

The Analysis of the Contents and Effects of the Theory of Ja'l & Taghrir in Clarification of the Nature of the Condition

Alireza Alipanah*

Received: 2021/03/09

Seyyed Hamidreza Malihi**

Accepted: 2021/06/16

There are various theories on explaining the nature and concept of "proviso" that accepting each of them, directly, effects on the rules which are governing "proviso".

One of the most important theories on nature of proviso is Mohammad Kazem Tabatabai Yazdi's theory that is known as "Ja'l"/"Taqrir" theory. This article seeks to explain this theory, it's jurisprudential and legal effects and it's criticisms and shows the differences between it and other theories. Finally, it becomes clear that a proviso, merely, refers to a promise made by individuals that shari'a law confirms it.

According to this theory, there are any types of "proviso" including pure promise, promise to bind the original promise and obligation. In proportion to the nature of proviso and its types, the rights of beneficiary against promisor determines as well as the status of the transaction including the voided proviso.

Keywords: condition, Ja'l, Taghrir, promise, proviso.

* Assistant professor, faculty of law, Beheshti university, Tehran, Iran.

alipanah_a@sbu.ac.ir

** PhD. student of private law, Tarbiat Modares university, Tehran, Iran (Corresponding Author).

s.hamid.malihi@gmail.com

تحلیل مفاد و آثار نظریه جعل و تقریر در تبیین ماهیت شرط

علیرضا عالی پناه*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۱۹

سید حمیدرضا ملیحی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۲۶

چکیده

نظریات گوناگونی در تبیین ماهیت و مفهوم شرط پدید آمده که قبول هر کدام تأثیر مستقیمی بر احکام و آثار شرط برجای می‌گذارد و از جمله مهم‌ترین آنان نظریه‌ای است که اولین بار سید محمدکاظم طباطبایی یزدی آن را بنیان گذارد و به نام «جعل و تقریر» شناخته می‌شود.

هدف از این نوشتار نیز شرح و بسط این نظریه، بیان وجوه تمایز، نقدها و همچنین آثار است که بر پذیرش آن از حیث فقهی و حقوقی مترتب می‌گردد. در نهایت مشخص می‌شود که ماهیت شرط صرفاً اشاره به جعل و قراری دارد که اشخاص آن را می‌سازند و ادله شرعی بر اعتبار آن دلالت می‌کند. جعل مزبور در اقسام گوناگون شرط صورت متفاوتی به خود می‌پذیرد که به ترتیب عبارت است از جعل الزام و التزام، جعل تقییدی و جعل تقییدی توأم با التزام. متناسب با این ماهیت و اقسام آن حقوق مشروط له بر مشروط علیه در شروط صحیح و همچنین وضعیت معامله مشتمل بر شرط فاسد تعیین می‌شود.

واژگان کلیدی: شرط، جعل، تقریر، الزام، قید.

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

alipanah_a@sbu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

s.hamid.malihi@gmail.com

مقدمه

از مباحث مهم در حوزه «شروط قراردادی» بحث از ماهیت و مفهوم شرط است بدان جهت که پذیرش دیدگاهی خاص در این زمینه تأثیر مستقیمی بر احکام شرط و آثار مترتب بر آن می‌گذارد. این اهمیت سبب شده غالب صاحب‌نظران چه در فقه معاملات و چه در حقوق قراردادها درباره ماهیت شرط ابراز نظر کنند و به تبع نظریات فراوانی نیز پیرامون آن شکل گیرد.

از جمله این نظریات که سابقه چندانی نیز در فقه نداشته و می‌توان آن را رویکردی نوظهور در این بحث دانست نظریه «جعل و تقریر» است. گرچه این نظریه ابتدائاً توسط سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی (از این پس سید) طرح گردیده، شخصیتی که از اعتبار ویژه‌ای نزد فقیهان برخوردار است، با این همه نظریه مزبور از سوی سایر محققان چندان مورد توجه واقع نشده و کمتر در سایر کتب فقهی و همچنین تألیفات حقوقی به آن پرداخته شده است. در حالی که این نظریه، علاوه بر آنکه آثار شگرفی را در روابط حقوقی میان اشخاص موجب می‌شود از قوت استدلالی مطلوبی نیز برخوردار است و حتی بسیاری از اشکالاتی را که غالباً بر دیدگاه مشهور و مورد پذیرش از شرط، وارد می‌شود مرتفع می‌سازد.

در این نوشتار هدف آن است که در بخش اول با استفاده از آثار موجود در زمینه شرط به خصوص عبارات پراکنده سید در حواشی مکاسب پیرامون این موضوع، تقریری کامل و دقیق از نظریه «جعل و تقریر» صورت پذیرد و در ادامه برای شناخت دقیق‌تر این نظریه وجوه افتراق آن با نظریات مشهوری که مورد اقبال غالب صاحب‌نظران و همچنین قانون مدنی ایران است بررسی شود و همچنین اشکالات و نقدهای وارد بر نظریه «جعل و تقریر» مورد بحث قرار گیرد. نهایتاً ضروری است به آثاری که از پذیرش این نظریه در فقه و حقوق ایران ایجاد می‌شود نیز در بخش دوم پرداخته شود. بنابراین، در این تحقیق موارد آتی باید روشن گردد:

اولاً. مفهوم شرط و اقسام آن از منظر نظریه «جعل و تقریر» چیست و تا چه حد با

دیدگاه پذیرفته شده در فقه امامیه و حقوق ایران متفاوت است؟

ثانیاً. چه اشکالات و انتقاداتی نسبت به این نظریه طرح شده و یا قابل طرح است و به

کدام یک از آنان می‌توان پاسخ داد؟

ثالثاً. پذیرش این نظریه چه تأثیری بر احکام و آثار شناخته شده شروط در فقه و حقوق ایران می‌گذارد؟

لازم به ذکر است از تتبع در کتب فقهی و حقوقی فهمیده می‌شود که تحقیق مستقلاً در شرح و تحلیل این نظریه مسبق به سابقه نیست هر چند در لابلای برخی از تألیفات فقهی و حقوقی همانند اثر گران‌قدر سید محمد تقی خوئی در زمینه شروط و همچنین کتاب نظریه شروط و التزامات در حقوق اسلامی نوشته استاد محقق داماد به طور مختصر از آن سخن به میان رفته است.

۱. طرح نظریه

در این بخش هدف آن است که تقریر دقیق و روشنی مطابق آنچه از کلمات پراکنده سید طباطبایی در تبیین این نظریه فهمیده می‌شود، ارائه گردد.

ماهیت شرط از دیدگاه او مترادف با جعل و تقریر است. مفهومی که در مقابل وعده صرف و قول اخلاقی قرار دارد و با اینکه حکم هر دو به فتوای وی وجوب و لزوم وفا از حیث شرعی و عرفی می‌باشد اما در مورد اول برخلاف دومی این وجوب برآمده از ذات و حقیقت شرط و منطبق با قصد مشترک جاعلان آن است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۴).

شاید بتوان عبارت «رابطه حقوقی» را که از ترکیبات متداول نزد حقوق‌دانان است برای تبیین «جعل و تقریر» مورد استفاده قرار داد. ایشان در توضیح این عبارت آن را رابطه‌ای میان دو یا چند شخص می‌دانند که به موجب آن ذی‌نفع یا ذی‌نفعان می‌توانند شناسایی و یا اجرای مفاد آن را از مراجع صالح عمومی برای خود مطالبه کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص. ۶۵). بنا بر این توضیح از رابطه حقوقی، «جعل و تقریر» سببی است ارادی که اشخاص با توسل به آن رابطه مزبور را فی‌مابین خود مقرر می‌کنند و به آن اعتبار می‌بخشند. شخصی که این رابطه برای او مقرر شده است، مشروط له و شخصی که شرط در جهت تضییق حقوق و منافع او جعل شده مشروط علیه نامیده می‌شود. بر این اساس به عموم روابط حقوقی که اشخاص میان خود برقرار کرده‌اند شرط اطلاق می‌شود. با این همه، برخی از اقسام شروط رواج بیشتری در میان مردم دارد و عرفاً آثار خاصی از آنان انتظار می‌رود. سید در جهت

تبیین این شروط مطابق با نظریه خود اقسامی را برای جعل و تقریر ذکر می‌کند و هر کدام را معرف‌گونه خاصی از آن شروط رایج عنوان می‌کند اما این بدان معنا نیست که طرفین شرط باید از این تقسیم‌بندی پیروی کنند بلکه تقسیمات او جنبه تفسیری از شروط متعارف میان مردم داشته و اشخاص می‌توانند این شروط خاص را به صورتی دیگر جعل نمایند تا آثار متفاوتی را ایجاد کنند (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۰۱).

به عنوان مثال، همان‌گونه که در آینده اشاره می‌کنیم، شرط فعل عرفاً به نحو تقيید توأم با التزام مقرر می‌شود اما جاعل می‌تواند آن را به نحو التزام صرف و یا تقيید صرف مقرر نماید. به دیگر سخن، مثلاً، چنانچه مشتری تسلیم مبیع در محل اقامت خود را بر بایع شرط کند، مراد عرفی از آن تقيید مبادله عوضین به انجام تسلیم در اقامتگاه مشتری و نیز تعهد بایع به تسلیم در محل مذکور است، گرچه می‌تواند مراد از آن، در قصد مشترک طرفین صرفاً تقيید مبادله به تسلیم در محل مذکور بدون هر گونه تعهد و التزام یا فقط تعهد بایع به تسلیم در آن محل بدون تقيید مبادله به فعل مشروط باشد.

با این توضیح به بیان اقسامی از «جعل و تقریر» می‌پردازیم که می‌تواند ماهیت شرط را تشکیل دهد و مبنای آثاری شود که حقوق و تعهدات طرفین را متأثر می‌سازد.

۱-۱. جعل الزام و التزام:

دو مصداق برای این قسم از مجعولات توسط سید مورد بحث قرار گرفته است:

۱-۱-۱. التزامات ابتدایی

مصداق اول عبارت است از مجعولاتی که استقلالاً و بدون ارتباط با قرار دیگر، مشروط علیه را مکلف به انجام فعلی به نفع مشروط له می‌کند. اصطلاح متداول از این دسته مجعولات در فقه «التزامات ابتدایی» است (علیدوست، ۱۳۹۵، ص. ۲۰۴).

در اطلاق یا عدم اطلاق شرط بر این دسته از مجعولات اختلاف فراوانی میان فقها پدید آمده تا جایی که برخی از آنان اطلاق لفظ «شرط» بر آن را از اساس نپذیرفته‌اند (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۱۴). در نقطه مقابل اما سید به واسطه تفسیر خود از ماهیت شرط، این التزامات را از مصادیق بارز شرط عنوان می‌کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹، ج ۳، ص. ۲۴۷). برخی از روایات نیز که در آن لفظ شرط استعمال شده از نظر

او ظاهر در شروط ابتدایی است^۱ (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۵).

۲-۱-۱. شروط نتیجه

مصدق دومی که مطابق نظر سید از جمله موارد جعل الزام و التزام صرف می‌باشد «شروط نتیجه» است با این استدلال که شروط نتیجه نمی‌تواند در حین اینکه انشای عقد بوده مقیدکننده عقد اصلی یا لزوم آن شود بنابراین صرفاً به معنای التزام به آثار ناشی از شرط است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۱۳) در مباحث بعدی به سنجش این ادعا خواهیم پرداخت.

۲-۱-۲. جعل تقيیدی

جعل تقيیدی همان‌گونه که از نامش پیدا است به معنی مقیدکردن قراری به قرار دیگر است. از نظر سید جعل تقيیدی دو مصداق دارد شرط صفت و شرط فعل غیر (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۰۳). مراد از شرط فعل غیر نیز صورتی است که مشروط له از مشروط علیه می‌خواهد که شخص ثالثی را که طرف توافق نبوده راضی به انجام عملی نماید.

مطابق این نظریه، اشخاص می‌توانند ماهیت اعتباری ناشی از هر عمل حقوقی (منشا) را به سه لحاظ مقید سازند: وجود، عدم و استقرار (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۹).

در تقيید نوع نخست، طرفین در پی مقید ساختن وجود ماهیت اعتباری بر امری می‌باشند و در نتیجه عدم تحقق آن امر (شرط) موجب بطلان عقد می‌گردد. این صورت با ظاهر تعبیر اشتراط در کلام طرفین نیز سازگارتر است؛ زیرا آنان شرط را به نفس عقد متوجه می‌کنند. بنابراین، این نحوه از اشتراط به معنی تعلیق منشأ عقد مشروط است. با این همه، اگر طرفین صراحتاً شرط خود را به اصل وجود ماهیت اعتباری (منشا) معطوف کنند و تحقق آن را متوقف به تحقق شرط نمایند، این به معنای معلق ساختن عقد است و عقد معلق به سبب اجماع فقها بر بطلان آن، باطل خواهد بود (صاحب جواهر، ۱۴۳۲ق، ج ۲۲، ص. ۲۵۳).

در تقيید نوع دوم، عدم ماهیت مقید به امری می‌شود و لذا عدم تحقق شرط موجب

انفساخ عقد می‌گردد. بر این اساس، این نحوه از اشتراط به معنی درج شرط فاسخ در عقد است. سید در رابطه با حکم شرطی که با تصریح طرفین، استمرار عقد را مقید می‌سازد سخنی نگفته است، لکن این نوع شرط نیز به حق توسط برخی از اساتید نوعی عقد معلق دانسته شده است که از آن تحت عنوان تعلیق انفساخ عقد یا شرط فاسخ تعبیر کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۵۶).

در تقیید نوع سوم طرفین در پی مقید ساختن لزوم و استقرار ماهیت هستند و بنابراین ضمانت اجرای عدم تحقق شرط نیز اختیار مشروط له در انحلال عقد مقید می‌باشد. لذا، این نحوه از اشتراط هم به معنی جعل خیار معلق بر عدم تحقق شرط است. سید از میان این سه وجه، وجه اخیر را به عملکرد متعارف مردم نسبت می‌دهد، به این علت که اشخاص عرفاً در صورتی که ذینفع شرط باشند در صورت عدم تحقق شرط، عدم معامله (بطلان) را نمی‌خواهند بلکه عدم التزام به معامله و اختیار فسخ را با منافع خود سازگارتر می‌بینند و این تلقی عرفاً در اذهان رسوخ کرده و قصد مشترک متأثر از آن است. همین بیان می‌تواند قرینه قطعی بر عدول از ظاهر اشتراط و در تقدیر گرفتن لفظ لزوم باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۵۰).

۳-۱. جعل تقییدی توأم با التزام

از کلمات متفرق سید در حاشیه مکاسب می‌توان باور پیدا کرد که سید به قسمی از شروط با ماهیتی الزام‌آور و مقیدکننده معتقد است و شرط فعل طرف معامله را از مصادیق آن معرفی می‌کند با این حال کلمات وی در طرح این قسم از مجعولات خالی از تعارض و تهافت نیست.

در کتاب مذکور ابتدائاً شرط فعل، جعلی معرفی شده که به موجب آن طرف معامله باید مبادرت به انجام فعلی در برابر مشروط له نماید و سپس صراحتاً تأکید شده که اگر طرفین قصد کنند که شرط فعل تنها موجب مقیدشدن عقد شود شرط به استناد نامشروع بودن و مغایرت با حدیث «المؤمنون عند شروطهم» باطل است. در توضیح بیشتر این مطلب می‌توان گفت مطابق با تحلیل ابتدایی سید این روایت بر التزام مشروط علیه به انجام شرط در موارد امکان الزام وی به مفاد شرط دلالت می‌کند و تنها اگر به سبب ماهیت شرط، الزام مشروط علیه به انجام شرط ممکن نباشد، آن را باید خارج از

قلمرو این روایت تحلیل کرد و صحت آن را با استناد به ادله دیگر اثبات نمود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۹). بنابراین شرط فعل اگر به نحو تقيیدی قصد شود با مفاد روایت مزبور در تعارض است و باید آن را به سبب مخالفت با کتاب و سنت بی اثر دانست. از آنچه گفته شد معلوم می‌گردد که مقصود از تقيیدی واقع شدن شرط فعل آن است که عدم اجرای آن توسط مشروط علیه تنها موجب بطلان عقد (در صورت بازگشت قید به اصل معامله)، انفساخ آن (در صورت بازگشت قید به استمرار معامله) و یا پیدایش خیار (در صورت بازگشت قید به لزوم معامله) شود و مشروط علیه اصولاً مخیر در اجرا و عدم اجرای شرط باشد.

با این همه، سید در پاسخ به استفتائات و همچنین در بخش دیگر از حاشیه مکاسب که به احکام شروط صحیح می‌پردازد، در چندین موضع از این دیدگاه خود عدول کرده است و با پذیرش تفسیری از روایت که در آینده اشاره می‌کنیم تقيیدی واقع ساختن شرط فعل را می‌پذیرد. لازمه این سخن آن است که اگر طرفین از جعل التزام را اراده کرده باشند، انجام فعل بر مشروط علیه واجب است، اما اگر تقيید را به صورت قید لزوم اراده کنند، تنها موجب ایجاد حق خیار برای مشروط له در صورت امتناع مشروط علیه خواهد بود. اما دو صورت دیگر تقيید، همچنان که در جعل تقيیدی آمد، موجب بطلان عقد و شرط می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۱۴؛ ۱۳۹۰، ص. ۲۰۱).
وی در جای دیگر پا را فراتر نهاده است و هر شرط فعلی را عرفاً متضمن تقيید لزوم عقد مشروط به مفاد التزام (ملتزم به) و نه خود التزام می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۲۲). (به تفاوت میان این دو در بخش آثار تفصیلاً می‌پردازیم).

۲. مقایسه نظریه «جعل و تقریر» با دیدگاه مشهور

برای شناخت دقیق‌تر نظریه «جعل و تقریر» ضروری است آن را با نظریات مشهور در فقه و حقوق ایران مقایسه کنیم تا وجوه تمایز و افتراق و همچنین ابداعات آن مشخص شود. با تتبع در آرای فقیهان در مورد ماهیت شرط دو نظر را می‌توان دارای شهرت و اهمیت بیشتری دانست: شرط به مثابه التزام مندرج در ضمن عقد و شرط به مثابه مطلق الزام و التزام.

بر اساس نظر اول که شهرت آن به واسطه تبعیت فقها از قول اکثریت اهل لغت

محرز است، شرط عبارت است از التزامی که در ضمن عقد بیع یا عقد دیگری غیر از آن درج شده باشد (جزایری مروج، ۱۴۳۵ق، ج ۱، ص. ۵۵۴). شیخ انصاری در مکاسب نیز شهرت این نظر در فقه را پذیرفته است و شرط هشتم از شرایط صحت شرط را اندراج آن ضمن عقد معرفی می‌کند (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۲۱). این دیدگاه در نگارش قانون مدنی نیز مورد تبعیت نویسندگان این قانون قرار گرفته و در فصل چهارم از باب «عقود و تعهدات به طور کلی»، عنوان بحث، «در بیان شرایطی که در ضمن عقد می‌شود» انتخاب شده است. برخی از حقوق‌دانان ایرانی نیز شرط را به توافقی تعریف کرده‌اند که «... در شمار توابع عقد دیگری درآمده باشد» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳، ص. ۱۱۴). در ادامه از این نظریه به «التزام تبعی» تعبیر می‌کنیم.

رویکرد مشهور دیگر در فقه شرط را مطلق الزام و التزام می‌داند، اعم از آنکه مستقل یا ضمن عقد دیگری درج شده باشد (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۷۳). حقوق‌دانانی هم در حقوق ایران با ترجیح این دیدگاه آن را به عنوان قول صحیح در ماهیت شرط برگزیده‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۶۴).

به نظر می‌رسد نظریه جعل و تقریر دو تفاوت عمده با نظریات مشهور دارد: اول از حیث وسعت و گستره مفهومی آن و دوم از حیث تفکیک دقیق میان مصادیق شناخته شده شروط. در ادامه این دو تفاوت مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. سعه مفهومی

به نظر می‌رسد نسبت صدقی شرط طبق نظریه «جعل و تقریر» با شرط طبق دو نظریه مشهور عموم و خصوص مطلق است و شرط طبق این دیدگاه علاوه بر شمول نسبت به جمیع مصادیق شرط طبق دو نظریه دیگر، متضمن مصادیق دیگری نیز می‌باشد.

علت عمومیت شرط طبق دیدگاه سید نسبت به نظریه التزام تبعی آن است که طبق نظریه اخیر التزامات ابتدایی از مصادیق شرط نمی‌باشند و شرط تنها به التزامی اطلاق می‌شود که در ضمن و متن معامله دیگر مورد تصریح و توافق طرفین قرار گرفته باشد. شیخ انصاری در تأیید این نظر، در ابتدای بحث خیارات و برخلاف آنچه در شروط بیان کرده است، تصریح می‌کند اطلاق شرط تنها بر التزامات تبعی حقیقی است و متبادر از لفظ شرط تنها این دسته از التزامات است (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۱۴). در

مقابل سید با رد این عقیده، صدق شرط بر التزامات ابتدایی را پذیرفته است و آن را از مصادیق حقیقی شرط می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص. ۳۷۷).

گرچه شرط طبق دیدگاه مشهور دوم (شرط به مثابه مطلق الزام و التزام) از حیث مصداقی نسبت به شرط از منظر نظریه التزام تبعی اعم و اوسع است، لکن نسبت به نظریه جعل محدودتر است. زیرا، مطابق این نظریه شرط تنها بر توافقاتی صدق می‌کند که موجد تعهد به معنی خاص (تعهد فعل یا ترک) برای یکی از طرفین یا هر دوی آنان باشد، در حالی که بسیاری از توافقات متعارف میان مردم تنها متضمن تملیک، اباحه یا سایر آثار حقوقی جز تعهد به معنی خاص است. از این رو یکی از محققان در حاشیه خود بر مکاسب اطلاق شرط به معنی مطلق التزام را بر بیع صحیح ندانسته است. چه، به عقیده وی بیع تملیک عین در برابر عوض است و شرط به معنی التزام بر تملیک قابل اطلاق نیست (آخوند خراسانی، ۱۳۹۴، ص. ۳۹۷).

به هر حال، سید با هیچ‌یک از این دو تفسیر از شرط موافق نیست و برای نشان دادن مفهوم وسیع آن از لفظ «جعل» و «تقریر» استفاده می‌کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۴). تعبیری که از عام‌ترین مفاهیم قانون مدنی در زمینه اعتبار اراده‌ی اشخاص، همانند قراردادهای خصوصی مندرج در ماده ۱۰ این قانون و عقد صلح نیز گسترده‌تر می‌باشد.

به نظر می‌رسد جعل و تقریر به معنی انشای یک ماهیت اعتباری مؤثر در حقوق و تکالیف انشاءکننده قابل استناد در برابر دیگران است و بر الزام و التزام مستقل و تبعی و حتی یک طرفه^۲ (ایقاعی) و طرفینی (عقدی)، اعم از آن که موجد تعهد و التزام به فعل یا ترک یا آثار حقوقی دیگر باشد، به یکسان صدق می‌کند.

۲-۲. تفکیک میان مصادیق

از مختصات نظریه «جعل و تقریر» آن است که میان مصادیق بارز شروط از حیث ماهیت تفکیک قائل شده است. این ویژگی مورد توجه برخی از نویسندگان قرار گرفته است تا جایی که این نظریه را نظریه «تفصیل میان شرط فعل و صفت» نامیده‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۷، ج ۲، ص. ۲۷). این در حالی است که دو نظریه مشهور همه اقسام شروط را به عنوان مصداقی از مطلق التزام یا التزام تبعی معرفی کرده و به تفاوت جوهری میان

آنان قائل نشده‌اند. ناگفته پیداست که عدم تمایز ماهوی میان اقسام شرط اشکالات فراوانی ایجاد می‌کند تا حدی که تابعان دیدگاه مشهور برای حل آن نیازمند تسامحات فراوان شده‌اند یا همانند مواد قانون مدنی و شارحان آن اساساً در جهت رفع این اشکال کوششی نکرده‌اند (امامی، ۱۳۹۱، ج ۱، ص. ۳۳۶)، در صورتی که مطابق نظریه مورد بحث، اختلاف جوهری میان مصادیق شروط به خوبی منعکس می‌شود. در ادامه به برخی از این اشکالات اشاره می‌شود.

۱-۲-۲. رابطه میان التزام و شرط صفت

دیدگاه مشهور در توصیف ارتباط میان التزام و شرط صفت با مشکلاتی روبه‌رو شده است. چه، اگر در جوهره هر شرطی التزام و التزام وجود دارد، در شرط صفت که عبارت از شرط کیفیت و یا کمیت خاص در مورد معامله یا صفت خاص در شخص طرف معامله و ضمانت اجرای تخلف آن فقط پیدایش خیار برای مشروط له است و هیچ تعهدی به فعل یا ترک ایجاد نمی‌کند، این التزام چگونه قابل تصور است؟ این در حالی است که متبادر از ملتزم و متعهد بودن مشروط علیه آن است که فعل یا ترک فعلی به عهده او باشد و بتوان تحقق آن را از وی مطالبه کرد. ممکن است به ذهن این‌گونه خطور کند که اگر مورد معامله فاقد صفت مشروط بود، مشروط علیه می‌تواند در صورت امکان با ایجاد وصف مشروط مانع اعمال حق خیار شود و به این صورت بتوان بالتبع مشروط علیه را ملتزم به شرط صفت دانست. این دیدگاه را نمی‌توان پذیرفت. زیرا، همانطور که بسیاری از محققان به درستی اشاره کرده‌اند در صورت تحقق مبنای خیار، این حق برای دارنده آن ایجاد می‌شود و با از بین رفتن مبنای خیار از بین نمی‌رود (شهید ثانی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص. ۱۰۸ و برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۵، ص. ۱۲۳). بنابراین، اگر وصف مشروط موجود نباشد، خیار برای مشروط له ایجاد می‌شود و با ایجاد آن وصف خیار ساقط نمی‌گردد و لذا نمی‌توان مشروط علیه را ملتزم پنداشت.

برخی از فقها با قبول این اشکال درصدد توجیه آن برآمده و گفته‌اند التزام تنها بر شرط صفتی قابل صدق است که مبیع متصف به وصف مشروط باشد. چه، در این صورت بایع موظف است مبیع متصف به وصف را به مشتری تسلیم کند و بدین‌سان

محملی برای توجیه التزامیت شرط صفت پیدا می‌شود (عراقی، ۱۴۲۱ق، ص. ۵۹۸). این توجیه توسط محقق بجنوردی به این نحو کامل شده است که در فرض عدم تحقق وصف در شرط صفت، هر چند معامله به نحو صحیح میان طرفین واقع شده است، در واقع اجرای التزام مشروط علیه به تسلیم مورد معامله در حال اتصاف به صفت مشروط ممتنع می‌گردد و به همین دلیل التزام مشروط له نیز به آن معامله از بین می‌رود و می‌تواند معامله را فسخ نماید (بجنوردی، ۱۴۳۰ق، ج ۳، ص. ۲۹۵). رکن اصلی این توجیه را می‌توان درهم آمیختن شرط وصف با تعهد به تسلیم مورد معامله و سرایت التزام از دومی به اولی دانست.

از مطالبی که گذشت مسامحات فراوان این دو نویسنده که از قائلان به رأی مشهور هستند روشن می‌شود:

اولاً. صفت فارغ از وجود یا عدم آن در عقد درج می‌گردد و اگر ماهیت شرط التزام دانسته شود، اختصاص شرط صفت به حالت وجود وصف وجهی ندارد. ثانیاً. در این توجیه ظاهراً میان التزام به شرط و التزام به تسلیم مورد معامله خلط صورت گرفته است. زیرا التزام به شرط از نظر این نویسندگان التزام به تسلیم مورد معامله در حال اتصاف به صفت مشروط تعریف شده است، در حالی که این دو التزام ربطی به هم ندارند و به همین علت اگر مشروط علیه مورد معامله را بدون وصف مشروط به طرف دیگر تسلیم کند، تعهد به تسلیم موضوع بند ۳ و ۴ ماده ۳۶۲ قانون مدنی اجرا و ساقط شده است و آثار ناشی از عدم تسلیم از قبیل انفساخ معامله در صورت تلف مبیع قبل از قبض (مفاد قاعده تلف المبیع) و حق حبس مجرا نخواهد بود.

احتمالاً، همین ملاحظات سبب شده است که سید در حاشیه مکاسب التزام دانستن شرط صفت را تنها نوعی مجازگویی و همراه با مسامحه دانسته است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۹). این در حالی است که مطابق نظریه «جعل و تقریر»، همان‌گونه که گذشت، شرط صفت با اینکه همانند شرط فعل و نتیجه ماهیتی جعلی و اعتباری دارد، لکن برخلاف آن دو مشروط علیه را ملتزم به امری نمی‌کند و ماهیتی تقییدی دارد که لزوم عقد را به تحقق شرط در خارج مقید می‌سازد.

۲-۲-۲. رابطه میان التزام و شرط فعل

مطابق دیدگاه مشهور وضعیت رابطه عقد اصلی و شرط ضمن آن روشن نیست و این نظریه روشن نمی‌کند که یک التزام در صورتی که ضمن یک عقد شرط شود با حالتی که به صورت ابتدایی مورد توافق قرار گیرد چه تفاوتی دارد؟

عبارات فقهی در این زمینه ابهام دارد. اما به دلایلی می‌توان عدم تقیید عقد اصلی به شرط ضمن آن را حداقل به برخی از صاحبان دیدگاه مشهور نسبت داد و مقصود ایشان از ضمانت شرط نسبت به عقد اصلی را صرفاً همراهی شرط از حیث زمانی با عقد اصلی دانست.

اولاً، برخی از فقیهان در توضیح علت اندراج شرط در ضمن عقد بیان کرده‌اند که مقصود از این امر ضرورت اعلان شرط و توافق بر آن مابین ایجاب و قبول عقد اصلی است و سخنی از مقید ساختن عقد اصلی نمی‌کنند (قمی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۲۶۵).

ثانیاً، آثار ناشی از شرط بودن در فتاوی این دسته از فقها به طور کامل پذیرفته نشده است. چه، مهمترین اثر قید بودن آن است که در صورت امتناع شرط، حق خیار مطابق قاعده برای مشروط له ایجاد شود؛ امری که توسط فقهای قائل به دیدگاه مشهور پذیرفته نشده است. صاحب جواهر صراحتاً بیان می‌کند شرط چیزی جز التزام و التزام نیست و به همین خاطر اگر اجماع و حدیث لاضرر دلالت بر وجود خیار برای مشروط له (در صورت مقدور نبودن اجبار مشروط علیه) نداشت، نمی‌توانستیم تزلزل عقد و وجود خیار برای مشروط له را بپذیریم (صاحب جواهر، ۴۳۲ق، ج ۲۳، ص. ۲۱۹).

این در حالی است که مطابق نظریه «جعل و تقریر»، همان‌گونه که سابقاً نیز به تفصیل پرداخته شد، هر شرط فعل علاوه بر این که مشروط علیه را به اجرای موضوع شرط ملتزم می‌کند، لزوم عقد را نیز مقید می‌سازد و از این رو، اگر شرط به هر دلیلی واقع نشود، مشروط له می‌تواند عقد اصلی را نیز فسخ کند. بنابراین، حکم مسلم فقهی مبنی بر وجود خیار برای مشروط له در صورت امتناع شرط موافق قاعده خواهد بود.

با در نظر گرفتن مباحث فوق می‌توان نتیجه گرفت که جمع بین بعد التزامی و بعد تقییدی شرط فعل از مختصات نظریه «جعل و تقریر» است و در نظریه مشهور توجیه

برخی از احکام و آثار مسلم شرط نیازمند پذیرش مسامحات فراوانی است.

۳. نقد نظریه «جعل و تقریر»

به نظر می‌رسد، علی‌رغم نوآوری‌های این نظریه در تبیین ماهیت شرط و اقسام آن و توانایی این نظریه در توجیه بسیاری از مسلمات فقهی که در گفتار پیشین به آن اشاره شد، اشکالاتی نیز می‌توان به این نظریه وارد کرد که در ادامه به این اشکالات و پاسخ آنها در مواقعی که به نظر وارد نباشد اشاره خواهد شد.

۳-۱. ناهمخوانی با نظرات عالمان لغت

اشکال عمده وارد بر نظریه سید آن است که با جستجو در کتب عالمان لغت شواهد اندکی دال بر وضع شرط در معنای جعل یا تقریر می‌توان یافت. چه، همچنان که در فصل گذشته اشاره شد، بسیاری از عالمان لغت شرط را به «الزام و التزام تبعی» تعریف کرده‌اند. از قائلان این دیدگاه می‌توان فیروزآبادی، ابن منظور و زبیدی را نام برد (خویی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۶). برخی هم همانند صاحب المنجد معنای شرط را مطلق التزام می‌داند (خویی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۷). بنابراین، قابل کتمان نیست که نظریه «جعل و تقریر» در میان لغویون طرفدار جدی ندارد و این امر نقطه ضعفی برای این نظریه در مقابل سایر نظریات است.

البته، از کلمات سید شاید بتوان دو پاسخ برای این اشکال یافت:

اولاً. ایشان از قول صاحب صحاح نقل می‌کند که شرط به معنای «عهد» است و «عهد» در معنای وسیع خود به معنی قرار و مرادف جعل و تقریر است. بنابراین، معنی کردن شرط به جعل و تقریر مخالف اجماع اهل لغت نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۴).

ثانیاً. بسیار از اهل لغت دیده شده است که مصادیق یک معنا را به جای مدلول لفظ عنوان می‌کنند. در این جا هم ذکر مطلق التزام یا التزام مندرج در ضمن بیع به عنوان معنی شرط می‌تواند از باب بیان مصادیق این مفهوم باشد. حال، بر فرض پذیرش این کبرا و صحرای آن با اندک تأملی می‌توان دریافت که مخرج مشترک معنی‌هایی که توسط لغت شناسان برای شرط ذکر شده است، همان «جعل و تقریر» است

(طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴).
علاوه بر این دو استدلال در رد این ایراد به جهات دیگر نیز می‌توان تمسک کرد که در ادامه می‌آید:

ثالثاً. می‌توان گفت عالمان لغت در پی گردآوری استعمالات الفاظند و نه تعیین موضوع له آن و به همین خاطر خبرویت آنان در تشخیص موضوع له الفاظ نیست، بلکه در تشخیص آن دسته از معانی است که لفظ در آن استعمال می‌شود و تبعاً به علت عدم خبرویت در تشخیص موضوع له قول لغویون حجت نیست (آخوند خراسانی، ۱۳۸۹، ص. ۲۸۷). این جواب گرچه می‌تواند حجیت قول لغوی را با چالش مواجه کند، لکن برای تفصی از این اشکال کافی به نظر نمی‌رسد. زیرا، حتی اگر اهل لغت را صرفاً گردآورنده معانی مستعمله بدانیم، مصداق بارز این معانی خود موضوع له است و لذا اگر استعمال یک لفظ در یک معنی منتفی باشد، به نحو آنی می‌توان دریافت که آن معنی موضوع له نیست.

رابعاً. می‌توان حجیت قول لغوی را بالمره انکار کرد. گرچه برخی چنین دیدگاهی دارند، لکن باید توجه داشت که مبنای دیگری نیز در اصول وجود دارد که بر حجیت قول لغوی تأکید می‌کند و لذا احتمال حجیت را نمی‌توان ندیده گرفت. بر اساس مبنای دوم، چون لغت‌شناسان در این موضوع از خبرویت برخوردارند و ضرورت رجوع جاهل به عالم از بنائات مسلم عقلائی است، باید حجیت قول لغوی را پذیرفت (مظفر، ۱۳۹۳، ص. ۴۹۲). با این همه، باید توجه کرد که قدر مسلم از سیره در باب رجوع عالم به جاهل موردی است که قول عالم جنبه اخباری و حسی دارد و شمول سیره نسبت به رجوع جاهل به عالم در جایی که علم عالم در حدس و اجتهاد ریشه دارد، محل تردید بل منع است. بنابراین، به دشواری بتوان حجیت مطلق قول لغوی را به سیره عقلاء مستند کرد.

در پایان این بند به نظر می‌رسد که می‌توان پاسخ ریشه‌ای‌تری به این مستشکلان داد. چه، سید در صدد تبیین ماهیت اعتباری شرط یا حقیقت آن است، نه بیان معنی شرط و شرح الاسم. ناگفته پیداست که شناخت معنی هر لفظ در حیطه معنی‌شناسی و شناخت حقیقت هر ماهیت، اعم از حقیقی و اعتباری، در حیطه هستی‌شناسی است. بنابراین، معنی

لغت، هرچه باشد، الزاماً بیانگر حقیقت آن نیست. زیرا، گرچه واضع در وضع لغت برای موضوع له مسامحه نمی‌کند، لکن اهل لغت در تبیین موضوع له مسامحه می‌کنند و لذا محذوری در تفاوت تبیین هستی‌شناسانه با تبیین لغت‌شناسانه وجود ندارد.

۲-۳. صحت سلب و عدم تبادر

برخی از محققان برای رد این نظریه، به علامات حقیقت همانند تبادر و عدم صحت سلب استناد کرده‌اند و با نشان دادن شواهدی در صددند که عدم وضع شرط برای مطلق جعل و تقریر را اثبات کنند. نمونه بارز بر عدم تبادر و صحت سلب عبارت است از اینکه هیچ‌گاه به جعل نشانه‌هایی مانند علائم راهنمایی و رانندگی شرط گفته نمی‌شود. ممکن است در پاسخ گفته شود که این نظریه تنها مجعولاتی را شرط می‌داند که موجب ضیق و تنگنا برای مشروط علیه شود. برخی از محققان در رد این پاسخ به یک دلیل نقضی تمسک کرده و گفته‌اند اگرچه امارات شرعیه جعل شده‌اند و مفاد آن‌ها نیز برای مکلفان ضیق و تنگنا در پی دارد، لکن بدان شرط اطلاق نمی‌شود. بنابراین، عدم وضع شرط برای مطلق جعل اثبات می‌شود (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۱۳۳). به نظر می‌رسد که اگر به اطلاق کلام سید استناد و از روح حاکم بر نظریه وی چشم‌پوشی شود، می‌توان این نقد را وارد دانست، اما اگر مقصود از جعل در نظریه وی انشای ماهیت اعتباری توسط اشخاص برای تحت تأثیر قرار دادن حقوق فیما بین دانسته شود، این ایراد وارد نیست. زیرا نشانه‌ها و امارات شرعی از شمول مجعولاتی که اشخاص برای متأثر ساختن حقوق خود ایجاد کرده‌اند، خارج است. البته، باید توجه داشت که این پاسخ در کتب صاحب نظریه مورد تصریح قرار نگرفته است.

۳-۳. تعارض نظریه مزبور با اصل اولی

از کلام برخی از فقیهان معاصر دلیل دیگری بر رد نظریه «جعل و تقریر» استنباط می‌شود. بر پایه این استدلال مجموع دلایلی که گذشت نشان می‌دهد که سعه مفهومی واژه شرط به طور قطعی قابل تضمین نیست و به طور یقینی نمی‌توان دریافت که موضوع له شرط معنای اعم است یا اخص؟^۳ بی‌گمان، در صورت تحقق چنین تردیدی باید به قدر متیقن اکتفاء و شرط را بر مفهوم مضیق حمل نمود. چه، در این صورت

پذیرفتن معنای اعم مصداق تمسک به عام در شبهه مفهومی خود عام است که بطلان آن بدیهی است. بنابراین، شمول شرط بر عام‌ترین معنی ادعاشده، یعنی جعل و تقریر، مشکوک است و با وجود چنین شکی حمل شرط بر این معنی امکان ندارد (وحید خراسانی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۱۳۱).

۳-۴. اشکالات وارد بر تبیین سید از نظریه

بر فرض پذیرش اصل نظریه می‌توان بر تبیینی که سید از آن ارائه می‌دهد اشکالاتی را وارد دانست که با روح حاکم بر نظریه و حتی فتاوی سید در مباحث دیگر سازگار نیست که می‌توان در این زمینه به دو مورد اشاره کرد.

۳-۴-۱. تقییدی نبودن شرط نتیجه

همان‌گونه که سابقاً اشاره شد سید معتقد است که شروط نتیجه عقد اصلی را مقید نمی‌سازد و صرفاً مفاد این دسته از شروط التزام مشروط علیه به شناسایی آثار حقوقی ناشی از شرط نتیجه است. دلیل او را این‌گونه می‌توان خلاصه کرد: ماهیت شرط نتیجه، برخلاف شرط فعل و صفت، انشایی است و انشاء ذاتاً با تعلیق و تقیید سازگار نیست و لذا انشایی که مقیدکننده عقد اصلی باشد، قابل تحقق نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۱۳).

این ادعا قابل پذیرش نیست. زیرا، گرچه شرط نتیجه ماهیتی انشایی دارد، اما نفس این انشاء منجز و غیرمقید است. بنابراین، این شرط نتیجه نیست که مقید است، بلکه این عقد مشروط است که به شرط نتیجه مقید می‌شود.

تقیید عقد اصلی نیز حداقل از منظر سید با مانعی روبه‌رو نیست. زیرا، او خود معتقد است که شرط صفت و فعل نیز همین رابطه را با عقد اصلی دارند و سبب مقید شدن آن می‌شوند. بنابراین، می‌توان ادعا کرد سخن سید در رابطه با عدم امکان تقییدی بودن شرط نتیجه دقیق نیست، بلکه این شرط نیز می‌تواند مانند شرط صفت و فعل عقد اصلی را مقید سازد. بنابراین، برخلاف آنچه سید بدان ملتزم شده است، قرار دادن شرط نتیجه در دسته مجعولات تقییدی با روح حاکم بر نظریه «جعل و تقریر» سازگارتر است.

در حقوق ایران نیز با اینکه نظریه «جعل و تقریر» در آن تبیین نشده و تقییدی بودن

شرط نسبت به عقد به صورتی که در این نظریه برجسته شده، مطرح نگردیده است، لکن بسیاری از حقوق‌دانان نتیجه‌ای را که ناشی از تقییدی بودن این گونه شروط است پذیرفته‌اند و آن عبارت است از وجود حق خیار برای مشروط له در صورتی که به هر علتی شرط نتیجه محقق نشده باشد (شهیدی، ۱۳۹۴، ص. ۱۳۹).

۲-۴-۳. بطلان شرط مقیدکننده اصل معامله

قبلاً اشاره شد که سید شرط صفت و شرط فعل ثالث را قید لزوم عقد می‌داند و در استدلال بر این که این شرط نمی‌تواند اصل معامله را مقید کند، می‌گوید چنین تقییدی به تعلیق منجر می‌شود که به اجماع فقیهان مبطل عقد است. همان‌گونه که سابقاً گفته شد ظاهراً شاید بتوان بطلان عقد را در صورتی نیز که شرط قید استمرار منشأ باشد، به او نسبت داد.

به نظر می‌رسد، همان‌گونه که سید معتقد است، با توجه به قصد مشترک طرفین شروط مذکور در فرض اطلاق عقد قید لزوم محسوب می‌شوند، اما هیچ مانعی ندارد که طرفین بتوانند با تراضی آن را قید اصل معامله یا استمرار آن قرار دهند. چه، سید در حواشی خود بر مکاسب اجماع ادعاشده بر مبطل بودن تعلیق را به علت شک در تحقق آن نمی‌پذیرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۴۴۱). با این همه، مشخص نیست که چرا او در بحث شروط از آن دیدگاه عدول و با استدلال به اجماع به بطلان این دسته از شروط گرایش پیدا کرده است.

در حقوق ایران نیز غالب حقوق‌دانان با استناد به قرائن متعدد قانونی صحت عقد معلق و عقد مشروط به شرط فاسخ را پذیرفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۵۶۰). بنابراین، می‌توان ادعا کرد که در صورت پذیرش اصل نظریه در حقوق ایران متعاقدين می‌توانند شرط صفت یا فعل ثالث را قید اصل عقد یا استمرار آن قرار دهند، هر چند لازم است به این موضوع تصریح کنند.

۴. آثار نظریه «جعل و تقریر»

شرط از الفاظی است که هم در روایات مرتبط با معاملات و هم در قوانین و مقررات موضوع حکم شرعی و قانونی واقع شده است و به همین علت تفاوت دیدگاه در این

زمینه تأثیر مستقیمی بر آثار حقوقی ناشی از آن دارد به طوری که می‌توان ادعا کرد یکی از دلایل اختلاف آراء و انظار میان فقیهان در مبحث شروط به علت تفاوت نگرشی است که در شناخت ماهیت آن راه پیدا کرده است. از این رو ضروری است برای شناخت کامل و درک اهمیت نظریه مزبور، آثار و نتایج ناشی از پذیرش آن بر فتاوی فقیهان و احکام قانون مدنی مورد مذاقه قرار گیرد.

به طور کلی می‌توان اثر اصلی این نظریه را در دو نکته خلاصه کرد:

الف) جعل و قرار اشخاص به هر شکل معتبر و مفاد آن الزام آور است.

ب) اقسام مختلف شرط بر مبنای قصد مشترک طرفین قابل تفسیر است.

به نظر می‌رسد این دو اثر در حوزه حقوق قراردادها بر سه موضوع اثرگذار است که تحت عنوان دایره نفوذ شروط، ضمانت اجرای ناشی از تخلف و تأثیر شرط فاسد بر عقد اصلی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۴-۱. دایره نفوذ شروط

مفاد روایت «المومنون عند شروطهم» که از منابع مهم استنباط احکام معاملات در فقه اسلامی است بنا به نظر بسیاری از فقیهان دلالت بر حکم وضعی دارد. به این معنا که شرط (به هر معنایی که باشد) در حقوق و تکالیف اشخاصی که آن را محقق ساخته‌اند معتبر، نافذ و مؤثر است (محقق داماد، ۱۳۸۰، ج ۲، ص. ۴۰). مصداق قطعی و غیرقابل تردید و مورد اجماع شرط، همان‌گونه که سابقاً گذشت، التزامات تبعی (شروط ضمن عقد) است، اما شمول این لفظ نسبت به شروط ابتدایی محل اشکال و تردید است و لازم است رویکرد نظریه «جعل و تقریر» به این امر بررسی و با دیدگاه مشهور فقها مورد مقایسه قرار گیرد.

۴-۱-۱. شروط ابتدایی

شروط ابتدایی، در معنای اعم خود، هم شامل تعهدات یک‌جانبه است و هم شامل توافقاتی است که خارج از عقود با نام و معین شکل گرفته است.

در اعتبار عقود غیرمعینی که با توافق بین اشخاص شکل گرفته است، در فقه امامیه و حقوق ایران تردیدی نیست. زیرا، نصوص وارد شده در قرآن و سنت حکم به وفای

تمام عقود و قراردادها کرده است و ماده ۱۰ قانون مدنی نیز طبق نظر مشهور در حقوق ایران متضمن چنین حکمی است. ناگفته پيدا است که این استنباط از ماده ۱۰ قانون مدنی بر این انگاره استوار است که قید «در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد» در آن ماده قید حکم باشد، نه موضوع. چه، اگر قید مورد اشاره قید موضوع باشد که از قضا با ظاهر ماده نیز سازگارتر است، در مقام شک در صحت معامله به عموم آن نمی توان تمسک کرد و در چنین مواردی عدم مخالفت صریح قرارداد با قانون باید احراز گردد و الا قرارداد محکوم به بطلان خواهد بود. به دیگر سخن، طبق دیدگاه مشهور مفاد ماده عبارت از صحت هر قرارداد خصوصی جز در صورت احراز مخالفت صریح آن با قانون و طبق ظاهر ماده مفاد آن عبارت از صحت هر قرارداد غیر مخالف صریح با قانون است. بنابراین، طبق خوانش نخست اصل بر صحت حکمی هر قرارداد و طبق خوانش دوم اصل بر فساد حکمی هر قرارداد است. به هر روی، جای این پرسش وجود دارد که چرا استنباط خلاف ظاهر از ماده ۱۰ قانون مدنی در حقوق ایران شهرت یافته باشد. دلیل این امر شاید ارتكازی بودن اصل صحت حکمی باشد.

بالعکس در مورد تعهد یک جانبه قول مشهور میان فقیهان عدم صحت و اعتبار است، جز در مواردی که شارع صراحتاً ایقاعی را پذیرفته باشد. مطابق این قول اشخاص نمی توانند صرفاً به اراده خود خویشتن را در برابر دیگری متعهد سازند و به طریق اولی باعث تعهد دیگری در برابر خود شوند (محقق داماد، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۱۶۹). همین دیدگاه در حقوق ایران نیز وارد شده است؛ خصوصاً که هیچ ماده‌ای در قانون مدنی نفوذ و اعتبار ایقاعات را به طور کلی و به عنوان قاعده پذیرفته است و برخی از حقوقدانان ایرانی نیز بر اصل بطلان و عدم اعتبار آن جز در موارد مصرح قانونی تصریح کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص. ۲۱).

حسب تتبع نگارندگان، سید هر چند در مورد این مسئله در حواشی مکاسب و سایر تألیفات خود سخنی به میان نیاورده است، اما به نظر می‌رسد که مطابق نظریه او، به دلیل حمل شرط بر مطلق جعل و تقریر، عموم صحت ایقاعات به شرط عدم مخالفت با شرع قابل پذیرش است. قرائن دیگری نیز در این باره وجود دارد. چه، از منظر او لفظ «شرط» بر نذر و عهد شرعی نیز صدق می‌کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۵)، در حالی که در ایقاع بودن این دو تردید نیست.

بنا به مطالب پیش گفته، اگر دایره مفهوم شرط ایقاعات را نیز دربرگیرد، روایت «المؤمنون عند شروطهم» پایبندی به آن و نفوذ و صحت آن را به رسمیت می‌شناسد و می‌توان با استناد به آن به صحت این‌گونه تعهدات حکم کرد. برداشت برخی از نویسندگان نیز با تفسیر مذکور از کلام سید موافق است و قول به صحت مطلق ایقاعات به عنوان یکی از اسباب تعهد را به او نسبت می‌دهند (عبدی‌پورفرد، ۱۳۹۲، ص. ۵۴).

۲-۱-۴. شروط بنایی

متداول‌ترین حالت توافق درباره شرط مرتبط با عقد دیگر، آن است که توافق نسبت به شرط هم‌زمان با توافق نسبت به عقد حاصل شود. با این همه، این امکان وجود دارد که متعاقبین قبل از انعقاد عقد یا پس از آن نسبت به تحقق شرط تراضی کنند. دسته اول تحت عنوان شروط بنایی و دسته دوم با نام شروط الحاقی شناخته می‌شوند. از این دو قسم، شروط بنایی متأثر از نظریه سید واقع شده است و در حاشیه مکاسب به آن پرداخته است.

در اعتبار این شرط میان محققان و نویسندگان بحث‌های فراوانی در گرفته است. نظر غالب در فقه عدم اعتبار است و این امر تا آن اندازه مورد تأکید بوده که برخی همانند شیخ انصاری یکی از شرایط صحت شرط را اندراج آن در متن عقد عنوان و نسبت به آن ادعای اجماع کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۲۱). در کتاب القواعد و الفوائد شهید اول نیز این مهم تحت عبارت «هر شرطی که مقدم یا موخر است اثری برای آن نیست»، به عنوان قاعده‌ای مستقل مطرح شده است (به نقل از: محقق داماد، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۲۹۸).^۴

در حقوق ایران، قانون مدنی به طور صریح صحت یک شرط بنایی خاص را در ماده ۱۱۲۸ پذیرفته است لکن استنباط اصل صحت شروط بنایی از ماده مورد اشاره منوط به لغو خصوصیت از موضوع آن است که با توجه به ذکر این ماده در باب نکاح و سوابق فقهی امر، ممکن است محل اشکال باشد. در مقابل این اشکال ممکن است برخی فحوای خطاب را پیش کشند و از حکم به صحت شرط بنایی در نکاح به قیاس اولویت صحت این شرط را در دیگر قراردادها نتیجه بگیرند. البته، غالب حقوق دانان

بدون عنایت به نحوه استدلال و اشکال مذکور و بر عکس فقیهان شرط بنایی را صحیح دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص. ۲۸۶).

سید صریحاً شرط بنایی را به عنوان یک شرط، در صورتی که متضمن انشاء باشد صحیح شمرده است و دلیل این فتوا را صدق شرط بر این مقدار از توافق می‌داند و با تمسک به عموم «المؤمنون» صحت شرط بنایی را نتیجه می‌گیرد. اما در اینکه این توافق بنایی می‌تواند عقد اصلی را مقید نماید یا خیر، وی عقیده دارد عقد در صورتی با شرط بنایی مقید می‌شود که طرفین حین انعقاد عقد ملتفت به توافق پیشین خود باشند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۹۴).

بنابراین اگر شرط بنایی را عبارت از توافقات پیش از عقد بدانیم که در تحقق رضایت طرفین موثر است و حتی بدون التفات حین العقد موجب تقیید آن می‌شود باید گفت که سید به این صورت از شرط بنایی معتقد نیست.

ممکن است سوال شود که چرا در شرط بنایی سید التفات طرفین را به شرط حین انعقاد عقد علاوه بر تحقق شرط بنایی برای مقید ساختن عقد اصلی لازم می‌پندارد؟ پاسخ آن است که از نگاه سید، در آن شرط بنایی که طرفین حین عقد اصلی به آن ملتفت نبوده‌اند، صرف آن شرط عقلاً نمی‌تواند عقد را مقید سازد زیرا تقیید امر معدوم محال است و نقش التفات حین العقد هم آن است که به عنوان قید معنوی انشاء را مقید واقع می‌سازد نه آنکه به شرط بنایی اعتباری بیشتر دهد بلکه این اثر مستقیم التفات است و بلکه حتی اگر ذهن متعاقدین منصرف به معنایی بود که بر آن تبانی قبل از عقد هم نداشته بودند عقد به صورت مقید واقع می‌شد.

از ملاحظه مطالب فوق معلوم می‌شود اگر ماهیت عقد هنوز به وجود نیامده باشد جعل نمی‌تواند آن معدوم را مقید سازد مگر به التفات حین تحقق عقد (التفات ماهیت انشایی ندارد) یا به جعل تقییدی حین العقد.

۲-۴. ضمانت اجرای تخلف از شرط

در تبیین ضمانت اجرای تخلف شرط فقیهان بین شرط صفت و نتیجه از یک سو و شرط فعل از دیگر سو تفصیل قائل شده و در شق اول به ثبوت خیار فتوا داده و در شق دوم دچار اختلاف عقیده شده‌اند. در خصوص ضمانت اجرای تخلف شرط فعل مثبت

سه دیدگاه در فقه امامیه قابل شناسایی است:

الف) حق فسخ در طول حق الزام مشروط علیه

ب) حق فسخ در عرض حق الزام مشروط علیه

ج) حق فسخ بدون حق الزام مشروط علیه

قول مشهورتر آن است که مشروط له می‌تواند اجبار مشروط علیه را از حاکم درخواست نماید و اگر اجبار او ممکن نباشد، می‌تواند عقد اصلی را فسخ کند (خویی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۴۷). مطابق این رأی حق فسخ در طول حق الزام قرار دارد و تا الزام مشروط علیه به انجام فعل ممکن باشد، نوبت به فسخ نمی‌رسد و تنها اگر الزام ممتنع شود، حق فسخ برای مشروط له پدید می‌آید. البته، در شرط صفت و نتیجه که از همان ابتدا امکان الزام مشروط علیه وجود ندارد، مشروط له می‌تواند معامله اصلی را فسخ کند. همین دیدگاه در مواد ۲۳۵، ۲۳۷ و ۲۳۹ قانون مدنی نیز منعکس شده است.

این دیدگاه را به دو صورت می‌توان توجیه کرد:

توجیه اول این است که مجموع عقد و شرط، خواه به نحو وحدت مطلوب یا تعدد مطلوب، موضوع وجوب وفاء است و چون وجوب وفاء ریشه در حق طرفین عقد دارد، ذی حق می‌تواند الزام متخلف از وفا را از حاکم تقاضا نماید. بر این اساس، مقتضای ادله وجوب وفاء به عقد و ایجاب به وفاء آن است. حال، اگر، به هر علت، به عقد وفاء نشود و الزام هم، به هر علت، ممکن نگردد، خیار ثابت می‌شود. ثبوت این خیار قطعاً به تعبد محض مستند نیست و ریشه در ارتکاز عقلایی دارد و می‌تواند قسمی از اقسام خیار تعذر تسلیم تلقی گردد. بگذریم از اینکه حسب برخی از مبانی عموم نفی ضرر نیز می‌تواند مثبت خیار باشد.

توجیه دوم این است که ثبوت حق خیار در طول حق الزام به قصد مشترک طرفین مستند است. بر این اساس، شرط فعل موجب تقييد عقد در قصد مشترک طرفین است، اما این تقييد نه یک تقييد مطلق که یک تقييد مقيد به عدم امکان الزام است و لذا بر مبنای قصد مشترک طرفین ثبوت خیار تخلف شرط یا اشتراط منوط به عدم امکان الزام است.

در مقابل این دیدگاه، قول دیگری در میان فقیهان وجود دارد که قائل شاخص آن

شهید اول است. بر اساس این نظریه اثر شرط مطلقاً تبدیل عقد مشروط به عقد خیار در صورت تخلف شرط و تحقق حق فسخ برای مشروط له نسبت به معامله اصلی در فرض تخلف است. مطابق این نظر مشروط له حق الزام مشروط علیه را، حتی در صورتی که این امکان برای او وجود داشته باشد، ندارد و تنها راه ممکن برای او در فرض تخلف شرط فسخ عقد اصلی است (شهید اول، ۱۳۸۹، ص. ۱۱۰). این دیدگاه جز بر مبنای استناد به قصد مشترک ممکن نیست. چه، اگر شرط فعل جزء مفاد عقد تلقی شود، در امکان الزام بدان نباید تردیدی روا داشت و این امر بدیهی چیزی نیست که بر مثل شهید اول پوشیده مانده باشد. بنابراین، به نظر می‌رسد که از نظر شهید اول شرط فعل در قصد مشترک طرفین جزء مفاد الزام‌آور عقد نیست و هدف از این شرط فقط تقیید لزوم عقد یا جعل خیار معلق بر تخلف شرط است. پس، می‌توان دریافت نظر شهید اول فقط بر تحلیل قصد مشترک استوار است.

برخلاف دو دیدگاه مذکور دیدگاه دیگر بر ثبوت حق فسخ در عرض حق الزام تأکید دارد.

این دیدگاه را نیز به دو صورت می‌توان توجیه کرد:

توجیه اول این است که حق الزام ریشه در عمومات وجوب و فاء به مثابه یک حکم دارد و حق فسخ بدون اناطه به عدم امکان الزام ریشه در قصد مشترک طرفین و این دو در عرض هم قرار دارند.

توجیه دوم این است که هم حق مطالبه و هم حق فسخ مدلول قصد مشترک طرفین است و وجود دو لحاظ برای یک امر در قصد مشترک با مانعی مواجه نیست. زیرا، این مفاد شرط فعل است که در قصد مشترک طرفین عقد را مقید می‌کند، نه التزام بدان. به نظر می‌رسد نظریه جعل و تقریر بر این توجیه مبتنی است.

از منظر نظریه «جعل و تقریر» نه می‌توان به طور مطلق حق الزام مشروط علیه را برای مشروط له شناسایی کرد و نه مطلقاً برای او اختیار فسخ معامله قائل شد، بلکه روایت «المؤمنون عند شروطهم» که منبع اصلی استنباط حکم در این موضوع است، تنها بر این دلالت دارد که اشخاص موظفند مجعولات خود را معتبر بشناسند و به آن ترتیب اثر دهند. بنابراین، برای آنکه حدود حق مشروط له روشن گردد لازم است به مفاد شرطی که از آن تخلف شده بازگشت (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۳۲). با

این مقدمه می‌توان دریافت که مقتضای استظهار عرفی از شرط فعل آن است که مشروط له می‌تواند مشروط علیه را مجبور به انجام فعل کند. بنابراین، حق الزام برای او در این شروط وجود دارد. اما ظاهر از ضمنیت شرط برای عقد دیگر آن است که طرفین با جعل خود خواسته‌اند التزام خود به عقد را نیز منوط به تحقق شرط کنند و آن را قید لزوم قرار دهند و لذا در صورتی که شرط محقق نشود، ذی‌نفع التزامی به عقد ندارد و می‌تواند آن را فسخ کند. توجه بدین نکته ضروری است که لزوم عقد، عرفاً، مقید به اصل شرط نیست بلکه مقید به مفاد شرط است. با این توضیح که آنچه مشروط له می‌خواهد تحقق مفاد شرط با تمام جزئیات آن است و نه صرفاً التزام به اصل شرط بدون لحاظ زمان تحقق آن. نتیجه این تحلیل آن است که اگر مفاد شرط با تمام جزئیات آن از جمله زمان مدنظر طرفین محقق نشود، حتی اگر بتوان مشروط علیه را مجبور به اجرای شرط کرد، قید منتفی است و در نتیجه مقید یا لزوم عقد نیز منتفی می‌شود و به محض تحقق کوچک‌ترین تخلف از مفاد شرط حق فسخ برای مشروط له ایجاد می‌شود. اما اگر لزوم عقد مقید به التزام ناشی از شرط بود و نه موضوع التزام یا ملتزم به، تا زمانی که امکان الزام مشروط علیه وجود داشت، حق فسخ برای مشروط له پدید نمی‌آمد. بنابراین، طبق این نظریه شرط فعل عرفاً به نحوی جعل می‌شود که در صورت تخلف برای مشروط له حق اجبار و حق فسخ در عرض هم و به صورت توأمان ایجاد می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۳۲). حاصل آنکه گرچه نظریه ثبوت حق فسخ در عرض حق الزام در تخلف شرط فعل مثبت را نمی‌توان از اختصاصات نظریه جعل و تقریر دانست، لکن باید پذیرفت که این نظریه مسیر هموارتری را برای اثبات آن پیش پای می‌نهد.

به نظر می‌رسد ماده ۴۹۶ قانون مدنی نیز که بیان می‌دارد: «...نسبت به تخلف از شرایطی که بین مؤجر و مستأجر مقرر است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد» با نتیجه حاصل از این نظریه هماهنگ است.

در شرط صفت و شرط فعل ثالث استظهار عرفی آن است که مشروط له عرفاً التزام مشروط علیه به اجرا را نمی‌خواهد. زیرا، تحقق آن از اختیار مشروط علیه خارج است. بنابراین، مفاد جعل این شروط تنها مقید ساختن التزام مشروط له به اجرای عقد اصلی

است و در صورتی که مفاد شرط محقق نشود، قید منتفی است و در نتیجه مقید نیز منتفی و برای مشروط له اختیار فسخ نسبت به عقد اصلی ایجاد می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۰۳).

در شرط نتیجه سید مفاد شرط را تنها التزام مشروط علیه به ترتیب اثر می‌داند که به نظر قابل نقد می‌رسد. اما به نظر می‌رسد که شرط نتیجه تنها متضمن تقیید لزوم عقد به تحقق شرط بوده و التزام به آثار ایجاد شده نه ناشی از شرطیت بلکه ناشی از اعتبار ماهیت حقوقی است که ایجاد آن توسط متعاقدين اراده شده است و از همین رو در صورتی که شرط نتیجه، به هر علت، محقق نشود، تنها حقی که برای مشروط له ایجاد می‌گردد، حق فسخ خواهد بود (شهیدی، ۱۳۹۴، ص. ۱۳۹).

۳-۴. اثر شرط فاسد

قانون مدنی در تبعیت از دیدگاه برخی از فقها صرف فساد شرط را موجب بطلان عقد ندانسته است. در این زمینه ماده ۲۳۲ مقرر می‌دارد: «شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست...».

از جمله کسانی که بر عدم مفسدیت شرط فاسد استدلال کرده‌اند، شیخ انصاری است. او در تبیین این اندیشه بیان می‌دارد که قیود مؤثر در صحت عقد به دو گونه است: دسته اول قیودی که رکن عقد هستند و نبود آنان تراضی را منتفی می‌کند. به عنوان مثال، اگر توافق طرفین بر خرید یک خودروی متحرک باشد، تحرک رکن توافق است. دسته دوم قیودی که رکن توافق نیستند و تنها موجب مطلوب‌تر شدن موضوع می‌شوند، همانند سلامت و معیوب نبودن مورد معامله.

از منظر شیخ اعظم فقدان قیود نوع اول موجب بطلان معامله می‌شود، اما فقدان قیود نوع دوم خللی به صحت عقد وارد و آن را باطل نمی‌کند. وی نهایتاً ادعا می‌کند که شروط ضمن عقد همگی از نوع دوم هستند و لذا فساد آنان اصولاً خللی به صحت عقد نمی‌زند (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۳۷).

اما در نظریه «جعل و تقریر» این حکم به صورت کلی پذیرفته نشده است و از آن رو که ماهیت شرط جعل است، رکن بودن و نبودن آن نسبت به مورد معامله بسته به کیفیت جعلی است که واقع شده است. بنابراین، اگر شرط در نظر جاعل رکنیت داشت،

فقدانش موجب بطلان عقد و الا معامله صحیح است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۷۲).

اما می‌توان ادعا نمود که شروط از منظر اثبات، غالباً در نظر مردم جنبه فرعی دارند و مطلوبیت عقد منوط به آن نیست. نتیجتاً در صورتی که طرفین به رکن بودن شرط تصریح کنند، آن شرط قید اصل معامله خواهد بود و نبودش موجب بطلان، اما در صورت عدم تصریح، حسب متعارف، مقصود طرفین فرعی بودن شرط و همانند آنچه در گذشته آمد قید لزوم معامله است و لذا در صورتی که این قید به واسطه فساد منتفی شود، مقید نیز که لزوم عقد است در صورتی که مشروط له جاهل به فساد شرط باشد منتفی می‌شود (در صورت علم به فساد تقییدی اراده نشده است) و مشروط له می‌تواند معامله را فسخ نماید. بنابراین، طبق نظریه سید وجود خیار برای مشروط له برابر این نظریه امری موافق قاعده است، در حالی که مطابق نظریه مشهور که شرط را صرفاً التزام می‌داند، دلیلی بر وجود حق خیار در فرض فساد شرط نیست.^۵ قانون مدنی نیز به تبعیت از مشهور حکمی مبنی بر ثبوت خیار برای مشروط له در فرض فساد شرط ندارد، ولی در صورت پذیرش این نظریه ثبوت خیار در این فرض موافق قاعده است و نیازمند تصریح قانون نیست.

نتیجه‌گیری

از دقت در مطالبی که در این نوشتار مطرح شد می‌توان نتیجه گرفت:

- ۱- طبق نظریه «جعل و تقریر» شرط را باید به معنای مطلق جعل و به تعبیر بهتر انشای هر ماهیت اعتباری تعبیر نمود که حقوق انشاکننده خود را متأثر می‌سازد.
- ۲- این جعل به اعتبار متعلق خود دارای اقسامی است که هر کدام نشان دهنده ی نوع خاصی از شروط متعارف میان مردم است. بر این اساس، جعل یا مستقل است یا تبعی و تقییدکننده یک جعل دیگر. شق اول همان جعل الزام و التزام است که بر ماهیت شروط ابتدایی منطبق است. شق دوم یا جعل تقییدی خود بر دو قسم است. چه، جعل تقییدی یا مانند شرط صفت و شرط فعل غیر مطلق از التزام مشروط علیه به مفاد شرط است یا توأم با التزام بدان که ماهیت شرط فعل مثبت بر خود مشروط علیه بر آن منطبق است.

۳- عمده تفاوت نظریه «جعل و تقریر» با دو دیدگاه مشهور، اعم از التزام تبعی یا مطلق التزام، تفاوت در سعه مفهومی شرط است و نظریه نخست مصادیق بیشتری را در خود جای می‌دهد. اما بر خلاف نظریه های مشهور که ماهیت تمام اقسام شرط را به الزام و التزام باز می‌گردانند، این نظریه، علی‌رغم پذیرش جنس مشترک میان اقسام شناخته شده شرط، تمایزاتی در بین این اقسام قائل است که باعث تفاوت جوهری میان آنها می‌شود.

۴- مخالفت نظریه جعل و تقریر با قول مشهور لغویان و ادعای عدم تبادل جعل از شرط و صحت سلب آن از شرط از مهم‌ترین اشکالات وارد بر این نظریه می‌باشد. بر فرض اگر عدم تبادل و صحت سلب بطلان این نظریه را قطعی نسازد، لااقل موجب تردید در صحت آن می‌شود و از آن رو که این تعبیر از شرط عام‌ترین تعبیر از آن و مشتمل بر مصادیق مورد اختلاف است، نمی‌توان شمول عمومات نسبت به مصادیق مذکور را پذیرفت. با این همه به نظر نمی‌رسد که این اشکالات برای بطلان این نظریه کافی باشد.

۵- برخی از فروع مطابق با تبیین سید از این نظریه قابل اشکال است و با کلیت این نظریه و منطبق آن سازگار نیست. تقییدی نبودن شرط نتیجه و همچنین باطل و مبطل بودن شرط فعلی که تنها اثر آن مطابق خواست متعاقدين مقید ساختن اصل معامله یا دوام آن است، از مصادیق این فروع است.

۶- آثار نظریه مذکور عبارت است از شمول روایت «المؤمنون عند شروطهم» بر شروط ابتدایی و شروط ضمن عقد، تبعیت ضمانت اجرای تخلف شرط از نحوه جعل آن و علی‌القاعده بودن ثبوت خیار در صورت فساد شرط، مگر در صورت لحاظ آن به نحو رکنیت برای عقد.

۷- با این همه، به نظر می‌رسد که مهم‌ترین یافته سید، توضیح این مطلب است که حکم شرط از خارج از موضوع خود شرط نشئت نمی‌گیرد و این قصد مشترک طرفین است که محتوای شرط و حکم مترتب بر آن را رقم می‌زند.

تحليل مفاد و آثار نظريه جعل و تقرير در تبين ماهيت شرط / سيد حميدرضا مليحي و عليرضا عالي پناه
پژوهش‌های حقوق اسلام

یادداشت‌ها

۱. الظاهر أن قوله: «إن نکحت ... الخ، انما هو ابتداء لا فی ضمن العقد».
۲. سید در حاشیه مکاسب و عد، نذر و عهد شرعی را که جملگی از ایقاعات هستند از مصادیق شرط برمی‌شمارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۵).
۳. گرچه این استدلال در تردید میان مطلق التزام و التزام تبعی طرح شده است، ولی مناط آن در مطلق جعل نیز که نسبت به آن دو معنا اعم است، قابل طرح است.
۴. کل شرط تقدم أو تأخر فلا اثر له.
۵. فالاقوی فی المقام عدم الخيار و إن کان یسبق خلافه (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۴۰).

کتابنامه

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۳۸۹). کفایه الاصول. تهران: خرسندی.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۳۹۴). حاشیه الاخوند علی مکاسب. قم: سماء قلم.
۳. امامی، میرسیدحسن (۱۳۹۱). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
۴. انصاری، مرتضی (۱۴۱۰ق). مکاسب. بیروت: مؤسسه نعمان.
۵. بجنوردی، محمدحسن (۱۴۳۰ق). القواعد الفقهیه. قم: دلیل ما.
۶. جزایری مروج، سیدمحمدجعفر (۱۴۳۵ق). هدی الطالب الی شرح مکاسب. قم: طلیعه نور.
۷. خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام خمینی.
۸. خوبی، سیدمحمدتقی (۱۴۱۵ق). الشروط و الاتزامات التبعیه فی العقود. قم: المنار.
۹. خوبی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۸ق). منهاج الصالحین. قم: مدرسه الامام باقرالعلوم (علیه السلام).
۱۰. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۳۴ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة. قم: نگین.
۱۱. شهیدی، مهدی (۱۳۹۰). سقوط تعهدات. تهران: مجد.
۱۲. شهیدی، مهدی (۱۳۹۴). شروط ضمن عقد. تهران: مجد.
۱۳. صاحب جواهر، محمدحسن (۱۳۸۵). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام. تهران: دارالکتاب الاسلامیه.
۱۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۹۰). سؤال و جواب. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۹ق). حاشیه مکاسب. قم: طلیعه نور.
۱۶. عبدی‌پور فرد، ابراهیم (۱۳۹۲). مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۷. عراقی، آغاضیاءالدین (۱۴۲۱ق). حاشیه مکاسب. قم: الغفور.

۱۸. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۵). *فقه و حقوق قراردادهای، ادله عام روایی*. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۹. قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۹). *جامع الشتات*. تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۲۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). *اعمال حقوقی*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). *نظریه عمومی تعهدات*. تهران: میزان.
۲۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۳. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۰). *قواعد فقه*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۴. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۵. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۷). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۶. مظفر، محمدرضا (۱۳۹۳). *اصول الفقه*. قم: بوستان کتاب.
۲۷. وحید خراسانی، حسین (۱۳۹۱). *بغیه الراغب فی میانی المکاسب*. قم: مدرسه الامام باقرالعلوم (علیه السلام).

پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال بیستم، شماره سوم (پیاپی ۴۹)، بهار و تابستان ۱۳۹۸، صص. ۴۴-۴۵