

رابطه عقد و شرط

○ سید حسن عاملی

چکیده

در این مقاله با تحلیل رابطه میان عقد و شرط، پنج نظریه فقهی طرح و ادله و آثار هر یک، بررسی شده است. ۱- عقد، ظرف شرط است. ۲- شرط، جزء ظاهری و لیبی یکی از عوضین است. ۳- شرط، فقط جزء لیبی یکی از عوضین است. ۴- شرط، جزء متعلق تراضی است. ۵- شرط، داعی (انگیزه) برای تراضی است.

نویسنده ضمن تبیین هر نظریه، ابتدا ادله و سپس آثار و لوازم فقهی آن را طرح کرده و آنگاه به نقد آنها پرداخته است و در نهایت با ابطال نظریات چهار گانه، نظریه پنجم را اثبات کرده است.

کلید واژگان: شرط، عقد، متعلق تراضی، جزئیت ظاهری، جزئیت لیبی، علقه ظرفیت.

مقدمه

تعیین نوع ارتباط بین عقد و شرط از حساس ترین مباحث تأثیر متقابل بین عقد و شرط است و چنانچه روشن خواهد شد، رد پای بسیاری از تأثیر و تأثر و قالب احکام شرط را باید از این بحث جستجو کرد. ارتباطهای مختلفی بین عقد و شرط طرح شده که از جهت تأثیر و تأثر و آثار، فاصله زیادی با هم دارند، بلکه بعضی از ارتباطات، اقتضای نفی هر گونه تأثیر و تأثر و حتی نفی خیار در صورت تخلف شرط را نیز دارند.

تتبع در کلمات فقها در باب شرط و ابواب مختلف فقه، بیانگر وجود پنج نظریه در این باب است که به صورت مبسوط مورد بررسی قرار می گیرند:

نظریه اول

ارتباط بین عقد و شرط، از قبیل ارتباط بین ظرف و مضمون است.

این نظریه، ارتباط بین عقد و شرط را از هرگونه تعلیق و تقييد عاری می داند و معتقد است که ارتباط عقدی که شرطی را در بر گرفته است با خود شرط در حد ظرفیت صرف و علقه ظرفیه است. طبق این نظر، ارتباط بین عقد و شرط به حد ظرفیت صرف و تقارن محض تنزل داده شده است.

همه فقها این نظریه را مردود می دانند و کلماتشان مشحون از تصریحات بر

وجود تعلیق و تقييد است.^۱

۱. از میان متون متعدد فقهی به عبارت دو محقق اکتفا می کنیم:

الف - سید محمد کاظم طباطبایی می فرماید «لو التزم في عقد البيع بخياطة ثوب المشتري مع عدم الارتباط بالبيع على وجه يكون جزءاً من المبيع و يكون تخلفه موجباً للخيار لا يكون إلا شرطاً بدوياً فالمراد من الشرط البدوي ما لم يرتبط بالعقد و إن ذكر في ضمنه على وجه الاستقلال و هو واضح» حاشية المكاسب، ج ۳، ص ۱۸.

<

تنها فقیه‌ای که به طور صریح به این نظریه ملتزم شده، حضرت امام خمینی (قدس سره) است، ایشان به تبع این نظریه اعتقاد دارند که عقد و شرط دو قرار معلق نیستند بلکه از قبیل قرار در قرار می‌باشند. ایشان تصریح می‌کنند که معامله مشروط معامله‌ای منجز است که در ضمن آن امری بر یکی از متعاقدین شرط شده است.^۲

آثار و لوازم نظریه اول

آثار خطیری بر این نظریه مترتب است از جمله:

- ۱- سرایت بطلان از شرط به عقد و جهی ندارد؛ چون طبق تصریح حضرت امام (قدس سره) آنچه واقع شده امری مطلق است.^۳
- ۲- سرایت بطلان حتی در جایی که بطلان شرط موجب اختلال در شرایط صحت عقد باشد، و جهی ندارد و خود ایشان هم به این امر تصریح دارند^۴ و

> ب- محقق شهیدی تبریزی در نقض تفسیر شرط توسط فیروز آبادی در قاموس می‌فرماید: «و مقتضی هذا التفسیر صدق الشرط بمجرد قول البایع؛ بعنک هذا بهذا و الزمتک علی أن تخیط ثوبی و قول مشتری قبلت بیعه به و التزمت بخیاطة ثوبک من دون أن یکون هناك احداث ربط و تقييد للبیع و المبیع او الثمن بالخیاطة بل لم یکن هناك إلا صرف کون صیغة البيع ظرفاً لذلك إلزام و الالتزام و ستعرف فساد» (هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب، ص ۵۶۰).

۲. روح الله الخمينی، کتاب البيع، ج ۵، ص ۲۰۱-۲۰۷.

۳. العقد وقع على الثمن والمثمن بلا تقييد كالعقود التي لا شرط فيها بحسب الوجدان والعرف و الشرط قرار مستقل في مقام الجعل و القرار لا يرتبط في ظرفه بشيء ولا يقيد ما وقع مطلقاً، کتاب البيع، ج ۵، ص ۲۴۴ و ۲۴۵.

۴. و مقتضی مامرنا مراراً في ماهية العقد والشرط الذي في ضمنه هو عدم مفسدته حسب القواعد، لأن العقد بتمام ماهيته أنشئ بايجاب البایع قبل ايجاب الشرط، وفي هذا الظرف يكون تمام الثمن مقابل تمام المبیع بلا شبهة ولا یحتمل التقييد وان كان الشرط دخيلاً في القيم ككثير من الاوصاف والاضافات فالقول بالبطلان من ناحية تقييد الثمن ولزوم الغرر و الجهالة في غير محله (کتاب البيع، ج ۵، ص ۲۴۳)

گفته اند که طبق مبنای ما، شرط در هیچ زمانی مفسد نیست. از طرفی می دانیم که بعضی از شروط باطل به طور قطع موجب اختلال در ارکان عقد است. بنابراین بازگشت کلام ایشان به انکار سرایت است.^۵

۳- تقسیط شرط بر عوضین و سرایت غرر و جهالت از شرط به عوضین، درست نیست.

۴- در صورتی که مشتری عقد را مجرد از شرط قبول کند مطابقت بین ایجاب و قبول حاصل است. این نتیجه آن قدر مستبعد است که خود ایشان نیز آن را با تردید پذیرفته اند.^۶

موارد مذکور لوازمی است که خود ایشان نیز به آنها اقرار و تصریح دارند والا لوازم این نظریه منحصر در آنچه ذکر شد، نیست؛ مثل عدم سرایت تعلیق و عدم مشروعیت و عدم مقدوریت از شرط به عقد.

دلایل نظریه اول

ایشان در اقامه دلیل بر مدعای خود به لغت و عرف و وجدان تمسک می کنند و می فرمایند:

قاموس^۷ و اقرب الموارد^۸ در تعریف شرط از حرف «فی» استفاده کرده و

۵. تعبیر به سرایت از باب مماشات با ظاهر اکثریت است والا همچنان که خواهد آمد در چنین مواردی اصلاً عقد منعقد نمی شود و شرط به تبع آن، موضوع خود را از دست می دهد.

۶. لا اشکال فی اعتبار التطابق بین الايجاب والقبول اذ مع عدمه لا یصدق علیهما العقد... فلا بد وأن یكون متعلقاً بعین ما أوجب وهو واضح وانما الکلام فی تشخیص الصغری فی بعض الموارد، والمناطق الکلی: أن فی کل مورد ینحلّ العقد عرفاً إلی عقدین أو إلی عقد و شیء آخر فقبل القابل البعض المنحلّ يقع التطابق بینهما... وهكذا الکلام فی الشروط والمتعلقات ففی مثل الشرط لو قلنا بالانحلال وأنه التزام فی التزام- كما لا یبعد فی بعض الموارد- یكون القبول بلا شرط قبولاً ومطابقاً للايجاب (کتاب البیع، ج ۱، ص ۳۵۴-۳۵۳).

۷. فیروز آبادی، القاموس المحيط، ج ۲، ص ۳۶۸.

۸. الشر تونی، اقرب الموارد، ج ۱، ص ۵۸۳.

گفته اند «الالتزام في البيع ونحوه» در حالی که وقتی می گوئیم «البيع المعلق على الشرط»، در آن از حرف «على» استفاده شده است؛ یعنی در صورت تعلیق عقد بر شرط، ظرفیت بی معنا است. در نتیجه وجهی برای استعمال «في» باقی نمی ماند در حالی که اهل لغت از واژه «في» استفاده کرده اند و همچنین فقها به «الشروط في ضمن العقد» تعبیر می کنند که باز در آن از حرف «في» استفاده شده است که نشان از عدم تعلیق است.^۹

ایشان اعتقاد دارند که به حکم عرف و وجدان، متفاهم از عقد مشروط، عقد معلق نیست. عرف هیچ گونه توقف و تعلیق و تقيیدی را از عقد مشروط نمی فهمد^{۱۰} و بالاخره به عنوان نتیجه گیری می فرماید:

فحصل من ذلك ان الشرط عبارة عن قرار مستقل في قراريته مقابل قرار البيع لكن يعتبر في تحقق عنوانه و تحققه ان يقع في ضمن العقد من غير تقييد مطلقاً لا للعوضين ولا للانشاء ولا للمنشأ^{۱۱}.

۹. وكذا الظاهر منهما - القاموس واقرب الموارد - انه الالتزام الذي ظرفه البيع لا ان البيع معلق عليه او متقيد به ضرورة ان البيع المعلق على الشرط لا يكون الشرط فيه وكذا الحال في المتقيد فالظاهر فيهما ما لدى الفقهاء من الشروط في ضمن العقد (كتاب البيع، ج ۱، ص ۸۶).

۱۰. ضرورة ان المجموع في ضمن المعاملة في العرف واللغة ليست المعاملة معلقة عليه لعدم توقف وجودها على وجوده فهي معنى تنجزى يشترط في ضمنها شيء على أحد المتعاملين مثلاً فلا يكون قرارهما معلقاً بل من قبيل قرار في قرار (كتاب البيع، ج ۱، ص ۱۸۸) و در جای دیگر می فرماید: لأن الشروط الضمنية ليست قيداً للبيع ولا المبيع فإذا باع حماراً بدينار و شرط عليه زيارة بيت الله لا يكون يبعه مقيداً بها و هو واضح وليس المبيع عبارة عن الحمار المقيد بزيارة بيت الله بل المبيع هو الحمار والشرط أمر آخر جعل في ضمن البيع (كتاب البيع، ج ۱، ص ۸۹). باز می فرماید: ان الشرط الذي له انشاء خاص به مستقل في الجعل و الارادة لا يوجب تقييداً في الانشاء ولا المنشأ و لا العوضين بالوجدان (كتاب البيع، ج ۵، ص ۲۴۴).

۱۱. امام خمینی، کتاب البيع، ج ۵، ص ۲۰۵.

نهایت چیزی که ایشان با وقوع شرط در ظرف عقد قائل هستند ارتباط لبی بین عقد و شرط است و تأثیر شرط در قیمت و همچنین وجود خيار تخلف، همه به سبب همین ارتباط لبی است، ولی ربط لبی هیچ ارتباطی به مقام انشا و تراضی معتبر در انشا ندارد و لذا موجب تقیید در لفظ و در مقام انشا نمی شود.^{۱۲}

نقد

همچنان که ملاحظه شد، ایشان بر اثبات مدعای خود جز لغت و عرف و وجدان دلیل دیگری اقامه نکردند در حالی که اقتضای همه این امور به توضیحی که می آید، بر خلاف نظریه مزبور است و از همه بالاتر، نتایج فاسدی که بر این نظریه مترتب است، دلیل قطعی بر بطلان آن است.

۱- عرف و وجدان

ایشان اعتقاد دارند که وجدان و فهم عرفی، حکم می کند که مجعول در معاملات مشروط، معامله معلق بر شرط نیست؛ چون وجود معامله، توقف بر وجود شرط ندارد؛ به همین دلیل، معاملات مشروط را از معانی تنجیزه می داند. نهایت اینکه در ضمن آن وبه تعبیر دقیق تر در ظرف آن امری بر یکی از متعاملین شرط شده است. در حالی که فهم عرفی درست در نقطه مقابل این نظریه و

۱۲. الشرط لا يرتبط في مقام الانشاء بالعقد نفسه ولا بالثمن أو المثلن لعدم الفرق وجداناً و عرفاً بين انشاء البيع المتعقب بالشرط و غيره في تعلق الجعل بلا قيد بالعوضين بلا قيد وان الشرط الذي له انشاء خاص به مستقل في الجعل والارادة لا يوجب تقيداً في الانشاء ولا المنشأ ولا العوضين بالوجدان وان كان له بحسب الاغراض اللبية نحو ارتباط به لاجله يوجب اختلاف القيم و يترتب عليه خيار التخلف ... (كتاب البيع، ج ۵، ص ۲۴۴) و در جایی دیگر می فرماید: الانشاء البيعى بتمام جهاته تم قبل الشرط بلا توقف على شيء والانشاء الشرطي انشاء جديد و قرار مستقل وان كان بينهما نحو ربط في عالم اللب ممّا لا دخل له بمقام الانشاء والتراضى المعتبر فيه والربط اللبي في المقام و غيره من الاغراض لا توجب شيئاً ولا تقيداً في اللفظ و مقام الانشاء (كتاب البيع، ج ۵، ص ۲۴۵).

استدلال است؛ چون هیچ وقت عرف از این جمله که «الشرط التزام في ضمن التزام» مجرد ظرفیت و مقارنت اتفاقی را نمی فهمد و سایر موارد استعمال شرط و مشتقات آن نیز این گونه است، مثل اینکه گفته شود «بعث بشرط العتق» که عرف، این عتق را بر الزام مستقلاً که هیچ ارتباطی در مقام انشا به عقد جز به نحو ظرفیت ندارد حمل نمی کند؛ زیرا اعتقاد دارد که مجرد تقارن بین دو التزام، موجب تأثیر گذاری یکی بر دیگری حتی در عالم عقل نیست، درست مثل دو بیع استقلالی که در عقد واحد و انشای واحد جمع شود که قهراً فساد یکی موجب ایجاد حکمی در دیگری حتی به نحو خیار نخواهد بود؛ چون هیچ علاقه ای بین آن دو جز ادغام و تقارن در انشا وجود ندارد.

۲- لغت

ایشان با استدلال به استخدام حرف «فی» در تعریف شرط توسط لغویون در صدد اثبات ظرفیت مجرده برآمده اند، چنانکه در قاموس آمده «الشرط الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه»^{۱۳} و در اقرب الموارد می گوید: «شرط عليه في البيع ونحوه شرطاً الزمه شيئاً فيه والشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه»^{۱۴} در حالی که اگر تعلیق و تقییدی در کار بود لازم بود که از حرف «علی» استفاده کنند و مثلاً بگویند: «البيع المعلق على الشرط».

در جواب باید گفت: از آنجا که ظرفیت حقیقی منحصر در زمان و مکان است طبعاً ظرفیت عقود، ظرفیت مجازی خواهد بود که در آن علقه مجازیت لازم است. اگر بگوییم عقد و شرط از تمام جهات مستقل بوده و به تعبیر ایشان قرار در قرار هستند و عقد مطلق و منجز است و ارتباط و تأثیر و تأثیری در کار نیست، معنایی برای علقه مجازیت باقی نمی ماند. طبق نظر ایشان که هیچ ارتباطی بین این

۱۳. القاموس المحيط، ج ۲، ص ۳۶۸.

۱۴. اقرب الموارد، ج ۱، ص ۵۸۳.

دو نه در مرحله انشا و نه در منشأ و نه در عوضین وجود ندارد،^{۱۵} نمی توان علقه مجازیت را تصحیح کرد، بلکه در این صورت، در واقع ظرفیت را انکار کرده ایم، چون نه امکان ظرفیت حقیقی وجود دارد و نه ظرفیت مجازی و این خلاف فرض است. اگر ایشان ارتباط لبی را بپذیرند،^{۱۶} در واقع تقیید و تعلیق در مرحله انشا و لفظ را پذیرفته اند؛ زیرا لب معاملات، صورت معاملات است و صورت معاملات، لب آن می باشد و برای معاملات، دو عالم متصور نیست.^{۱۷}

۳ آثار و لوازم

از جمله ادله ای که نشان دهنده بطلان این نظریه است آثار و نتایج فاسدی است که قهراً بر آن مترتب می شود از جمله:

الف- صاحب این نظریه نمی تواند قائل به خیار در صورت تخلف شرط باشد؛ چون تخلف شرط در این نظریه، به منزله تخلف قرار مستقل، بلکه عین آن است که به قرار دیگر هیچ ارتباطی نه در مقام انشا و نه در منشأ و نه در عوضین ندارد؛ پس باید به لزوم بیع و عدم ثبوت خیار برای بایعی که مشتری به شرط در متن عقد وفا نکرده است قائل شد و این امری است که هیچ فقیهی به آن ملتزم نمی شود. صاحب نظریه که خود متوجه این اشکال بوده است، با این استدلال که ثبوت خیار، حکم عقلایی است و ناشی از ربط لبی و تأثیر شرط در قیمت و اغراض است، جواب داده است.^{۱۸}

۱۵. کتاب البیع، ج ۵، ص ۲۰۵.

۱۶. همان، ص ۲۴۴ و ۲۴۵.

۱۷. ان المعاملات مما ليس له عالمان ظاهر و واقع و صورة و لب بل صورتها؛ لبها و لبها صورتها لأنها ليست إلا اعتبارات نفسانية مبرزة بمبرز في الخارج و هو إما موجودة أو معدومة ولا معنى لثبوتها لبأدون صورة (خویی، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۷۶).

۱۸. واما قضية خيار التخلف فهي عقلائية منوطة بتخلف ما له دخالة في القيم والاغراض (کتاب البیع، ج ۵، ص ۲۰۶) و در جایی دیگر می فرماید:

ثم إنه لا ينبغي الاشكال في أن المشروط له مخير بين الاجبار والفسخ... وأما الفسخ؛ فلائنه

بنابر این خیار، ناشی از وجود تعلیق و تقييد ظاهري و انشايي يا كاشف از آن نيست و اين در واقع رجوع از نظريه به تقريبي كه در بحث ربط لبي گفته شد، مي باشد و طبعاً حكم عقلا در چنين مواردی، سبب تقييد و تعلیق است و تقييد لبي، مساوی با تقييد ظاهري است.

۲- در صورت استقلال عقد و شرط از تمام جهات، بايد به صحت عقد مشروطی ملتزم شد كه قابل آن را مجرد از شرط پذيرفته است؛ چون علقه ای بين عقد و شرط در مرحله انشا نيست. چنانكه در دو بيع مستقل كه هيچ ارتباطی جز تقارن در انشا ندارند، اگر به انشای واحد، بين آنها جمع شود و قابل فقط یکی را پذيرد بيع صحيح است، در حالی كه نتیجه مذکور در شرط، بالاتفاق باطل است؛ زیرا تطابق بين ايجاب و قبول كه شرط صحت عقد است، از بين رفته و در نتیجه، تراضی از بين رفته است؛ چون قبول به معنای رضا به ايجاب است.^{۱۹}

صاحب این نظريه در مواجهه با این اشكال جواب داده است كه وقتی عقدي عرفاً به دو عقد يا يك عقد و چیزی ديگر غير از عقد منحل شود و قابل، بعضی عقد را پذيرد، تطابق بين ايجاب و قبول حاصل شده است. در رد این مطلب همين بس كه خود ایشان هم به صحت عقد مشروطی كه مشتری آن را مجرد از شرط پذيرفته، ملتزم نشده است.

> مع التخلّف يثبت خيار التخلّف عند العقلاء من دون توقف على التعذر فبمجرد التخلّف عن الشرط يثبت الخيار العقلاي لتخلّفه عن القرار والشرط (كتاب البيع، ج ۵، ص ۲۲۰) و در مقام بيان اينكه وجوب عمل به شرط از احكام مطلق شرط است می نويسد:
 وأمّا التخلّف الموجب للخيار فهو أنّما ثابت فيما اذا كان للشرط نحو دخالة في القيم والاعراض بحسب اللبّ وإن لم يكن قيداً بوجه من الوجوه (كتاب البيع، ج ۵، ص ۲۲۱).
 ۱۹. شيخ انصاری می فرماید: من جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب والقبول فلو اختلفا في المضمون... أو توابع العقد المشروط فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد و وجه هذا الاشتراط واضح و هو مأخوذ من اعتبار القبول و هو الرضاء بالايجاب. (كتاب المكاسب، ص ۱۰۰-۱۰۱).

۳- لازمه این نظریه آن است که بطلان شرط حتی در جایی که بطلان آن موجب اختلال در شرایط صحت عقد باشد، به خود عقد سرایت نکند، چنانکه خود ایشان هم به آن اذعان دارند و این سخنی است که هیچ فقیهی به آن ملتزم نمی شود.

۴- ایشان با این مبنا باید در سرایت تعلیق و عدم مقدوریت و عدم مشروعیت شرط به عقد، جانب عدم را اختیار کنند و در امثال فروش چوب و انگور به شرط تبدیل به بت و شراب، با چشم پوشی از روایات باید صحت معامله را به مقتضای قاعده بدانند.

نظریه دوم: شرط، جزء ظاهری ولبی از دو عوض است.

کسانی که شرط را جزئی از دو عوض می دانند به دو دسته تقسیم می شوند: برخی، شرط را جزء ظاهری ولبی از دو عوض می دانند، و برخی دیگر شرط را فقط جزء لَبّی می دانند. در اینجا نخست نظریه جزئیت ظاهری و لَبّی بررسی می شود:

بررسی عبارات فقها در باب شرط نشان دهنده دو طرز تفکر و استنباط در ارتباط شرط با عوضین است. عده ای از فقها شرط را جزئی از ثمن (اگر به نفع بایع شرط شود) یا مضمن (در صورتی که به نفع مشتری اعتبار شود) می پندارند و دسته ای دیگر برای شرط در برابر دو عوض، وجود استقلالی قائلند و آن را جزئی از آن دو نمی دانند.

تمام فقهایی که از شرط به «رکن عقد» یا «کالجزء»^{۲۰} تعبیر کرده اند یا گفته اند

۲۰. شیخ انصاری در آخر بحث شرط تبانی در استدلال بر بطلان آن می فرماید: ثم إن هنا وجهاً آخر لا يخلو عن وجه وهو بطلان العقد الواقع على هذا الشرط؛ لأن الشرط من أركان العقد المشروط بل عرفت أنه كالجزء من أحد العوضين فيجب ذكره في الأيجاب والقبول كاجزاء العوضين (کتاب المکاسب، ص ۲۸۳). این سخن از شیخ اعظم از طرف غالب محققین مورد اعتراض واقع شده است و با سائر نظریات شیخ در باب شرط نیز هم خوانی ندارد.

«حکمه حکم أحد العوضين»^{۲۱} یا «الشرط محسوب من الثمن»^{۲۲} یا «للشرط قسط من العوض»^{۲۳} ظاهر سخن ایشان آن است که جزئیت شرط را پذیرفته اند علاوه بر اینکه جماعتی نیز صریحاً جزئیت آن را اعلام کرده اند.^{۲۴}

آثار و لوازم نظریه دوم

بدیهی است که اگر در تبیین ماهیت شرط و ارتباط آن با عقد قائل شویم که شرط جزئی از دو عوض است آثار خطیری بر آن مترتب خواهد شد از جمله:

الف- با این نظریه فرع در ردیف اصل قرار گرفته و تعهد ناشی از شرط و عقد هر دو به تعهدات اصلی موصوف می شوند و طبعاً شرایط صحت معاملات، در شرط نیز لازم خواهد بود در حالی که اعتبار آن در شرط، مورد اختلاف است.

ب- از آنجا که در صورت تخلف شرط، مشروطه جزئی از عوض را از دست داده، طبق قاعده باید در فسخ عقد یا امضای آن با اخذ ارش، مخیر باشد؛ چون طبق این نظر قسطی از عوض در مقابل شرط قرار می گیرد.

ج- سرایت جهالت از شرط مجهول به عوضین حتمی و قطعی خواهد بود و طبعاً قرار داد اصلی به تبع شرط، غرری و باطل می شود و سایر اوصاف شرط مثل تعلیق و عدم مقدوریت و عدم مشروعیت نیز همین گونه است.

د- این نظریه در سرایت بطلان از شرط به عقد نقش اساسی دارد؛ چون بطلان شرط مساوی با وقوع بطلان در متن عوضین است. این مطلب در بحث سرایت بطلان بیشتر بررسی خواهد شد.

۲۱. نراقی، مشارق الاحکام، ص ۶۲.

۲۲. سید علی طباطبائی، ریاض المسائل، ص ۴۳۸، چاپ حجری.

۲۳. در ادله قائلین به سرایت بطلان از شرط به عقد در کتاب مبسوط شیخ طوسی تعبیر فوق آمده است: ر. ک: کتاب المکاسب، ص ۲۸۸.

۲۴. نراقی، عوائد الایام، ص ۴۴: و ممّا يدلّ علی وجوب الوفاء بالشرط فی ضمن العقد أنّه یصیر جزءاً من أحد العوضین فیصیر لازماً کسائر أجزائهما إلی آخره.

دلایل نظریه دوم

۱- اولین کسی که به صورت مبسوط برای اثبات جزئیت شرط اقامه دلیل کرده مرحوم نراقی در عوائد الأیام است. ایشان در مقام اثبات وجوب وفا به شرط و بیان ادله آن، فرموده است:

از جمله اموری که دلالت بر وجوب وفا به شرط در ضمن عقد می کند، جزئیت شرط از دو عوض است. بنابراین، شرط نیز مثل سایر اجزای دو عوض، لازم می شود.

سپس در بیان دلیل جزئیت می فرماید:

علت اینکه می گوئیم شرط جزئی از دو عوض است این است که مراد از عوض صرفاً همان است که در ازای معوض قرار بگیرد. وقتی ما می بینیم بایع در برابر متاعی که تحویل می دهد، به آنچه که به عنوان ثمن می گیرد جز به همراهی شرط راضی نیست، معلوم می شود که شرط نیز در ازای متاع قرار دارد و جزئی از عوض خواهد بود. به راستی چه فرقی وجود دارد بین این که اسب خود را در برابر گوسفند والاغی بفروشد یا آن را در برابر گوسفندی به شرط الاغ یا به شرط این که مشتری فلان کار را برای او انجام دهد، معامله کند؟ اگر اشکال شود که در این صورت گاهی منفعت در برابر عین قرار می گیرد که مفاد اجاره است نه بیع، جواب می دهیم که قدر متیقن آن است که منفعت در بیع، در صورتی جایز نیست ثمن یا مثنی شود که به عنوان شرط نباشد، اما اگر به عنوان شرط ثمن یا مثنی حساب شود، دلیلی بر عدم جواز ثمن یا مثنی بودن منفعت نداریم.^{۲۵}

۲۵. نراقی، عوائد الأیام، ص ۱۳۵: اما آتیه یصیر جزءاً من أحدهما؛ فلا تله لیس المراد بالعوض إلا ما وقع بازاء معوضه فإذا لم یرض أحد المتعاقدين بما یعطى عوضاً عن متاعه إلا مع هذا الشرط، فهو أيضاً یكون جزءاً مما هو یبازاء متاعه فیکون جزءاً عن عوضه وای فرق بین ما اذا

کسانی که شرط را جزئی از عوضین می دانند، غالباً از همین استدلال استفاده کرده اند.

۲- شرط به سبب تأثیری که در زیادت و نقص قیمت دارد، جزئی از عوض محسوب می شود.^{۲۶}

نقد

اینکه بین عقد و شرط، نوعی علاقه و رابطه همانند رابطه اصل و فرع وجود دارد و به سبب آن در تراضی و زیادت و نقص قیمت تأثیر می گذارد مورد انکار نیست، اما لازمه آن، این نیست که شرط جزء یکی از دو عوض باشد و لذا هر دو دلیل مذکور اعم از مدعا است؛ چون با این مطلب که شرط جزء متعلق تراضی و یا انگیزه و داعی بر تراضی باشد نیز سازگاری دارد.

علاوه بر این جواب نقضی، با چند دلیل دیگر نیز می توان بر بطلان نظریه مذکور استدلال کرد:

۱. فقدان آثار جزئیت: حقیقت این است که شرط، در انگیزه هر یک از متعاملین به انعقاد عقد، مؤثر است و چه بسا در زیادی یا کمی عوض نیز تأثیر داشته باشد، اما با توجه به این که مدلول عقد چیزی غیر از وقوع معاوضه بین ثمن و مثن نیست، لذا شرط در حکم دو عوض و جزئی از آن دو نخواهد بود؛ زیرا شرعاً در

بإع فرسه مثلاً بغنم و حمار أو بغنم بشرط أن يعطيه حماراً أيضاً أو بشرط أن يفعل له كذا؟ و كونه منفعة غير ضائر؛ لأن القدر الثابت أنه لا يجوز أن تكون المنفعة في البيع ثمناً أو مثنماً إذا لم يكن بطريق الشرط وأما معه فلا دليل على عدم جوازه. در مشارق الاحكام هم خلاصه همین عبارت را می آورد و می فرماید: فحكمه (شرط) حكم أحد العوضين لعدم رضا المشروط له بما يعطي عوضاً عن متاعه إلا مع هذا الشرط (نراقی، مشارق الاحكام، ص ۶۲).

۲۶. إنما الشرط محسوب من الثمن وقد حصل باعتباره نقص في القيمة (سید علی طباطبائی، ریاض المسائل، ص ۴۳۸).

صورت فقدان شرط، مشروطاً له در فسخ عقد یا امضای آن مخیر می شود، در حالی که با اعتقاد به اینکه شرط جزئی از عوضین است، در فرض فقدان شرط، مشروطاً له در صورت امضای عقد، باید قادر به اخذ ارش باشد. شیخ انصاری با اشاره به این مطلب می فرماید:

... لأن مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن والمثمن، غاية الأمر كون الشرط قيداً لأحدهما يكون له دخل في زيادة العوض ونقصانه والشرع لم يحكم على هذا العقد إلا بامضائه على النحو الواقع عليه، فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين ولذا لم يكن في فقده إلا الخيار بين الفسخ والامضاء مجاناً.^{۲۷}

به تعبیر دیگر، اقتضای شرطیت، عدم مقابله بین شرط و جزئی از عوضین است و گرنه قرار از شرطیت به جزئیّت منقلب می شود و در این خصوص، هیچ فرقی بین انواع شروط نیست، حتی تخلف شرطی که فی حد نفسه - یعنی در

۲۷. شیخ انصاری، کتاب المکاسب، ص ۲۸۸. محقق خوبی نیز می فرماید: ثم إنه ذكر المصنف في المقام أمراً خامساً وهو أنه إذا تعدّر الشرط في الخارج من جهة عروض عمى على من التزم بالخياطة أو شلل ونحوهما فلا يثبت للمشروط له إلا الخيار وله ان يفسخ المعاملة حيثئذ ولا يثبت له الارش بان يطالب المشروط عليه ما به التفاوت بين قيمة الشيء مع الشرط كالخياطة و قيمته بدونه وربما يقال بثبوت الارش في موارد تعدّر الشرط لتفاوت قيمة المبيع مع الاشتراط و قيمته بدونه وثالثاً يفصل بين الشروط التي تقابل في نفسها بالمال كاشتراط خياطة الثوب لأن لها قيمة في نفسها واشتراط مال العبد في شرائه فيلتزم فيها بالارش عند تخلفها وتعذرها وبين شرط الاوصاف مما لا يقابل بالمال في نفسه وإنما يوجب زيادة قيمة المشروط نظير اشتراط القدرة على الكتابة في العبد أو القدرة على الطبخ وغيرهما من الاوصاف الكمالية الموجبة لاختلاف قيمة الموصوف فيلتزم بعدم الارش فيها. ولا يخفى عليك ان الشروط سواء كانت من شروط الاوصاف أو غيرها، ممّا لا يقابل بالمال في المعاملات ولا يقع شيء من الثمن في مقابلها بل الثمن بتمامه يقع في مقابل ذات المبيع وعليه فلا وجه للارش ومطالبة ما يخص بها من القيمة وإنما التزمنا بالارش في خيار العيب من جهة النصوص لامن جهة مطابقة القاعدة: خوئی، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۷۶.

صورتی که در ضمن عقد قرار نگیرد- در ازای آن بها داده می شود مثل خیاطت، موجب ثبوت ارش نیست.

حاصل اینکه شرط به منزله اوصاف عین مبیعی است که هیچ وقت در مقابل آن مال و جزئی از ثمن یا اجرت واقع نمی شود، بلکه فقط موجب ازدیاد رغبت مشتری به عین شده و انگیزه ای می شود تا مشتری قیمت زیادتری را در ازای آن پرداخت کند بدون اینکه خود شرط در ازای ثمن قرار بگیرد. بنابراین در مطلق شروط، وجهی برای ارش نیست و از همین جا معلوم شد که ارش در خیار عیب هم خلاف قاعده است، گرچه به سبب نصوص خاصی ثابت شده است.

اینکه شرط با مال برابری کند و در مقابل آن قسطی از عوضین قرار بگیرد محذوراتی دارد که فقط در ثبوت ارش خلاصه نمی شود؛ مثل اینکه اگر شرط از مقوله طلا و نقره باشد و مقابل آن نیز قسطی از طلا و نقره قرار گرفته باشد باید شرایط بیع صرف در شرط و مقابل آن جاری شود در حالی که هیچ فقهی به آن متلزم نمی شود.

۲. عرف و تبادل و حکم عقلا: این امر، وجدانی عرف عقلا در معاملاتشان است که در بیع چیزی از شرط در مقابل ثمن قرار نمی گیرد، بلکه معامله و معاوضه بین ثمن و مثن صورت می پذیرد و با وجود اینکه شرط موجب افزایش مالیت مثن در بیع می شود اما موجب تقسیم ثمن در مقابل مثن و شرط نمی شود که بخشی از ثمن به مثن و بخشی دیگر به شرط اختصاص پیدا کند^{۲۸}.

۲۸. بجنوردی می فرماید: ممکن است در بعضی از شروط چنین تصویری پیش آید که این شروط در نظر عرف و عقلا بخشی از ثمن را به خود اختصاص می دهند مثل جایی که شرط از اعمالی باشد که در مقابل آن باید پول پرداخت شود مانند دوختن لباس یا تعمیر ساختمان، اما با تأمل و تدقیق روشن می گردد که در این مورد نیز در مقام انشای چیزی از ثمن در مقابل شرط قرار نگرفته است گرچه در مقام لب، مشروطاً له برای تعیین کمی و زیادی قیمت،

<

نظریه سوم: شرط فقط جزء لَبی است

سید محمد کاظم طباطبایی را باید بنیان گذار این نظریه خواند. ایشان در باب خیار عیب با اعتقاد به اینکه هم وصف صحت و هم شرط به منزله جزء لَبی است و در مقابل هر دو، قسطی از ثمن قرار می‌گیرد، قائل به ثبوت ارش در هر دو شده و آن را از این جهت مطابق قاعده می‌داند و اعتقاد دارد که به علت موافقت با قاعده است که فقها در اثبات ارش به سبب تخلف و وصف صحت از باب بیع به ابواب دیگر مثل اجاره و صداق تعدی کرده‌اند در حالی که نصوص، مخصوص باب بیع است. ایشان در این خصوص می‌فرمایند:

وصف صحت به حسب جعل متعاقدين و انشای آنها ولو نه به نحو حقیقت، جزئی از عوضین است و نه به منزله آن، بلکه عوض در مقام انشا، صرفاً در مقابل ذات موصوف قرار می‌گیرد و الاً مفاسدی پیدا می‌شود که نمی‌توان به آن‌ها متلزم شد، ولی می‌توان گفت که وصف صحت در عالم لبّ در مقابل عوض قرار می‌گیرد؛ به این معنی که مقداری از ثمن که در مقابل ذات موصوف قرار داده شده است به لحاظ وصف است و این است معنی جمله مشهور که «انّ للوصف والشرط والاجل قسطاً من الثمن».

سپس بعد از تفریعاتی که بر آن مترتب ساخته، فرموده است:

هیچ اشکالی در این نیست که وصف صحت و شرط و اجل و امثال اینها موجب زیادت عوض در طرف مقابل است، پس همه اینها قسطی از ثمن را

>
شرط را مورد توجه قرار داده است؛ بنابراین در عالم انشاء عوض تمام ثمن - مثلاً - تمام مبیع است اگر چه در مقام لب مشروطاً له مقداری از ثمن را در قبال شرط پرداخت می‌کند و لکن باید توجه داشت که در باب معاوضات اعتقاد طرفین معاوضه معتبر نیست بلکه ملاک و معیار آن چیزی است که مورد انشا قرار گرفته است: القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۱۹۶؛ ما مقانی، مناہج المتقین، ص ۲۳۴.

داراست ... و همین مقدار مقابله، مصحح جواز مطالبه به ارش است؛ چون

ارش، عوض وصف فائت است. ۲۹

وی ضمن این نظریه متوجه شده که مناط حکم مزبور در تخلف اوصاف کمالیه نیز جاری است؛ با اینکه فقها در تخلف اوصاف مزبور قائل به تخییر بین رد و ارش نیستند، بلکه رد را متعین می دانند، به همین سبب جواب داده که عدم تخییر یا به سبب اجماع است یا اینکه در آنها نیز به شرط عدم امکان رد، قائل به ارش می شویم. می دانیم که در اوصاف کمالیه و همچنین در شرط، رد و لو بعد از تصرف و تلف ممکن است و اگر فرض کردیم که در جایی مانعی از فسخ وجود دارد در آنجا هم به ثبوت ارش ملتزم می شویم. ۳۰

۲۹. ولهذا لو فرض زوال الوصف الموجود حين البيع عند المشتري ثم فسخه هو أو البایع بخیار من الخیارات یرجع البایع علیه بعوض الوصف الفائت وأيضاً لو فسخ البایع و كان فيه شرط الخیاطة أو نحوها علی أحد هما و كان الفسخ بعد العمل بالشرط یاخذ من علیه الشرط ممن له ذلك عوضه، لأن الشرط كان بمنزلة الجزء من أحد العوضین فاذا رجع العوض إلى مالکة الأول ولم یمكن رجوع الشرط لفرض العمل به یلاحظ قيمة ذلك الشرط ویؤخذ ممن له الشرط فإن قلت: انما یؤخذ منه اجرة العمل لعوده إليه بالفسخ، قلت: مقتضى القاعدة أخذ قيمة الشرط؛ لأنه الذي ضم إلى العوض لا قيمة العمل مع أنه قد لا یكون هنا عمل له قيمة كما إذا اشترط فی بیع الدار بیع دكانه فباعه الدکان ثم فسخ بیع الدار فإن بیع الدکان یبقى صحیحاً ویؤخذ منه ما یقابل هذا الشرط: ... ومما ذکرنا من تطبیق الارش علی القاعدة ظهر سرّ تعدی الاصحاب عن باب البیع إلى باب الاجارة والصداق و غیرهما من اسباب الارش مع أن النصوص مختصة بالبیع: طباطبایی، حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۶۸ و ۶۹.

۳۰. طباطبایی، حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۶۹: ایشان در این قسمت هم برای شرط وهم برای وصف، جزئیت لبیه قائل شدند در حالی که یک صفحه قبل از آن این مطلب را برای وصف قبول ندارند آنجا که در رد این نظر شیخ در خیار عیب که «إن سلمنا إن وصف الصحة بمنزلة الجزء نقول: إن الجزء انما یقابل الثمن إذا لم یؤخذ علی وجه الشرطية وإلا فهو کسائر الشروط لا تقابل به و فی المقام أخذ كذلك». سپس می فرماید: یمكن أن یدعی إن الجزء یقابل به و لو كان علی وجه الأشتراط ففی بیع الارض علی أنها جریان معينة إذا خرجت <

لوازم و آثار نظریه سوم

با توجه به این که جزئیت لَبیه - به دلیلی که خواهد آمد - منفک از جزئیت ظاهریه نیست، تمام آثار و لوازم نظریه دوم که قائل است شرط، جزء ظاهری و نیز جزء لَبی است، در این نظریه هم جاری است، اما خود ایشان به همه این لوازم ملتزم نیستند؛ چون جزئیت را برای شرط در مقام انشا انکار می کنند و به همین دلیل:

اولاً: چنان که خواهد آمد، قائل به اعتبار شرایط صحت معاملات در شرط نیستند،

ثانیاً: لَبی بودن جزئیت را مانع از سرایت جهالت، غرر، تعلیق، عدم مشروعیت و عدم مقدوریت از شرط به عقد می دانند،^{۳۱} اما این تالی را که باید مشروطاً در صورت تخلف شرط، مخیر بین فسخ یا امضای آن با اخذ ارش باشد، می پذیرند، بلکه آن را مطابق قاعده می دانند. در هر صورت ایشان در تمام مباحث

> اقل ینقص من الثمن ما یقابل النقصان اذ المدار علی العرف وهم یجعلون العوض فی مقابل المجموع ولذا لانحکم بالمقابلة إذا اعتبر الوصف فی عنوان المبیع علی وجه الجزئیة کان یقول هذا الموجود من العین الموصوفة فان ایراد البیع علی الموصوف فی عرض ایراده علی الصفة ومع ذلك لا یقابل بعوض وبالجملة لو قال: بعتك هذا الثوب بكذا علی أن یكون معه الثوب الفلانی ایضاً یقال فی العرف: إن المبیع مجموعهما فمع خروج الثانی مستحقاً للغير أو نحو ذلك یتبعض الثمن وهذا بخلاف الوصف بأی وجه اعتبر فانه عندهم غیر مقابل بالعوض: حاشیة المكاسب، ج ۲، ص ۶۷.

۳۱. إن الشرط تابع فی مقام المعاملة غیر مقصود بالاصالة وإن كان متصلاً فی اصل الغرض بان یكون هو المقصود من المعاملة فان المدار علی الإنشاء فی الاصاله والتبعیة لا علی أصل الغرض وحينئذ نقول ان الجهالة فیة لا تسری إلى أصل البیع حتی یكون غرریاً؛ لأن ذلك فرع كونه جزء الاحد العوضین حیث یسری غرره الیهما والمفروض أنه غیر مقابل فی الإنشاء بالعوض وكونه مقابلاً به فی عالم اللب لا یقتضی الغرر فی المعاملة بماهی معاملة... طباطبایی، حاشیة المكاسب، ج ۲، ص ۱۳۵.

شرط، در ابواب مختلف فقه براساس این مبنا حکم صادر کرده اند و هیچ گاه از اقتضای آن تخلف نکرده اند. گاهی در شرط، جزئیت لبیه را ملاحظه می کنند و در شروط و به تبع آن در اوصاف کمالیه، ارش را ثابت می دانند و در اوصاف صحت، ارش را مطابق قاعده معرفی می کنند. گاهی شق دوم مبنایشان؛ یعنی عدم جزئیت در مرحله انشا و در نتیجه فرعیت شرط در این مرحله را ملاحظه می کنند و در مسئله سرایت بطلان، جهالت، تعلیق، عدم مشروعیت و عدم مقدوریت از شرط به عقد، حکم به عدم سرایت می دهند. در کلیت احکام فرعیت که در نظر ایشان ناشی از عدم جزئیت شرط در مرحله انشا است به شدت جازم است و اهل مسامحه نیست و لو خلاف مشهور فقهاء باشد، همچنان که در مسئله عدم مشروعیت شرط، فتوا به عدم سرایت می دهد و صحت عقد را در مثال مشهور فروش چوب وانگور برای درست کردن بت و شراب، مطابق قاعده می داند و اعتقاد دارد که بطلان عقد در این موارد، فقط به سبب دلیل تعبدی و روایات است و معتقد است که لازم نیست روایات همیشه موافق قاعده باشد. او را در رعایت احکام فرعیت آن قدر سختگیر می بینیم که در موردی که شرط، ظاهراً فرع ولی باطناً رکن مطلوب و غرض اصلی است و معامله در واقع مقدمه ای برای شرط است، به سرایت بطلان و سایر اوصاف از شرط به عقد حکم نمی کند؛ به این دلیل که مدار در اصالت و تبعیت خود انشا است نه غرض اصلی و فرض نیز این است که شرط در مرحله انشا، جزء و غرض اصلی نیست و این فتوایی است که التزام به آن در نهایت دشواری است.^{۳۲}

دلیل نظریه سوم

تنها دلیلی که سید محمد کاظم طباطبایی بر این نظریه اقامه کرده اند این است که

۳۲. در این رساله، در غالب ابواب، نظریات ایشان همراه با آدرس کامل مطرح و بررسی شده است.

وصف صحت و شرط اجل و امثال این‌ها، موجب زیادت عوض در طرف مقابل است و لذا حکم جزء را دارد، ولی از آنجا که التزام به جزئیت به حسب جعل متعاقدين و در مرحله انشا مستلزم مفاسدی است که نمی‌توان به آن‌ها ملتزم شد، قائل شده است که شرط، جزئیت لبیه دارد. وی عرف را نیز مؤید نظریه خود می‌داند^{۳۳}، علاوه بر آن برای اثبات حکم جزئیت شرط از دلیل نقلی نیز استمداد جسته است.^{۳۴} بعضی از محققین در شروطی که فی حد نفسه قابلیت مقابله با مال را دارد، جزئیت لبیه را می‌پذیرند، اما هیچ حکمی بر آن مترتب نمی‌کنند و می‌گویند آنچه در باب معاوضات معتبر است، لب نیست، بلکه ملاک و معیار آن چیزی است که مورد انشا قرار گرفته است.^{۳۵}

نقد

در نقد این نظریه به فرمایش محقق خویی اکتفا می‌کنیم که فرموده‌اند:
معاملات از اموری نیستند که دو عالم داشته باشند؛ عالم ظاهری و عالم واقعی؛

۳۳. ویویدما ذکرنا ملاحظة العرف في معاملاتهم مع قطع النظر عن الشرع فانهم عند تخلف الوصف والشرط يجهزون المشروط له بين الفسخ والارش و سره ما ذكرنا والشارع انما قرر المعاملات على ما بيد العرف خرج ما خرج ولا دليل على عدم الارش في مقامنا سوى ذهاب المشهور فتدبر: طباطبایی، حاشیة المكاسب، ج ۲، ص ۱۳۱. وی در بحث حکم تعدر شرط و در خیار عیب مبسوطاً به اثبات نظریه خود پرداخته است.

۳۴. ویویدما ذکرنا بل يدل عليه خبر عمرو بن حنظلة عن ابي عبدالله (ع) في رجل باع ارضاً على أنّها عشرة اجرية فاشترى المشتري ذلك بحدوده ونقد الثمن ووقع صفقة البيع وافترقا فلما مسح الارض إذا هي خمسة اجرية، قال (ع): إن شاء استرجع فضل ماله واخذ الارض وإن شاء رد البيع واخذ ماله كله إلا ان يكون له إلى جنب تلك الارض ايضاً ارضون فليأخذ ويكون البيع لازماً عليه و عليه الوفاء بتمام البيع فان لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باعه فان شاء المشتري اخذ الارض واسترجع فضل ما له وإن شاء ردّ الارض واخذ المال كله فإنه ظاهر الدلالة على التبعض في صورة الشرط المذكور: طباطبایی، حاشیة المكاسب، ج ۲، ص ۶۷.

۳۵. بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۱۹۶.

چون معاملات صرفاً اعتبارات نفسانی هستند که به وسیله ای از حاق نفس بیرون آمده و وجود خارجی پیدا کرده اند؛ بنابراین این دایر مدار وجود و عدم هستند و معنی ندارد که در واقع ثابت باشند اما در ظاهر ثابت نباشند؛ در نتیجه در صورت تخلف یا تعذر شرط برای مشروط‌له چیزی جز خیار، ثابت نخواهد بود.^{۳۶}

نظریه چهارم: شرط جزئی از متعلق تراضی است

بعضی از فقها همگامی تعلق اراده مشترك به مجموع عقد و شرط را دلیل جزئیت می دانند. در این نظریه تراضی در باره مجموع شرط و عقد انجام می شود و آنچه به وجود آمده مجموعه ای تجزیه ناپذیر است که اجزای آن به نیروی تراضی و اراده متعاقبین پیوند خورده است. رابطه عقد و شرط در این نظریه رابطه دو جزء از یک مجموعه مرکب است. مفهوم عرفی عقد بر نمی تابد که شرط، جزئی از عقد و به تعبیر دقیق تر جزئی از عوضین آن باشد، اما جزئیت شرط از متعلق تراضی، امری وجدانی است.

تمام فقهایی که در باب اثبات وجوب وفا به شرط و در مسئله سرایت بطلان از شرط به عقد، مسئله تراضی را مطرح کرده اند به این نظریه ملتزم اند.

نتیجه نظریه چهارم

بطلان عقد در صورت فساد یا تخلف شرط.

طبق این نظریه، قرارداد مرکب از عقد اصلی و شرط است. ترکیب عقد و شرط در مجموعه تراضی طرفین در این ظهور دارد که طرفین قصد ایجاد اثر ناشی

۳۶. إن المعاملات مما ليس له عالمان ظاهر و واقع و صورة و لب بل صورتها لبها و لبها صورتها لأنها ليست إلا اعتبارات نفسانية مبرزة بمبرز في الخارج و هو اما موجودة أو معدومة ولا معنى لثبوتها لباً دون صورة و عليه فلا يثبت للمشروط له عند تخلف الشروط أو تعذرها إلا الخيار: خوئی، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۷۶.

از عقد را مقید به التزام به مفاد شرط کرده اند. پس مقصود طرفین، امر مرکب از عقد و شرط است و وقتی شرط باطل باشد مقصود هم باطل می شود؛ زیرا کل با انتفای جزء، منتفی است و با انتفای مقصود، عقد هم - به اعتبار تبعیت عقد از قصد - باطل می شود. ۳۷

طبق این نظریه، تفکیک بین عقد و شرط محال است و ممکن نیست که عقد، صحیح ولی شرط، باطل باشد؛ زیرا تراضی، بر عقد مطلق واقع نشده، بلکه بر عقدی که باید به نحو خاصی واقع شود، تعلق گرفته است؛ پس وقتی خصوصیت متعذر باشد، تراضی نیز منتفی می شود؛ چون مقید همیشه با انتفای قید از بین می رود و معقول نیست جنس بدون فصل باقی بماند. بنابر این معاوضه بین ثمن و ثمن بدون شرط، معاوضه دیگری است که احتیاج به تراضی و انشای جدید دارد و بدون تراضی و انشای جدید هر گونه تصرف از باب اکل مال بدون تراضی خواهد بود. ۳۸

در هر صورت، با بطلان یا تخلف یا تعذر شرط، وجهی برای ثبوت خیار فسخ نیست؛ زیرا موضوع تراضی از بین رفته است و چیزی باقی نمانده تا فسخ شود.

۳۷. نراقی در تعلیل بطلان عقدی که شرط آن فاسد است می نویسد: *لأن العقود تابعة للقصد والمقصود هو الأمر المركب من الشرط وغيره فإذا بطل الشرط بطل المقصود لانتهاء الكل بانتهاء جزئه: (عوائد الايام، ص ۱۵۷) و محقق ثانی می فرماید: ان التراضي لم يقع إلا على المجموع من حيث هو مجموع فاذا امتنع بعضه انتفى متعلق التراضي فيكون الباقي تجارة لاعن تراض (جامع المقاصد، ج ۱، ص ۲۶۱؛ نراقی، مشارق الأحكام، ص ۸۴؛ محقق قمی، غنائم الأيام، ص ۷۳۵؛ شهید ثانی، مسالك الافهام، ج ۱، ص ۱۵۲؛ شهید ثانی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ۳، ص ۵۰۵).*

۳۸. برگرفته از تقریر دلایل کسانی که به سرایت فساد شرط معتقد هستند: شیخ انصاری، کتاب مکاسب، ص ۲۸۷.

دلیل نظریه چهارم

تنها دلیلی که از کلام این عده از فقها به دست می آید تأثیر شرط در تراضی است. پس معلوم می شود که تراضی دایر مدار وجود عقد نیست، بلکه شرط نیز جزو متعلق تراضی است و بایع هیچ وقت به معامله مجرد از شرط راضی نیست، همچنانکه عرف نیز این گونه معامله را معامله از روی تراضی نمی داند.

نقد

تأثیر شرط در تراضی امری مسلم است، اما استدلال به آن برای اثبات این نظریه، استدلال به دلیل اعم است؛ چون با داعی بودن شرط برای تراضی نیز سازگار است. بنا بر این برای تعیین یکی از دو نظریه باید دنبال دلیلی ورای تأثیر در تراضی بود. شیخ انصاری تلاش می کند با اثبات این که تصرف بدون شرط، تصرف بدون تراضی نیست، این نظریه را رد کند. وی در اثبات این مطلب که تفکیک بین عقد و شرط محال نیست و لزوماً نمی توان گفت که تصرف بدون شرط، تصرف بدون تراضی است، به مثال های زیادی متوسل می شود^{۳۹} که تخلف در آنها موجب بطلان

۳۹. فیه منع کون الارتباط الشرط بالعقد علی وجه یحوج انتفاءه إلی معاوضة جدیدة عن تراض جدید ومجرد الارتباط لا یقتضی ذلک كما إذا تبین نقص أحد العوضین أو انكشف فقد بعض الصفات الماخوذة فی البیع كما لكتابة والصحة وكالشروط الفاسدة فی عقد النکاح فإنه لاخلاف نصاً وفتوی فی عدم فساد النکاح بمجرد فساد شرطه الماخوذ فیه وقد تقدم أن ظاهرهم فی الشرط الغیر المقصود للعقلاء فی السلم و غیره عدم فساد العقد به وتقدم أيضاً أن ظاهرهم إن الشرط الغیر المذكور فی العقد لا حکم له صحیحاً کان أو فاسداً ودعوی أن الاصل فی الارتباط هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به ومجرد عدم الانتفاء فی بعض الموارد لاجل الدلیل لا یوجب التعدی مدفوعه بان المقصود من بیان الامثلة انه لا یستحیل التفکیک بین الشرط والعقد وانه لیس التصرف المترتب علی العقد بعد انتفاء ما ارتبط به فی الموارد المذكورة تصرفاً لا عن تراض جوّزه الشارع تعبداً وقهراً علی المتعاقدين فما هو التوجیه فی

<

عقد نیست. در هر صورت لازمه این نظریه آن است که عقد در تمام موارد تخلف شرط، باطل شود در حالی که هیچ فقیهی به آن ملتزم نیست.

نظریه پنجم: شرط داعی بر تراضی است

طبق این نظریه، شرط در مرکز تراضی، یعنی داد و ستد نیست، اما بیگانه با تراضی هم نیست، چون در برانگیختن دو طرف به تراضی اثر دارد، بنابراین در عقد مقصود است، اما نه اولاً و بالذات، بلکه بالتبع و در مرتبه فرعیست.

در این نظریه، شرط، خارج از متعلق تراضی است،^{۴۰} اما جزو دواعی آن است که با ابراز، مورد توافق طرفین قرار گرفته است و مثل سایر دواعی نیست که گفته شود اگر تخلف از هر داعی، خیاری ایجاد کند، هیچ عقدی استوار نمی ماند یا گفته شود دواعی و اغراض قید مطلوبات نیستند و امثال اینها.^{۴۱}

> هذه الامثلة هو التوجيه فيما نحن فيه ... شيخ انصاری، کتاب المکاسب، ص ۲۸۸. سید محمد کاظم طباطبایی نیز بر مثالها اضافه می کند و می فرماید: وكذا مطلق تخلف الشرط الصحيح سواء كان من جهة التعذر أو امتناع المشروط عليه عن الوفاء فانه لو كان الارتباط المذكور موجبا لعدم العقد كان اللازم حينئذ البطلان لا الخيار مع انه لا خلاف ولا اشكال في إنه لا يوجب بل غاية ثبوت الخيار للمشروط له: طباطبایی یزدی، حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۳۷.

۴۰. مگر اینکه شرط از قبیل صور نوعیه برای ثمن یا مثن باشد که در آن صورت نمی تواند از دواعی و اغراض خارج از حقیقت ثمن و مثن باشد ولی این از خصوصیت شرط ناشی می شود و از احکام شرط بما هو شرط نیست و لذا این مورد - همچنانکه خواهد آمد - در بحث سرایت بطلان از موضوع بحث خارج است؛ چون تخلف آن به طور قطع موجب بطلان عقد است، چه قائل به سرایت باشیم و چه نباشیم.

۴۱. روشن است که انسان هنگام اقدام به عقد قرار دادی ممکن است انگیزه ها و اهداف مختلفی در ذهن خود داشته باشد مثل اینکه متاعی را به داعی ضیافت می خرد ولی بعدها می بیند از <

آثار و لوازم نظریه پنجم

۱- این گونه ارتباط باعث می شود که با تخلف شرط، مشروطاً له صرفاً مسلط بر فسخ شود و حق امضا همراه با ارش را ندارد.

۲- بطلان شرط به عقد سرایت نمی کند^{۴۲} مگر اینکه اختلالی در ارکان عقد به وجود آید؛ چون فرض بر این است که شرط، خارج از متعلق تراضی و فقط داعی بر آن است. البته در جایی که شرط از قبیل صور نوعیه برای موصوف و مشروط

> ضیافت خبری نیست یا به انگیزه ترقی قیمت می خرد ولی کار عکس می شود. آیا تخلف هرگونه داعی و هدف موجب خیار می شود؟ طبعاً به این امر نمی توان به صورت موجه کلیه ملتزم شد. این جاست که گفته شده: اگر بنا باشد که تخلف از هر داعی خیری ایجاد کند هیچ عقدی استوار نمی ماند و در همین خصوص گفته اند: «إن تخلف الدواعی لا ربط له بالرضا المعاملی ابدأ فالرضا موجود مع تحقق ما علق علیه: تلخیص مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۹۶. علت این است که داعی، بیگانه و غریب از انشای عقد است و لذا تخلف آن مستتبع هیچ اثری نخواهد بود (خویی، مصباح الفقاهه، ج ۶، ص ۲۹۱ و بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۴، ص ۲۰۱).

اما اگر داعی وانگیزه تراضی با ابراز در ضمن عقد به عنوان شرط مورد توافق و تعهد قرار گرفته باشد دیگر در ردیف سایر دواعی نخواهد بود. به همین سبب فقها می گویند: «إن الاغراض والدواعی فی أبواب المعاملات والعقود ما لم تدخل فی مرحلة الانشاء لا یترتب علیها اثر من الصحة والفساد بل المدار فیهما علی الانشاء (خویی، مصباح الفقاهه، ج ۶، ص ۲۹۱) چون در این صورت، دیگر صرفاً انگیزه اقدام یک طرف نیست، بلکه در تراضی طرفین تأثیر دارد؛ بنابراین این تخلف آن مشروطاً له را بر فسخ عقد مسلط خواهد ساخت. محقق نائینی با استفاده از همین قاعده، شرط تبانی را لازم الوفاء نمی داند؛ چون در شرط تبانی، داعی وانگیزه طرفین به مرحله انشای لفظی نرسیده است: ر. ک: مصباح الفقاهه، ج ۶، ص ۱۳۷.

۴۲. این استثنا، استثنای منقطع است و از باب مماشات با ظاهر کلام اکثر فقهاء است؛ چون در صورت اختلال در ارکان، اصلاً عقد منعقد نمی شود تا از شرط چیزی به آن سرایت کند.

محسوب شود بطلان عقد با بطلان شرط حتمی است،^{۴۳} اما این به سبب خصوصیت شرط است نه اقتضای شرط بما هو شرط ولذا اگر چه در مبحث سرایت، مبنا عدم سرایت باشد، باز بطلان عقد با بطلان این گونه شروط حتمی است.

۳- این مبنی با چشم پوشی از ادله خارجی اقتضا دارد که در مسئله جهالت، تعلیق، عدم مشروعیت و عدم مقدوریت شرط، قائل به عدم سرایت شویم، اما به سبب ورود دلیل قطعی، باید از اقتضای فرعیت در بعضی از این موارد رفع ید کرد که تفصیل این مطلب در ابواب مربوطه خواهد آمد.

۴- با این نظریه، فرع در ردیف اصل نیست و تعهد ناشی از شرط، در شمار التزام های اصلی و هم طراز با آنها نخواهد بود، طبعاً شرایط صحت معاملات از این جهت، در شرط لازم الرعایه نخواهد بود، بلکه دلیل خاصی باید بر آن اقامه شود.

دلیل نظریه پنجم

ابطال نظرات چهارگانه سابق، موجب تعیین این نظریه است. اگر بین عقد و شرط این رابطه برقرار نباشد، باید قائل شد که شرط، یا جزو متعلق تراضی است یا جزء دو عوض - چه جزئیت ظاهری و لبی و چه جزئیت فقط لبی - و یا این که علقه ظرفیت بین آنها جاری است و شق دیگری قابل تصور نیست، در حالی که بطلان همه آنها ثابت شد. علاوه بر آن می گوییم به دلالت عرف و شرع و وجدان، با تخلف شرط، عقد باطل نمی شود و تراضی هنوز پا برجاست و مشروطاً له حق خیار دارد. دلیل روشن برای استمرار رابطه مذکور بین عقد و

۴۳. خوانساری، منیة الطالب، ج ۲، ص ۱۴۸؛ بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۱۹۱.

شرط^{۴۴} این است که مرکز تراضی، صرفاً معاوضه بین ثمن و مضمن است، در نتیجه تراضی، مقید به قیدی نیست تا با انتفاء قید، کل مجموعه منتفی شود؛ چون شرط صرفاً داعی بر معامله و از علل غایبه آن است، در نتیجه، حیثیت تقییدی ندارد، بلکه از حیثیات تعلیلیه است، بنابر این تخلف از آن موجب بطلان معامله نیست. در حیثیات تقییدیه موضوع انشا، امری مرکب است؛ در نتیجه، انتفای قید موجب انتفای مقید است، اما در دواعی و حیثیات تعلیلیه موضوع انشا، امری بسیط است که طبعاً تخلف شرط تأثیری در بطلان آن نخواهد داشت^{۴۵}.

۴۴. إنَّ الشرط عنصر اجنبي عن متعلق العقد دون ما يوجب ازدياد قيمته أو نقصانه على اختلاف موارد فلا يقابله شيء من الثمن أو الاجرة اطلاقاً كما لا يوجب تخلفه تغييراً في الرضا بالمبيع فإنه حاصل على كل تقدير. غاية الأمر إنَّ العقد معلق على التزام صاحبه بالشرط - فيما لا يقبل الخيار - أو يكون التزامه به وتعهد به بانهاؤه وعدم رفع اليد عنه معلقاً على وجوده وتحققه فإنَّ تحقق الشرط لم يكن له بد عن الوفاء بالعقد والأكان هو بالخيار بين الاستمرار عليه ورفع اليد عنه ثم إنه لا وجه للنقص في المقام بالارش الثابت عند تخلف وصف الصحة وذلك لما عرفته سابقاً من كون ثبوته في مورد فضل الدليل التعبدي وعلى خلاف القاعدة ... محمد تقی خوئی، الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود، ج ۱، ص ۳۲۲.

۴۵. سيد محمد بجنوردی، قواعد فقهيه، ص ۱۳۴.