.ق.

۱۸- القرشی، السید علی اکبر، قاموس قرآن، ج ۵، دار الکتب الإسلامیة، تهران، چ ششم، ۱۴۱۲ ه.ق.

۱۹- المصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۸، مرکز کتاب ترجمه و النشر، تهران، چ اول، ۱۴۰۲.

۲۰- مقدس اردبیلی، احمد بن محمود، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازدهان، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۳۷۸،

۲۱- النجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۵، دار احیاء التراث العربی، بیروت - لبنان، هفتم، ۱۴۰۴.