

# مطالبه بهای شرط؛ تضمینی جدید برای جبران تخلف از شرط و نقد رویکرد سنتی

حسین سیمایی صراف

تاریخ دریافت: ۸۵/۱۲/۲۰

تاریخ تایید: ۸۶/۰۷/۱۶

عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه قم

## چکیده

شرط یکی از منابع مهم تعهد در فقه امامیه و حقوق ایران است. تخلف از شرط توازن معاملاتی را به هم می‌ریزد. از همین رو طرف زیان‌دیده به ضمانت اجراهای تخلف روی می‌آورد تا دوباره قرارداد را متعادل سازد. ضمانت‌های مندرج در قانون مدنی که به پیروی از فقه وضع شده‌اند، گاه از تأمین این هدف ناتوان بوده و حتی به ضد خود تبدیل می‌شوند. در این مقاله با نقد رویکرد سنتی و ارائه تحلیلی جدید از ماهیت شرط بر این باوریم که شرط گاه حق دینی ایجاد کرده و ذمه مشروط‌علیه را به خود مشغول می‌سازد و گاه حق عینی پدید آورده و معاملات معارض با خود را باطل و دست‌کم غیرنافذ می‌سازد. واژگان کلیدی: بهای شرط و تقویم آن، حق دینی و عینی

## مقدمه

شرط به عنوان یک تعهد تبعی جایگاه ویژه‌ای در فقه امامیه دارد. اینکه چرا موضوع «شرط» در فقه امامیه تا این اندازه مهم‌گسترده و پر مسئله است خود نیازمند تحلیل و تحقیق مستقلی است. آنچه در این نوشتار دنبال می‌شود بازبینی در نگاه سنتی به مسئولیت مشروط‌علیه و حقوق مشروط‌له در قبال نقض شرط است. مدعای این تحقیق اگر مقبول اهل نظر افتد علاوه بر کمک به استحکام هر چه بیشتر معاملات و کاهش موارد فسخ، مسئله جبران خسارت<sup>۱</sup> را نیز در فقه و حقوق مدنی کارآمد خواهد کرد.<sup>۲</sup>

## 1. Remedy

۲. لازم به ذکر است که مقاله ارزشمندی از استاد فرزانه جناب حجة الاسلام والمسلمین دکتر سید مصطفی محقق داماد در یادنامه مرحوم دکتر شهیدی (ضمیمه مجله تحقیقات حقوقی زمستان ۸۴-۸۳) تحت عنوان «مفاد شرط مالی ضمن عقد در حقوق اسلامی» به زیور طبع آراسته شده است که خوانندگان محترم را به مطالعه آن توصیه می‌نماید. به رغم مشابهت دو مقاله در بخشی از موضوع، بین آن دو نسبت عموم و خصوص مطلق برقرار است. از لحاظ حکمی نیز دو مقاله متفاوت و البته در طول هم محسوب می‌شوند برخی از این تفاوت‌ها به شرح زیر است: ۱- مسئله محوری در مقاله استاد، شرط فعل مالی است، اما مسئله مقاله حاضر اعم از شرط فعل، شرط صفت و شرط نتیجه و نیز اعم از شرط مالی و غیر مالی است. پس این مقاله شش حالت را بررسی می‌کند. ۲- مقاله استاد راجع به مفاد و محتوی و به عبارتی ماهیت شرط فعل مالی است در حالی که این مقاله ناظر به شیوه‌های جبران خسارت و بیان ضمانت اجراهای تخلف یا تعذر شرط می‌باشد، البته از ایده «حق دینی» به عنوان یکی از مبانی نظریه «حق مطالبه شرط» استفاده خواهد شد. ۳- استاد به شیوه‌ای اجتهادی تفریع فروع نموده و با تقسیم شرط فعل مالی به چهار قسم، نظر خود را در هر قسم بیان کرده‌اند در حالی که در مقاله حاضر با نقد دلایل ممنوعیت مطالبه شرط، ایده حق مطالبه بهای شرط به لحاظ فقهی تنو ریزه شده و آنگاه تئوری فوق بر کلیه اقسام شرط تطبیق گردیده است.

## تبیین مسئله

از مهمترین مسئله‌های باب تعهدات در هر نظام حقوقی مسئله «اجرا»<sup>۱</sup>، نقض<sup>۲</sup> و ضمانت اجرای<sup>۳</sup> یک تعهد است. شرط نیز گرچه یک تعهد تبعی است از وظیفه پاسخ به این مسئله‌ها فارغ نیست و لذا فقیهان امامیه عمدتاً ذیل عنوان «احکام و آثار شرط صحیح» به بیان ضمانت اجراهای ناشی از نقض شرط پرداخته‌اند. از میان همه ضمانت‌های گفته شده، الزام مشروط‌علیه و حق فسخ برای مشروط‌له شهرت بیشتری کسب نموده و اتفاقاً قانون مدنی نیز از همان پیروی کرده است (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م). شایان ذکر است که ضمانت اجرای نخست (الزام مشروط‌علیه) به نظر جمعی از فقیهان و بر حسب قانون مدنی ایران ویژه شرط فعل است و تخلف از شرط صفت منحصرأ موجب پدیدایش حق فسخ می‌گردد. زیرا شرط صفت ناظر به وصف موجود و تحقق یافته در مورد معامله است و بنابراین تحصیل آن معقول نیست تا الزام مشروط‌علیه ممکن باشد (انصاری، بی تا: ۲۸۳). از همین رو وصف اگر موجود باشد که مطلوب حاصل است و اگر نه برای مشروط‌له حق فسخ پدید می‌آید. شرط نتیجه نیز به محض اشتراط و قبول آن توسط مشروط‌علیه تحقق یافته و قابل نقض نیست و حداکثر در مواردی همچون تعذر شرط حق فسخ به وجود می‌آید.

اما این تحقیق هر دو مسئله فوق را (موضوع و حکم را) به چالش می‌کشد. از یک سو موضوع را اعم از شرط فعل دانسته، درباره ضمانت اجرای همه اقسام سه گانه شرط به نقد و نظر می‌پردازد و از سوی دیگر حق فسخ و یا الزام را جبران‌های ناکافی و نامتناسب می‌داند. زیرا حق فسخ گاه دستاویزی می‌شود تا مشروط‌له که از کلیت قرار دارد نادم و پشیمان است به بهانه تخلف از شرطی که حتی کمترین سهم را در اراده و انگیزه او داشته و فاقد جنبه اساسی و مهم در قرارداد می‌باشد آن را فسخ نماید و به عکس آن گاه که ارزش مورد معامله افزایش یافته است مانع وصول مشروط‌له به ارزش شرط می‌گردد. زیرا فسخ معامله در این هنگام به سود مشروط‌علیه و به زیان مشروط‌له تمام می‌شود. بدین ترتیب حق فسخ تیغ دو لبی است که گاه وسیله سوءاستفاده مشروط‌له و گاه مایه اضرار به او و افاده به مشروط‌علیه می‌گردد و ضمناً ثبات و استحکام قراردادها را نیز خدشه‌دار می‌نماید. لذا تحقیق حاضر در جستجوی راه تازه‌ای است تا ضمن ابقاء گزینه فسخ از آثار نامطلوب آن پرهیز نماید و آن نیست جز «حق مطالبه بهای شرط».

بنابراین مسئله این است که «آیا می‌توان موضوع شرط را قیمت‌گذاری نمود و در صورت تخلف، بهای آن را از مشروط‌علیه مطالبه کرد؟ آیا مطالبه بهای شرط می‌تواند در طول و یا عرض حق فسخ به عنوان ضمانت اجرای تخلف از شرط به رسمیت شناخته شود؟».

---

1. Enforcement  
2. Infringment  
3. Sanction

گفتنی است که «بطلان عمل حقوقی مغایر با شرط» نیز به عنوان ضمانت اجرای برخی تخلفات از شرط استطراداً ذکر می‌شود که خود شایسته پژوهشی مستقل است.

### تقسیم مطالب

این مقاله در سه گفتار عرضه می‌شود: در گفتار نخست مهمترین دیدگاه‌های سنتی که در قانون مدنی نیز راه یافته است نقد و بررسی می‌شود. در گفتار دوم که در واقع حاوی ایده اصلی این مقاله می‌باشد پس از تحریر محل نزاع، دلایل مخالفت با نظریه حق مطالبه بهای شرط و سپس دلایل موافقت عرضه می‌شود. در خلال دلایل اثباتی، شرط به عنوان منبع ایجاد حق دینی و عینی معرفی می‌شود که موضوعی مهم و درخور تحقیق است. در گفتار سوم نظریه حق مالی بر اقسام شرط تطبیق می‌شود. در این گفتار در حقیقت ایده ایجاد حق دینی یا عینی توسط شرط به اجرا گذاشته می‌شود. پس از اثبات اصل نظریه تقویم شرط و مشاهده آثار آن در اقسام سه گانه شرط، در گفتار چهارم نوع قیمت قابل مطالبه بررسی می‌گردد.

### گفتار نخست: دیدگاه‌های کلاسیک درباره ضمانت اجرای شرط

شرط به یک اعتبار به شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل تقسیم می‌شود. به اعتقاد مشهور فقیهان مشروط‌علیه ملزم است که به همه اقسام شرط ترتیب اثر دهد و حق ندارد که هیچ‌یک را مهمل و ملغی وانهد.<sup>۱</sup> اما اکنون سخن درباره حکم تخلف از شرط و عدم وفای به آن است. چنانکه پیشتر گفته شد، تخلف از شرط صفت فقط موجب پیدایش حق فسخ برای مشروط‌أله گردیده و تخلف از شرط نتیجه نیز امکان پذیر نیست، البته در صورت تعدّر و استحاله تحقق شرط صرفاً حق فسخ به وجود می‌آید. بنابراین دیدگاه‌هایی که ذیلاً طرح می‌شود تنها ناظر به شرط فعل می‌باشند.

#### ۱- حق فسخ

شهید اول معتقد است که وفای به شرط لازم نیست و اجبار مشروط‌علیه به انجام شرط جایز نمی‌باشد. وجود شرط صرفاً باعث می‌شود تا در صورت تخلف از ایفاء شرط عقد لازم به جایز تبدیل شود. شهید تصریح می‌کند که مشروط‌علیه ملزم به انجام شرط نیست و خاصیت شرط صرفاً ایجاد تزلزل در عقد بیع در صورت تخلف از آن و لزوم بیع در صورت وفای به آن می‌باشد (الجبعی العالمی، ۱۴۰۳: ج ۳، ص ۵۰۶). شهید در جای دیگری پیدایش حق فسخ و عدم امکان

۱. فالظا هر عدم الخلاف فی وجوب الوفاء بها بمعنی ترتب الاثر. مکاسب، ص ۲۸۳ لاکلام و لاخلاف فی وجوب ترتب آثار الشرط علیه. همان، ص ۲۸۴.

اجبار مشروط‌علیه را ناشی از تأثیر شرط در عقد دانسته می‌گوید: شرط موجب تعلیق لزوم بر انجام آن می‌شود. به بیان دیگر التزام مشروط‌له به عقد معلق بر انجام شرط توسط مشروط‌علیه می‌گردد و لذا با عدم انجام شرط، التزام مشروط‌له و لزوم عقد منتفی می‌گردد (همان، ۵۰۸)؛ (انصاری، بی تا: ۲۸۴). و بدین ترتیب موجبی برای قهر و اجبار مشروط‌علیه باقی نمی‌ماند (نجفی خوانساری، ۱۴۲۱: ۲۴۷). علاوه بر شهید اول، علامه حلی و شیخ طوسی و سایر کسانی که قائل به ممنوعیت اجبار مشروط‌علیه می‌باشند در زمره طرفداران این نظریه شمار آمده‌اند (همان، ۲۴۸). اما اکثریت فقیهان با آن مخالفت کرده‌اند. (انصاری، بی تا: ۲۸۴) و (نجفی خوانساری، ۱۴۲۱: ۲۵۱، ۲۴۹) و (الجبعی العاملی، ۱۴۰۳: ۵۰۸). به راستی محصور کردن فایده شرط در «حق فسخ» معامله تا حدی شگفت آور است. زیرا نه از مفاد ادله شرط و نه ارتکاز متعاملین و نه هم از بنای عقلاء می‌توان به این انحصار دست یافت. عدم دلالت ادله نقلی شرط بر حق خیار بی تأمل آشکار است. کسان بسیاری که قائل به خیار فسخ معامله هنگام تخلف از شرط شده‌اند به دلایل دیگری چون قانده لاضرر و یا به حکم عقلاء، مفهوم و مقتضای شرطیت آن را مدلل ساخته‌اند<sup>۱</sup>. با کند و کاو در ذهنیت متعاملین نیز می‌یابیم که هیچ‌گاه غرض آنان از درج شرط زوال پذیر ساختن عقد حاوی آن نبوده بلکه هدف مشروط‌له واقعاً دستیابی به شرط مورد توافق است و مشروط‌علیه نیز دست کم در وهله قبول شرط به ایفاء آن تعهد و التزام می‌دهد. مرحوم محقق خوئی به همین نکته اشاره کرده و می‌گوید: «هدف کسی که حق خیار برای خود قرار می‌دهد تمسک به فسخ در فرض تعذر انجام شرط است زیرا اگر مشروط‌له از حق اجبار برخوردار نباشد غالباً زیان خواهد دید. مثلاً اگر مشتری چیزی را به شرط خاصی بخرد و قیمت آن به چندین برابر افزایش یابد، بایع (مشروط‌علیه) نمی‌تواند به شرط عمل نکرده و به مشتری (مشروط‌له) بگوید معامله را فسخ کن بلکه مشتری حق دارد که بایع را به انجام شرط ملزم نماید (توحیدی، ۱۳۶۸: ۳۶۹-۳۶۸). بر همین منوال بنای عقلا نیز بر لزوم ایفاء به شرط شکل گرفته است، زیرا از دیدگاه عقلا فسخ معامله همیشه جبران خسارت نمی‌کند.

## ۲- الزام و حق فسخ

جز شمار اندکی از فقیهان، عموم آنان معتقدند که مشروط‌علیه مکلف به انجام شرط و مشروط‌له محق به مطالبه آن است. بنابراین در صورت امتناع مشروط‌علیه از انجام شرط می‌توان او را ملزم و مجبور به ایفاء شرط نمود. (انصاری، بی تا: ۲۸۵-۲۸۴) و (نجفی خوانساری، ۱۴۲۱: ۲۵۱). زیرا ماهیت شرط اصولاً حق و تکلیف به نحو توأمان است. بلکه اساساً منشأ تکلیف مشروط‌علیه،

۱. (توحیدی، ۱۳۶۸، ج ۷، ۳۰۰)؛ (خوئی، بی تا، ج ۲، ۹۵)؛ (خلخالی، ۱۴۰۹، ج ۳، ۸۹)؛ (خلخالی، ۱۳۶۴، ج ۱، ۱۶۹)؛ (خمینی، بی تا، ج ۱، ۸۸ و ج ۵، ۲۰۶)

استحقاق مشروطه است. فضا و بستر معاملات<sup>۱</sup>، سیره عقلا<sup>۲</sup> و حتی مفاد بعضی از روایات<sup>۳</sup> همگی دلالت بر ماهیت حقی شرط دارند و لذا برخی وفای به شرط را واجب حقی نامیده‌اند (توحیدی، ۱۳۶۸: ۳۶۶). از سوی دیگر مشروطه می‌تواند در صورت تخلف مشروط‌علیه معامله را فسخ نماید. البته در این باره که حق فسخ در طول حق الزام یا در عرض آن است اختلاف نظر وجود دارد. برخی به استناد اصالة اللزوم (الجبعی العاملی، ۱۴۰۳: ۵۰۶) معتقدند نخست باید مشروط‌علیه را و لو با توسل به مقامات قضایی الزام نمود و حتی در صورتی که مورد شرط از قبیل اعمال حقوقی نیابت پذیر باشد حاکم به رغم عدم رضایت مشروط‌علیه و لایتماً باید مفاد شرط را اجرا نماید (انصاری، بی تا: ۲۸۵). سرانجام در صورت عدم امکان اجرای مفاد شرط می‌توان به حق فسخ دست یازید.<sup>۴</sup> در مقابل، گروهی دیگر معتقد به عرضی بودن حق فسخ می‌باشند، زیرا موضوع حق فسخ، تخلف مشروط‌علیه از انجام شرط است، نه عدم امکان ایجاد شرط و لو با الزام و اجبار وی (بجنوردی، ۱۴۲۴: ج ۳، ۳۰۳) و (انصاری، بی تا: ۲۸۵) و (خمینی، بی تا: ۲۲۰) و (توحیدی، ۱۳۶۸: ۳۶۹). بدین ترتیب مشروطه در آن واحد از دو حق الزام و فسخ برخوردار است. در پایان این گفتار مروری کوتاه بر موضع قانون مدنی در خصوص ضمانت اجرای تخلف از شرط می‌نماییم. بر طبق ماده ۲۳۵ قانون مدنی تخلف از شرط صفت موجد حق فسخ برای مشروطه می‌باشد. تخلف از شرط نتیجه نیز معقول نیست چون بر حسب ماده ۲۳۶ همان قانون در صورتی که حصول شرط نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود. بلی اگر پس از عقد معلوم شود که حصول شرط حین العقد به دلیل تلف و غیره ممتنع بوده است به استناد ماده ۲۴۰ کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت. در خصوص شرط فعل نیز قانون مدنی به پیروی از مشهور فقیهان اجرای شرط را در وهله نخست وظیفه و تکلیف مشروط‌علیه دانسته و در صورت تخلف، به مشروطه حق داده است تا او را ملزم به انجام شرط نماید (م ۲۳۷ ق.م). قانون مدنی به پیروی از فقیهانی چون شهید ثانی و شیخ انصاری حق فسخ را در طول حق اجبار دانسته و به صراحت در ماده ۲۳۹ مقرر داشته است که، هرگاه اجبار

۱. و احتمال ان وجوب الوفاء تکلیف علی المشتراط لاحق للشارط فیه حتی یطالبه بعید عن باب المعامله و من المعلوم وجوب الوفاء علیه لحق الشارط، میرفتاح، العناوین، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۸۲.  
 ۲. لان الاستحقاق و ثبوت الحق امر عقلانی فی الشروط العقلانیة و الشارع الاقدس لم یات فیها بامر مخالف لما فی ایدی العقلا. خمینی، همان، ۲۱۹/۵.  
 ۳. ویؤده ما فی بعض الاخبار من قوله علیه السلام فلیتم للمراه شرطها، حیث عبر باللام و قال للمراه الظاهر فی کونه حقاً لها. توحیدی، همان، ۳۶۶)  
 ۴. ولانعرف مستنداً للخیار مع التمكن من الإجبار لما عرفت من ان مقتضى العقد المشروط هو العمل علی طبق الشرط اختیاراً أو قهراً. انصاری، همان، ص ۲۸۵، سطر ۱۱.

مشروطاً علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت. ماده ۲۳۸ به پیروی از فقیهان (خمینی، بی تا: ۲۲۳) مقرر داشته است که هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد حاکم می‌تواند به خرج ملترم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.

### گفتار دوم: حق مطالبه بهای شرط

ذکر چند نکته که در حقیقت متضمن تحریر محل نزاع است پیش از ورود به مبحث اصلی ضروری است:

یکم: حق مطالبه بهای شرط با مقوله مسئولیت مدنی ناشی از نقض شرط متفاوت است. توضیح آن که هرگاه بر اثر نقض شرط خسارتی به مشروط‌لّه وارد گردد بر حسب قواعد معمول مسئولیت مدنی خسارات وارده باید جبران گردد و حال آنکه مطالبه بهای شرط از اثبات ورود ضرر، رابطه سببیت و سایر عناصر لازم برای تحقق مسئولیت مدنی بی نیاز بوده، کافی است که نقض شرط به اثبات رسد. به بیان دیگر موضوع حق مطالبه بهای شرط، نقض شرط است و حال آنکه موضوع مسئولیت مدنی ورود ضرر است و بدین ترتیب چه بسا بتوان ضمن مطالبه بهای شرط، جبران خسارت وارده را نیز مطالبه نمود (مانعه الجمع نیستند). گر چه حق مطالبه بهای شرط ضرورتاً مستلزم مسئولیت جبران خسارت (مسئولیت مدنی) نیست. چون ممکن است از نقض شرط لزوماً خسارتی پدید نیاید ولیکن به لحاظ بهادار بودن شرط می‌بایست قیمت آن را پرداخت نمود. اگر ایده بهای شرط همان نظریه مسئولیت مدنی بود دیگر هیچ فقهی با حق مطالبه بهای شرط مخالفت نمی‌ورزید. زیرا اگر چه در فقه نظریه مسئولیت قراردادی (ناشی از نقض شرط) مطرح نشده است، اما روشن است که نقض شرط می‌تواند از باب تسبیب منجر به ضمان قهری بشود. پس اگر نظریه بهای شرط برخلاف نظریه مسئولیت مدنی مقبولیت عام ندارد از آن روی است که این دو نظر به لحاظ مفهومی (ماهیت و ارکان) متفاوت هستند گر چه از لحاظ مصداقی گاه تساوی و گاه تباین دارند.

دوم: شرطی که در این گفتار موضوع بحث و بررسی است هر سه قسم شرط اعم از شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل است. بنابراین اگر مدّعی این نوشتار به اثبات رسد همچنان که می‌توان بهای نقض شرط فعل را مطالبه نمود، بهای نقض شرط صفت و نتیجه را نیز می‌توان درخواست کرد. سوم: شروطی که اصولاً مالیت نداشته و در عرف ارزش‌گذاری نمی‌شوند موضوعاً از بررسی این نوشتار بیرون‌اند. مثلاً شرط تعیین محل زندگی توسط زوجه که معمولاً در ضمن عقد نکاح درج می‌گردد ذاتاً فاقد ارزش اقتصادی است. بنابراین بحث از آن سالبه به انتفاء موضوع است.

چهارم: مقصود از جدید بودن حق مطالبه بهای شرط به عنوان ضمانت تخلف از شرط، ابداع ایده توسط این نگارنده نیست. بلکه چنانکه خواهیم دید ریشه‌ها و زمینه‌های این نظریه در آثار معدودی از فقیهان متقدم و متأخر وجود دارد، گرچه مقبولیت عام نیافته و لذا به مجموعه قانون مدنی هم که دأب آن پیروی از نظریه مشهور بوده است راه نیافته است. سهم این نوشتار در نظریه فوق اگر قرین توفیق باشد، اولاً تجمیع همه گفته‌ها و نوشته‌های موافق و مخالف، ثانیاً مستند سازی آن‌ها و در پایان تعمیم نظریه به همه اقسام شرط و تعمیق و تحکیم آن است.

## ۱- دلایل مخالفت

دلایل مخالفت با تقویم شرط و مطالبه بهای آن را می‌توان به ترتیب زیر برشمرد:

### ۱-۱- عدم تقسیط ثمن بر شرط

مشهور فقیهان با این استدلال که در معاملات معوض مبادله در حقیقت بین عوضین (دو مورد معامله) صورت می‌گیرد و شرط نقش مستقلی در قیمت‌گذاری ندارد منکر حق مطالبه بهای شرط شده‌اند، به گفته آنان معاوضه عرفاً بین ذات عوض و معوض صورت می‌گیرد نه ذات به اضافه صفات یا ذات به علاوه شروط. شیخ انصاری در عبارتی کوتاه و گویا ضمن بیان اصل نظریه، ادله آنان را چنین نقل می‌کند که ثمن معامله بر شرط (و مشروط) توزیع و تقسیم نمی‌شود. زیرا علاوه بر اینکه عقد عرفاً فقط بر تقابلی دو عوض در برابر یکدیگر (ذات ثمن در برابر ذات مثنی) دلالت دارد و شرع هم چیزی بر این دلالت نیفزوده است هیچ‌گونه دلیل ویژه‌ای بر تقابلی ثمن با شرط وجود ندارد، لذا تخلف از شرط هیچ‌گونه خدشه‌ای بر تملک هر طرف نسبت به تمام عوض وارد نمی‌آورد. (انصاری، بی تا: ۲۸۶) به گفته شیخ انصاری، مفاد و مدلول عرفی عقد و فقدان دلیل خاص شرعی دو علت عدم تقسیط ثمن بر شرط محسوب می‌شوند. اکنون به تحلیل و تبیین هر دو دلیل و سپس به نقد آن‌ها می‌پردازیم.

### الف- دلالت عقد

مهمترین دلیلی که راجع به عدم تقسیط ثمن بر شرط و در نتیجه عدم تقابلی شرط با ثمن اقامه گردیده مفاد عرفی عقد است. بر حسب این دلیل، معاوضه عرفاً بین ذات عوض و معوض صورت می‌گیرد نه ذات به اضافه صفات یا دیگر شروط. شرط گرچه موجب افزایش قیمت مال مورد معامله می‌شود اما در حکم تقيید است و تقيید هم امری معنوی بوده، چیزی از ثمن در برابر آن قرار نمی‌گیرد.<sup>۱</sup> نتیجه آنکه تخلف از شرط موجب تبعض صفت و یا تقسیط ثمن نمی‌گردد و اما این سخن

۱. نص عبارت شیخ انصاری چنین است: ان الشرط فی حکم القید لایقابل بالمال، بل المقابله عرفاً و شرعاً انما هی بین المالین و التقيید امر معنوی لا یعد مالاً و ان کانت مالیه المال تزید و تنقص بوجوده و عدمه مکاسب. ص ۲۸۵.

مشهور که للشرط قسط من الثمن فقط در مقام تحلیل درست است و گر نه ذات عقد چنین اقتضائی ندارد.<sup>۱</sup> یعنی (همان‌گونه که از عبارت پیشین شیخ بر می‌آید) اگر طبیعت عقد مشروط را واکاوی کنیم اثری از توزیع ثمن بر شرط و مشروط یا تقابل ثمن با شرط نمی‌بینیم گرچه با تحلیل ذهنیت مشروطه بی‌درنگ می‌یابیم که شرط در انتخاب و تصمیم‌گیری وی تاثیر داشته است. به بیان دیگر عقد صرفاً آن چیزی که در مرحله ایجاب و قبول تجسم می‌یابد نیست بلکه علل و عوامل زیادی از جمله اوصاف و شروط فراوانی دخالت می‌کنند تا عقد ساخته می‌شود. در مقام تحلیل علل و عوامل منتهی به اراده، مطمئناً شرط موجود است گرچه در عالم انشاء مشهود نیست.

### ب- فقدان دلیل

پس از آنکه معلوم شد عقد عرفاً حکایت از تقابل شرط و ثمن ندارد، باید دلیلی خاص و لو تعبداً از جانب شرع برسد تا مغایر با درک و فهم عرف و برطبق آن حکم شود. و حال آنکه شرع چیزی بر مدلول عرفی عقد نیافزوده و جز به وفا به مدلول عرفی آن امر نفرموده است. بنابراین تخلف از شرط هیچ خدشه‌ای در تملک متعاملین نسبت به تمامیت عوضین ایجاد نکرده و هیچ جزئی از ثمن را نمی‌توان استرداد نمود.

در نقد این دلیل باید گفت استناد مخالفان تقسیط ثمن بر شرط به عرف و امضاء شارع، نزاع با آنان را در حد یک نزاع صغروی فرو می‌کاهد و در نتیجه اثبات نظریه مالی بودن شرط و حق مطالبه بهای شرط تسهیل می‌گردد. زیرا به عکس آنان جمعی از فقیهان بر این باورند که شرط به حکم عرف و بنای عقلاً معوض است. هیچ شرطی بطور مجانی به نفع مشروطه برقرار نشده، حتماً بخشی از ثمن در برابر آن قرار می‌گیرد. اگر این تقابل در عالم انشاء مشهود نباشد دست کم در عالم واقع موجود است (طباطبائی یزدی: ۱۴۲۳، ج ۳، ۳۵۸، ۳۴۰، ۳۳۹) و چون شارع آنچه را که میان عرف عقلاً رایج و مرسوم است امضاء نموده بنابراین از جنبه شرعی نیز مانع و رادعی برای تثبیت نظریه وجود ندارد. از همین روی است که وقتی شیخ انصاری مدعی می‌شود تبادل عرفاً و شرعاً بین عوض و معوض است و در برابر شرط هیچ عوضی قرار نمی‌گیرد، مرحوم سید یزدی توضیح می‌دهد که دلیل شرعی خاص بر تقابل میان دو مال وجود ندارد و مراد شیخ از شرع همان امضای امر مرسوم و متعارف است (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۳۴۲). در پاسخ به این ایراد مخالفان که شرط در حکم قید است و تقيید امری معنوی و غیر قابل مبادله با مال می‌باشد،<sup>۲</sup> نیز به گونه‌های مختلف پاسخ داده شده است. برخی گفته‌اند: آنچه که مالیت ندارد تقيید است ولیکن ذات قید مالیت دارد و اگر گفته می‌شود

۱. و ما يقال: ان للشرط قسطاً من الثمن أي عند التحليل لا بحسب ما يقتضيه العقد نجفی خوانساری، همان، ص ۲۶۸.

۲. ما این ایراد را در ضمن استدلال به دلالت عرف ادغام و طرح نمودیم.

که شرط مالیت دارد نفس التزام و تعهد منظور نیست بلکه «مشروط و متعهد به مراد است. مثلاً اگر کسی بگوید: «بعثت کذا بکذا علی أن یکون لی دارک» آنچه که در برابر مال قرار می‌گیرد، منزل است که آن قطعاً مال است (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۳۴۳). برخی دیگر گفته‌اند: تقید گرچه مال نیست لیکن قیمت ذات در حالت تقیید با قیمت ذات بدون تقیید فرق می‌کند. مثلاً «کتابت به تنهایی مال نیست ولیکن ذات کاتب با صفت کتابت (در مورد عبد) ارزش خاصی دارد و این عین تقسیط ثمن است (ایروانی، ۱۴۲۱: ۲۹۸). بدین ترتیب اگر قضاوت عرفی از دلالت عقد ملاک مخالفت با نظریه مالی بودن شرط باشد حداقل در عصر کنونی تردیدی در انعقاد عرف مخالف وجود ندارد. و اگر مانع عقلی اخیر مبنی بر معنوی بودن تقیید مطمح نظر باشد که دیدیم مقصود از مالیت شرط، مالیت ذات قید است نه تقیید.

## ۲-۱- تعبدی بودن اُرش

مسئله اُرش می‌تواند به عنوان یک نقض جدی در برابر این عقیده مشهور که مبادله فقط بین عوضین است و شرط نقش مستقلی در قیمت‌گذاری ندارد عرض اندام کند. زیرا اُرش ظاهراً نوعی مقابله مالی با فقدان وصف سلامت مبیع می‌باشد. بدین ترتیب وقتی که برای تخلف از صفت بتوان ما به ازاء مالی مطالبه کرد به طریق اولی می‌توان برای تخلف از شرط فعل (به خصوص افعالی که عرفاً مالیت مستقل دارند). غرامت درخواست نمود. به بیان دیگر از مشروعیت جزء می‌توان به مشروعیت کل رسید و با الغاء خصوصیت به قاعده‌ای عام مبنی بر حق مطالبه اُرش در صورت تخلف از هر نوع شرطی دست یافت و لیکن مشهور فقیهان این راه را به صراحت مسدود کرده‌اند. به زعم آنان مبنای اُرش تقابل بخشی از ثمن در مقابل وصف سلامت مبیع نیست، زیرا در مبیع معیوب نیز مبادله بین ثمن و عین مبیع با همان شرایط عیب و نقصان قرار گرفته است. ولذا پذیرش اُرش که به تقلیل ثمن منتهی می‌شود صرفاً به دلیل اخبار و روایات (تعبد) است و لذا به دلیل مغایرت آن با قاعده (تبادل بین عوضین به عنوان دو واحد تجزیه ناپذیر) باید به مورد خیار عیب محدود شده به جای دیگر تعمیم نیابد (بجنوردی، ۱۴۲۴: ۳۰۷-۳۰۶).

در انتقاد از دلیل بالا باید گفت که اتفاقاً برخلاف گمان مشهور، ادعا شده است که اُرش بر وفق قاعده است. زیرا از یک سو شرط در هر حال خنثی و بی قیمت نیست و لذا عرف عقلاً به هنگام مواجهه با تخلف از وصف یا شرط مشروطه را میان دو گزینه فسخ و اُرش مخیر می‌دانند و از سوی دیگر شارع معاملات را آنچنان که در میان عرف جاری و مستمر است تثبیت و تقریر نموده است (مگر در موارد خاص). بنابراین مطالبه اُرش در موارد تخلف از شرط برحسب قاعده است و هیچ دلیلی بر مخالفت با آن جز عقیده مشهور نیست. جالب است که این دیدگاه تا آنجا پیش

می‌رود که حتی اگر شرطی از لحاظ متعاملین در افزایش یا کاهش ثمن تأثیر نداشته و به اصطلاح مجانی باشد برای آن قیمت قائل می‌شود، چرا که ملاک قیمت‌گذاری را ذات شرط فی حد نفسه می‌دانند نه در صورتی که طرفین برای آن ما به ازائی در مقام معامله لحاظ کرده باشند (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۳۴۱-۳۴۰).

## ۲- دلایل موافقت

اگر نقد دلایل مخالفت به شرح فوق مقبول اهل نظر افتد، اثبات نظریه چندان دشوار نخواهد بود، با این وجود به ذکر دلایلی چند پرداخته می‌شود.

### ۲-۱- شرط به مثابه حق دینی

این دلیل که ممکن است برای خواننده بدیع یا دست کم بعید بنماید جان مایه نظریه حق مطالبه بهای شرط است. برحسب این دلیل، شرط موجد نوعی حق دینی و گاه حق عینی است.<sup>۱</sup> شیخ انصاری با تشبیه عمل به شرط به تسلیم عوضین می‌گوید شرط به ملکیت مشروطه در آمده و او مالک شرط می‌گردد. گویا همچنان که طرفین معامله نسبت به عوضین حق عینی یا دینی پیدا می‌کنند، مشروطه نیز نسبت به شرط همان حقوق را بدست می‌آورد. (انصاری، بی تا: ۲۸۵). مرحوم سید کاظم یزدی در مقام فتوا تصریح می‌کند که اجیر می‌تواند صریحاً یا ضمناً نفقه خود را بر کارفرما شرط نماید، در این صورت هرگاه خود شخصاً نفقه مربوطه را هزینه نماید یا دیگری پردازد مستحق مطالبه عوض آن از کارفرما خواهد بود (طباطبائی یزدی، ۱۳۶۳: ج ۲، ۶۲۴). روشن است که بر طبق نظریه مشهور شرط مالکیت وی انفاق موجب اشتغال ذمه کارفرما و مدیونیت او نمی‌شود بلکه او را تکلیفاً ملزم به پرداخت انفاق می‌نماید مانند تکلیف انفاق بر اقارب، برخلاف انفاق به زوجه که موجب و مدیونیت زوج می‌شود و لذا زوجه می‌تواند عوض آن را مطالبه نماید حتی اگر شخص دیگری نفقه او را پرداخته باشد (بروجردی، بی تا: ۴۰۹-۴۰۸). بدین ترتیب شرط حقی را پدید می‌آورد که بر حسب مورد یا ذمه مشروطه‌علیه را مشغول و مدیون می‌نماید (حق دینی). و یا مال مورد شرط را مقید و محدود به حق مشروطه‌له می‌سازد (حق عینی). این رویکرد به شرط نگاهی پیشروانه‌تر از ایده تقابل شرط و مال دارد و لذا با ایراد عدم تقسیط ثمن بر شرط نیز مواجه نمی‌شود، زیرا براساس این دیدگاه علت جواز اخذ عوض (حداقل در جمله‌ای موارد) (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ج ۳، ۳۴۳، ۳۴۱) تقابل شرط و مال نیست بلکه به ملکیت در آمدن شرط به سود

۱. بحث از مواردی که شرط موجد حق عینی است در عین اهمیت از موضوع این مقاله بیرون است. با این حال در گفتار بعدی و هنگام بحث و بررسی شرط فعل حقوقی تا اندازه‌ای درباره آن سخن خواهیم گفت.

مشروطه است. مشروطه مالک شرط است و لذا می‌تواند عوض آن را مطالبه کند حتی اگر شرط در عقد مجانی لحاظ شده و انشاءً یا لباً مالی در برابر آن قرار نگرفته باشد. (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۳۴۴). علامه حلی که در ادبیات مکتوب فقه به ظاهر نخستین قائل این نظریه است در کتاب *تذکره الفقهاء* تصریح می‌کند که هرگاه موضوع شرط صفتی باشد که موجب ازدیاد قیمت موصوف گردد، مشروطه در صورت تعذر شرط علاوه بر فسخ می‌تواند تفاوت قیمت (بین موصوف مطلق و موصوف مشروط) را مطالبه نماید و هرگاه مورد شرط فعلی از افعال باشد که مشروطه علیه از ایفای آن امتناع می‌ورزد سه گزینه فسخ، اجبار و عوض ایجاد می‌گردد (نجفی خوانساری، ۱۴۲۱: ۲۵۹) و (انصاری، بی تا: ۲۸۵) و (نجفی، بی تا: ج ۲۳، ۲۲۰). در میان معاصران به جز مرحوم سیدکاظم یزدی که به شرح و بسط جانبدارانه از این نظریه همت گمارده (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۳۳۹). دیگران آشکارا با آن مخالفت ورزیده‌اند.<sup>۱</sup> البته درباره یکی از فروع شرط، غالب فقیهان نظر مساعد ابراز داشته، قائل به تقویم آن شده‌اند و آن زمانی است که موضوع شرط فی نفسه (یعنی بدون تبعیت از عوضین) مالیت داشته باشد، مانند شرط خیاطت در ضمن عقد که بدون آنکه ارزش خود را از عوض یا معوض کسب کرده باشد اصولاً دارای ارزش و مقدار است.<sup>۲</sup> در جایی نیز که شرط در حقیقت بیانگر اجزاء مبیع باشد مثل اینکه زمینی به شرط داشتن مساحت مخصوص معامله شود، تخلف از شرط موجب حق مالی جبران خسارت می‌شود (انصاری، بی تا: ۲۸۷-۲۸۶).

## ۲-۲- عرف

چنانکه پیشتر مشاهده شد مخالفان نیز برای عدم جواز حق مطالبه بهای شرط به عرف استناد کرده‌اند و ما در نقد استدلال آنان به حکایت مثبت عرف تمسک جستیم. اکنون بدون تکرار گفتار پیشین و به عنوان تکمیل آن می‌گوئیم، مهمترین مانع نظریه بهای شرط تقابلی عرفی عوضین به عنوان دو کل تجزیه ناپذیر و یا به بیان دیگر عدم تقسیط ثمن بر شرط است و حال آنکه به گفته شیخ انصاری این کبری کلیت ندارد.<sup>۳</sup> مرحوم محقق اصفهانی با لحاظ فضای مخصوص معاملات و فهم و رویه عرف معتقد است که ظاهر تعهدات معاملی و بنای عرف بر تملیک مورد تعهد (و شرط) به غیر است. به گفته ایشان از ظاهر التزامات در باب معاملات بخصوص در جایی که مورد التزام

۱. ان الشرط لایوجب اشتغال ذمه المشروط علیه. توحیدی، همان، ص ۳۶۶.

۲. فان الشرط فی مالیات یتبث به حق مالی علی الطرف. خمینی، همان، ص ۲۲۵. ولكن فیما اذاکان الشرط بنفسه له مالیه ینذل با زائنه المال، كشرط الخیاطه و لم یکن تبعاً لأحد العوضین لا بنفسه کالتمانات المتصله و لا با لشرط کمال العبد و حمل الدابه و نحوها فما افاده لا یخلوعن التأمل. نجفی خوانساری، همان، ص ۲۶۰.

۳. ان الکبری و هی ان کل شرط لایوزع علیه الثمن ممنوعه لان المستند فی عدم التوزیع عدم المقابله عرفاً و العرف حاکم فی هذا الشرط بالمقابله. انصاری، همان، ص ۲۸۷.

دارای عوض می‌باشد بر می‌آید که عمل (مورد التزام) بر اثر التزام به ملکیت دیگری در آمده و او بر نفس ملتزم مسلط می‌گردد (طلبکار می‌شود) مثلاً وقتی کسی در ضمن معامله‌ای متعهد می‌شود که در برابر درهمی لباسی بدوزد عرف تردید نمی‌کند که یکی از آنان (مشتری) مالک عمل و دیگری مالک درهم شده است، نه اینکه تعهد به دوزندگی صرفاً تکلیف پرداخت درهم به دنبال می‌آورد (اصفهان: بی تا، ج ۱، ص ۱۵۷).<sup>۱</sup>

اکنون با لحاظ عبارات فوق و سایر عبارات فقیهان مخالف می‌توان مدعی شد که در حکایت اجمالی نظریه مثبت عرف تردیدی نیست (خمینی، بی تا: ۲۲۵) و (نجفی خوانساری، ۱۴۲۱: ۲۶۰) اما به زعم این نگارنده عرف نه به عنوان استثناء که به عنوان یک قاعده دلالت بر حق مطالبه بهای شرط دارد. زیرا از یک طرف مانع این تعمیم نگرانی از نقض قاعده تقابل عوضین بود که نقد شد و از طرف دیگر با تحقیق میدانی در عرف داخلی و ملاحظه قراردادهای خارجی و کنوانسیون‌های بین‌المللی هیچ جای درنگ و تأمل در تشکیل عرف مبنی بر حق مطالبه بهای شرط باقی نمی‌ماند. حتی اگر بپذیریم که در گذشته و در روزگار فقیهان مخالف، شرط از چنان رفعتی برخوردار نبوده که بتواند تقویم شود، حداقل در این روزگار تردیدی در جایگاه مالی آن نیست. امروزه نمی‌توان پذیرفت که شرط متالیک بودن خودرو یا شرط جواز اخذ پروانه ساختمانی یا اخذ پایان کار و یا شرط وکالت در دادگستری و مانند آن در دیدگاه عرفی مالیت نداشته باشد. عرف کنونی بی هیچ درنگی برای تخلف از شرط خسارت مطالبه می‌کند.

### ۳-۲- لاضرر

گاهی برای مطالبه بهای شرط (منظور بهای شرط به معنی اعم است) به قاعده لاضرر استناد شده است. برحسب این استدلال حکم به صحت یا لزوم عقد با وجود تخلف از شرط مستلزم پرداخت مبلغی از ثمن بدون دریافت ما به ازاء آن است که طبیعتاً منجر به ضرر مشروطه می‌گردد، چون پرداخت اضافی در مقابل شرطی که هرگز تحقق نیافته و تسلیم نشده است مسلم ضرر محسوب می‌شود. پس برای رفع ضرر چاره‌ای جز رفع لزوم نیست. رفع لزوم هم به دو شکل ممکن است یکی به وسیله حق فسخ نسبت به اصل عقد و دیگری به وسیله حق استرداد مقدار زائد. به بیان دیگر لاضرر از تعیین چگونگی تدارک ضرر (فسخ یا جبران مالی) ساکت بوده تنها دلالت بر نفی لزوم دارد. جالب است که لازمه این استدلال همچنین حق انتخاب شخص مغبون بین دو گزینه فسخ و جبران مالی است که مستدل بدان تن می‌دهد (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۳۴۳-۳۴۲).

۱. جالب است که این استدلال از جانب فقیهی ارانه شده است که ظاهراً معتقد به کلیت نظریه بهای شرط نمی‌باشد.

### ۳- تأییدات

آن چه که در ذیل این عنوان بررسی می‌شود اموری است که اگر نه در حد دلیل دست کم در سطح تایید می‌توانند مدعا را (حق مطالبه بهای شرط) حمایت کنند.

#### ۳-۱- اصل لزوم معاملات

اصاله اللزوم که از قواعد و اصول اساسی فقه معاملات به شمار می‌رود با شیوه کلاسیک و روش مشهور به آسانی نقض می‌شود. چون به صرف نقض شرط می‌توان معامله را فسخ نمود (به جز شرط فعل که به عقیده بعضی نخست باید الزام به انجام شرط را درخواست کرد سپس فسخ نمود). اما برحسب نظریه بهای شرط، مشروطه می‌تواند به جای فسخ ضمن التزام به بقای عقد با اخذ بهای شرط خسارت وارده را جبران نماید. (چه بسا به پشتوانه اصل لزوم بتوان مدعی شد که اصولاً مشروطه با امکان اخذ بهای شرط از توسل به فسخ معامله ممنوع است). گفتنی است که در همه نظام‌های حقوقی مترقی و نیز در عرف بین‌المللی تا حد امکان از سایر روش‌های جبران خسارت استفاده شده و حق فسخ آخرین گزینه محسوب می‌شود. (بینابین<sup>۱</sup> و شرط مهم<sup>۲</sup> فقط در مورد نقض شرط مهم حق فسخ تجویز شده و به تصریح بند ۳ ماده ۱۱ قانون بیع کالای انگلیس مصوب ۱۹۷۹ ضمانت اجرای نقض شرط غیر مهم حق مطالبه خسارت است. به موجب بند ۱ ماده ۹/۳۰۱ اصول حقوق قراردادهای اروپایی<sup>۳</sup> صرفاً در قبال نقض تعهدات اساسی می‌توان قرارداد را فسخ نمود. نگاهی به مواد ۴۶ و ۷۴ تا ۷۷ کنوانسیون بیع کالای وین مصوب ۱۹۸۰ حاکی از التزام عملی به اصاله اللزوم و اتخاذ حق فسخ به عنوان آخرین گزینه جهت جبران خسارت است.<sup>۴</sup>)

#### ۳-۲- بطلان شرط مجهول

درباره شرط مجهول و تأثیر آن بر اصل معامله آراء گوناگونی وجود دارد. به عقیده بسیاری از فقیهان از جمله شیخ انصاری شرط مجهول از یک سو مطلقاً باطل است چون مستلزم عذر است و از سوی دیگر همواره موجب مجهولیت احد العوضین می‌شود. زیرا شرط همواره در ارزش احد العوضین مؤثر است. بدین ترتیب شیخ انصاری تفصیل بین شرط مجهولی که موجب مجهولیت احد العوضین شود و شرط مجهولی که به مجهولیت احد العوضین ختم نگردد را درست نمی‌داند. شاید دلیل آن چیزی جز اینکه به نظر وی شرط همواره دارای قیمت و ارزش است نباشد. (انصاری، بی تا: ۸۲). از این عقیده فقهی که جهل به صفات موجب زری شدن معامله می‌شود نیز می‌توان نتیجه گرفت که صفات هم قابل تقویم و ارزش‌گذاری هستند.

1. Innominate term

2. warranty

3. principales of european contract law

۴. البته موضوع مواد فوق‌الذکر اعم از مبحث شرط است و لیکن برای تأیید بحث حاضر قابل استناد می‌باشند.

### ۳-۳- اقاله عقد مشروط

گفته شده است که اگر عقد مشروط اقاله شود در حالی که به مفاد شرط عمل شده باشد مشروط علیه باید قیمت عمل انجام شده را بپردازد. چنانکه ماده ۲۴۶ قانون مدنی به تبع از فقه بدان اذعان دارد.

در پایان این گفتار شایسته است نگاهی گذرا به موضع قانون مدنی نسبت به این این نظریه داشته باشیم. این قانون ظاهراً موضوعی دو گانه اتخاذ کرده است. قانون مدنی ظاهراً موضوعی دو گانه اتخاذ کرده است. از یک سو چنانکه پیش از این گفته شد ضمانت اجرای نقض شرط را حق فسخ قلمداد کرده (مواد ۲۴۰ تا ۲۳۵ قانون مدنی) و از سوی دیگر به نظریه تقویم شرط تمایل پیدا کرده و برخی از احکام قانونی با این مبنا توجیه پذیر است.<sup>۱</sup> به عنوان نمونه می توان به مواد زیر اشاره کرد:

بند ۲ ماده ۲۳۳، شرط مجهولی را که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود را مبطل عقد می داند. روشن است که جهل به شرط هنگامی منجر به جهل به عوضین می شود که خود ذی قیمت باشد.

ماده ۲۴۶ تصریح می کند: در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می شود اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می تواند عوض او را از مشروط له بگیرد. تجویز مطالبه قیمت مشروط صرفاً با نظریه مالیت شرط توجیه پذیر است.

مفاد مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی نیز گرچه با موضوع مالی بودن شرط مرتبط نیست اما با گفته پیشین ما مبنی بر اینکه شرط گاه موجب پیدایش حق عینی می شود سازگار است. زیرا بطلان اجاره یا رهن در صورت شرط مخالف وقتی توجیه پذیر است که شرط به نفع مشروط له حق عینی در مورد معامله ایجاد کرده باشد.

### گفتار سوم - تطبیق نظریه حق مالی بر اقسام شرط

روشن است که شرط به اعتبار متعلق خود به شرط صفت، شرط فعل و شرط نتیجه تقسیم می شود (انصاری، بی تا ۲۸۳). اکنون و در این گفتار آثار نظریه مالیت شرط را در هریک از اقسام سه گانه بیان می کنیم.

---

۱. لازم به ذکر است که این دوگانگی دقیقاً در نظریه مشهور فقهی دیده می شود و لذا قانون مدنی که مثنی پیروی از مشهور را دنبال می کرده مسئول مستقیم این تشتت نیست.

## ۱- شرط صفت

بر خلاف نظریه مشهور که ضمانت اجرای تخلف از شرط صفت فقط حق فسخ شمرده شده است (انصاری، بی تا: ۲۸۳). بر طبق نظریه برگزیده این تحقیق، تقویم شرط نیز ممکن است. هرگاه وصف تنها در جلب نظر طرف معامله مؤثر نبوده بلکه در ازدیاد قیمت نقش داشته باشد می توان ارزش آن را مطالبه نمود (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۳۳۹، ۳۵۸). زیرا اصولاً وصف به لحاظ عرفی و عقلایی مالیت داشته و با رجوع به کارشناس می توان آن را ارزیابی نمود. مثلاً رنگ متالیک امروزه وصفی است که در ارزش معاملات خودرو مؤثر است. حال اگر خودرویی به شرط متالیک بودن رنگ آن مورد معامله قرار گیرد و سپس معلوم شود که دارای رنگ معمولی است به راحتی می توان با رجوع به کارشناس ارزش معاملاتی آن را به دست آورد و علاوه بر حق فسخ به حق مطالبه قیمت وصف مفقود نظر داد. همان طور که قبلاً گفته شد هرگاه صفت از قبیل کم و مقدار باشد مانند اینکه زمینی به ارزش ده میلیون تومان معامله شود به شرطی که صد متر باشد، نسبت به امکان قیمت گذاری آن کمتر تردید شده است. شیخ انصاری در این قسم قائل به توزیع ثمن بر کمیت مورد معامله شده و در پاسخ به این سخن مشهور که «ثمن بر شرط توزیع نمی شود» گفته است: قاعده مزبور کلیت ندارد. زیرا مستند قاعده فوق عدم تقابل عرفی بین ثمن و شرط است در حالی که در این قسم عرف به عکس حاکم بر مقابله می باشد (انصاری، بی تا ۲۸۷).

## ۲- شرط فعل

شرط فعل به شرط فعل مادی و شرط فعل حقوقی تقسیم می شود:

### ۲-۱- شرط فعل مادی

چنانکه پیشتر نیز گفته شد درباره شرط فعل مادی که ذاتاً دارای ارزش مالی باشد، مخالفان نتوانسته اند با قاطعیت ارزش آن را انکار کنند. شیخ انصاری در عبارتی تصریح می کند که هرگاه شرط، عملی مانند دوختن لباس باشد که مال محسوب شده و با مال مبادله می گردد و سپس انجام آن ناممکن شود بنا بر قول دیگر وی صرفاً حق فسخ معامله را پیدا می کند. اما شیخ خود قول به استحقاق اجرت و تقویم شرط را تقویت می نماید (انصاری، همان، ص ۲۸۵). همچنین مرحوم نائینی که در جمع بندی نهایی خود تصریح به عدم امکان تقویم شرط نموده، در این مورد خاص درنگ کرده است (نجفی خوانساری، ۱۴۲۱: ۲۶۸، ۲۶۷، ۲۶۰). به هر روی هرگاه تقویم شرط فعل چنان مألوف و مأنوس عرف است که مخالفان را به تأمل و ا می دارد طبیعی است که موافقان را بی

محابا به صدور فتوا سوق دهد. چنانکه دیدیم فقیه عرفی مسلکی چون سید کاظم یزدی فتوا به مدیونیت کارفرما در صورت تخلف از شرط نفقه کارگر صادر نمود.

## ۲-۲- شرط فعل حقوقی

هرگاه مفاد شرط انجام یا ترک فعل حقوقی اعم از عقد یا ایقاع باشد، حکم تعدّر یا تخلف از شرط از نظر موضوع این تحقیق یعنی مسئله تقویم شرط کمی دشوار تر می نماید. به نظر می رسد بین موردی که تخلف از شرط به دلیل امتناع مشروط علیه و یا بر اثر تلف مورد شرط است با موردی که به دلیل تصرف حقوقی مغایر با شرط است باید تفکیک قائل شد. در ذیل هر دو نوع بررسی می شود.

### ۲-۲-۱- تخلف ناشی از امتناع یا تلف

هرگاه بایع بر مشتری که مثلاً وکیل رسمی دادگستری است شرط نماید که وکالت او را در دعوی مخصوصی بپذیرد و سپس مشتری از وفای به شرط تخلف نماید و یا نامبرده از شغل وکالت معلق بوده یا شده باشد، مسلماً به دلیل سهم مؤثر شرط در ارزش مبیع، بایع در کنار سایر حقوق خود مثل اجبار (در صورت امکان) یا فسخ حق دارد قیمت شرط را مطالبه نماید. حکم این قسم شرط با شرط فعل مادی که اندکی قبل بحث و بررسی شد هیچ تفاوتی ندارد و لذا در فرض بالا مثلاً با لحاظ تعرفه وکالت و سایر قرائن و شرایط مربوط به معامله به راحتی می توان ارزش شرط را تقویم و مطالبه نمود. همان گروه از فقیهانی که با اصل نظریه مالیت شرط موافق اند، در این باره نیز نظر مساعد دارند، گرچه درباره نوع قیمت قابل مطالبه<sup>۱</sup> همچنان اختلاف وجود دارد (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۳۳۹، ۳۳۸). مرحوم علامه حلی در مثالی که می تواند یک الگو تلقی شود گفته است: اگر مولی عبد خود را به شرطی که مشتری آن را آزاد نماید بفروشد و لیکن عبد پیش از آزادی بمیرد، می تواند مابه التفاوت بیع مطلق عبد و بیع به شرط عتق را مطالبه نماید، زیرا بیع به شرط عتق مطمئناً ارزانتر از بیع مطلق است. (حسینی عاملی، بی تا: ج ۴، ۷۴۰، ۷۴۱). روشن است که عتق یک عمل حقوقی از نوع ایقاع است و به درستی می توان در این فرض از آن سود جست.

### ۲-۲-۲- تصرف حقوقی مغایر با شرط

هرگاه مشروط علیه در شرط تصرفی نماید که با وفای به شرط مغایرت داشته باشد، مانند اینکه بایع بر مشتری شرط نموده باشد مبیع را وقف نماید ولیکن او از وقف طفره رفته، آن را به دیگری بفروشد، حکم مسئله از غموض بیشتری برخوردار خواهد بود. مشهور قائل به صحت عقد دوم، برخی قائل به بطلان آن و گروهی دیگر به عدم نفوذ آن رأی داده اند (انصاری، بی تا: ۲۸۵). بر مبنای

۱. آرش، عوض المسمی و غیره

برگزیده این تحقیق که شرط را موجد پیدایش حق دینی و حق عینی (بر حسب مورد) می‌داند، باید عقد دوم را باطل<sup>۱</sup> و حداقل غیر نافذ دانست، زیرا تصرف مزبور در حقیقت تصرف در متعلق حق غیر است. چنانکه مرتهن به دلیل حق راهن، نمی‌تواند تصرفات ناقله در عین مرهونه انجام دهد. (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۳۴۸). صاحب *مفتاح الکرامه* نیز با استدلالی مشابه بیع یا وقف عبدی را که عتق وی شرط شده است به دلیل عدم تحقق عقد در ملک تام قابل فسخ دانسته است. (حسینی عاملی، بی تا: ۷۴۲). صاحب *تذکره، دروس و جامع المقاصد* (حسینی عاملی، همان) و شهید ثانی نیز به همین باور گرایش یافته‌اند (الجبعی العاملی، ۱۴۰۳: ۵۰۶). بنابراین اگر دلیلی همچون اقتضاء امر و فاء به شرط نهی از ضد خود را (که در این فرض همان عقد دوم است) قابل نقد باشد (خمینی، بی تا: ۲۳۳). بر حسب نظریه مختار در این تحقیق تردیدی در عدم صحت عقد دوم باقی نمی‌ماند. البته به نظر می‌رسد عدم نفوذ بر بطلان ارجح است، زیرا اگر چه مشروط‌علیه برخلاف شرط عمل کرده است و لیکن در هر حال در ملک خود تصرف نموده، هر چند به دلیل تعلق حق غیر به آن، سلطنت و ملکیت وی تام نبوده است، اما این مانع جز مقتضی عدم نفوذ عقد دوم نمی‌باشد چنانکه در موارد مشابه مانند عقد راهن و عقد مکره همین نظر اتخاذ شده است.<sup>۲</sup> اکنون واضح و آشکار است که با گرایش به نظریه بطلان یا عدم نفوذ شرط، دیگر سخن از تقویم شرط بی معنی است، زیرا بر این اساس تخلف از شرط امکان پذیر نیست تا موضوعی برای تقویم باقی ماند. بلی اگر قائل به صحت عقد دوم باشیم باز بنا بر مدعای این تحقیق قیمت شرط تخلف یافته قابل مطالبه است، زیرا شرط مزبور در نظر عرف دارای قیمت بوده و در تعیین نرخ معاملاتی مؤثر است. مثلاً هرگاه صاحب یک قواره زمینی که در جوار مسجدی قرار گرفته است، ملک خود را به شخصی که هدف خود را وقف زمین برای توسعه مسجد اعلام می‌نماید با شرط وقفیت زمین و به قیمت نازلتر از روز بفروشد ولیکن خریدار به جای وقف آن را بفروشد یا به منظوری تجاری احداث بنا نماید فروشنده می‌تواند قیمت شرط خود را مطالبه نماید.

### ۳- شرط نتیجه

شرط نتیجه از آنجا که به نفس اشتراط حاصل می‌گردد تخلف از آن ظاهراً ممکن نیست. بلی فرض تعذر آن قابل تصور است. مثل اینکه کسی سرقفلی مغازه‌ای را می‌خرد به شرطی که

۱. شهید ثانی قائل به بطلان عقد دوم است. الروضه البهیة، ج ۳، ص ۵۰۶، صاحب تذکره، دروس و جامع المقاصد نیز بنا بر نقل *مفتاح الکرامه* قائل به بطلان همه عقود مترتب بر نقض شرط می‌باشند. حسینی عاملی، همان، ج ۴، ص ۷۴۲.  
 ۲. مرحوم سید یزدی علت ترجیح قول بطلان بر عدم نفوذ را اشکال در صحت انتساب عقد به مشروط‌علیه مجبوز دانسته است که مورد نقد و ایراد قرار گرفته است. رک: یزدی، همان، ص ۳۴۹ و امام خمینی، همان، ص ۲۳۵ در نقد آن.

واحد مسکونی فوق آن نیز ملک او باشد اما پس از عقد منکشف می‌شود که ملک فوقانی موقوفه بوده و قابل تملک نمی‌باشد. حال در چنین وضعیتی حکم شرط چیست؟ گذشته از این که بعضی چنین شرطی را اصولاً به دلیل غیر قابل تسلیم بودن یا نا مشروع بودن باطل می‌دانند، بنابر نظر قائلین به صحت، آیا مشروط‌له به جز حق فسخ می‌تواند مطالبه عوض نیز بنماید؟ بر همان منوالی که تاکنون تحلیل و بررسی شد، بدون تردید شرط مزبور نیز قابل تقویم است و لذا در فرض مذکور با این فرض که ملک مزبور قابل تملک باشد می‌بایست قیمت‌گذاری و عوض آن از مشروط‌علیه مطالبه شود. سید یزدی در توجیه این مدعا می‌گوید: گرچه حین معامله هیچ بخشی از ثمن ظاهراً در مقابل شرط قرار نگرفته است اما بدیهی است که مال مزبور (شرط نتیجه) مجانی هم نبوده است. برای ایجاد مسئولیت و ضمانت در مقابل شرط مفقود همین مقدار که در عالم واقع بین شرط و ثمن تقابل بوده باشد کافی است (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۳۵۸).

#### گفتار چهارم: نوع قیمت قابل مطالبه

موضوع این نوشتار صرفاً اثبات امکان ارزیابی شرط بود که در حد امکان به آن پرداخته شد. چگونگی ارزیابی شرط یا ارزشی که قابل مطالبه است از موضوع این تحقیق بیرون است. با این وجود به منظور زدودن پاره‌ای توهمات که ممکن است دامنگیر اصل نظریه شود اشارتی کوتاه به مسئله نحوه ارزیابی خالی از فایده نیست.

اساساً اعتقاد به قیمت‌گذاری شرط مستلزم وحدت نظر درباره نوع ارزیابی نیست، بلکه در هر مورد برحسب شرایط شیوه خاصی برای آن در نظر گرفته شده است. به طور کلی انواع زیر برای نحوه ارزیابی مطرح شده است.

**أرش -** برخلاف مشهور فقیهان که آرش را موضوعی تعبدی و مغایر با قاعده می‌دانند، به ندرت کسانی آن را موافق قاعده و حکمی عقلانی تلقی نموده‌اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۳۴۰) و (خمینی، بی تا: ۲۲۶) و اصولاً چه بسا همین ایده آنان را به سمت نظریه تقویم شرط سوق داده باشد. به هر روی سید یزدی معتقد است، هرگاه شرط حین العقد متعذر باشد می‌توان آرش مطالبه نمود (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۳۳۹) برخلاف وی امام خمینی در این مورد قائل به رجوع به عوض شده و در برخی صور دیگر قائل به آرش می‌باشد (خمینی، بی تا: ۲۲۶-۲۲۵) همچنین مرحوم یزدی در فرضی که تعذر پس از عقد عارض شده باشد تخلف از شرطی را که در عقد مقوم نباشد موجب حق آرش دانسته است (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۳۴۱)

**قیمت واقعی** - برخی تخلف از شرط فعلی را که ذاتاً دارای قیمت است موجب استحقاق قیمت واقعی دانسته‌اند (علامه حلی به نقل از نجفی خوانساری (نائینی)، ۱۴۲۱: ۲۵). برخی دیگر تخلف از شرطی را که مقوم عقد است موجب مطالبه عوض واقعی پنداشته‌اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۲۵۹).

**عوض المسمی** - به اعتقاد بعضی، اگر شرط حقی مالی بوده و قابل تقویم باشد تخلف از آن فقط موجب استحقاق عوض المسمی می‌شود نه عوض واقعی. زیرا ضمان واقعی، هنگامی متصور است که متعاملین به مبلغی کمتر یا بیشتر تراضی نکرده باشند یا در صورت تراضی به قیمت واقعی شارع آن را امضاء نکرده باشد. مقتضای ضمان معاوضی، صرفاً استحقاق مطالبه عوض المسمی است نه بیشتر (نجفی خوانساری، ۱۴۲۱: ۲۵۹).

**اجرت المثل** - هرگاه موضوع شرط، فعلی باشد که دارای قیمت است و ایفاء شده باشد ولیکن اصل معامله فسخ گردد گفته شده است ذمه مشروطه به اجرت المثل آن مشغول می‌شود (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۳۵۸).

آنچه در بالا ذکر شد مهمترین نظریه‌هایی بود که برای نحوه ارزیابی شرط ذکر شده است. تحلیل و بررسی هر یک و نیز مشاهده آراء دیگر از عهده این نوشتار خارج بوده و نیازمند تحقیقی دیگر است.

### نتیجه گیری

تضمین‌های کلاسیک برای جبران تخلف از شرط گرچه لازم‌اند اما کافی نیستند. از موانع فقهی که برای توسعه و کارآمد کردن تضمین‌ها برشمرده‌اند عبور کرده و با ارائه تحلیل جدیدی از ماهیت شرط و اصول کلی به دلیل آنکه لا ضرر و عرف به این نتیجه رسیدیم که حق مطالبه بهای شرط و نیز رد معامله مغایر با شرط را باید به ضمانت اجراهای کلاسیک شرط (اجبار به انجام تعهد و حق فسخ) افزود.

### منابع

- ۱- اصفهانی، *تعلیقه علی المکاسب*، ج ۲، بی تا.
- ۲- انصاری، مرتضی، *مکاسب*، مخطوط، بی تا.
- ۳- ایروانی، علی، *حاشیه کتاب المکاسب*، دار ذوی القربی، ۱۴۲۱.
- ۴- بجنوردی، محمدحسن، *القواعد الفقهیه*، ج ۳، دلیل ما، ۱۴۲۴.
- ۵- بروجردی، مرتضی، *(تقریرات درس محقق خوئی) کتاب الاجارده*، مطبعه العلمیه، بی تا.
- ۶- توحیدی، محمدعلی، *(تقریرات درس محقق خوئی) مصباح الفقاهه*، ج ۷، انتشارات وجدانی، ۱۳۶۸.
- ۷- الجعفی العاملی، زین الدین، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، ج ۳، دارالهادی للمطبوعات، ۱۴۰۳.
- ۸- حسینی عاملی، سیدمحمد جواد، *مفتاح الکرامه*، ج ۴، داراحیاء التراث العربی، بی تا.

- ٩- حسينى مراغى، ميرفتاح، العناوين، ج ٢، مؤسسه النشر الأسلامى، ١٤١٨.
- ١٠- خلخالى، سيدرضا، (تقريرات درس محقق خوئى) المعتمد فى شرح المناسك، ج ٣، ١٤٠٩.
- ١١- -----، ج ١، ١٣٦٤.
- ١٢- خوئى، محمدتقى، (تقريرات درس محقق خوئى) مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح، ج ٢، مطبعه الاداب، بى تا.
- ١٣- طباطبائى يزدى، سيدمحمد كاظم، حاشيه كتاب المكاسب، ج ٣، دارالمصطفى، ١٤٢٣.
- ١٤- -----، عروه الوثقى، ج ٢، كتاب الاجاره، ١٣٦٣.
- ١٥- نجفى خوانسارى، موسى، (تقريرات درس نساينى، محمدحسين) منيه الطالب، ج ٣، مؤسسه النشر الاسلامى ١٤٢١.
- ١٦- نجفى، محمدحسن، جواهر الكلام، داراحياء التراث العربى، ج ٢٣، بى تا.
- ١٧- هاشمى شاهرودى، سيد محمود، (تقريرات درس سيد محمد باقر صدر)، بحث فى علم الاصول، ج ٤، ١٤٠٥.