

Distribution Price on Terms In Imamiye Jurisprudence

Seyed Abolghasem Naghibi*
Mohammad reza Baghaei**

Received: 2020/01/02
Accepted: 2020/04/08

The terms of contract plays an important role in defining, disclosing or limiting rights and obligations of the parties to the contract and the object of condition is effective in increasing and decreasing the value and price of transaction. In the event that condition not fulfilled, the economic balance of the contract will be disrupted. In the case where the terms of contract are not fulfilled and is not possible compelling to execute the condition, the prevailing point of view in imamiye jurisprudence which is also evident in civil law, considers that termination of contract is only way of compensation. Imamiye jurists have relied of this view for some reasons such as: the lack of balance between discriptions and terms with the contract price, the exceptional nature of the compensation (arsh), to be something qualification and spirituality of the object of term, and the monopoly causes of quarantees in islamic juricprudence.

Despite the famous idea of the non-distribution contract price on the provisio by some jurists "based on reason such as capable to being owned of term in the custom, to be component of condition in the common intent of parties and evaluating the value of condition as eliminating hostility" comments on possibility of claiming the price of condition are mentioned in this case.

In this survey by examining the basics and evidences of both views it seams in cases where the object of condition has an independent financial value and the person in whose favor the condition is hurts with rescinding the contract demanding price of condition is possible

Keywords: Term, Discription, Component, Distribution of Price, Imamiye Jurisprudence.

* Associate Professor of Shahid Motahari University, Tehran, Iran.

da.naghibi@motahari.ac.ir

** M.A Graduate in Figh and Islamic Low at Shahid Motahari University, Tehran, Iran
(Corresponding Author).
more.baghaei@gmail.com

توزیع ثمن بر شروط در فقه امامیه

سید ابوالقاسم نقیبی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱۲

محمد رضا بقائی**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۱/۲۰

چکیده

شروط ضمن عقد نقش مهمی در تعریف، توسیع یا تحدید حقوق و تکالیف قراردادهای طرفین معاملات داشته و مورد شرط در افزایش و کاهش ارزش و بهای مورد معامله مؤثر می‌باشد. در صورتی که مورد معامله فاقد شرط باشد، تعادل اقتصادی قرارداد به هم می‌خورد. در مواردی که شروط ضمن عقد رعایت نمی‌شود و اجبار شرط نیز متعذر است، دیدگاه رایج در فقه امامیه که در حقوق مدنی نیز به‌ظاهر آن حکم شده است، فسخ قرارداد را تنها شیوه جبران می‌داند. فقهای امامیه به دلایلی همچون عدم تقابل اوصاف و شروط با ثمن قراردادی، استثنائی بودن ارزش، در حکم قید و معنوی بودن مورد شرط و انحصار اسباب ضمان در فقه اسلامی بر این دیدگاه استناد کرده‌اند. علی‌رغم وجود قول مشهور مبنی بر عدم توزیع ثمن معامله بر شروط ضمن عقد، توسط برخی فقها با استناد به دلایلی همچون مالیت داشتن شرط در عرف، در حکم جزء بودن شرط در قصد مشترک طرفین و قابل ارزیابی بودن بهای شرط در مقام رفع خصومت، نظراتی مبنی بر امکان مطالبه بهای شرط در این مورد ذکر شده است. در این پژوهش با بررسی مبانی و ادله دیدگاه طرفین به نظر می‌رسد در مواردی که مورد شرط از ارزش مالی مستقل برخوردار بوده و مشروطه با اعمال فسخ متضرر می‌گردد مطالبه بهای شرط امکان‌پذیر می‌باشد.

واژگان کلیدی: شرط، وصف، جزء، توزیع ثمن، فقه امامیه.

مقدمه

شروط ضمن عقد و اجزای معامله نقش مهمی در میزان تعهدات طرفین معاملات داشته و بهای مورد معامله با توجه به شروط و اجزای آن متغیر می‌گردد. در مواردی این شروط و اجزاء در عمل عقیم مانده و مورد معامله فاقد آن است، لذا تعادل اقتصادی قرارداد به هم می‌خورد. ضمانت اجرای متداول در فقه امامیه و حقوق موضوعه در باب تخلف از اجزای معامله، با استناد به تئوری انحلال عقد، خیار تبعض صفت و امکان استرداد ثمن معامله است؛ لکن ضمانت اجرای مطرح در باب تخلف از شروط ضمن عقد، اعمال خیار فسخ می‌باشد.

سؤالی که به ذهن می‌رسد آن است که چه تفاوتی میان جزء و شرط وجود داشته و آیا در باب شروط نیز ضمانت اجرایی مشابه، یعنی امکان مطالبه بهای شرط وجود دارد یا خیر؟ با توجه به اینکه امروزه قیمت کالاها دارای نوسانات بوده و دستخوش تغییرات می‌باشد، اهمیت پاسخ به این پرسش روشن‌تر می‌گردد؛ چه بسا اعمال خیار فسخ در این موارد از مشروطه جبران خسارت نمی‌کند، لذا پرسشی که به ذهن می‌رسد آن است که آیا ضمانت اجرای دیگری یعنی امکان مطالبه جبران خسارتی که از عدم تحقق شرط حاصل شده، وجود دارد یا خیر؟

علی‌رغم وجود قول مشهور مبنی بر عدم امکان توزیع ثمن معامله بر شروط در فقه امامیه نظراتی مبنی بر امکان مطالبه بهای شرط نیز مطرح شده است. جهت بررسی دقیق مسئله حاضر، ضمن بررسی فروع فقهی مربوطه، ادله و اقوال موافقین و مخالفین توزیع ثمن معامله بر شروط ضمن عقد مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. مفاهیم

۱-۱. مفهوم و حقیقت شرط

با عنایت به اینکه واژه محوری در این پژوهش کلمه شرط می‌باشد، در این قسمت به تبیین و واکاوی واژه شرط پرداخته می‌شود.

از آنجا که برای واژه شرط معنای مخصوصی در شرع ارائه نشده و گروهی از لغویین نیز در تبیین معنای آن به عرف ارجاع می‌دهند (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۶، ص. ۲۳۴؛ جوهری، ۱۳۷۶، ج ۳، ص. ۱۱۱۳۶)، تکیه‌گاه اصلی در تعریف آن عرف عقلا می‌باشد.

شیخ انصاری برای تشخیص معنای عرفی شرط، به دو معنا اشاره می‌کند: ۱. الزام و التزام به چیزی، ۲. هر آن چیزی که از نبودش، نبود مشروط لازم می‌آید؛ قطع نظر از اینکه از وجودش وجود مشروط لازم بیاید یا نیاید. به نظر ایشان میان این دو معنا اشتراک لفظی وجود دارد (انصاری، ۱۴۲۲ق، ج ۶، صص. ۱۱ و ۱۳). پس از ایشان برخی از فقها سعی بر آن داشتند که با ارائه معنایی واحد از شرط، ماهیت و حقیقت آن را بیان کنند. نظریه‌پردازان در باب ماهیت شرط به معانی مختلفی اشاره کرده‌اند که با جمع‌بندی آنها می‌توان این مفاهیم را در ذیل دو مفهوم کلی (جعل) و (ملازمه یا لزوم) بررسی نمود. در ذیل به این نظرات اشاره و دیدگاه مختار تبیین می‌گردد.

دیدگاه جعل و تقریر: از منظر سید یزدی حقیقت شرط عبارت از جعل و تقریر الزامی بوده و هر دو معنای عرفی شیخ، به این معنا برمی‌گردد. لذا واژه شرط به این معنا مشترک لفظی نیست. ایشان می‌گویند: شرط جعل و تقیید الزامی بوده و به احکام و تکالیف الهی نیز از این باب شرط گفته می‌شود که در واقع مقررات الزامی خداوند بر بندگان می‌باشد. لذا جعل مستتبع الزام شرط است نه هر جعلی. به عبارت دیگر از منظر سید یزدی شرط یک معنا دارد و آن عبارت است از جعل و تقریر خاص که بر دو گونه است؛ جعل گاه از باب الزام و التزام است و گاه از باب تقیید، شرط به اعتبار نخست با (لام و علی) و به اعتبار دوم با (فی) متعدی می‌شود؛ بنابراین (اشترط علیه) به معنای الزام و التزام و (اشترط فیه) به معنای تقیید (وابسته کردن چیزی به چیز دیگر) است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، صص. ۲۴۳-۲۴۴).

دیدگاه لزوم: مرحوم اصفهانی با در نظر گرفتن حقیقت اشیاء اشکالی را بر مبنای جعل وارد می‌کنند و آن این است که در تمام موارد شروط جعل و تقریر وجود ندارد، از جمله در شروط تکوینی. به عنوان نمونه وضع و محاذات برای احراق شرط است، لکن در چنین مواردی جعلی وجود ندارد نه جعل تکوینی و نه جعل تشریحی. جعل تکوینی به معنای ایجاد است و در مثال مذکور فقط نار و شیء محترقه وجود دارد و از کنار هم بودن این دو چنین مفهومی انتزاع می‌شود، همچنین محاذات متعلق جعل تشریحی هم نیست به این معنا که فرض نکردیم محاذات شرط باشد برای سوزاندن آتش، به اینکه سه چیز داشته باشیم آتش، کاغذ و کنار هم بودن، بلکه این دو چه کنار هم باشند یا نباشند

صرفاً دو چیز داریم به نام کاغذ و آتش که اگر کاغذ کنار آتش باشد می‌سوزد و اگر کنار هم نباشند نمی‌سوزد. در نتیجه محاذات امری ذهنی است که از کنار هم بودن انتزاع می‌گردد و این مفهوم علی‌رغم آنکه شرط است متعلق جعل تکوینی و تشریحی نمی‌باشد (اصفهانی، ۱۴۳۱ق، ج ۵، صص. ۱۰۳ و ۱۷۹).

با عنایت به حقیقت شرطیت عرفیه و شروط تکوینی در عالم به حالتی که چیزی از چیزی جدایی‌پذیر نیست و جز با وفای به آن از وی جدا نمی‌شود در عرف شرط گفته می‌شود به این معنی که شرط، لازم مشروط است یعنی چیزی که انفکاکش از مشروط متصور نیست؛ لذا شرط جعل مستتبع لزوم نیست بلکه خود لزوم است. معانی دیگری نیز برای بیان ماهیت شرط ارائه شده است؛ همانند: تقیید، ربط و اناطه، لکن به نظر می‌رسد تبیین شرط به عنوان لزوم چیزی برای چیزی، مفهوم اصلی شرط بوده و معانی ذکر شده به نوعی مصادیق و اثرات این مفهوم کلی می‌باشد.

۲-۱. مفهوم ثمن

ثمن بهایی است که کالا در برابر آن معامله می‌شود. مثن یا مبیع نیز چیزی است که به وسیله ثمن خریداری می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص. ۶۹۰). هر چند اطلاق عنوان مبیع و ثمن بر عوض و معوض از عناوین اعتباری است که بر حسب توافق طرفین اعتباراً به یکی مبیع و به دیگری ثمن گفته می‌شود، لکن تمایز مبیع از ثمن دارای اثر است؛ چون قلمرو چیزی که قابلیت ثمن قرار گرفتن دارد خیلی وسیع‌تر از مالی است که قابلیت مبیع قرار گرفتن دارد. در این قسمت به سه ضابطه جهت تمیز مبیع از ثمن اشاره می‌شود.

۱- غالباً مالی که ثمن قرار داده می‌شود پول رایج محل انعقاد عقد یا محل پرداخت است، ولی مبیع کالایی است که خریدار به عین آن نیازمند است.

۲- در فرضی که موضوع بیع مبادله دو پول متفاوت باشد، عرفاً پولی که یکی از طرفین معامله به آن نیازمند است مبیع و پولی که جهت اکتساب آن پرداخت می‌گردد، ثمن نامیده می‌شود (باریکلو، ۱۳۹۴، ص. ۴۲).

۳- مبیع باید عین کالایی باشد که قابلیت تملیک داشته باشد ولی قابلیت تملیک در ثمن شرط نیست، بلکه همین که دارای منفعت عقلایی و قابل واگذاری باشد کافی است؛

از این رو حق را می‌شود ثمن قرار داد ولی نمی‌شود آن را مبیع قرار داد. در نتیجه هر چه مال باشد، اعم از عین و منفعت و حق می‌تواند عوض مبیع قرار گیرد (خوئی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۳۱).

۲. بررسی مبانی فقهی عدم توزیع ثمن معامله بر شروط

۲-۱. قول به عدم توزیع و ادله آن

بحث از قابلیت توزیع ثمن معامله بر شروط ضمن عقد قبل از شیخ انصاری به صورت پراکنده در برخی مباحث فقهی مطرح بود. ایشان در ذیل مسئله چهار و هفت احکام شرط صحیح کتاب مکاسب، در مبحث تعذر شرط به این مسئله اشاره کرده و پس از ایشان نیز غالب فقها در ذیل همین مبحث نظرات خود را تبیین کرده‌اند. قول مشهور میان فقهای امامیه عدم توزیع ثمن بر اوصاف و شروط ضمن عقد می‌باشد که به عمده دلایل آن اشاره می‌گردد.

۲-۱-۱. الأوصاف لاتقابل بالأعراض

متعلق عقد بیع، ثمن و مثن (عین) است. شکی در این نیست که عین شامل اوصاف زیادی می‌باشد که به موجب آن انگیزه‌ها مختلف و قیمت کالا متفاوت می‌گردد. از آنجا که این سخن مختص عقد بیع نمی‌باشد و تمامی عقود معاوضی را دربرمی‌گیرد؛ پرسش حائز اهمیت آن است که به طور کلی آیا اصل و ذات هر معوضی اعم از عین و منفعت، در مقابل عوض قرار می‌گیرد یا اصل و ذات همراه با اوصاف در مقابل عوض قرار می‌گیرد؟

نظر مشهور در فقه امامیه آن است که از آنجایی که اوصاف، اعراض بوده و وجودی مستقل از خود ندارند، چیزی از ثمن به ازای آن قرار نمی‌گیرد (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، صص. ۹۳-۹۴)، لذا شروط ضمن عقد و اوصاف معامله حیثیت تعلیلیه داشته و صرفاً داعی و انگیزه برای بالا رفتن قیمت کالا می‌باشد (خراسانی، ۱۴۳۸ق، ج ۴، ص. ۳۶۰).

مرحوم مراغی نیز در تبیین این قاعده می‌فرماید: تردیدی در این نیست که اوصاف از مواردی است که به واسطه آن قیمت کالا مختلف می‌شود، لذا برای رهایی از غرر و جهالت باید اوصافی که به واسطه آن انگیزه‌ها نسبت به کالا متفاوت می‌شود بیان گردد، لکن اوصاف به تنهایی و فی‌نفسه در مقابل عوض قرار نمی‌گیرد. بلکه معوض عبارت

است از جوهر و ماده هر چیزی و اعتبارات و اوصاف بدون اینکه جزئی از معوض باشد، فقط سببی برای افزایش یا نقصان قیمت می‌باشد و به همین دلیل است که گفته شده از بین رفتن اوصاف موجب تبعیض در معامله و ایجاد خیار تبعض صفت نمی‌شود، بلکه ضرری که به وجود می‌آید، صرفاً سبب پیدایش حق خیار می‌گردد. لازم به ذکر است منظور از اوصافی که در اینجا ذکر می‌گردد آن بخش از اوصافی نیست که بین انواع، تمایز برقرار می‌سازد زیرا ضمانت اجرای فقدان چنین اوصافی بطلان معامله است (حسینی مراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۲۱۵).

ایشان ضمن استناد به این قاعده بر اتفاق نظر اصحاب بر این قاعده اشاره می‌کند، در برخی منابع نیز بر اساس سخن مرحوم مراغی ادعای اجماع در این مسئله شده (تسخیری، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص. ۶۶) که به نظر می‌رسد چنین ادعایی صحیح نیست. همچنین برخی فقها سعی کرده‌اند با تبیین عقلانی این قاعده برای آن دلیل عقلی بیاورند (اصفهانی، ۱۴۳۱ق، ج ۵، ص. ۵۲).

۲-۱-۲. استثنای بودن ارش

از منظر برخی فقها اظهار نظر در این بحث بستگی به تحلیل مسئله ارش دارد و اگر ارش موافق قاعده باشد در این مبحث نیز حکم به تقسیط ثمن بر شروط می‌شود. لکن با توجه به قاعده‌ای که پیش از این تبیین گشت، اوصاف مطلقاً مقابل ثمن معامله قرار نمی‌گیرد و تنها وصف صحت استثنای قاعده فوق می‌باشد؛ لذا از نظر مشهور فقها، ثبوت ارش در خیار عیب به جهت روایات خاص است نه به جهت قاعده (خویی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، ص. ۲۴۵) و هر گاه از جانب شارع دلیلی مبنی بر جواز اخذ ارش وجود نداشته باشد، نمی‌توان به آن حکم کرد. با در نظر گرفتن این دیدگاه از لحاظ ماهیت، ارش غرامتی است که به واسطه اخبار خاصه ثابت شده و درباره کیفیت ثبوت ارش نیز باید به روایات مراجعه نمود. مراد از تفاوتی که در باب ارش اخذ می‌گردد یا تفاوت میان قیمت واقعی کالای صحیح و معیوب بدون در نظر گرفتن قیمت آنها در زمان انعقاد معامله است و یا تفاوت میان کالای صحیح و معیوب با لحاظ نسبت معامله منعقد شده میان طرفین. احتمال نخست قابل پذیرش نمی‌باشد. دلیل مشهور فقها جهت عدم پذیرش این احتمال، لزوم جمع عوض و معوض در برخی فروض است. مرحوم خویی با دقت نظر در مسئله این

دلیل را نپذیرفته و می‌گوید: اساساً اگر دلیلی بر این امر دلالت کند اشکالی ندارد، کما اینکه نظیر این مورد در مسئله جنایت عبد ذکر شده است. بلکه از آنجا که ارزش به عنوان غرامت - نه جزئی از ثمن - است، لذا اشکالی ندارد که بیشتر از قیمت واقعی نیز باشد، زیرا دانسته شد که ثمن معامله صرفاً در مقابل عین بوده و آنچه به خاطر نقصان وصف برمی‌گردد غرامت می‌باشد نه قیمت. ایراد جمع میان عوض و معوض در صورتی مطرح می‌گردد که اوصاف مقابل ثمن قرار گیرد؛ زیرا مبلغی که به عنوان ارزش گرفته می‌شود، بیشتر از ثمنی است که در مقابل وصف قرار می‌گیرد (خویی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، صص. ۲۴۵-۲۴۶).

در نتیجه از نظر ایشان دلیل عدم پذیرش احتمال نخست، آن است که اخبار ظهوری در این احتمال نداشته و فهم عرفی نیز چنین احتمالی را نمی‌پذیرد.

۲-۱-۳. انحصار اسباب ضمان در فقه اسلامی

یکی از دلایل عدم توزیع ثمن بر شروط توجه به جایگاه شرط در ضمن عقد است. برخی از فقها در تحلیل خویش به این نکته عنایت داشته و می‌گویند: در بسیاری از عقود از جمله بیع، اجاره و مانند این‌ها، دو حوزه وجود دارد؛ مرحله نخست، مبادله کردن دو مال است یعنی حوزه تعویض و نقل و انتقال. مرحله دوم، تعهد است یعنی حوزه التزام به وفا، که این مرحله باعث لزوم عقد است. به بیان دیگر عقد دارای مدلول مطابقی و التزامی است. مدلول مطابقی آن مبادله بین دو مال و مدلول التزامی آن، التزام به مبادله می‌باشد (خوانساری، بی‌تا، ص. ۴۹۲).

با توجه به مفهوم شرط ضمن عقد درمی‌یابیم شرط باید با عقد رابطه داشته باشد و صرف ظرفیت کافی نیست. برخی برآنند که حوزه گره خوردن شرط با عقد، در همان حیظه مدلول مطابقی است. مبنایی که متأخرین پذیرفته‌اند و به نظر صحیح‌تر می‌آید، این است که شرط کاری با حوزه اصل تعویض نداشته و مدلول التزامی که ناظر به مقام وفای به عقد است، به شرط گره‌خورده که اگر این شرط حاصل شد، شارط نیز موظف است به تعهد خود وفا کند و اگر حاصل نشد او حق دارد با استناد به خیار تخلف شرط معامله را به‌هم بزند. با عنایت به این نکته روشن می‌گردد که شرط قسطی از ثمن را ندارد؛ برای اینکه ثمن به ازای مضمن است و مضمن هم به ازای ثمن و شرط خارج از حوزه تعویض

است^۱ (جوادی آملی، ۱۳۸۹، صص. ۴۲۷-۴۳۰؛ طبری آملی، ۱۴۳۲ق، ج ۲، ص. ۴۹۳). پس از بیان این مقدمه، سؤالی که مطرح می‌گردد آن است که اگر مشروط‌علیه تخلف کرد، آیا مشروط‌له علاوه بر حق به هم زدن معامله، حق دریافت ارش را نیز دارد یا خیر؟ یعنی بتواند با ارزیابی تفاوت قیمت عوضین نسبت به ثمن معامله، مبلغی را از مشروط‌علیه بگیرد. جهت پاسخ به این سؤال نخست باید جایگاه شرط در عقد تبیین گردد که به عنوان مقدمه به آن اشاره شد. اگر مشروط‌علیه عهده‌دار یک وصف یا شرطی باشد، این امر یا بر اساس نص خاص است، مانند خیار عیب که ارش بدهکار است یا طبق قواعد عمومی می‌باشد. قواعد عمومی مسئله ضمان در دو بخش ضمان معاوضی و ضمان ید مطرح شده است. با توجه به انحصار اسباب ضمان در فقه اسلامی جهت پاسخ مثبت به پرسش فوق باید ثابت شود که مشروط‌علیه به ضمان معاوضی یا ضمان ید ضامن می‌باشد.

مشروط‌علیه از نظر ضمان معاوضی چیزی بدهکار نیست، زیرا شرط نه جزء ثمن است و نه جزء مثنی و اگر چیزی در حوزه ثمن و مثنی قرار نداشت در قلمرو ضمان معاوضی نیست. چه بسا شرط اگر به وصف برگردد و اگر به شرط نتیجه برگردد، در هر دو حال مشروط‌علیه به ضمان معاوضی بدهکار است؛ اما اگر به شرط فعل برگردد؛ به این شرط که فلان کار را انجام بدهد، چنین شرطی از حوزه تعویض و از حوزه عوضین خارج است بلکه صرفاً تعهدی است که مشروط‌علیه دارد.

با بررسی ضمان ید نیز آشکار می‌گردد که مشروط‌علیه از این حیث نیز ضامن نمی‌باشد. توضیح آنکه شرط ضمن عقد یا کلی است و یا شخصی. اگر شرط، کلی باشد در صورتی می‌توان قائل به ضمان ید شد که بگوییم مقتضای التزام آن است که شرط، ملک مشروط‌له باشد؛ لذا اگر قائل بر آن بود که شرط مملک است؛ یعنی مانند اجاره، مال را در ذمه مشروط‌علیه مستقر می‌کند، وی به ضمان ید، ضامن می‌باشد. ایراد این تحلیل آن است که شرط اساساً مملک نمی‌باشد. تنها ثمره شرط آن است مشروط‌علیه متعهد می‌باشد و این التزام در ذمه اوست نه مال که اگر فوت کرد از ترک‌هش بردارند. لذا او متعهد است که این کار را انجام دهد نه اینکه بدهکار باشد و میان اجاره و شرط تفاوت وجود دارد.

در صورتی که شرط، یک امر شخصی باشد گفته می‌شود چنین شرطی یا در حوزه مبیع است، لذا بر اساس (کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه) مشروط‌علیه ضامن است و اگر در حوزه مبیع نباشد نیز بر اساس (علی الید ما أخذت حتی تؤذیه) ضامن است. پس مشروط‌علیه بدهکار شیء است و مشروط‌له اگر خواست معامله را امضاء کند، می‌تواند از مشروط‌علیه چیزی نیز بگیرد. این دلیل صحیح نمی‌باشد، زیرا بحث در شرطی است که خارج از حوزه مبیع - تعویض - و عوضین بوده و به عقد ارتباط پیدا کرده تا شرط ابتدایی نباشد، لذا از باب قاعده (کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه) نمی‌توان استدلال نمود. همچنین قاعده علی الید نیز شامل محل بحث نمی‌گردد، اگر مال کسی غصب شده یا دینی گرفته باشد، این قاعده شامل شخص می‌گردد، لکن محل بحث به احسان ابتدایی شبیه‌تر است. چیزی را مشروط‌له به مشروط‌علیه داد که نه قبلاً مال او بود که این گرفته باشد تا علی الید شاملش بشود، نه به وسیله عقد به او داده است - برای اینکه نه جزء عوض است و نه جزء معوض - این به احسان شبیه‌تر است، لذا ضمانی در پی ندارد (جوادی آملی، ۱۳۸۹، صص. ۴۱۶-۴۱۷).

۲-۲. فروع فقهی مترتب بر قول عدم توزیع

۱- بر اساس نظر شیخ انصاری اگر شرط متعذر شود مشتری حقی جز اعمال خیار ندارد، زیرا از طرفی دلیلی بر ارزش نیست و از طرف دیگر شرط در حکم قید است و به لحاظ عرفی و به تبع به لحاظ شرعی، هیچ مالی در مقابل شرط قرار نمی‌گیرد، بلکه مقابله عرفاً و شرعاً میان عوضین (و نه میان عوض و شرط) وجود دارد. علت این عدم تقابل آن است که قید، امری است معنوی و امور معنوی به لحاظ عرفی مال تلقی نمی‌شود، گرچه وجود شرط در قرارداد باعث می‌شود تا ارزش مال به دلیل وجود یا عدم وجود شرط، افزوده یا کاسته شود^۲ (انصاری، ۱۴۲۲ق، ج ۶، ص. ۸۱).

علاوه بر این، عرف به این دلیل تقابل عوض و شرط را نمی‌پذیرد که هر چند ممکن است شرط - یعنی نفس قید قرارداد - امری مالی نیز باشد، ولی این امر از معامله خارج است و تقید نیز گرچه داخل و جزئی از معامله است، ولی همواره امری غیرمالی است و در مقابل امر غیرمالی، مال قرار نمی‌گیرد (ایروانی، ۱۴۳۱ق، ج ۳، ص. ۲۹۸).

۲- لزوم تساوی میان کالای صحیح و معیوب در مسئله ربا از دیگر فروع فقهی مربوط به

بحث حاضر است. معامله دو کالای متجانس که از لحاظ قیمت و عدد متساوی باشند، هنگامی که یکی صحیح و دیگری معیوب باشد، صحیح است. صحت چنین معامله‌ای مبتنی بر عدم مقابله وصف صحت با مال می‌باشد، زیرا اگر وصف صحت مالیت داشته باشد معامله مذکور به دلیل استلزام ربا باطل می‌گردد (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸، ص. ۹۵).

۳- مرحوم خوئی در موردی که آب حمام مباح بوده ولی به واسطه هیزم، برق و یا نفت غصبی گرم گردد می‌فرماید: مانعی از غسل با چنین آبی نیست، دلیل صحت چنین غسلی نکته‌ای است که در بحث مکاسب ذکر شد که اعراض مطلقاً خواه از اعراض جسم یا نفس باشند، مقابل مال قرار نمی‌گیرد. بلکه صرفاً موجب افزایش قیمت جسم و معروض خود می‌گردد؛ بنابراین معنا ندارد که حرارت ایجاد شده در آب مباح مقابل مالی قرار گرفته و ملک صاحب هیزم یا برق یا نفت گردد تا به این سبب با صاحب آب، در آب شریک گردد، زیرا چنین مواردی مقابل چیزی قرار نمی‌گیرد. البته متصرف چوب در مقابل مالک آن ضامن بوده و باید از عهده وی با پرداخت بهای چوب به مالکش خارج گردد؛ ولی آب متصف به حرارت ملک صاحب آب می‌باشد. لذا غسل، وضو و دیگر تصرفات وی در آن آب صحیح می‌باشد (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص. ۴۱۹).

۳. بررسی مبانی فقهی توزیع ثمن معامله بر شروط

۳-۱. قول به توزیع و ادله آن

علی‌رغم نظر مشهور در فقه امامیه مبنی بر عدم امکان مطالبه بهای شرط، برخی فقها قائل به امکان مطالبه بهای شرط شده‌اند که به سه دیدگاه عمده در این زمینه اشاره می‌گردد:

۳-۱-۱. دیدگاه سید یزدی (تفکیک عالم انشاء و لبّ)

مرحوم سید یزدی با رویکرد اجتهاد عرف محور در آثار خود ضمن مباحث مختلفی قائل به امکان مطالبه بهای شرط شده‌اند. دیدگاه ایشان بر دو پیش‌فرض کلی استوار است:

- ۱- بایستی بین دو عالم انشاء و لبّ تفکیک نمود؛ زیرا در هر معامله‌ای با دو مرحله و دو عالم مواجهیم. انشاء مرحله ابراز شده در معاملات و لبّ مرحله قصد مشترک طرفین با توجه به واقعیت اقتصادی معامله می‌باشد.

۲- دومین نکته‌ای که در این دیدگاه بر آن تأکید می‌گردد، رایگان نبودن مورد شرط است به این معنا که شرط اگرچه در عالم انشاء مقابل مال قرار نمی‌گیرد ولی مجانی نیز نبوده و در عالم لبّ مقابل مال قرار می‌گیرد؛ یعنی مقداری از ثمن معامله به ازای شرط می‌باشد. به عبارت دیگر اگرچه در عالم انشاء تمام ثمن مقابل عین خارجی است، لکن به خاطر آنکه شروط موجب زیادت و نقصان قیمت عین می‌گردد، لذا بخشی از ثمن معامله در عالم لبّ و قصد مشترک طرفین برای وصف و شرط لحاظ می‌شود و در صورت تخلف از مفاد شرط، مشروطه جایز است آن را مطالبه کند زیرا عوض شرط به او نرسیده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۳۹).

از ایراداتی که بر این نظر وارد شده آن است که چگونه ممکن است در عین حال که تمام ثمن معامله در عالم انشاء مقابل عین است، در عالم لبّ نیز بخشی از ثمن به شروط و اوصاف تخصیص یابد؟

در پاسخ به این سؤال ایشان با تفکیک میان عالم انشاء و لبّ می‌گویند منافاتی ندارد که مالی واحد مقابل دو چیز در دو عالم طولی - انشاء و لبّ - باشد، زیرا آنچه محال است آن است که مالی واحد مقابل دو شیء در عرض یکدیگر باشد، لذا وقتی گفته می‌شود مورد شرط در عالم لبّ مقابل بخشی از عوض قرار می‌گیرد یعنی اینکه این‌ها در طول یکدیگرند، نه اینکه عالم انشاء و لبّ در عرض یکدیگر واقع شوند. بر این اساس منافاتی بین قیدیت در یک مرحله با جزئیت در مرحله دیگر وجود ندارد؛ بلکه تنافی در صورتی حاصل است که قیدیت و جزئیت را در یک مرحله در نظر بگیریم (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۳۹).

یکی از مؤیدات نظر سید یزدی در این مسئله در نظر گرفتن دیدگاه عرف می‌باشد. به نظر ایشان در صورت تخلف از شرط و وصف به دلایلی که ذکر شد، عرف مشروطه را مخیر میان فسخ معامله یا أخذ ارش - مابه‌التفاوت - می‌داند و شارع نیز در مسئله معاملات رویکرد عرف را تقریر کرده است؛ لذا در این مسئله دلیلی برای عدم امکان دریافت مابه‌التفاوت به جز قول مشهور نداریم و مراد از آنکه در شرع مقابله میان دو مال صورت می‌گیرد آن است که شارع رویکرد عرف را امضاء کرده است و گرنه دلیل به‌خصوصی در شرع نداریم که در معاملات مقابله صرفاً میان دو مال می‌باشد. همچنین بر

فرض که بگوییم تمام عوض در مقابل عین است، لکن نه در مقابل ذات عین - بما هی هی - بلکه تمام ثمن مقابل عین متضمن شرط یا موصوف به صفت می‌باشد. لذا نفس عوض در مقابل عین است، لکن اعطاء بخشی از عوض این عین به خاطر ذات عین نبوده است بلکه بدان جهت بوده که عین متضمن شرط می‌باشد و اگر آشکار گردد که شرط موجود نیست، ذینفع می‌تواند آن مقدار زائدی که پرداخت کرده است را مسترد دارد، به این معنی که آنچه زیادت‌تر از عوض ذات عین مجرد از شرط پرداخت کرده را پس بگیرد چراکه عوض آنچه پرداخت کرده است به او نرسیده است.

از مبانی مهم سید یزدی در این دیدگاه تفکیک میان عالم لب و انشاء می‌باشد. ایشان از طرفی می‌بیند مورد شرط در عرف فی نفسه مالیت داشته و نمی‌توان منکر مالیت شرط شد، زیرا باعث افزایش یا کاهش ثمن معامله شده و اساساً امروزه بسیاری از ویژگی‌های کالا و تعهدات طرفین که منجر به تفاوت قیمت می‌گردد به صورت شرط ضمن عقد درج می‌گردد، لذا نمی‌توان بر این نظر بود که مدخلیت شرط در معاملات صرفاً به منزله داعی بوده و مقابل مال قرار نمی‌گیرد.

از طرف دیگر فارغ از تأثیر شرط در ارزش اقتصادی عوضین با توجه به صرف رابطه عقد و شرط در حقیقت، شرط جزئی از عوضین نیست؛ لذا ایشان با اعتقاد به نظری میانه به جزئیت شرط در عالم لب پایبند بوده و از آنجا که هدف از طرح این دیدگاه صرفاً بحث تأثیر شرط در ارزش اقتصادی عوضین می‌باشد، آثارش نیز در همین حیطه اجرا می‌گردد که عبارت است از جواز مطالبه مابه‌التفاوت در صورت عدم اجرای شرط توسط مشروطه؛ لکن در فروع دیگر از جمله تبعض معامله، سرایت بطلان، جهالت، عدم مشروعیت، عدم مقدوریت و تعلیق از شرط به عقد حکم به عدم سرایت می‌دهند، زیرا اگر قائل به جزئیت حقیقی شرط بودند، در این موارد نیز باید حکم به بطلان عقد داده می‌شد. ایشان با توجه به مبنای خود می‌گویند: ضمان ارش در این موارد در حد ضمان ید یا ضمان معاوضی نمی‌باشد؛ بلکه ضمانی دیگر است که ضمان معاوضه لبیه نام دارد^۳ (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۲۴).

شایان توجه است که برخی علما قدم فراتر نهاده و ضمن پذیرش این دیدگاه با نقد نظر سید یزدی مبنی بر تفکیک میان عالم لب و انشاء می‌فرمایند: با ملاحظه معاملات رایج بین مردم درمی‌یابیم که ثمن معامله بر هر چیزی که دخیل در مرغوبیت کالا باشد،

حتی ظرف، پوشش و حرز نیز تقسیط می‌گردد، چه برسد به شروط و اوصاف ضمن معامله که گاهی اوقات اساساً کالا به خاطر وجود اوصاف آن خریداری می‌گردد. به عبارت دیگر شروط مذکور در ضمن عقد یا حتی شروطی که عقد مبتنی بر آنها ایجاد شده است، به خودی خود در مقام انشاء قسطی از ثمن را به خود اختصاص می‌دهند. البته اگرچه در مقام انشاء به دقت و خصوصیت بخشی از ثمن را به خود تخصیص نمی‌دهند، لکن در صورت تعدد شرط، این مبلغ قابل ارزیابی بوده و استرداد مقدار مالی که به ازای شرط پرداخت شده است مطابق قاعده می‌باشد (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص. ۵۱۹).

۳-۱-۲. تفکیک میان شرط مالی و غیرمالی

در میان شروط متعذر، جایی که شرط از ارزش مالی مستقل برخوردار باشد، بیشتر محل بحث و گفتگو قرار گرفته است. بر اساس نظر شیخ انصاری اگر عملی شرط گردد که مال محسوب شده و در برابرش مال قرار می‌گیرد - مانند دوزندگی پیراهن - آنگاه انجامش متعذر گردد، در اینکه مشروطه مستحق دریافت اجرت عمل است و یا فقط اختیار دارد، دو وجه است (انصاری، ۱۴۲۲ق، ج ۶، ص. ۷۴).

علامه حلی در تذکره می‌گوید: هر گاه علیه بایع عمل جایزی شرط شود و بایع از آن امتناع کند، مشتری مخیر است که معامله را فسخ کند و همان چیزی را که داده مطالبه کند، یا آنکه شرط یا عوض آن را - اگر وقت انجام آن کار سپری شده و شرط از چیزهایی باشد که دارای قیمت است - مطالبه کند، همان‌سان که هر گاه شرط کند که بایع پیراهن رنگ‌آمیزی شده تحویل دهد ولی پیراهن را رنگ‌آمیزی نشده بیاورد و در دست مشتری تلف شود. ولی هر گاه شرط از چیزهایی بود که قیمت نداشت، مشتری میان فسخ و امضای مجانی مخیر است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص. ۳۵۶).

شیخ انصاری در توضیح عبارت علامه حلی می‌گوید: ظاهراً منظور علامه از شرط دارای قیمت، آن است که مورد شرط به خودی خود برخوردار از ارزش مالی و قیمت است یعنی خود آن عمل مزد بردار باشد؛ مقصود از شرط دارای قیمت، چیزی نیست که در قیمت نقش دارد، زیرا همه شروط این‌چنین‌اند و در افزایش و کاهش قیمت دخالت دارند؛ یعنی صرفاً امکان مطالبه ثمن شروطی ممکن است که فی‌نفسه مالیت داشته باشد (انصاری، ۱۴۲۲ق، ج ۶، ص. ۷۵). در ادامه ایشان نظر علامه را خالی از وجه نمی‌داند و

به آن متمایل می‌شود.

همچنین فقهای دیگری نظیر مرحوم سبزواری و امام خمینی نیز در صورتی که مورد شرط در عرف مالیت داشته باشد قائل به امکان مطالبه بهای شرط شده‌اند. طبق نظر آیت‌الله سبزواری اگر مشروط‌علیه تمکن انجام شرط را به خاطر قصور یا تلف موضوع نداشت، در اینجا مشروط‌له فقط خیار دارد؛ و در مورد حق مطالبه عوض شرط می‌گویند: اگر مشروط فی حد نفسه به‌گونه‌ای است که متعاملین برای آن اعتبار مالیت می‌کنند، مطالبه عوض آن شرط صحیح است والا فقط حق فسخ دارد. اگر گفته شود که شرط فقط یک التزام است نه تملیک، لذا ضمان در آن راه نمی‌یابد؛ در جواب گفته می‌شود چون شرط ارزش مالی دارد، تملیک مشروط فیه، تملیک شرط بالملازمه است (سبزواری، ۱۳۴۱۳ق، ج ۱۷، ص. ۲۲۹).

امام خمینی نیز فرموده است: «تمام شروطی که از ارزش مالی مستقل برخوردار هستند، در صورتی که مشروط‌له حقی در آنها داشته باشد، حاکم می‌تواند مشروط‌علیه را ملزم به انجام شرط نماید و در صورت عدم امکان، او را مجبور به پرداخت خسارت کند. لذا اگر دوزندگی لباس خاصی شرط شده باشد و لباس تلف شود، مشروط‌له قیمت لباس و بهای دوخت را می‌ستاند و یا قیمت لباس دوخته‌شده را دریافت می‌کند؛ همچنین است در سایر موارد مشابه. حق ارزش در خیار عیب به نص خاصی نیست، بلکه به حکم عقلا بوده و از حقوقی است که عقلا برای طرف قائل‌اند. در ضمن، در طول حق رد است و در مواردی که رد متعذر باشد نوبت به أخذ ارزش می‌رسد و در عرض هم به نحو تخییر وجود ندارد» (خمینی، ۱۳۸۴، ج ۵، ص. ۳۳۲).

به عبارتی پرسشی که مطرح می‌گردد آن است که آیا شارب استحقاق اجرت دارد که قیمت واقعی شرط متعذر را از مشروط‌له مطالبه کند؟ در پاسخ می‌توان گفت آری به شرط آنکه خصوصیت متعذر از اموری باشد که نزد عرف و عقلا مالیت و قیمت دارد، مثل خیاطت و اگر کسی آن را ضمن معامله‌ای شرط کرد، شرط برای او حق می‌آورد و حقوق مالی قابل استیفاست. پس اگر به هر دلیل انجام آن از سوی مشروط‌علیه متعذر شد، شارب حق دارد قیمت آن را از وی مطالبه کند، مثل همه حقوق مالی دیگر. در نتیجه از منظر امام خمینی نیز در مواردی که شرط مالیت دارد، حق مطالبه قیمت و اجرت وجود دارد (محمدی خراسانی، ۱۳۹۴، ج ۶، ص. ۳۰۱).

برخی فقها نیز در نقد نظر شیخ انصاری مبنی بر آنکه شرط در حکم قید بوده و در مقابل مال قرار نمی‌گیرد و تقیید نیز امری معنوی است که مال محسوب نمی‌گردد، گفته‌اند: هر چند تقیید به خودی خود ارزش ندارد، لکن کالا با توجه به اوصافش، هنگام پرداخت بها مورد توجه قرار می‌گیرد. برای مثال نویسندگی هر چند به تنهایی مال نیست، اما عبد نویسند با این ویژگی کالای با ارزشی خواهد بود که در برابرش مال قرار می‌گیرد و این همان تقسیط ثمن است و در تقسیم لازم نیست که مقسوم‌علیه به تنهایی مال باشد و گرنه ثمن حتی نسبت به اجزای کالا نباید تقسیم شود، چنانکه هر مرکبی از اجزایی تشکیل شده است که هیچ‌یک به خودی خود ارزش مالی ندارند؛ اما در عین حال مجموع آنها دارای ارزش مالی هستند و بها در برابر آنها قرار داده می‌شود (ایروانی، ۱۴۳۱ق، ج ۳، صص. ۲۹۸-۲۹۹).

همان‌طور که برخی گفته‌اند عقلاً مشروطه را مخیر میان فسخ و ارش می‌دانند و این بنای عقلاً مورد امضاء شارع قرار گرفته است. به نظر می‌رسد حتی اگر قضاوت عرفی از دلالت عقد ملاک مخالفت با نظریه مالی بودن شرط است، چه بسا در عصر کنونی عرف مخالف شکل گرفته شده باشد (تاج‌آبادی، ۱۳۹۰، ص. ۱۶۲). واقعیت این است که در باب معاملات، هر گاه مانعی از ناحیه شارع نداشته باشیم، همان سیره و بنای عقلاً حجت است و اساساً در این باب، عمده دلایل امضائی هستند و با توجه به اینکه عرف در شروطی که ارزش مالی مستقل دارند، هنگام تعذر شرط، قیمت و اجرت را برای مشروطه در نظر می‌گیرد، به نظر می‌رسد این نظر صحیح‌تر باشد.

۳-۱-۳. قابل ارزیابی بودن بهای شرط

از جمله دلایلی که قائلین به امکان مطالبه بهای شرط به آن استناد کرده‌اند، آن است که در مواردی که اوصاف و شروط در عقد جایگاهی مشخص داشته و در میزان قیمت کالا نیز اثرگذار است، هر چند شرط ابتدائاً قسمتی از ثمن را به خود اختصاص نمی‌دهد، لکن هنگامی که نزاع و اختلاف میان طرفین پدید آمده و پای قضاوت به میان کشیده شود، می‌توان برای شرط قیمت‌گذاری نمود و سهمی از ثمن را برای آن اختصاص داد.

در توجیه این نظر، می‌توان میان مرحله انشاء عقد و مرحله اجرای عقد تمایز قائل شد، هر چند در مرحله انشاء عقد مشروط، ثمن معامله بر شروط توزیع نمی‌گردد، لکن به

دلیل جایگاه شرط در تعیین ثمن معامله در صورت تعذر یا تخلف از شرط در فرضی که اجبار ممکن نشود، می‌توان با کارشناسی مابه‌التفاوت نسبی عقد با شرط و بدون شرط را محاسبه نموده و به مشروطه پرداخت نمود. به بیانی دیگر درست است که در مقام معاوضه چیزی از ثمن به صورت مشخص در مقابل شرط قرار نمی‌گیرد لکن به دلیل جایگاه شرط، از آنجا که در بالا و پایین رفتن قیمت کالا مؤثر است، هنگامی که نزاع و اختلاف روی دهد، عقلاً می‌توانند، برای این موارد سهم معینی را قرار دهند.

آیت‌الله محقق داماد برای مطالبه بهای شرط چنین تحلیلی را ارائه داده‌اند.^۴ ایشان در تبیین نظر سید یزدی می‌گویند: بر اساس نظر سید یزدی شرط به نوعی حق دینی ایجاد می‌کند. به سبب شرط عمل به شرط بر مشروط‌علیه واجب و در حکم دینی می‌شود بر ذمه وی (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ص. ۱۶۹). لکن به نظر می‌رسد که پذیرش نظر سید یزدی مشکل است، آنچه مسلم است آن است که مشروط‌له حق الزام پیدا می‌کند که پس از ایفای تعهد مشروط‌علیه، وی حق دینی یا عینی پیدا می‌کند، نه اینکه به محض اشتراط چنین حقی برای او ایجاد گردد. لذا شرط حق الزام به عمل را برای مشروط‌له ایجاد می‌کند (محقق داماد، شماره ۲۶).

ایشان در باب مطالبه بهای شرط نیز می‌گویند: از مشکلات سیستم حقوقی ما که الآن وجود دارد آن است که در مواردی قانون‌گذار گفته است اگر به شرط عمل نشد، مشتری یا بایع حق فسخ پیدا می‌کند؛ درحالی‌که در مواردی اگر شخص فسخ کند زبان‌های بیشتری را باید متحمل شود و اگر فسخ نکند نیز اصل آن زیان را باید متحمل شود و هر دو طرفش برای وی زیان‌آور است. مشکلات زندگی امروز را باید دید و بعد برای راه‌حل آنها فکری بکنیم. با توجه به نوسانات قیمت در زمانه حاضر، در شرایطی اگر مشروط‌علیه از سر لجبازی به شرط عمل نکند و دادگاه هم در شرایطی است که نمی‌تواند اجبار کند یا مورد شرط از مواردی است که وحدت مطلوب دارد و وقتش فوت شده است، اگر بگوییم مشروط‌له فقط حق فسخ دارد، وی ضرر عمده‌ای می‌کند. جالب آن است که مسئله حق خیار که بر دوش قاعده لاضرر استوار است و اساساً به خاطر آنکه مشروط‌له ضرر نکند، حق خیار به او داده می‌شود، خیلی اوقات اگر او را مخیر بکنیم، بر انتخاب یکی از دو طرف (امضاء یا فسخ)، هر دو طرف این حق برای او ایجاد ضرر می‌کند. برای مثال وی زمینی را خریده به شرط آنکه مشروط‌علیه برایش فلان

کار را بکند ولی او به تعهدش عمل نکرده است، اگر مشروطه معامله را به هم بزند با توجه به اینکه قیمت زمین چند برابر شده است وی ضرر عمده‌ای می‌کند. به خسارت ناشی از فسخ در فقه نوعاً توجه نشده است، امروز در زندگی روزمره اگر فقط دم از فسخ بزنیم با یک عویصه وسیع روبرو می‌شویم. به نظر می‌رسد عبارت (لِلشَّرْطِ قِسْطٌ مِنَ الثَّمَنِ) که توسط قدما از جمله علامه حلی نقل شده است بر همین معنی حمل می‌گردد. منظور آن است که به هر حال شرط در معامله و عوضین تأثیر داشته و در زیاده و نقیصه عوضین مؤثر است نه آنکه دقیقاً ثمن بر شرط تقسیط گردد. تعبیر علامه، تعبیری تشبیه‌گونه است برای نشان دادن جایگاه شرط بر ثمن؛ لذا مابه‌التفاوت را می‌توان همیشه مطالبه کرد. مابه‌التفاوت شرط با لحاظ ثمن معامله با کارشناسی به دست می‌آید. البته مبنای مرحوم صیمری که این حق در کنار حق اجبار به وجود می‌آید، قابل پذیرش نمی‌باشد. بلکه اگر اجبار ممکن نشد، دو حق فسخ و أخذ مابه‌التفاوت در عرض یکدیگر هستند (محقق داماد، شماره ۱۷ و ۱۸).

به عقیده ایشان، این قول، قول مرجح بوده و در مطلق شروط می‌توان قابلیت تقویم به مال را لحاظ نمود و با دفاع از این نظر بسیاری از مشکلات امروزه مرتفع می‌گردد. با عنایت به نکات ذکر شده و تمایز میان مرحله انعقاد و اجرای عقد به نظر می‌رسد این نظر، نظری قابل دفاع می‌باشد.

۲-۳. فروع فقهی مترتب بر قول به توزیع

در این قسمت به برخی فروع فقهی که فقها بر اساس دیدگاه امکان مطالبه بهای شرط نسبت به آن فتوی داده‌اند اشاره می‌شود.

۱- آیت‌الله شاهرودی در ذیل مسئله تعذر شرط می‌گویند: «اگر مشروط‌علیه نتواند مورد شرط را انجام دهد، مشروط‌له حق فسخ پیدا کرده و نمی‌تواند قیمت شرط را مطالبه کند. لکن در تخلف وصف در صورتی که مشروط‌له به واسطه نوسانات و تغییر قیمت‌ها با اعمال حق فسخ ضرر کند و مورد شرط نیز در عرف مالیت داشته باشد، در این صورت وی می‌تواند قیمت شرط را مطالبه کند و ملاک قیمت شرط نیز در این مورد وقت اداء می‌باشد. البته در پایان ایشان احتیاط مستحب می‌دهند که طرفین مصالحه کنند» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص. ۵۵).

۲- شهید صدر نیز در این مسئله می‌گوید: بعید نیست که بگوییم در فرض تعذر شرط، مشروطه حق مطالبه قیمت شرط را پیدا می‌کند. به عبارت دیگر وی می‌تواند قیمت التزامی که بر مشروط‌علیه مالک شده است را مطالبه کند، زیرا این قیمتی ثابت است که مشروط‌علیه آن را فوت کرده است؛ لکن در صورتی که مورد شرط به خودی خود متعذر گردد چنین حقی را ندارد، زیرا موجبی برای ضمان التزام در این فرض وجود ندارد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۶۰، حواشی شهید صدر).

۳- علامه حلی در مبحث عقد مساقات می‌گویند: هر گاه مالک بر عامل، انجام عمل معینی را در ضمن عقد شرط کند، بر عامل لازم است که عمل مزبور را انجام دهد و چنانچه جزئاً و یا کلاً تخلف کند، عامل حق دارد که عقد را فسخ کند یا متعهد را به پرداخت اجرت عمل الزام کند (علامه حلی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۱۵۲). در میان معاصران بیش از همه سید یزدی در آثار خود به ویژه عروة الوثقی از دیدگاه علامه حلی مبنی بر وجود حق ذمی برای مشروط‌له، پیروی کرده است.

۴- سید یزدی با توجه به مبنای خویش در باب شروط، فروعی را در کتاب عروة الوثقی مطرح کرده‌اند که مورد انتقاد حاشیه نویسان این کتاب واقع شده است.

ایشان در فرع ۲۴ کتاب اجاره - فصل اجاره زمین - می‌گویند: «می‌توان شخصی را برای انجام کارها و رفع نیازها اجاره کرد که در این صورت، تمام منافع اجیر مال شخص مستأجر است و اقوی آن است که نفقه و هزینه‌های اجیر بر عهده خودش باشد نه مستأجر، مگر اینکه شرط خلاف کرده باشند و یا عرف و عادتاً موجب انصراف وجود داشته باشد؛ و چنانچه شخص اجیر خود مبادرت به هزینه کند و یا شخص متبرعی چنین کند، شخص اجیر در فرض شرط، حق مطالبه عوض آن را دارد و نیز در فرض وجود عرف و عادت موجب انصراف؛ زیرا انصراف به منزله شرط است» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۱۱۶).

سید یزدی در ذیل مسئله بر نکته‌ای دست گذاشته‌اند که بسیار بحث‌برانگیز است. پس از پذیرفتن این نظر که مقتضای اطلاق عقد آن است که هزینه بر خود اجیر است، در فرض شرط خلاف و تعیین هزینه بر عهده مستأجر، چنانچه اجیر خود مبادرت به پرداخت کند و یا شخص متبرعی هزینه‌های اجیر را بپردازد، اجیر از مستأجر به همان

اندازه طلبکار می‌شود زیرا مقتضای شرط ایجاد حق دینی است و می‌تواند عوض آن را مطالبه کند.

توجیه فقهی این حکم یعنی ضمان مشروط‌علیه در فرض عدم پرداخت، برخی از شارحین کتاب عروۃ را به دشواری واداشته است و نوعاً با این حکم مخالفت کرده‌اند (خلخال، ۱۳۹۶، ص. ۸۹۶). می‌توان نظریه طباطبایی یزدی را بر ارائه مبنایی از ایشان در حقوق تعهدات تفسیر کرد؛ مبنی بر اینکه شرط فعل در امور مالی یکی از اسباب دین است، لذا شرط مزبور برای مشروط‌له حق ذمی بر عهده مشروط‌علیه قرارداد، مانند سایر دیون قابل مطالبه است و چنانچه اجیر شخصاً و یا دیگری هزینه او را تأمین سازد، اثری در سقوط دین از عهده مشروط‌علیه نخواهد داشت (محقق داماد، ۱۳۹۷، ج ۲، ص. ۱۵۲).

۵- سید یزدی در مسئله ۱۱ کتاب مساقات نیز به ارزش مالی شروط ضمن عقد اشاره کرده و می‌گویند: «اگر باغبان به شرایطی که ملتزم شده عمل نکند، پس هر گاه وقت آن عمل هنوز فوت نشده، مالک می‌تواند او را بر عمل اجبار کند و اگر اجبارش ممکن نباشد یا آنکه وقت تدارک فوت شده باشد، مالک می‌تواند مساقات را به استناد اختیار تخلف شرط فسخ کند؛ و آیا می‌تواند بدون فسخ، اجرت‌المثل حصه خود را از عمل فائت مطالبه کند. به این معنی که مخیر باشد مابین فسخ و مطالبه اجرت؟ دو قول است: اقوی آن است که مخیر است» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۳۶۱). ایشان در ادامه این مسئله با بیان یک قاعده عمومی می‌گویند: «این بحث اختصاصی به مساقات ندارد و در تمام شروط ضمن عقد در صورتی که شرط از قبیل اعمال دارای ارزش مالی باشد جاری است؛ مثل آنکه در ضمن عقد بیع شرط شود که احد از طرفین برای دیگری لباسی را هم در وقت معین بدوزد. در این حال در صورت تخلف، مشروط‌له می‌تواند اجرت خیاطی را مطالبه کند. ایشان در رابطه با قید بودن شرط می‌گویند که قید بودن شرط و در نتیجه عدم مقابله مال در برابر خود قید که نتیجه آن عدم جواز مطالبه ارزش در معاوضات است، ربطی با مملک بودن شرط ندارد. شرط می‌تواند مقابل مال قرار نگیرد - چون قید است و نه جزء - اما عمل مشروط را به تملیک مشروط‌له درآورد. در این صورت مشروط‌له که مالک عمل است، می‌تواند عوض عمل -

و نه عوض قید معامله - را مطالبه کند» (طباطبایی یزدی، ۱۴۳۷ق، ج ۱۴، ص. ۵۳۶). این دیدگاه مبتنی بر آن است که شرط در قرارداد، عمل مشروط را به مشروطه تملیک کند که از منظر ایشان شرط فعل می‌تواند افاده تملیک کند. در توضیح نظر ایشان می‌توان گفت: مانع از افاده تملیک یا نقضی در مملوک است یا در سبب تملیک (شرط فعل) یا در مملک یا در طرفی که به او تملیک می‌شود. فرض بر این است که مملک و کسی که عمل به تملیک او درمی‌آید از اهلیت تمتع و استیفا بهره‌مندند؛ اما مملوک که عمل مشروط‌علیه است، قابلیت مقابله با مال را دارد، چنانکه اگر او اجیر بود در قبال آن اجرت می‌گرفت، پس می‌تواند مال محسوب گردد و به تملیک دیگری درآید؛ اما سبب تملیک که شرط ضمن عقد مساقات است نیز قاصر از افاده تملیک نیست؛ زیرا با همین شرط به صورت شرط غایت (نتیجه) می‌توان غیرعمل را تملیک کرد و فرقی میان عمل فرد و دیگر از اموال نیست پس شرط می‌تواند مفید تملیک عمل باشد (محقق داماد، ۱۳۹۷، ج ۲، ص. ۲۸۱).

نتیجه‌گیری

قول مشهور در فقه امامیه عدم توزیع ثمن معامله بر شروط و اوصاف قراردادی است و به دلایلی همچون عدم مقابله اوصاف با ثمن قراردادی (الاصاف لا تقابل بالاعواض)، استثنایی بودن ارش و انحصار اسباب ضمان در فقه اسلامی برای این دیدگاه استناد شده است.

در فقه امامیه دیدگاهی مبنی بر امکان مطالبه بهای شرط در صورت تخلف یا تعذر مورد شرط وجود دارد. فقهای از جمله ابن ادریس، علامه حلی، صیمری، سید یزدی، سید عبدالاعلی سبزواری، شهید صدر، امام خمینی، آیت‌الله شاهرودی، آیت‌الله سبحانی و دکتر محقق داماد قائل به امکان مطالبه بهای شرط در مواردی شده‌اند، البته نظرات این فقها یکسان نبوده و به عبارتی بعضاً هر یک با مبنایی مختلف، در فروضی مشخص قائل به این نظر شده‌اند. قائلین به توزیع ثمن معامله بر شروط به دلایلی همچون مالیت داشتن شرط در عرف، در حکم جزء بودن شرط در قصد مشترک طرفین و قابل ارزیابی بودن بهای شرط در مقام رفع خصومت استناد کرده‌اند.

در حقوق ایران نیز نظر مشهور عدم امکان تقسیط ثمن بر اوصاف و شروط ضمن

عقد می‌باشد، نحوه تحلیل و واکاوی حقوقدانان در این موضوع تقریباً شبیه فقها بوده و عمده دلیل آنان نیز عدم مقابله اوصاف با ثمن قراردادی می‌باشد. برخی از اساتید حقوق بر اساس آیه تراضی (نساء / آیه ۲۹) و اصول سه‌گانه موازنه که یکی از آنها موازنه در ارزش عوضین می‌باشد، ارزش مدنی را مطابق قاعده دانسته و مختص خیار عیب نمی‌دانند.^۹

با بررسی ادله و اقوال فقها در این پژوهش به نظر می‌رسد از آنجا که رویکرد شارع در معاملات نوعاً امضائی می‌باشد، امروزه عقلاً در صورت تخلف یا تعذر مورد شرط، به‌خصوص در شروطی که از ارزش مستقل مالی برخوردارند و مشروطه با اعمال حق فسخ ضرر می‌کند، وی را مخیر میان اعمال فسخ یا مطالبه بهای شرط می‌دانند و با پذیرش قول به توزیع ثمن معامله بر شرط بسیاری از مشکلات مرتفع می‌گردد؛ لذا این دیدگاه صحیح‌تر می‌باشد.

لازم به ذکر است بر اساس پژوهش حاضر در صورت تخلف از شرط مانند فقدان جزء، معامله تبعض پیدا نمی‌کند بلکه امروزه با توجه به تأثیر شرط بر ارزش اقتصادی عوضین، قصد مشترک طرفین، عرف و ضرر ناشی از اعمال حق فسخ در برخی موارد، صرفاً امکان مطالبه بهای شرط میسر می‌باشد.

همچنین در صورتی که قائل به امکان مطالبه بهای شرط نیز نباشیم، می‌توان در هنگام انعقاد قرارداد مشروط، برای نقض شرط و تخلف مشروط‌علیه از اجرای شرط وجه التزام تعیین نمود تا در صورت عدم انجام شرط از سوی مشروط‌علیه، وجه التزام در کنار سایر تضمینات از او مطالبه شود. همچنین در این موارد استفاده از صلح به عنوان یک قاعده عمومی راهگشا بوده و طرفین را به عدالت نزدیک می‌کند.

۱. چنین تحلیلی از جایگاه شرط در عبارات آقای وحید خراسانی نیز به نظر می‌رسد (و ما قبیل من أن للشرط قسطاً من الثمن مردوداً من ناحية فنيّه، فإنّ الشروط قيودٌ ترجع الى الالتزامات الوفائية بالمعاملات، فلا يقسّط الثمن عليها) (خراسانی، ۱۴۳۸ق، ج ۴، ص. ۳۶۲).
۲. لازم به ذکر است بر اساس نظر شیخ انصاری جایگاه تساوی عوضین در مالیت، داعی می‌باشد و تخلف از دواعی نیز مستلزم فساد یا خیار شدن معامله نمی‌گردد. البته مشهور فقها تساوی عوضین در مالیت را از آنجا که متعلق غرض نوعی عقلاً می‌باشد، صرف داعی لحاظ نکرده و ضمانت اجرای تخلف از آن را ایجاد خیار غبن می‌دانند (جزایری مروج، ۱۴۳۵ق، ج ۱۰، ص. ۴۸۴).
۳. سید یزدی تعریفی از عالم لبّ ارائه نداده است، لکن به نظر می‌رسد مقصود ایشان از این اصطلاح توجه به قصد مشترک طرفین یا حقیقت اقتصادی معامله باشد و مقصود ایشان از عالم لبّ غیر از داعی می‌باشد، زیرا ایشان خود میان داعی و لبّ تفاوت قائل شده‌اند. همچنین نفی دیدگاه توجه به لبّ و واقعیت معاملات به راحتی میسر نمی‌باشد و بررسی اینکه جایگاه لبّ و واقع در معاملات چیست، خود پژوهش جداگانه‌ای را می‌طلبد. برای مثال امام خمینی با اینکه از مخالفین نظر سید یزدی است، خود در برخی مباحث به عالم لبّ و اغراض لبّی طرفین معامله توجه نموده و بر آن اثر فقهی مترتب کرده‌اند. بر اساس دیدگاه امام خمینی درباره رابطه شرط و عقد - دیدگاه ظرفیت - هیچ‌گونه رابطه‌ای بین شرط و عقد در مقام انشاء وجود ندارد و رابطه شرط و عقد صرف رابطه ظرف و مظروف است. ایشان در پاسخ به این سؤال که اگر هیچ ارتباطی میان این دو نیست، پس چگونه تخلف از شرط منجر به ایجاد خیار فسخ می‌شود، می‌گویند: به حسب اغراض لبّیه میان عقد و شرط ارتباط وجود دارد و خیار تخلف از شرط مترتب بر این ارتباط است؛ به عبارت دیگر در مسئله شرط ضمن عقد هر چند انشاء عقد و شرط دو انشاء مستقل و جدا می‌باشد، لکن میان این دو در عالم لبّ ارتباط برقرار است و همین منجر به خیار تخلف از شرط می‌شود (خمینی، ۱۳۸۴، ج ۵، صص. ۳۶۰ و ۳۶۲).
۴. همچنین از پژوهشگران معاصر آیت‌الله علی‌دوست نیز برای مطالبه بهای شرط چنین تحلیلی را ارائه کرده است (مکالمه تلفنی).
۵. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی. ایشان با طرح تئوری موازنه و با استناد به اصل ابقاء عقود (لزوم نگهداری)، موازنه ارزش عوضین که در موقع تراضی، طرفین به آن گردن نهاده‌اند و لاضرر، ارش مدنی را مطابق قاعده معرفی و مختص خیار عیب ندانسته‌اند. طبق

نظر ایشان در بیعی که در آن شرط صفت شده است، درست است که تمام ثمن در برابر مبیع است؛ لکن تمام ثمن در برابر مبیع وابسته به وصف است نه مبیع مجرد از شرط صفت. وجود شرط نیز عادتاً در افزایش ثمن مؤثر است. لذا قاعده عقلی و بدیهی این است که هر عاملی که مؤثر در موازنه ارزش باشد، اگر مشروطه در فرض تخلف از آن عامل، جانب ابقاء آن عقد را بگیرد، حق مطالبه ارزش دارد مگر آنکه نص صریح بر خلاف آن باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، صص. ۱۸-۱۹).

کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. انصاری، مرتضی (۱۴۲۲ق). المکاسب قم: مجمع الفکر اسلامی.
۳. ایروانی غروی، میرزاعلی (۱۴۳۱ق). حاشیه المکاسب. قم: ذوی القربی.
۴. باریکلو، علیرضا (۱۳۹۴). حقوق قراردادها عقود معین ۱. تهران: میزان.
۵. تاج‌آبادی، حسین (۱۳۹۰). شروط باطل در فقه امامیه. تهران: میزان.
۶. تسخیری، محمدعلی (۱۴۲۵ق). القواعد الأصولیه والفقهیة علی مذهب الإمامیه. تهران: المجمع العالمی للتقرب.
۷. جزایری مروج، محمدجعفر (۱۴۳۵ق). هدی الطالب إلی شرح المکاسب. قم: مؤسسه السیده المعصومه (سلام‌الله‌علیها).
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). تئوری موازنه. تهران: گنج دانش.
۹. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۹). درس خارج فقه مبحث خیارات (شروط). سایت اسراء: www.portal.esra.ir
۱۰. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۳۷۶ق). الصحاح. بیروت: دارالعلم المالین.
۱۱. حسینی روحانی قمی، سیدصادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (علیه‌السلام). قم: دارالکتاب.
۱۲. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۸ق). العناوین. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۳. خراسانی، وحید (۱۴۳۸ق). بغیة الراغب فی مبانی المکاسب. قم: مدرسه امام باقرالعلوم (علیه‌السلام).
۱۴. خلخالی، محمدهمدی (۱۳۹۶). فقه‌الشیعه. کتاب‌الاجاره. تهران: منیر.
۱۵. خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۸۴). کتاب‌البیع. قم: عروج.
۱۶. خوانساری، محمد (بی‌تا). الحاشیه‌الثانیة علی المکاسب. بی‌جا: بی‌نا.
۱۷. خوبی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۲ق). مصباح الفقاهه. تقریر محمدعلی توحیدی، بیروت: دارالهادی.

۱۸. خوبی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعه امام خوبی. جلد ۶، قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئی.
۱۹. سبحانی، جعفر (۱۴۱۴ق). المختار فی احکام الخیار. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۲۰. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: المنار.
۲۱. طباطبایی حکیم، محسن (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین (با حواشی شهید صدر). قم: دارالتعارف المطبوعات.
۲۲. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۳۷۶). سؤال و جواب (به اهتمام سیدمصطفی محقق داماد). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۳. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۲۴ق). عروة الوثقی. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۴. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۲۹ق). حاشیه مکاسب. قم: مؤسسه طیبه لإحياء التراث.
۲۵. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۳۷ق). العروة الوثقی و التعليقات علیها. قم: مؤسسه السبطين العالمیه.
۲۶. طبری آملی، میرزا هاشم (۱۴۳۲ق). کتاب الخیارات. تقریرات شیخ عبدالله الجواد الطبری الآملی، قم: اسراء.
۲۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۲۱ق). تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۲۸. علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث.
۲۹. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۹ق). کتاب العین. قم: هجرت.
۳۰. کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ق). تحریر المعجله. قم: مکتبه فیروزآبادی.
۳۱. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۲. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۷). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی (۲). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۳. محقق داماد، سیدمصطفی (بی تا). صوت درس مکاسب، مبحث شروط، تهیه شده از مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۴. محمدی خراسانی، علی (۱۳۹۴). کوثر فقه. تهران: عروج.
۳۵. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۸). منهاج الصالحین. قم: مرکز الغدير.

توزیع ثمن بر شروط در فقه امامیه

سید ابوالقاسم نقیبی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱۲

محمد رضا بقائی**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۱/۲۰

چکیده

شروط ضمن عقد نقش مهمی در تعریف، توسیع یا تحدید حقوق و تکالیف قراردادهای طرفین معاملات داشته و مورد شرط در افزایش و کاهش ارزش و بهای مورد معامله مؤثر می‌باشد. در صورتی که مورد معامله فاقد شرط باشد، تعادل اقتصادی قرارداد به هم می‌خورد. در مواردی که شروط ضمن عقد رعایت نمی‌شود و اجبار شرط نیز متعذر است، دیدگاه رایج در فقه امامیه که در حقوق مدنی نیز به‌ظاهر آن حکم شده است، فسخ قرارداد را تنها شیوه جبران می‌داند. فقهای امامیه به دلایلی همچون عدم تقابل اوصاف و شروط با ثمن قراردادی، استثنائی بودن ارزش، در حکم قید و معنوی بودن مورد شرط و انحصار اسباب ضمان در فقه اسلامی بر این دیدگاه استناد کرده‌اند. علی‌رغم وجود قول مشهور مبنی بر عدم توزیع ثمن معامله بر شروط ضمن عقد، توسط برخی فقها با استناد به دلایلی همچون مالیت داشتن شرط در عرف، در حکم جزء بودن شرط در قصد مشترک طرفین و قابل ارزیابی بودن بهای شرط در مقام رفع خصومت، نظراتی مبنی بر امکان مطالبه بهای شرط در این مورد ذکر شده است. در این پژوهش با بررسی مبانی و ادله دیدگاه طرفین به نظر می‌رسد در مواردی که مورد شرط از ارزش مالی مستقل برخوردار بوده و مشروطه با اعمال فسخ متضرر می‌گردد مطالبه بهای شرط امکان‌پذیر می‌باشد.

واژگان کلیدی: شرط، وصف، جزء، توزیع ثمن، فقه امامیه.

مقدمه

شروط ضمن عقد و اجزای معامله نقش مهمی در میزان تعهدات طرفین معاملات داشته و بهای مورد معامله با توجه به شروط و اجزای آن متغیر می‌گردد. در مواردی این شروط و اجزاء در عمل عقیم مانده و مورد معامله فاقد آن است، لذا تعادل اقتصادی قرارداد به هم می‌خورد. ضمانت اجرای متداول در فقه امامیه و حقوق موضوعه در باب تخلف از اجزای معامله، با استناد به تئوری انحلال عقد، خیار تبعض صفت و امکان استرداد ثمن معامله است؛ لکن ضمانت اجرای مطرح در باب تخلف از شروط ضمن عقد، اعمال خیار فسخ می‌باشد.

سؤالی که به ذهن می‌رسد آن است که چه تفاوتی میان جزء و شرط وجود داشته و آیا در باب شروط نیز ضمانت اجرایی مشابه، یعنی امکان مطالبه بهای شرط وجود دارد یا خیر؟ با توجه به اینکه امروزه قیمت کالاها دارای نوسانات بوده و دستخوش تغییرات می‌باشد، اهمیت پاسخ به این پرسش روشن‌تر می‌گردد؛ چه بسا اعمال خیار فسخ در این موارد از مشروطه جبران خسارت نمی‌کند، لذا پرسشی که به ذهن می‌رسد آن است که آیا ضمانت اجرای دیگری یعنی امکان مطالبه جبران خسارتی که از عدم تحقق شرط حاصل شده، وجود دارد یا خیر؟

علی‌رغم وجود قول مشهور مبنی بر عدم امکان توزیع ثمن معامله بر شروط در فقه امامیه نظراتی مبنی بر امکان مطالبه بهای شرط نیز مطرح شده است. جهت بررسی دقیق مسئله حاضر، ضمن بررسی فروع فقهی مربوطه، ادله و اقوال موافقین و مخالفین توزیع ثمن معامله بر شروط ضمن عقد مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. مفاهیم

۱-۱. مفهوم و حقیقت شرط

با عنایت به اینکه واژه محوری در این پژوهش کلمه شرط می‌باشد، در این قسمت به تبیین و واکاوی واژه شرط پرداخته می‌شود.

از آنجا که برای واژه شرط معنای مخصوصی در شرع ارائه نشده و گروهی از لغویین نیز در تبیین معنای آن به عرف ارجاع می‌دهند (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۶، ص. ۲۳۴؛ جوهری، ۱۳۷۶، ج ۳، ص. ۱۱۱۳۶)، تکیه‌گاه اصلی در تعریف آن عرف عقلا می‌باشد.

شیخ انصاری برای تشخیص معنای عرفی شرط، به دو معنا اشاره می‌کند: ۱. الزام و التزام به چیزی، ۲. هر آن چیزی که از نبودش، نبود مشروط لازم می‌آید؛ قطع نظر از اینکه از وجودش وجود مشروط لازم بیاید یا نیاید. به نظر ایشان میان این دو معنا اشتراک لفظی وجود دارد (انصاری، ۱۴۲۲ق، ج ۶، صص. ۱۱ و ۱۳). پس از ایشان برخی از فقها سعی بر آن داشتند که با ارائه معنایی واحد از شرط، ماهیت و حقیقت آن را بیان کنند. نظریه‌پردازان در باب ماهیت شرط به معانی مختلفی اشاره کرده‌اند که با جمع‌بندی آنها می‌توان این مفاهیم را در ذیل دو مفهوم کلی (جعل) و (ملازمه یا لزوم) بررسی نمود. در ذیل به این نظرات اشاره و دیدگاه مختار تبیین می‌گردد.

دیدگاه جعل و تقریر: از منظر سید یزدی حقیقت شرط عبارت از جعل و تقریر الزامی بوده و هر دو معنای عرفی شیخ، به این معنا برمی‌گردد. لذا واژه شرط به این معنا مشترک لفظی نیست. ایشان می‌گویند: شرط جعل و تقييد الزامی بوده و به احکام و تکالیف الهی نیز از این باب شرط گفته می‌شود که در واقع مقررات الزامی خداوند بر بندگان می‌باشد. لذا جعل مستتبع الزام شرط است نه هر جعلی. به عبارت دیگر از منظر سید یزدی شرط یک معنا دارد و آن عبارت است از جعل و تقریر خاص که بر دو گونه است؛ جعل گاه از باب الزام و التزام است و گاه از باب تقييد، شرط به اعتبار نخست با (لام و علی) و به اعتبار دوم با (فی) متعدی می‌شود؛ بنابراین (اشترط علیه) به معنای الزام و التزام و (اشترط فیه) به معنای تقييد (وابسته کردن چیزی به چیز دیگر) است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، صص. ۲۴۳-۲۴۴).

دیدگاه لزوم: مرحوم اصفهانی با در نظر گرفتن حقیقت اشیاء اشکالی را بر مبنای جعل وارد می‌کنند و آن این است که در تمام موارد شروط جعل و تقریر وجود ندارد، از جمله در شروط تکوینی. به عنوان نمونه وضع و محاذات برای احراق شرط است، لکن در چنین مواردی جعلی وجود ندارد نه جعل تکوینی و نه جعل تشریحی. جعل تکوینی به معنای ایجاد است و در مثال مذکور فقط نار و شیء محترقه وجود دارد و از کنار هم بودن این دو چنین مفهومی انتزاع می‌شود، همچنین محاذات متعلق جعل تشریحی هم نیست به این معنا که فرض نکردیم محاذات شرط باشد برای سوزاندن آتش، به اینکه سه چیز داشته باشیم آتش، کاغذ و کنار هم بودن، بلکه این دو چه کنار هم باشند یا نباشند

صرفاً دو چیز داریم به نام کاغذ و آتش که اگر کاغذ کنار آتش باشد می‌سوزد و اگر کنار هم نباشند نمی‌سوزد. در نتیجه محاذات امری ذهنی است که از کنار هم بودن انتزاع می‌گردد و این مفهوم علی‌رغم آنکه شرط است متعلق جعل تکوینی و تشریحی نمی‌باشد (اصفهانی، ۱۴۳۱ق، ج ۵، صص. ۱۰۳ و ۱۷۹).

با عنایت به حقیقت شرطیت عرفیه و شروط تکوینی در عالم به حالتی که چیزی از چیزی جدایی‌پذیر نیست و جز با وفای به آن از وی جدا نمی‌شود در عرف شرط گفته می‌شود به این معنی که شرط، لازم مشروط است یعنی چیزی که انفکاکش از مشروط متصور نیست؛ لذا شرط جعل مستتبع لزوم نیست بلکه خود لزوم است. معانی دیگری نیز برای بیان ماهیت شرط ارائه شده است؛ همانند: تقیید، ربط و اناطه، لکن به نظر می‌رسد تبیین شرط به عنوان لزوم چیزی برای چیزی، مفهوم اصلی شرط بوده و معانی ذکر شده به نوعی مصادیق و اثرات این مفهوم کلی می‌باشد.

۲-۱. مفهوم ثمن

ثمن بهایی است که کالا در برابر آن معامله می‌شود. مثن یا مبیع نیز چیزی است که به وسیله ثمن خریداری می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص. ۶۹۰). هر چند اطلاق عنوان مبیع و ثمن بر عوض و معوض از عناوین اعتباری است که بر حسب توافق طرفین اعتباراً به یکی مبیع و به دیگری ثمن گفته می‌شود، لکن تمایز مبیع از ثمن دارای اثر است؛ چون قلمرو چیزی که قابلیت ثمن قرار گرفتن دارد خیلی وسیع‌تر از مالی است که قابلیت مبیع قرار گرفتن دارد. در این قسمت به سه ضابطه جهت تمیز مبیع از ثمن اشاره می‌شود.

۱- غالباً مالی که ثمن قرار داده می‌شود پول رایج محل انعقاد عقد یا محل پرداخت است، ولی مبیع کالایی است که خریدار به عین آن نیازمند است.

۲- در فرضی که موضوع بیع مبادله دو پول متفاوت باشد، عرفاً پولی که یکی از طرفین معامله به آن نیازمند است مبیع و پولی که جهت اکتساب آن پرداخت می‌گردد، ثمن نامیده می‌شود (باریکلو، ۱۳۹۴، ص. ۴۲).

۳- مبیع باید عین کالایی باشد که قابلیت تملیک داشته باشد ولی قابلیت تملیک در ثمن شرط نیست، بلکه همین که دارای منفعت عقلایی و قابل واگذاری باشد کافی است؛

از این رو حق را می‌شود ثمن قرار داد ولی نمی‌شود آن را مبیع قرار داد. در نتیجه هر چه مال باشد، اعم از عین و منفعت و حق می‌تواند عوض مبیع قرار گیرد (خویی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۳۱).

۲. بررسی مبانی فقهی عدم توزیع ثمن معامله بر شروط

۲-۱. قول به عدم توزیع و ادله آن

بحث از قابلیت توزیع ثمن معامله بر شروط ضمن عقد قبل از شیخ انصاری به صورت پراکنده در برخی مباحث فقهی مطرح بود. ایشان در ذیل مسئله چهار و هفت احکام شرط صحیح کتاب مکاسب، در مبحث تعذر شرط به این مسئله اشاره کرده و پس از ایشان نیز غالب فقها در ذیل همین مبحث نظرات خود را تبیین کرده‌اند. قول مشهور میان فقهای امامیه عدم توزیع ثمن بر اوصاف و شروط ضمن عقد می‌باشد که به عمده دلایل آن اشاره می‌گردد.

۲-۱-۱. الأوصاف لاتقابل بالأعراض

متعلق عقد بیع، ثمن و مثن (عین) است. شکی در این نیست که عین شامل اوصاف زیادی می‌باشد که به موجب آن انگیزه‌ها مختلف و قیمت کالا متفاوت می‌گردد. از آنجا که این سخن مختص عقد بیع نمی‌باشد و تمامی عقود معاوضی را دربرمی‌گیرد؛ پرسش حائز اهمیت آن است که به طور کلی آیا اصل و ذات هر معوضی اعم از عین و منفعت، در مقابل عوض قرار می‌گیرد یا اصل و ذات همراه با اوصاف در مقابل عوض قرار می‌گیرد؟

نظر مشهور در فقه امامیه آن است که از آنجایی که اوصاف، اعراض بوده و وجودی مستقل از خود ندارند، چیزی از ثمن به ازای آن قرار نمی‌گیرد (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، صص. ۹۳-۹۴)، لذا شروط ضمن عقد و اوصاف معامله حیثیت تعلیلیه داشته و صرفاً داعی و انگیزه برای بالا رفتن قیمت کالا می‌باشد (خراسانی، ۱۴۳۸ق، ج ۴، ص. ۳۶۰).

مرحوم مراغی نیز در تبیین این قاعده می‌فرماید: تردیدی در این نیست که اوصاف از مواردی است که به واسطه آن قیمت کالا مختلف می‌شود، لذا برای رهایی از غرر و جهالت باید اوصافی که به واسطه آن انگیزه‌ها نسبت به کالا متفاوت می‌شود بیان گردد، لکن اوصاف به تنهایی و فی‌نفسه در مقابل عوض قرار نمی‌گیرد. بلکه معوض عبارت

است از جوهر و ماده هر چیزی و اعتبارات و اوصاف بدون اینکه جزئی از معوض باشد، فقط سببی برای افزایش یا نقصان قیمت می‌باشد و به همین دلیل است که گفته شده از بین رفتن اوصاف موجب تبعیض در معامله و ایجاد خیار تبعض صفت نمی‌شود، بلکه ضرری که به وجود می‌آید، صرفاً سبب پیدایش حق خیار می‌گردد. لازم به ذکر است منظور از اوصافی که در اینجا ذکر می‌گردد آن بخش از اوصافی نیست که بین انواع، تمایز برقرار می‌سازد زیرا ضمانت اجرای فقدان چنین اوصافی بطلان معامله است (حسینی مراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۲۱۵).

ایشان ضمن استناد به این قاعده بر اتفاق نظر اصحاب بر این قاعده اشاره می‌کند، در برخی منابع نیز بر اساس سخن مرحوم مراغی ادعای اجماع در این مسئله شده (تسخیری، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص. ۶۶) که به نظر می‌رسد چنین ادعایی صحیح نیست. همچنین برخی فقها سعی کرده‌اند با تبیین عقلانی این قاعده برای آن دلیل عقلی بیاورند (اصفهانی، ۱۴۳۱ق، ج ۵، ص. ۵۲).

۲-۱-۲. استثنای بودن ارش

از منظر برخی فقها اظهار نظر در این بحث بستگی به تحلیل مسئله ارش دارد و اگر ارش موافق قاعده باشد در این مبحث نیز حکم به تقسیط ثمن بر شروط می‌شود. لکن با توجه به قاعده‌ای که پیش از این تبیین گشت، اوصاف مطلقاً مقابل ثمن معامله قرار نمی‌گیرد و تنها وصف صحت استثنای قاعده فوق می‌باشد؛ لذا از نظر مشهور فقها، ثبوت ارش در خیار عیب به جهت روایات خاص است نه به جهت قاعده (خویی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، ص. ۲۴۵) و هر گاه از جانب شارع دلیلی مبنی بر جواز اخذ ارش وجود نداشته باشد، نمی‌توان به آن حکم کرد. با در نظر گرفتن این دیدگاه از لحاظ ماهیت، ارش غرامتی است که به واسطه اخبار خاصه ثابت شده و درباره کیفیت ثبوت ارش نیز باید به روایات مراجعه نمود. مراد از تفاوتی که در باب ارش اخذ می‌گردد یا تفاوت میان قیمت واقعی کالای صحیح و معیوب بدون در نظر گرفتن قیمت آنها در زمان انعقاد معامله است و یا تفاوت میان کالای صحیح و معیوب با لحاظ نسبت معامله منعقد شده میان طرفین. احتمال نخست قابل پذیرش نمی‌باشد. دلیل مشهور فقها جهت عدم پذیرش این احتمال، لزوم جمع عوض و معوض در برخی فروض است. مرحوم خویی با دقت نظر در مسئله این

دلیل را نپذیرفته و می‌گوید: اساساً اگر دلیلی بر این امر دلالت کند اشکالی ندارد، کما اینکه نظیر این مورد در مسئله جنایت عبد ذکر شده است. بلکه از آنجا که ارش به عنوان غرامت - نه جزئی از ثمن - است، لذا اشکالی ندارد که بیشتر از قیمت واقعی نیز باشد، زیرا دانسته شد که ثمن معامله صرفاً در مقابل عین بوده و آنچه به خاطر نقصان وصف برمی‌گردد غرامت می‌باشد نه قیمت. ایراد جمع میان عوض و معوض در صورتی مطرح می‌گردد که اوصاف مقابل ثمن قرار گیرد؛ زیرا مبلغی که به عنوان ارش گرفته می‌شود، بیشتر از ثمنی است که در مقابل وصف قرار می‌گیرد (خویی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، صص. ۲۴۵-۲۴۶).

در نتیجه از نظر ایشان دلیل عدم پذیرش احتمال نخست، آن است که اخبار ظهوری در این احتمال نداشته و فهم عرفی نیز چنین احتمالی را نمی‌پذیرد.

۲-۱-۳. انحصار اسباب ضمان در فقه اسلامی

یکی از دلایل عدم توزیع ثمن بر شروط توجه به جایگاه شرط در ضمن عقد است. برخی از فقها در تحلیل خویش به این نکته عنایت داشته و می‌گویند: در بسیاری از عقود از جمله بیع، اجاره و مانند این‌ها، دو حوزه وجود دارد؛ مرحله نخست، مبادله کردن دو مال است یعنی حوزه تعویض و نقل و انتقال. مرحله دوم، تعهد است یعنی حوزه التزام به وفا، که این مرحله باعث لزوم عقد است. به بیان دیگر عقد دارای مدلول مطابقی و التزامی است. مدلول مطابقی آن مبادله بین دو مال و مدلول التزامی آن، التزام به مبادله می‌باشد (خوانساری، بی‌تا، ص. ۴۹۲).

با توجه به مفهوم شرط ضمن عقد درمی‌یابیم شرط باید با عقد رابطه داشته باشد و صرف ظرفیت کافی نیست. برخی برآنند که حوزه گره خوردن شرط با عقد، در همان حیظه مدلول مطابقی است. مبنایی که متأخرین پذیرفته‌اند و به نظر صحیح‌تر می‌آید، این است که شرط کاری با حوزه اصل تعویض نداشته و مدلول التزامی که ناظر به مقام وفای به عقد است، به شرط گره‌خورده که اگر این شرط حاصل شد، شارط نیز موظف است به تعهد خود وفا کند و اگر حاصل نشد او حق دارد با استناد به خیار تخلف شرط معامله را به‌هم بزند. با عنایت به این نکته روشن می‌گردد که شرط قسطی از ثمن را ندارد؛ برای اینکه ثمن به ازای مضمن است و مضمن هم به ازای ثمن و شرط خارج از حوزه تعویض

است^۱ (جوادی آملی، ۱۳۸۹، صص. ۴۲۷-۴۳۰؛ طبری آملی، ۱۴۳۲ق، ج ۲، ص. ۴۹۳). پس از بیان این مقدمه، سؤالی که مطرح می‌گردد آن است که اگر مشروط‌علیه تخلف کرد، آیا مشروط‌له علاوه بر حق به هم زدن معامله، حق دریافت ارش را نیز دارد یا خیر؟ یعنی بتواند با ارزیابی تفاوت قیمت عوضین نسبت به ثمن معامله، مبلغی را از مشروط‌علیه بگیرد. جهت پاسخ به این سؤال نخست باید جایگاه شرط در عقد تبیین گردد که به عنوان مقدمه به آن اشاره شد. اگر مشروط‌علیه عهده‌دار یک وصف یا شرطی باشد، این امر یا بر اساس نص خاص است، مانند خیار عیب که ارش بدهکار است یا طبق قواعد عمومی می‌باشد. قواعد عمومی مسئله ضمان در دو بخش ضمان معاوضی و ضمان ید مطرح شده است. با توجه به انحصار اسباب ضمان در فقه اسلامی جهت پاسخ مثبت به پرسش فوق باید ثابت شود که مشروط‌علیه به ضمان معاوضی یا ضمان ید ضامن می‌باشد.

مشروط‌علیه از نظر ضمان معاوضی چیزی بدهکار نیست، زیرا شرط نه جزء ثمن است و نه جزء مثنی و اگر چیزی در حوزه ثمن و مثنی قرار نداشت در قلمرو ضمان معاوضی نیست. چه بسا شرط اگر به وصف برگردد و اگر به شرط نتیجه برگردد، در هر دو حال مشروط‌علیه به ضمان معاوضی بدهکار است؛ اما اگر به شرط فعل برگردد؛ به این شرط که فلان کار را انجام بدهد، چنین شرطی از حوزه تعویض و از حوزه عوضین خارج است بلکه صرفاً تعهدی است که مشروط‌علیه دارد.

با بررسی ضمان ید نیز آشکار می‌گردد که مشروط‌علیه از این حیث نیز ضامن نمی‌باشد. توضیح آنکه شرط ضمن عقد یا کلی است و یا شخصی. اگر شرط، کلی باشد در صورتی می‌توان قائل به ضمان ید شد که بگوییم مقتضای التزام آن است که شرط، ملک مشروط‌له باشد؛ لذا اگر قائل بر آن بود که شرط مملک است؛ یعنی مانند اجاره، مال را در ذمه مشروط‌علیه مستقر می‌کند، وی به ضمان ید، ضامن می‌باشد. ایراد این تحلیل آن است که شرط اساساً مملک نمی‌باشد. تنها ثمره شرط آن است مشروط‌علیه متعهد می‌باشد و این التزام در ذمه اوست نه مال که اگر فوت کرد از ترکه‌اش بردارند. لذا او متعهد است که این کار را انجام دهد نه اینکه بدهکار باشد و میان اجاره و شرط تفاوت وجود دارد.

در صورتی که شرط، یک امر شخصی باشد گفته می‌شود چنین شرطی یا در حوزه مبیع است، لذا بر اساس (کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه) مشروط‌علیه ضامن است و اگر در حوزه مبیع نباشد نیز بر اساس (علی الید ما أخذت حتی تؤذیه) ضامن است. پس مشروط‌علیه بدهکار شیء است و مشروط‌له اگر خواست معامله را امضاء کند، می‌تواند از مشروط‌علیه چیزی نیز بگیرد. این دلیل صحیح نمی‌باشد، زیرا بحث در شرطی است که خارج از حوزه مبیع - تعویض - و عوضین بوده و به عقد ارتباط پیدا کرده تا شرط ابتدایی نباشد، لذا از باب قاعده (کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه) نمی‌توان استدلال نمود. همچنین قاعده علی الید نیز شامل محل بحث نمی‌گردد، اگر مال کسی غصب شده یا دینی گرفته باشد، این قاعده شامل شخص می‌گردد، لکن محل بحث به احسان ابتدایی شبیه‌تر است. چیزی را مشروط‌له به مشروط‌علیه داد که نه قبلاً مال او بود که این گرفته باشد تا علی الید شاملش بشود، نه به وسیله عقد به او داده است - برای اینکه نه جزء عوض است و نه جزء معوض - این به احسان شبیه‌تر است، لذا ضمانی در پی ندارد (جوادی آملی، ۱۳۸۹، صص. ۴۱۶-۴۱۷).

۲-۲. فروع فقهی مترتب بر قول عدم توزیع

۱- بر اساس نظر شیخ انصاری اگر شرط متعذر شود مشتری حقی جز اعمال خیار ندارد، زیرا از طرفی دلیلی بر ارزش نیست و از طرف دیگر شرط در حکم قید است و به لحاظ عرفی و به تبع به لحاظ شرعی، هیچ مالی در مقابل شرط قرار نمی‌گیرد، بلکه مقابله عرفاً و شرعاً میان عوضین (و نه میان عوض و شرط) وجود دارد. علت این عدم تقابل آن است که قید، امری است معنوی و امور معنوی به لحاظ عرفی مال تلقی نمی‌شود، گرچه وجود شرط در قرارداد باعث می‌شود تا ارزش مال به دلیل وجود یا عدم وجود شرط، افزوده یا کاسته شود^۲ (انصاری، ۱۴۲۲ق، ج ۶، ص. ۸۱).

علاوه بر این، عرف به این دلیل تقابل عوض و شرط را نمی‌پذیرد که هر چند ممکن است شرط - یعنی نفس قید قرارداد - امری مالی نیز باشد، ولی این امر از معامله خارج است و تقید نیز گرچه داخل و جزئی از معامله است، ولی همواره امری غیرمالی است و در مقابل امر غیرمالی، مال قرار نمی‌گیرد (ایروانی، ۱۴۳۱ق، ج ۳، ص. ۲۹۸).

۲- لزوم تساوی میان کالای صحیح و معیوب در مسئله ربا از دیگر فروع فقهی مربوط به

بحث حاضر است. معامله دو کالای متجانس که از لحاظ قیمت و عدد متساوی باشند، هنگامی که یکی صحیح و دیگری معیوب باشد، صحیح است. صحت چنین معامله‌ای مبتنی بر عدم مقابله وصف صحت با مال می‌باشد، زیرا اگر وصف صحت مالیت داشته باشد معامله مذکور به دلیل استلزام ربا باطل می‌گردد (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸، ص. ۹۵).

۳- مرحوم خوئی در موردی که آب حمام مباح بوده ولی به واسطه هیزم، برق و یا نفت غضبی گرم گردد می‌فرماید: مانعی از غسل با چنین آبی نیست، دلیل صحت چنین غسلی نکته‌ای است که در بحث مکاسب ذکر شد که اعراض مطلقاً خواه از اعراض جسم یا نفس باشند، مقابل مال قرار نمی‌گیرد. بلکه صرفاً موجب افزایش قیمت جسم و معروض خود می‌گردد؛ بنابراین معنا ندارد که حرارت ایجاد شده در آب مباح مقابل مالی قرار گرفته و ملک صاحب هیزم یا برق یا نفت گردد تا به این سبب با صاحب آب، در آب شریک گردد، زیرا چنین مواردی مقابل چیزی قرار نمی‌گیرد. البته متصرف چوب در مقابل مالک آن ضامن بوده و باید از عهده وی با پرداخت بهای چوب به مالکش خارج گردد؛ ولی آب متصف به حرارت ملک صاحب آب می‌باشد. لذا غسل، وضو و دیگر تصرفات وی در آن آب صحیح می‌باشد (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص. ۴۱۹).

۳. بررسی مبانی فقهی توزیع ثمن معامله بر شروط

۳-۱. قول به توزیع و ادله آن

علی‌رغم نظر مشهور در فقه امامیه مبنی بر عدم امکان مطالبه بهای شرط، برخی فقها قائل به امکان مطالبه بهای شرط شده‌اند که به سه دیدگاه عمده در این زمینه اشاره می‌گردد:

۳-۱-۱. دیدگاه سید یزدی (تفکیک عالم انشاء و لبّ)

مرحوم سید یزدی با رویکرد اجتهاد عرف محور در آثار خود ضمن مباحث مختلفی قائل به امکان مطالبه بهای شرط شده‌اند. دیدگاه ایشان بر دو پیش‌فرض کلی استوار است:

۱- بایستی بین دو عالم انشاء و لبّ تفکیک نمود؛ زیرا در هر معامله‌ای با دو مرحله و دو عالم مواجهیم. انشاء مرحله ابراز شده در معاملات و لبّ مرحله قصد مشترک طرفین با توجه به واقعیت اقتصادی معامله می‌باشد.

۲- دومین نکته‌ای که در این دیدگاه بر آن تأکید می‌گردد، رایگان نبودن مورد شرط است به این معنا که شرط اگرچه در عالم انشاء مقابل مال قرار نمی‌گیرد ولی مجانی نیز نبوده و در عالم لبّ مقابل مال قرار می‌گیرد؛ یعنی مقداری از ثمن معامله به ازای شرط می‌باشد. به عبارت دیگر اگرچه در عالم انشاء تمام ثمن مقابل عین خارجی است، لکن به خاطر آنکه شروط موجب زیادت و نقصان قیمت عین می‌گردد، لذا بخشی از ثمن معامله در عالم لبّ و قصد مشترک طرفین برای وصف و شرط لحاظ می‌شود و در صورت تخلف از مفاد شرط، مشروطه جایز است آن را مطالبه کند زیرا عوض شرط به او نرسیده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۳۹).

از ایراداتی که بر این نظر وارد شده آن است که چگونه ممکن است در عین حال که تمام ثمن معامله در عالم انشاء مقابل عین است، در عالم لبّ نیز بخشی از ثمن به شروط و اوصاف تخصیص یابد؟

در پاسخ به این سؤال ایشان با تفکیک میان عالم انشاء و لبّ می‌گویند منافاتی ندارد که مالی واحد مقابل دو چیز در دو عالم طولی - انشاء و لبّ - باشد، زیرا آنچه محال است آن است که مالی واحد مقابل دو شیء در عرض یکدیگر باشد، لذا وقتی گفته می‌شود مورد شرط در عالم لبّ مقابل بخشی از عوض قرار می‌گیرد یعنی اینکه این‌ها در طول یکدیگرند، نه اینکه عالم انشاء و لبّ در عرض یکدیگر واقع شوند. بر این اساس منافاتی بین قیدیت در یک مرحله با جزئیت در مرحله دیگر وجود ندارد؛ بلکه تنافی در صورتی حاصل است که قیدیت و جزئیت را در یک مرحله در نظر بگیریم (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۳۹).

یکی از مؤیدات نظر سید یزدی در این مسئله در نظر گرفتن دیدگاه عرف می‌باشد. به نظر ایشان در صورت تخلف از شرط و وصف به دلایلی که ذکر شد، عرف مشروطه را مخیر میان فسخ معامله یا أخذ ارش - مابه‌التفاوت - می‌داند و شارع نیز در مسئله معاملات رویکرد عرف را تقریر کرده است؛ لذا در این مسئله دلیلی برای عدم امکان دریافت مابه‌التفاوت به جز قول مشهور نداریم و مراد از آنکه در شرع مقابله میان دو مال صورت می‌گیرد آن است که شارع رویکرد عرف را امضاء کرده است و گرنه دلیل به‌خصوصی در شرع نداریم که در معاملات مقابله صرفاً میان دو مال می‌باشد. همچنین بر

فرض که بگوییم تمام عوض در مقابل عین است، لکن نه در مقابل ذات عین - بما هی هی - بلکه تمام ثمن مقابل عین متضمن شرط یا موصوف به صفت می‌باشد. لذا نفس عوض در مقابل عین است، لکن اعطاء بخشی از عوض این عین به خاطر ذات عین نبوده است بلکه بدان جهت بوده که عین متضمن شرط می‌باشد و اگر آشکار گردد که شرط موجود نیست، ذینفع می‌تواند آن مقدار زائدی که پرداخت کرده است را مسترد دارد، به این معنی که آنچه زیادت‌تر از عوض ذات عین مجرد از شرط پرداخت کرده را پس بگیرد چراکه عوض آنچه پرداخت کرده است به او نرسیده است.

از مبانی مهم سید یزدی در این دیدگاه تفکیک میان عالم لبّ و انشاء می‌باشد. ایشان از طرفی می‌بیند مورد شرط در عرف فی نفسه مالیت داشته و نمی‌توان منکر مالیت شرط شد، زیرا باعث افزایش یا کاهش ثمن معامله شده و اساساً امروزه بسیاری از ویژگی‌های کالا و تعهدات طرفین که منجر به تفاوت قیمت می‌گردد به صورت شرط ضمن عقد درج می‌گردد، لذا نمی‌توان بر این نظر بود که مدخلیت شرط در معاملات صرفاً به منزله داعی بوده و مقابل مال قرار نمی‌گیرد.

از طرف دیگر فارغ از تأثیر شرط در ارزش اقتصادی عوضین با توجه به صرف رابطه عقد و شرط در حقیقت، شرط جزئی از عوضین نیست؛ لذا ایشان با اعتقاد به نظری میانه به جزئیت شرط در عالم لبّ پایبند بوده و از آنجا که هدف از طرح این دیدگاه صرفاً بحث تأثیر شرط در ارزش اقتصادی عوضین می‌باشد، آثارش نیز در همین حیطه اجرا می‌گردد که عبارت است از جواز مطالبه مابه‌التفاوت در صورت عدم اجرای شرط توسط مشروطه؛ لکن در فروع دیگر از جمله تبعض معامله، سرایت بطلان، جهالت، عدم مشروعیت، عدم مقدوریت و تعلیق از شرط به عقد حکم به عدم سرایت می‌دهند، زیرا اگر قائل به جزئیت حقیقی شرط بودند، در این موارد نیز باید حکم به بطلان عقد داده می‌شد. ایشان با توجه به مبنای خود می‌گویند: ضمان ارش در این موارد در حد ضمان ید یا ضمان معاوضی نمی‌باشد؛ بلکه ضمانی دیگر است که ضمان معاوضه لبّیه نام دارد^۳ (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۲۴).

شایان توجه است که برخی علما قدم فراتر نهاده و ضمن پذیرش این دیدگاه با نقد نظر سید یزدی مبنی بر تفکیک میان عالم لبّ و انشاء می‌فرمایند: با ملاحظه معاملات رایج بین مردم درمی‌یابیم که ثمن معامله بر هر چیزی که دخیل در مرغوبیت کالا باشد،

حتی ظرف، پوشش و حرز نیز تقسیط می‌گردد، چه برسد به شروط و اوصاف ضمن معامله که گاهی اوقات اساساً کالا به خاطر وجود اوصاف آن خریداری می‌گردد. به عبارت دیگر شروط مذکور در ضمن عقد یا حتی شروطی که عقد مبتنی بر آنها ایجاد شده است، به خودی خود در مقام انشاء قسطی از ثمن را به خود اختصاص می‌دهند. البته اگرچه در مقام انشاء به دقت و خصوصیت بخشی از ثمن را به خود تخصیص نمی‌دهند، لکن در صورت تعدد شرط، این مبلغ قابل ارزیابی بوده و استرداد مقدار مالی که به ازای شرط پرداخت شده است مطابق قاعده می‌باشد (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص. ۵۱۹).

۳-۱-۲. تفکیک میان شرط مالی و غیرمالی

در میان شروط متعذر، جایی که شرط از ارزش مالی مستقل برخوردار باشد، بیشتر محل بحث و گفتگو قرار گرفته است. بر اساس نظر شیخ انصاری اگر عملی شرط گردد که مال محسوب شده و در برابرش مال قرار می‌گیرد - مانند دوزندگی پیراهن - آنگاه انجامش متعذر گردد، در اینکه مشروطه مستحق دریافت اجرت عمل است و یا فقط اختیار دارد، دو وجه است (انصاری، ۱۴۲۲ق، ج ۶، ص. ۷۴).

علامه حلی در تذکره می‌گوید: هر گاه علیه بایع عمل جایزی شرط شود و بایع از آن امتناع کند، مشتری مخیر است که معامله را فسخ کند و همان چیزی را که داده مطالبه کند، یا آنکه شرط یا عوض آن را - اگر وقت انجام آن کار سپری شده و شرط از چیزهایی باشد که دارای قیمت است - مطالبه کند، همان‌سان که هر گاه شرط کند که بایع پیراهن رنگ‌آمیزی شده تحویل دهد ولی پیراهن را رنگ‌آمیزی نشده بیاورد و در دست مشتری تلف شود. ولی هر گاه شرط از چیزهایی بود که قیمت نداشت، مشتری میان فسخ و امضای مجانی مخیر است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص. ۳۵۶).

شیخ انصاری در توضیح عبارت علامه حلی می‌گوید: ظاهراً منظور علامه از شرط دارای قیمت، آن است که مورد شرط به خودی خود برخوردار از ارزش مالی و قیمت است یعنی خود آن عمل مزد بردار باشد؛ مقصود از شرط دارای قیمت، چیزی نیست که در قیمت نقش دارد، زیرا همه شروط این‌چنین‌اند و در افزایش و کاهش قیمت دخالت دارند؛ یعنی صرفاً امکان مطالبه ثمن شروطی ممکن است که فی‌نفسه مالیت داشته باشد (انصاری، ۱۴۲۲ق، ج ۶، ص. ۷۵). در ادامه ایشان نظر علامه را خالی از وجه نمی‌داند و

به آن متمایل می‌شود.

همچنین فقهای دیگری نظیر مرحوم سبزواری و امام خمینی نیز در صورتی که مورد شرط در عرف مالیت داشته باشد قائل به امکان مطالبه بهای شرط شده‌اند. طبق نظر آیت‌الله سبزواری اگر مشروط‌علیه تمکن انجام شرط را به خاطر قصور یا تلف موضوع نداشت، در اینجا مشروط‌له فقط خیار دارد؛ و در مورد حق مطالبه عوض شرط می‌گویند: اگر مشروط فی حد نفسه به‌گونه‌ای است که متعاملین برای آن اعتبار مالیت می‌کنند، مطالبه عوض آن شرط صحیح است والا فقط حق فسخ دارد. اگر گفته شود که شرط فقط یک التزام است نه تملیک، لذا ضمان در آن راه نمی‌یابد؛ در جواب گفته می‌شود چون شرط ارزش مالی دارد، تملیک مشروط فیه، تملیک شرط بالملازمه است (سبزواری، ۱۳۴۱۳ق، ج ۱۷، ص. ۲۲۹).

امام خمینی نیز فرموده است: «تمام شروطی که از ارزش مالی مستقل برخوردار هستند، در صورتی که مشروط‌له حقی در آنها داشته باشد، حاکم می‌تواند مشروط‌علیه را ملزم به انجام شرط نماید و در صورت عدم امکان، او را مجبور به پرداخت خسارت کند. لذا اگر دوزندگی لباس خاصی شرط شده باشد و لباس تلف شود، مشروط‌له قیمت لباس و بهای دوخت را می‌ستاند و یا قیمت لباس دوخته‌شده را دریافت می‌کند؛ همچنین است در سایر موارد مشابه. حق ارزش در خیار عیب به نص خاصی نیست، بلکه به حکم عقلا بوده و از حقوقی است که عقلا برای طرف قائل‌اند. در ضمن، در طول حق رد است و در مواردی که رد متعذر باشد نوبت به اخذ ارزش می‌رسد و در عرض هم به نحو تخییر وجود ندارد» (خمینی، ۱۳۸۴، ج ۵، ص. ۳۳۲).

به عبارتی پرسشی که مطرح می‌گردد آن است که آیا شارب استحقاق اجرت دارد که قیمت واقعی شرط متعذر را از مشروط‌له مطالبه کند؟ در پاسخ می‌توان گفت آری به شرط آنکه خصوصیت متعذر از اموری باشد که نزد عرف و عقلا مالیت و قیمت دارد، مثل خیاطت و اگر کسی آن را ضمن معامله‌ای شرط کرد، شرط برای او حق می‌آورد و حقوق مالی قابل استیفاست. پس اگر به هر دلیل انجام آن از سوی مشروط‌علیه متعذر شد، شارب حق دارد قیمت آن را از وی مطالبه کند، مثل همه حقوق مالی دیگر. در نتیجه از منظر امام خمینی نیز در مواردی که شرط مالیت دارد، حق مطالبه قیمت و اجرت وجود دارد (محمدی خراسانی، ۱۳۹۴، ج ۶، ص. ۳۰۱).

برخی فقها نیز در نقد نظر شیخ انصاری مبنی بر آنکه شرط در حکم قید بوده و در مقابل مال قرار نمی‌گیرد و تقیید نیز امری معنوی است که مال محسوب نمی‌گردد، گفته‌اند: هر چند تقیید به خودی خود ارزش ندارد، لکن کالا با توجه به اوصافش، هنگام پرداخت بها مورد توجه قرار می‌گیرد. برای مثال نویسندگی هر چند به تنهایی مال نیست، اما عبد نویسند با این ویژگی کالای با ارزشی خواهد بود که در برابرش مال قرار می‌گیرد و این همان تقسیط ثمن است و در تقسیم لازم نیست که مقسوم‌علیه به تنهایی مال باشد و گرنه ثمن حتی نسبت به اجزای کالا نباید تقسیم شود، چنانکه هر مرکبی از اجزایی تشکیل شده است که هیچ‌یک به خودی خود ارزش مالی ندارند؛ اما در عین حال مجموع آنها دارای ارزش مالی هستند و بها در برابر آنها قرار داده می‌شود (ایروانی، ۱۴۳۱ق، ج ۳، صص. ۲۹۸-۲۹۹).

همان‌طور که برخی گفته‌اند عقلاً مشروطه را مخیر میان فسخ و ارش می‌دانند و این بنای عقلاً مورد امضاء شارع قرار گرفته است. به نظر می‌رسد حتی اگر قضاوت عرفی از دلالت عقد ملاک مخالفت با نظریه مالی بودن شرط است، چه بسا در عصر کنونی عرف مخالف شکل گرفته شده باشد (تاج‌آبادی، ۱۳۹۰، ص. ۱۶۲). واقعیت این است که در باب معاملات، هر گاه مانعی از ناحیه شارع نداشته باشیم، همان سیره و بنای عقلاً حجت است و اساساً در این باب، عمده دلایل امضائی هستند و با توجه به اینکه عرف در شروطی که ارزش مالی مستقل دارند، هنگام تعذر شرط، قیمت و اجرت را برای مشروطه در نظر می‌گیرد، به نظر می‌رسد این نظر صحیح‌تر باشد.

۳-۱-۳. قابل ارزیابی بودن بهای شرط

از جمله دلایلی که قائلین به امکان مطالبه بهای شرط به آن استناد کرده‌اند، آن است که در مواردی که اوصاف و شروط در عقد جایگاهی مشخص داشته و در میزان قیمت کالا نیز اثرگذار است، هر چند شرط ابتدائاً قسمتی از ثمن را به خود اختصاص نمی‌دهد، لکن هنگامی که نزاع و اختلاف میان طرفین پدید آمده و پای قضاوت به میان کشیده شود، می‌توان برای شرط قیمت‌گذاری نمود و سهمی از ثمن را برای آن اختصاص داد.

در توجیه این نظر، می‌توان میان مرحله انشاء عقد و مرحله اجرای عقد تمایز قائل شد، هر چند در مرحله انشاء عقد مشروط، ثمن معامله بر شروط توزیع نمی‌گردد، لکن به

دلیل جایگاه شرط در تعیین ثمن معامله در صورت تعذر یا تخلف از شرط در فرضی که اجبار ممکن نشود، می‌توان با کارشناسی مابه‌التفاوت نسبی عقد با شرط و بدون شرط را محاسبه نموده و به مشروطه پرداخت نمود. به بیانی دیگر درست است که در مقام معاوضه چیزی از ثمن به صورت مشخص در مقابل شرط قرار نمی‌گیرد لکن به دلیل جایگاه شرط، از آنجا که در بالا و پایین رفتن قیمت کالا مؤثر است، هنگامی که نزاع و اختلاف روی دهد، عقلاً می‌توانند، برای این موارد سهم معینی را قرار دهند.

آیت‌الله محقق داماد برای مطالبه بهای شرط چنین تحلیلی را ارائه داده‌اند.^۴ ایشان در تبیین نظر سید یزدی می‌گویند: بر اساس نظر سید یزدی شرط به نوعی حق دینی ایجاد می‌کند. به سبب شرط عمل به شرط بر مشروط‌علیه واجب و در حکم دینی می‌شود بر ذمه وی (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ص. ۱۶۹). لکن به نظر می‌رسد که پذیرش نظر سید یزدی مشکل است، آنچه مسلم است آن است که مشروط‌له حق الزام پیدا می‌کند که پس از ایفای تعهد مشروط‌علیه، وی حق دینی یا عینی پیدا می‌کند، نه اینکه به محض اشتراط چنین حقی برای او ایجاد گردد. لذا شرط حق الزام به عمل را برای مشروط‌له ایجاد می‌کند (محقق داماد، شماره ۲۶).

ایشان در باب مطالبه بهای شرط نیز می‌گویند: از مشکلات سیستم حقوقی ما که الآن وجود دارد آن است که در مواردی قانون‌گذار گفته است اگر به شرط عمل نشد، مشتری یا بایع حق فسخ پیدا می‌کند؛ درحالی‌که در مواردی اگر شخص فسخ کند زبان‌های بیشتری را باید متحمل شود و اگر فسخ نکند نیز اصل آن زیان را باید متحمل شود و هر دو طرفش برای وی زیان‌آور است. مشکلات زندگی امروز را باید دید و بعد برای راه‌حل آنها فکری بکنیم. با توجه به نوسانات قیمت در زمانه حاضر، در شرایطی اگر مشروط‌علیه از سر لجبازی به شرط عمل نکند و دادگاه هم در شرایطی است که نمی‌تواند اجبار کند یا مورد شرط از مواردی است که وحدت مطلوب دارد و وقتش فوت شده است، اگر بگوییم مشروط‌له فقط حق فسخ دارد، وی ضرر عمده‌ای می‌کند. جالب آن است که مسئله حق خیار که بر دوش قاعده لاضرر استوار است و اساساً به خاطر آنکه مشروط‌له ضرر نکند، حق خیار به او داده می‌شود، خیلی اوقات اگر او را مخیر بکنیم، بر انتخاب یکی از دو طرف (امضاء یا فسخ)، هر دو طرف این حق برای او ایجاد ضرر می‌کند. برای مثال وی زمینی را خریده به شرط آنکه مشروط‌علیه برایش فلان

کار را بکند ولی او به تعهدش عمل نکرده است، اگر مشروطه معامله را به هم بزند با توجه به اینکه قیمت زمین چند برابر شده است وی ضرر عمده‌ای می‌کند. به خسارت ناشی از فسخ در فقه نوعاً توجه نشده است، امروز در زندگی روزمره اگر فقط دم از فسخ بزنیم با یک عویصه وسیع روبرو می‌شویم. به نظر می‌رسد عبارت (لِلشَّرْطِ قِسْطٌ مِنَ الثَّمَنِ) که توسط قدما از جمله علامه حلی نقل شده است بر همین معنی حمل می‌گردد. منظور آن است که به هر حال شرط در معامله و عوضین تأثیر داشته و در زیاده و نقیصه عوضین مؤثر است نه آنکه دقیقاً ثمن بر شرط تقسیط گردد. تعبیر علامه، تعبیری تشبیه‌گونه است برای نشان دادن جایگاه شرط بر ثمن؛ لذا مابه‌التفاوت را می‌توان همیشه مطالبه کرد. مابه‌التفاوت شرط با لحاظ ثمن معامله با کارشناسی به دست می‌آید. البته مبنای مرحوم صیمری که این حق در کنار حق اجبار به وجود می‌آید، قابل پذیرش نمی‌باشد. بلکه اگر اجبار ممکن نشد، دو حق فسخ و أخذ مابه‌التفاوت در عرض یکدیگر هستند (محقق داماد، شماره ۱۷ و ۱۸).

به عقیده ایشان، این قول، قول مرجح بوده و در مطلق شروط می‌توان قابلیت تقویم به مال را لحاظ نمود و با دفاع از این نظر بسیاری از مشکلات امروزه مرتفع می‌گردد. با عنایت به نکات ذکر شده و تمایز میان مرحله انعقاد و اجرای عقد به نظر می‌رسد این نظر، نظری قابل دفاع می‌باشد.

۲-۳. فروع فقهی مترتب بر قول به توزیع

در این قسمت به برخی فروع فقهی که فقها بر اساس دیدگاه امکان مطالبه بهای شرط نسبت به آن فتوی داده‌اند اشاره می‌شود.

۱- آیت‌الله شاهرودی در ذیل مسئله تعذر شرط می‌گویند: «اگر مشروط‌علیه نتواند مورد شرط را انجام دهد، مشروط‌له حق فسخ پیدا کرده و نمی‌تواند قیمت شرط را مطالبه کند. لکن در تخلف وصف در صورتی که مشروط‌له به واسطه نوسانات و تغییر قیمت‌ها با اعمال حق فسخ ضرر کند و مورد شرط نیز در عرف مالیت داشته باشد، در این صورت وی می‌تواند قیمت شرط را مطالبه کند و ملاک قیمت شرط نیز در این مورد وقت اداء می‌باشد. البته در پایان ایشان احتیاط مستحب می‌دهند که طرفین مصالحه کنند» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص. ۵۵).

۲- شهید صدر نیز در این مسئله می‌گوید: بعید نیست که بگوییم در فرض تعذر شرط، مشروطه حق مطالبه قیمت شرط را پیدا می‌کند. به عبارت دیگر وی می‌تواند قیمت التزامی که بر مشروط‌علیه مالک شده است را مطالبه کند، زیرا این قیمتی ثابت است که مشروط‌علیه آن را فوت کرده است؛ لکن در صورتی که مورد شرط به خودی خود متعذر گردد چنین حقی را ندارد، زیرا موجبی برای ضمان التزام در این فرض وجود ندارد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۶۰، حواشی شهید صدر).

۳- علامه حلی در مبحث عقد مساقات می‌گویند: هر گاه مالک بر عامل، انجام عمل معینی را در ضمن عقد شرط کند، بر عامل لازم است که عمل مزبور را انجام دهد و چنانچه جزئاً و یا کلاً تخلف کند، عامل حق دارد که عقد را فسخ کند یا متعهد را به پرداخت اجرت عمل الزام کند (علامه حلی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۱۵۲). در میان معاصران بیش از همه سید یزدی در آثار خود به ویژه عروة الوثقی از دیدگاه علامه حلی مبنی بر وجود حق ذمی برای مشروط‌له، پیروی کرده است.

۴- سید یزدی با توجه به مبنای خویش در باب شروط، فروعی را در کتاب عروة الوثقی مطرح کرده‌اند که مورد انتقاد حاشیه نویسان این کتاب واقع شده است.

ایشان در فرع ۲۴ کتاب اجاره - فصل اجاره زمین - می‌گویند: «می‌توان شخصی را برای انجام کارها و رفع نیازها اجاره کرد که در این صورت، تمام منافع اجیر مال شخص مستأجر است و اقوی آن است که نفقه و هزینه‌های اجیر بر عهده خودش باشد نه مستأجر، مگر اینکه شرط خلاف کرده باشند و یا عرف و عادتی موجب انصراف وجود داشته باشد؛ و چنانچه شخص اجیر خود مبادرت به هزینه کند و یا شخص متبرعی چنین کند، شخص اجیر در فرض شرط، حق مطالبه عوض آن را دارد و نیز در فرض وجود عرف و عادت موجب انصراف؛ زیرا انصراف به منزله شرط است» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۱۱۶).

سید یزدی در ذیل مسئله بر نکته‌ای دست گذاشته‌اند که بسیار بحث‌برانگیز است. پس از پذیرفتن این نظر که مقتضای اطلاق عقد آن است که هزینه بر خود اجیر است، در فرض شرط خلاف و تعیین هزینه بر عهده مستأجر، چنانچه اجیر خود مبادرت به پرداخت کند و یا شخص متبرعی هزینه‌های اجیر را بپردازد، اجیر از مستأجر به همان

اندازه طلبکار می‌شود زیرا مقتضای شرط ایجاد حق دینی است و می‌تواند عوض آن را مطالبه کند.

توجیه فقهی این حکم یعنی ضمان مشروط‌علیه در فرض عدم پرداخت، برخی از شارحین کتاب عروۃ را به دشواری واداشته است و نوعاً با این حکم مخالفت کرده‌اند (خلخال، ۱۳۹۶، ص. ۸۹۶). می‌توان نظریه طباطبایی یزدی را بر ارائه مبنایی از ایشان در حقوق تعهدات تفسیر کرد؛ مبنی بر اینکه شرط فعل در امور مالی یکی از اسباب دین است، لذا شرط مزبور برای مشروط‌له حق ذمی بر عهده مشروط‌علیه قرارداد، مانند سایر دیون قابل مطالبه است و چنانچه اجیر شخصاً و یا دیگری هزینه او را تأمین سازد، اثری در سقوط دین از عهده مشروط‌علیه نخواهد داشت (محقق داماد، ۱۳۹۷، ج ۲، ص. ۱۵۲).

۵- سید یزدی در مسئله ۱۱ کتاب مساقات نیز به ارزش مالی شروط ضمن عقد اشاره کرده و می‌گویند: «اگر باغبان به شرایطی که ملتزم شده عمل نکند، پس هر گاه وقت آن عمل هنوز فوت نشده، مالک می‌تواند او را بر عمل اجبار کند و اگر اجبارش ممکن نباشد یا آنکه وقت تدارک فوت شده باشد، مالک می‌تواند مساقات را به استناد اختیار تخلف شرط فسخ کند؛ و آیا می‌تواند بدون فسخ، اجرت‌المثل حصه خود را از عمل فائت مطالبه کند. به این معنی که مخیر باشد مابین فسخ و مطالبه اجرت؟ دو قول است: اقوی آن است که مخیر است» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۳۶۱). ایشان در ادامه این مسئله با بیان یک قاعده عمومی می‌گویند: «این بحث اختصاصی به مساقات ندارد و در تمام شروط ضمن عقد در صورتی که شرط از قبیل اعمال دارای ارزش مالی باشد جاری است؛ مثل آنکه در ضمن عقد بیع شرط شود که احد از طرفین برای دیگری لباسی را هم در وقت معین بدوزد. در این حال در صورت تخلف، مشروط‌له می‌تواند اجرت خیاطی را مطالبه کند. ایشان در رابطه با قید بودن شرط می‌گویند که قید بودن شرط و در نتیجه عدم مقابله مال در برابر خود قید که نتیجه آن عدم جواز مطالبه ارزش در معاوضات است، ربطی با مملک بودن شرط ندارد. شرط می‌تواند مقابل مال قرار نگیرد - چون قید است و نه جزء - اما عمل مشروط را به تملیک مشروط‌له درآورد. در این صورت مشروط‌له که مالک عمل است، می‌تواند عوض عمل -

و نه عوض قید معامله - را مطالبه کند» (طباطبایی یزدی، ۱۴۳۷ق، ج ۱۴، ص. ۵۳۶). این دیدگاه مبتنی بر آن است که شرط در قرارداد، عمل مشروط را به مشروطه تملیک کند که از منظر ایشان شرط فعل می‌تواند افاده تملیک کند. در توضیح نظر ایشان می‌توان گفت: مانع از افاده تملیک یا نقصی در مملوک است یا در سبب تملیک (شرط فعل) یا در مملک یا در طرفی که به او تملیک می‌شود. فرض بر این است که مملک و کسی که عمل به تملیک او درمی‌آید از اهلیت تمتع و استیفا بهره‌مندند؛ اما مملوک که عمل مشروط‌علیه است، قابلیت مقابله با مال را دارد، چنانکه اگر او اجیر بود در قبال آن اجرت می‌گرفت، پس می‌تواند مال محسوب گردد و به تملیک دیگری درآید؛ اما سبب تملیک که شرط ضمن عقد مساقات است نیز قاصر از افاده تملیک نیست؛ زیرا با همین شرط به صورت شرط غایت (نتیجه) می‌توان غیرعمل را تملیک کرد و فرقی میان عمل فرد و دیگر از اموال نیست پس شرط می‌تواند مفید تملیک عمل باشد (محقق داماد، ۱۳۹۷، ج ۲، ص. ۲۸۱).

نتیجه‌گیری

قول مشهور در فقه امامیه عدم توزیع ثمن معامله بر شروط و اوصاف قراردادی است و به دلایلی همچون عدم مقابله اوصاف با ثمن قراردادی (الاصاف لا تقابل بالاعواض)، استثنایی بودن ارش و انحصار اسباب ضمان در فقه اسلامی برای این دیدگاه استناد شده است.

در فقه امامیه دیدگاهی مبنی بر امکان مطالبه بهای شرط در صورت تخلف یا تعذر مورد شرط وجود دارد. فقهای از جمله ابن ادریس، علامه حلی، صیمری، سید یزدی، سید عبدالاعلی سبزواری، شهید صدر، امام خمینی، آیت‌الله شاهرودی، آیت‌الله سبحانی و دکتر محقق داماد قائل به امکان مطالبه بهای شرط در مواردی شده‌اند، البته نظرات این فقها یکسان نبوده و به عبارتی بعضاً هر یک با مبنایی مختلف، در فروضی مشخص قائل به این نظر شده‌اند. قائلین به توزیع ثمن معامله بر شروط به دلایلی همچون مالیت داشتن شرط در عرف، در حکم جزء بودن شرط در قصد مشترک طرفین و قابل ارزیابی بودن بهای شرط در مقام رفع خصومت استناد کرده‌اند.

در حقوق ایران نیز نظر مشهور عدم امکان تقسیط ثمن بر اوصاف و شروط ضمن

عقد می‌باشد، نحوه تحلیل و واکاوی حقوقدانان در این موضوع تقریباً شبیه فقها بوده و عمده دلیل آنان نیز عدم مقابله اوصاف با ثمن قراردادی می‌باشد. برخی از اساتید حقوق بر اساس آیه تراضی (نساء / آیه ۲۹) و اصول سه‌گانه موازنه که یکی از آنها موازنه در ارزش عوضین می‌باشد، ارزش مدنی را مطابق قاعده دانسته و مختص خیار عیب نمی‌دانند.^۹

با بررسی ادله و اقوال فقها در این پژوهش به نظر می‌رسد از آنجا که رویکرد شارع در معاملات نوعاً امضائی می‌باشد، امروزه عقلاً در صورت تخلف یا تعذر مورد شرط، به‌خصوص در شروطی که از ارزش مستقل مالی برخوردارند و مشروطه با اعمال حق فسخ ضرر می‌کند، وی را مخیر میان اعمال فسخ یا مطالبه بهای شرط می‌دانند و با پذیرش قول به توزیع ثمن معامله بر شرط بسیاری از مشکلات مرتفع می‌گردد؛ لذا این دیدگاه صحیح‌تر می‌باشد.

لازم به ذکر است بر اساس پژوهش حاضر در صورت تخلف از شرط مانند فقدان جزء، معامله تبعض پیدا نمی‌کند بلکه امروزه با توجه به تأثیر شرط بر ارزش اقتصادی عوضین، قصد مشترک طرفین، عرف و ضرر ناشی از اعمال حق فسخ در برخی موارد، صرفاً امکان مطالبه بهای شرط میسر می‌باشد.

همچنین در صورتی که قائل به امکان مطالبه بهای شرط نیز نباشیم، می‌توان در هنگام انعقاد قرارداد مشروط، برای نقض شرط و تخلف مشروط‌علیه از اجرای شرط وجه التزام تعیین نمود تا در صورت عدم انجام شرط از سوی مشروط‌علیه، وجه التزام در کنار سایر تضمینات از او مطالبه شود. همچنین در این موارد استفاده از صلح به عنوان یک قاعده عمومی راهگشا بوده و طرفین را به عدالت نزدیک می‌کند.

۱. چنین تحلیلی از جایگاه شرط در عبارات آقای وحید خراسانی نیز به نظر می‌رسد (و ما قبل من أن للشرط قسطاً من الثمن مردوداً من ناحية فنيّه، فإنّ الشروط قيودٌ ترجع الى الالتزامات الوفائية بالمعاملات، فلا يقسّط الثمن عليها) (خراسانی، ۱۴۳۸ق، ج ۴، ص. ۳۶۲).
۲. لازم به ذکر است بر اساس نظر شیخ انصاری جایگاه تساوی عوضین در مالیت، داعی می‌باشد و تخلف از دواعی نیز مستلزم فساد یا خیار شدن معامله نمی‌گردد. البته مشهور فقها تساوی عوضین در مالیت را از آنجا که متعلق غرض نوعی عقلاً می‌باشد، صرف داعی لحاظ نکرده و ضمانت اجرای تخلف از آن را ایجاد خیار غبن می‌دانند (جزایری مروج، ۱۴۳۵ق، ج ۱۰، ص. ۴۸۴).
۳. سید یزدی تعریفی از عالم لبّ ارائه نداده است، لکن به نظر می‌رسد مقصود ایشان از این اصطلاح توجه به قصد مشترک طرفین یا حقیقت اقتصادی معامله باشد و مقصود ایشان از عالم لبّ غیر از داعی می‌باشد، زیرا ایشان خود میان داعی و لبّ تفاوت قائل شده‌اند. همچنین نفی دیدگاه توجه به لبّ و واقعیت معاملات به راحتی میسر نمی‌باشد و بررسی اینکه جایگاه لبّ و واقع در معاملات چیست، خود پژوهش جداگانه‌ای را می‌طلبد. برای مثال امام خمینی با اینکه از مخالفین نظر سید یزدی است، خود در برخی مباحث به عالم لبّ و اغراض لبّی طرفین معامله توجه نموده و بر آن اثر فقهی مترتب کرده‌اند. بر اساس دیدگاه امام خمینی درباره رابطه شرط و عقد - دیدگاه ظرفیت - هیچ‌گونه رابطه‌ای بین شرط و عقد در مقام انشاء وجود ندارد و رابطه شرط و عقد صرف رابطه ظرف و مظروف است. ایشان در پاسخ به این سؤال که اگر هیچ ارتباطی میان این دو نیست، پس چگونه تخلف از شرط منجر به ایجاد خیار فسخ می‌شود، می‌گویند: به حسب اغراض لبّیه میان عقد و شرط ارتباط وجود دارد و خیار تخلف از شرط مترتب بر این ارتباط است؛ به عبارت دیگر در مسئله شرط ضمن عقد هر چند انشاء عقد و شرط دو انشاء مستقل و جدا می‌باشد، لکن میان این دو در عالم لبّ ارتباط برقرار است و همین منجر به خیار تخلف از شرط می‌شود (خمینی، ۱۳۸۴، ج ۵، صص. ۳۶۰ و ۳۶۲).
۴. همچنین از پژوهشگران معاصر آیت‌الله علی‌دوست نیز برای مطالبه بهای شرط چنین تحلیلی را ارائه کرده است (مکالمه تلفنی).
۵. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی. ایشان با طرح تئوری موازنه و با استناد به اصل ابقاء عقود (لزوم نگهداری)، موازنه ارزش عوضین که در موقع تراضی، طرفین به آن گردن نهاده‌اند و لاضرر، ارش مدنی را مطابق قاعده معرفی و مختص خیار عیب ندانسته‌اند. طبق

نظر ایشان در بیعی که در آن شرط صفت شده است، درست است که تمام ثمن در برابر مبیع است؛ لکن تمام ثمن در برابر مبیع وابسته به وصف است نه مبیع مجرد از شرط صفت. وجود شرط نیز عادتاً در افزایش ثمن مؤثر است. لذا قاعده عقلی و بدیهی این است که هر عاملی که مؤثر در موازنه ارزش باشد، اگر مشروطه در فرض تخلف از آن عامل، جانب ابقاء آن عقد را بگیرد، حق مطالبه ارزش دارد مگر آنکه نص صریح بر خلاف آن باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، صص. ۱۸-۱۹).

کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. انصاری، مرتضی (۱۴۲۲ق). المکاسب قم: مجمع الفکر اسلامی.
۳. ایروانی غروی، میرزاعلی (۱۴۳۱ق). حاشیه المکاسب. قم: ذوی القربی.
۴. باریکلو، علیرضا (۱۳۹۴). حقوق قراردادها عقود معین ۱. تهران: میزان.
۵. تاج‌آبادی، حسین (۱۳۹۰). شروط باطل در فقه امامیه. تهران: میزان.
۶. تسخیری، محمدعلی (۱۴۲۵ق). القواعد الأصولیه والفقهیة علی مذهب الإمامیه. تهران: المجمع العالمی للتقرب.
۷. جزایری مروج، محمدجعفر (۱۴۳۵ق). هدی الطالب إلی شرح المکاسب. قم: مؤسسه السیده المعصومه (سلام‌الله‌علیها).
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). تئوری موازنه. تهران: گنج دانش.
۹. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۹). درس خارج فقه مبحث خیارات (شروط). سایت اسراء: www.portal.esra.ir
۱۰. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۳۷۶ق). الصحاح. بیروت: دارالعلم المالین.
۱۱. حسینی روحانی قمی، سیدصادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (علیه‌السلام). قم: دارالکتاب.
۱۲. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۸ق). العناوین. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۳. خراسانی، وحید (۱۴۳۸ق). بغیة الراغب فی مبانی المکاسب. قم: مدرسه امام باقرالعلوم (علیه‌السلام).
۱۴. خلخالی، محمدهمدی (۱۳۹۶). فقه‌الشیعه. کتاب‌الاجاره. تهران: منیر.
۱۵. خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۸۴). کتاب‌البیع. قم: عروج.
۱۶. خوانساری، محمد (بی‌تا). الحاشیه‌الثانیة علی المکاسب. بی‌جا: بی‌نا.
۱۷. خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۲ق). مصباح‌الفقاهه. تقریر محمدعلی توحیدی، بیروت: دارالهادی.

۱۸. خوبی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعه امام خوبی. جلد ۶، قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئی.
۱۹. سبحانی، جعفر (۱۴۱۴ق). المختار فی احکام الخیار. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۲۰. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: المنار.
۲۱. طباطبایی حکیم، محسن (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین (با حواشی شهید صدر). قم: دارالتعارف المطبوعات.
۲۲. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۳۷۶). سؤال و جواب (به اهتمام سیدمصطفی محقق داماد). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۳. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۲۴ق). عروة الوثقی. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۴. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۲۹ق). حاشیه مکاسب. قم: مؤسسه طیبه لإحياء التراث.
۲۵. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۳۷ق). العروة الوثقی و التعليقات علیها. قم: مؤسسه السبطين العالمیه.
۲۶. طبری آملی، میرزا هاشم (۱۴۳۲ق). کتاب الخیارات. تقریرات شیخ عبدالله الجواد الطبری الآملی، قم: اسراء.
۲۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۲۱ق). تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۲۸. علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث.
۲۹. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۹ق). کتاب العین. قم: هجرت.
۳۰. کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ق). تحریر المعجله. قم: مکتبه فیروزآبادی.
۳۱. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۲. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۷). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی (۲). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۳. محقق داماد، سیدمصطفی (بی تا). صوت درس مکاسب، مبحث شروط، تهیه شده از مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۴. محمدی خراسانی، علی (۱۳۹۴). کوثر فقه. تهران: عروج.
۳۵. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۸). منهاج الصالحین. قم: مرکز الغدير.