

رابطه شرط و عقد از دیدگاه محقق خویی

سیدمحسن سلطانی • استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ملایر، ملایر، ایران.
m.soltani@malayeru.ac.ir

چکیده

تحلیل رابطه شرط و عقد، از مباحث بنیادین برای استنباط احکام شرط است. برخی شرط را جزء واقعی عقد، برخی جزء لَبّی عقد، گروهی قید عقد و بعضی عقد را ظرف شرط دانسته‌اند. فقیه امامی معاصر، آیت‌الله سیدابوالقاسم خویی (ره) معتقد است که شرط می‌تواند دو نوع رابطه با عقد داشته باشد: (۱) تعلیق اصل عقد بر التزام مشروط‌علیه به انجام شرط و (۲) تعلیق التزام مشروط‌له به عقد، بر تحقق شرط در خارج. حسب رأی ایشان، در «شرط فعلی» که در ضمن عقدی قابل فسخ مانند بیع گنجانده می‌شود، عرف هر دو رابطه را لحاظ می‌کند؛ اما در «شرط فعلی» که در ضمن عقد غیرقابل فسخ مانند نکاح درج شده است، تنها رابطه نخست و در «شرط وصف» فقط رابطه دوم حاکم است. یافته‌های نوشتار حاضر که به شیوه توصیفی تحلیلی نگارش شده است، نشان می‌دهد که نظریه محقق خویی تأثیری ژرف بر مسائل مرتبط با شروط دارد؛ به‌عنوان نمونه، طبق این نظریه در صورت تخلف از شرط فعل، مشروط‌له اختیار دارد که عقد را فسخ کند، یا الزام مشروط‌علیه به انجام شرط را بخواهد. هم‌چنین بر اساس این نظریه، شرط نامقدور، شرط نامشروع و شرط غیرعقلایی صحیح است. هر چند مبنای محقق خویی در نگاه اول، کامل به نظر می‌رسد مع‌هذا قابل پذیرش نیست؛ زیرا التزام به عقد در اختیار طرفین نیست و جزء احکام غیرقابل تغییر است. وانگهی، بر خلاف ادعای مطروحه، ذهن بسیط عرفی، از شرط ضمن عقد تعلیق اصل عقد یا تعلیق التزام به عقد یا هر دو تعلیق را ادراک نمی‌کند.

واژگان کلیدی: شرط ضمن عقد، رابطه شرط با عقد، شرط فعل، شرط صفت.

۱. مقدمه

معروف است که مباحث مطرح شده در فقه امامیه، پیرو فقه عامه است بگونه‌ای که کتاب‌های فقهی عالمان شیعه حاشیه‌ای بر کتاب‌های فقیهان اهل سنت است (اسلامی، ۱۳۹۴، ص ۲۳۷). یکی از مهمترین بحث‌های مطرح شده در فقه امامیه بحث شرط ضمن عقد است. به برکت کوشش‌های علمی فقیهان متاخر، مطالب ارایه شده در بحث شروط در فقه امامیه، بسیار دقیق‌تر و پیشرفته‌تر از مباحث فقهی اهل سنت در این رابطه است. در حالی که فقیهان عامه در رابطه با اصل جایز بودن شرط ضمن عقد اختلاف نظر دارند (سنه‌وری، بی تا، ج ۳، ص ۷۲ به بعد) فقیهان امامیه شرایط صحت شرط، اقسام شرط و احکام جزیی آن را مورد بررسی قرار داده‌اند. مطالب دقیق علمی درباره «شرط» که ابتدا در فقه مطرح شده بود، به قانون مدنی ایران نیز راه پیدا کرد. در حالی که بسیاری از مواد مربوط به قواعد عمومی قراردادها در قانون مدنی ایران، یعنی از ماده ۱۸۳ تا ماده ۳۰۰، اقتباسی از قانون مدنی فرانسه است ماده ۲۳۲ تا ۲۴۶ قانون مدنی که درباره اقسام و احکام شرط است، سابقه‌ای در قانون فرانسه نداشته و برگرفته شده از فقه امامیه است (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص ۱۱۲).

از نظر عملی نیز بحث شروط اهمیت بالایی دارد؛ زیرا دو طرف قرارداد سعی می‌کنند با شرط ضمن عقد، قرارداد را به نفع خود مدیریت کنند؛ از همین جهت است که در بسیاری از قراردادها شروط ضمن عقد نقش پررنگی دارند. بنابراین بحث شروط در فقه امامیه به منزله برگ برنده‌ای است که امکان عرضه آن به جامعه فقهی و حقوقی در تمام دنیا وجود دارد.

یکی از بحث‌های پایه‌ای درباره شروط، تحلیل چگونگی رابطه شرط با عقد است. نوع رابطه شرط با عقد در احکام و آثار شرط بسیار تاثیر گذار است. فقیهان متاخر برای به دست آوردن احکام شرط، نظریه‌های متفاوتی درخصوص رابطه عقد و شرط ارایه کرده‌اند. بعضی از نظریه‌های ارایه شده در رابطه با چگونگی ارتباط شرط با عقد گردآوری و مورد نقد و بررسی قرار گرفته است (عاملی، بی تا، ص ۴۷ به بعد). منتها دیدگاه محقق خویی به صورت جداگانه نقد و بررسی نشده است و فقط در برخی آثار به صورت مختصر به آن اشاره شده است (محقق داماد و همکاران، ج ۱، ص ۱۹۶).

دیدگاه محقق خویی از دو جهت با سایر نظریه‌ها متفاوت است: نخست اینکه بر خلاف سایر فقیهان، ایشان در بحث‌های مختلف مانند حج، بیع، مضاربه، نکاح و ... مبنای خویش را مطرح کرده‌اند دوم، در یافتن راه حل برای مسئله‌های مختلف مربوط به شروط، دیدگاه مبنایی خود را حفظ کرده‌اند و نظر خود را اگرچه بر خلاف مشهور، طبق مبنای برگزیده، مطرح کرده‌اند. با توجه به اینکه محقق خویی از جمله فقیهان دارای روش مخصوص به خود است که فضای فقهی معاصر، متأثر از نظریه‌های ایشان است؛ بایستی دیدگاه ویژه ایشان در خصوص رابطه شرط و عقد مورد مطالعه و بررسی جداگانه‌ای قرار بگیرد. در تحقیق حاضر نخست معنای شرط بررسی می‌شود؛ سپس نظریه‌های ارایه شده در خصوص رابطه شرط و عقد تبیین می‌گردد و دیدگاه محقق خویی مطرح می‌شود؛ در ادامه آثار نظریه محقق خویی بیان می‌شود و در نهایت نظریه محقق خویی نقد خواهد شد.

۲. معنای شرط

«شَرَطُ» مصدر فعل شَرَطَ يَشْرِطُ و شَرَطَ يَشْرِطُ است (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۱۳۶). بسیاری از عالمان لغت، شرط را الزام و التزام در ضمن بیع و مانند آن معنا کرده‌اند (فیروزآبادی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۵۴۳؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۳۰۵؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۷، ص ۳۲۹). در عرف، شرط به معنای چیزی که فقدان آن سبب نبود شیء دیگر می‌شود، نیز به کار می‌رود؛ به عنوان مثال گفته می‌شود: وضو شرط نماز است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۱۳). به نظر می‌رسد معنای اصطلاحی شرط برگرفته از معنای اول است و تفاوتی با معنای لغوی ندارد (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۳۲).

تلاش‌هایی انجام شده که دو معنای لغوی و عرفی را به یکدیگر نزدیک کنند. برخی معتقدند: تنها معنای شرط الزام و التزام است و معنای دوم به التزام برمی‌گردد؛ زیرا التزام به معنای جعل الزامی است؛ وقتی گفته می‌شود: وضو شرط نماز است یعنی وضو برای نماز الزامی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۱۰۵ و ۱۰۶).

برخی معتقدند: معنای اصلی شرط معنای دوم است؛ با این توضیح که رابطه امری که نبودن آن باعث فقدان امر دوم می‌شود، رابطه تقیید است، یعنی وجود شیء دوم مقید به وجود شیء اول است. مقید بودن امری به امر دیگر به دو شکل است: نخست، قید حقیقی مانند: مقید بودن معلول به وجود تمام اجزای علت. دوم، قید اعتباری یعنی توسط شخصی قید بودن اعتبار شده است؛ مانند: مقید بودن عقد به شرط که توسط طرفین عقد اعتبار شده است (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۶۱).

محقق خویی معتقد است: شرط دارای یک معنا است که در تمام کاربردهای عرفی و اصطلاحی همان معنا لحاظ شده است؛ معنای شرط فقط ربط و ارتباط بین دو شیء است. ربط می‌تواند تکوینی، تشریعی و ارادی باشد. توضیح آنکه ربط بین دو شیء گاهی تکوینی است مانند ارتباط بین انجام فعل اختیاری و اراده؛ زیرا در عالم خلقت، شرط انجام فعل اختیاری، داشتن اراده است. گاهی ربط بین دو شیء در اختیار قانونگذار و تشریعی است مانند ارتباط طهارت و نماز؛ زیرا قانونگذار شرط نماز را بدست آوردن طهارت قرار داده است. گاهی ربط بین دو شیء به جهت عمل نفسانی و ارادی شخص است مانند عهد، نذر و قمار؛ زیرا در این موارد شخصی که نذر، عهد یا قمار کرده است دادن مال یا انجام کاری را مشروط به امر دیگری مثل برآورده شدن حاجت یا موفق شدن در کاری کرده است (خویی، ۱۴۳۰، ج ۴۰، ص ۶ و ۷).

۳. دیدگاه‌های ارایه شده درباره رابطه شرط با عقد

درباره رابطه شرط با عقد دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد، برخی شرط را جزء واقعی عقد و برخی جزء لبی آن می‌دانند. گروهی معتقدند شرط قید تراضی است و بعضی عقد را ظرف شرط می‌دانند. در ادامه جهت تبیین بهتر دیدگاه محقق خویی و فهمیدن تفاوت نظریه ایشان با سایر نظریه‌ها، به توضیح مختصر نظریه‌های ارایه شده پرداخته می‌شود.

۳-۱. نظریه جزء واقعی بودن شرط

برخی از فقیهان شرط را جزء واقعی عقد می‌دانند. این دسته از فقیهان معتقدند: دلیل‌هایی که برای وفای به عقد وجود دارد، دلالت بر لزوم وفای به شرط نیز دارد زیرا شرط جزء عقد

است و به همان دلیلی که باید به عقد عمل کرد به شرط ضمن عقد نیز باید پایبند بود و به آن عمل کرد^۱ (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۳۵).

به اعتقاد آنها همانطور که عوضین جزئی از قرارداد است شرط هم جزء قرارداد محسوب می‌شود؛ زیرا مشروطه در مقابل به دست آوردن و تحقق شرط، راضی به دادن عوض شده است پس شرط را هم به عنوان جزئی از عوضی که به آن دست پیدا خواهد کرد در زمان انشای عقد لحاظ کرده است^۲ (نراقی، ۱۴۲۲، ص ۸۹).

بر اساس این دیدگاه، شرط جزئی از عوضین عقد است و حکم عوضین را دارد (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۳۷۳). نتایج نظریه جزء واقعی بودن شرط عبارتند از: ۱. بایستی مقداری از ثمن در برابر شرط قرار داده شود؛ زیرا ثمن در مقابل عوض است و فرض این است که شرط هم جزء عوض است. ۲. شرط باید معلوم و معین باشد؛ زیرا شرط جزء عوضین است همانطور که عوضین بایستی معلوم و معین باشند شرط هم باید معلوم و معین باشد. ۳. بایستی شرط مورد تصریح قرار بگیرد و شرط تبانی که پیش از عقد بیان شده و عقد مبتنی بر آن انشاء شده است لزوم وفا ندارد؛ زیرا همانطور که عوضین باید در متن عقد بیان شوند، شرط هم باید بیان شود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۵۷).

نظریه جزء واقعی بودن شرط برای عقد، مورد نقد و ایراد محققان واقع شده است. مهمترین ایراد نظریه مزبور این است که معنای عرفی و شرعی عقد این است که مبادله بین ثمن و مبیع

۱. عوائد الایام، ص ۱۳۵: «و مما يدل علی وجوب الوفاء بالشرط فی ضمن العقد: أنه یصیر جزءاً من أحد العوضین، فیصیر لازماً کسائر أجزائهما»

۲. مشارق الاحکام، ص ۸۹: «حکمه حکم أحد العوضین، لعدم رضی المشروط له بما یعطى عوضاً عن متاعه إلاً مع هذا الشرط، و وقع إنشاء العقد علی کونه منه و جزءاً لما هو بإزاء متاعه»

انجام شود؛ اگر چه وجود شرط در مقدار ثمن یا ایجاد انگیزه برای تشکیل عقد موثر است اما اینگونه نیست که مقداری از ثمن در برابر شرط باشد؛ به همین جهت اگر شرط وصف وجود نداشته باشد یا شرط فعل عملی نشود باعث تبعض صفقه و کسر کردن مقداری از ثمن نمی‌شود (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۸۴؛ مامقانی، ۱۳۵۰، ص ۱۷۴، بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۲۰۲ و ۲۰۳).

۳-۲. نظریه جزء لبی بودن شرط

بعضی از فقیهان معتقدند: هرچند شرط جزء واقعی عقد نیست و از این جهت احکام عوضین که جزء واقعی عقد هستند درباره شرط جاری نیست؛ اما با توجه به اینکه شرط در چگونگی عوضین و زیاد و کم شدن آنها تاثیرگذار است، شرط جزء نهانی و لبی در عقد است. به بیان دیگر شرط جزء ظاهری و آشکار عقد نیست؛ اما جزء پنهان و معنوی عقد به حساب می‌آید؛ زیرا شرط مورد توجه و قصد طرفین است و بودن یا نبودن شرط در تعیین مقدار ثمن و مثن تاثیر دارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۶۸).

بر اساس این نظریه لازم نیست شرط از تمام جهات معلوم باشد و در متن عقد ذکر شود؛ زیرا شرط مثل عوضین جزء واقعی عقد نیست ولی در قیمت مورد توافق تاثیر گذار است؛ بنابراین در صورت تحقق نیافتن شرط، کسی که شرط به نفع او شده است می‌تواند معامله را فسخ کند یا آن مقدار از ثمن را که در برابر شرط است، به صورت نسبی، همانگونه که در

بحث ارش خیار عیب بیان شده است، از طرف مقابل دریافت کند^۱ (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۱۳۰).

اشکال این نظریه آن است که برای عقد دو وجود مجزا تصور شده است که یکی ظاهر و آشکار و دیگری پنهان و معنوی است؛ در حالی که عقد تنها یک وجود دارد و آن هم همان چیزی است که انشاء شده است. هر چیزی که انشاء شده است وجود دارد و هرآنچه مورد انشاء قرار نگرفته است وجود ندارد؛ بنابراین عقد دو وجود و دو اعتبار ندارد و تفکیک جزء واقعی و جزء معنوی صحیح نیست (خویی، بی تا، ص ۲۷۱ و ۳۷۶).

۳-۳. نظریه قید تراضی بودن شرط

از عبارت‌های فقیهانی که باطل بودن شرط را موجب بطلان عقد دانسته‌اند این طور استفاده می‌شود که شرط قید تراضی است و با انتفای قید (شرط)، مقید (عقد) نیز منتفی است. به اعتقاد آنها عقد بدون شرط، عقدی است که متعلق تراضی طرفین واقع نشده است؛ بنابراین نتیجه قید دانستن شرط این است که اگر شرط به هر دلیلی باطل باشد، عقد نیز باطل است^۲ (عاملی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۱۵؛ عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۴، ص ۷۳۳؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۷۳ و ص ۵۰۵).

۱. یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، ج ۲، ص ۱۳۰: «و مقتضی هذه المقابلة جواز الفسخ و جواز الارش بمعنى استرداد المقدار الذى زيد لأجلهما فى العوض لا بمعنى بطلان المعاملة بذلك القدر كما فى تخلف الجزء لأنه فرع المقابلة فى عالم الإنشاء و المفروض عدمه بل بمعنى جواز استرداد ما يساوى ذلك المقدار على ما بينه فى خيار العيب من نسبة التفاوت بين القيمتين إلى الثمن و الأخذ بمقدار النسبة»

۲. عاملی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام، ج ۳، ص ۲۷۳: «و هل يبطل البيع أيضا أم يختص البطلان بالشرط؟ قولان أجودهما الأول، لأن التراضى لم يقع إلّا على المجموع من حيث هو مجموع، فإذا بطل بعضه و امتنع نفوذه شرعا انتفى متعلق التراضى، فيكون الباقي تجارة لا عن تراض»

اشکال دیدگاه قید دانستن شرط این است که شرط در تمام موارد قید تراضی نیست؛ در موارد زیادی عقد بدون شرط نیز مورد رضایت و قصد طرفین است. بلکه در غالب موارد این گونه است که شرط جزء زایدی است که بدون تحقق آن، موضوع مورد معامله محقق شده است و با تحقق موضوع، معامله شکل گرفته و صحیح است. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۹۵).

آری، در صورتی که شرط از مقومات مال مورد معامله باشد یعنی بدون تحقق شرط، مال مورد قرارداد نیز محقق نشود، مانند اینکه قطعه طلائی فروخته شود به شرط طلا بودن، شرط قید است و در حقیقت قرارداد متوقف بر وجود شرط شده است و بدون شرط، عقدی شکل نگرفته است. به بیان دیگر وجود شرطی که تعیین کننده ماهیت موضوع عقد است برای معلوم شدن موضوع قرارداد ضروری است و با فقدان آن، موضوع قرارداد وجود نخواهد داشت و عقد باطل می شود. منتها شرطی که برای تعیین موضوع قرارداد آمده است در حقیقت شرط نیست بلکه جزء عقد و تعیین کننده موضوع قرارداد است بنابراین خارج از بحث شرط است (خویی، بی تا، ص ۹۵).

۴-۳. نظریه ظرف بودن عقد برای شرط و ربط لبی بین آنها

برخی رابطه عقد و شرط را ظرف بودن عقد برای شرط دانسته اند؛ به این معنا که عقد ظرفی است که قرار و التزام شرط در آن ظرف محقق می شود؛ منتها شرط و عقد به طور کامل از یکدیگر جدا هستند. بر اساس دیدگاه ظرف بودن عقد برای شرط، انشای عقد و انشای شرط دو انشای جداگانه است که در کنار یکدیگر آمده است. اگر چه در معنا بین شرط و عقد

ارتباطی هست اما شرط، قیدی برای انشاء، مُنشأ و یا عوضین نیست.^۱ بنابراین اگر در ضمن بیع شرط شود که خریدار، ماشین فروشنده را تعمیر کند؛ بیع و مبیع مقید به انجام شرط نیستند و شرط انشای جداگانه‌ای است که در ضمن بیع بیان شده است.

ارتباط لبی بین شرط و عقد به این معنا است که بودن یا نبودن شرط در میزان قیمت و رغبت دو طرف عقد برای انجام معامله موثر است و در صورت تخلف از شرط مطابق سیره عقلا مشروطه می‌تواند معامله را فسخ کند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۳۵ و ۱۳۶؛ ج ۵، ص ۳۰۷).

بر اساس نظریه ظرف بودن عقد برای شرط، شرط از عقد مستقل است و در صورت انجام نشدن شرط، حق برهم زدن عقد به دلیل سیره عقلا وجود دارد. توضیح اینکه روش انسان‌های عاقل در هنگام تخلف از شرط، فسخ قرارداد است و استفاده از حق فسخ، متوقف بر الزام مشروط‌علیه نیست؛ بنابراین بلافاصله پس از انجام نشدن شرط، حق فسخ به وجود می‌آید (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۲۸). همچنین بر اساس نظریه ظرف بودن عقد برای شرط، در صورتی که بین ایجاب و قبول در رابطه با شرط تطابق و هماهنگی وجود نداشته باشد عقد صحیح است؛ زیرا شرط و عقد مستقل از یکدیگر هستند و تطبیق نداشتن آن دو در شرط ایرادی ندارد (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۳۵۴؛ همو، بی تا، ص ۲۲۲). به علاوه، بر اساس دیدگاه ظرف بودن عقد برای شرط و استقلال عقد از شرط، فساد شرط سبب بطلان عقد

^۱ خمینین، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۵، ص ۳۰۷: «أَنَّ الشرط عبارة عن قرار مستقل في قراريته، مقابل قرار البيع، لكن يعتبر في تحقق عنوانه و تحققه أن يقع في ضمن العقد؛ من غير تقييد مطلقاً، لا للعوضين، و لا للإنشاء، و لا المنشأ» و ج ۱، ص ۱۳۵: «الإنشاء الشرطي إنشاء جديد و قرار مستقل و إن كان بينهما نحو ربط في عالم اللب»

نیست؛ زیرا انشای شرط مستقل از عقد است و ارتباطی بین آنها نیست تا فاسد بودن شرط، سبب فاسد شدن عقد باشد (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۶۰)

ایراد نظریه ظرف بودن عقد برای شرط این است که اگر شرط و عقد از به صورت کامل مستقل باشند، صرف کنار یکدیگر بودن، به معنای ظرف بودن عقد برای شرط نیست. به بیان دیگر در صورتی که شرط و عقد نه در مقام انشاء و نه در مرحله مُنشا و نه در عوضین هیچ ارتباطی با یکدیگر ندارند؛ تنها اجتماع عقد و شرط در یک زمان موجب ارتباط بین آنها نیست (خویی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۴۷؛ خویی، ۱۴۳۰، ج ۴۰، ص ۹). بنابراین ظرف بودن عقد برای شرط بدون دلیل است. ارتباط لبی و معنوی بین شرط و عقد نیز همانطور که در نقد دیدگاه دوم بیان شد، صحیح نیست؛ زیرا عقد یک وجود و یک حقیقت بیشتر ندارد آنچه صورت و ظاهر معامله است، لب و معنای آن است و آنچه لب و معنای عقد است صورت و ظاهر آن است (خویی، بی تا، ج ۷، ص ۳۷۶).

۵-۳ دیدگاه حقوقی

بحث رابطه شرط و عقد به صورت تحلیلی در کتاب‌های حقوقی مطرح نشده است؛ با این وجود از میان مطالب ارایه شده درباره شرط می‌توان به دست آورد که شرط تعهدی است فرعی که در کنار تعهد اصلی ناشی از عقد به وجود می‌آید. حقوق‌دانان معتقدند: شرط، التزامی است که به دنبال تعهد اصلی در عقد به وجود می‌آید اما به صورت جزء یا قید برای عقد نیست و فقط داعی و انگیزه برای انعقاد قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص ۱۷۹؛ شهیدی، ۱۳۹۱، ص ۲۵). بنابراین در صورت محقق نشدن شرط، عقد باطل نمی‌شود و مشروط‌له حق کم کردن از ثمن را ندارد (امامی، بی تا، ج ۱ ص ۲۷۶). به همین جهت ماده

۲۳۹ قانون مدنی ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل را فقط امکان اجبار و در نهایت فسخ عقد دانسته است. همچنین در ماده ۴۱۰ قانون مدنی آمده است که اگر کسی مالی را با شرط وصف خریداری کند و پس از معامله متوجه شود که مال مورد معامله، دارای وصف شرط شده نیست می تواند بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول کند.

از مواد قانون مدنی و دیدگاه های حقوق دانان استفاده می شود که در صورت تخلف از شرط، اصل قرارداد صحیح است و مقداری از عوض، در برابر شرط قرار ندارد. بنابراین نظریه جزء یا قید بودن شرط برای عقد در حقوق ایران پذیرفته نشده است. همچنین نظریه ظرف بودن عقد برای شرط نیز قابل پذیرش نیست؛ زیرا ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل در ماده ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی نخست، الزام مشروط علیه سپس انجام شرط توسط ثالث و اگر این دو ممکن نشد، حق فسخ قرارداد است در حالی که براساس نظریه ظرفیت در صورت تخلف از شرط فعل، مشروط له بین الزام مشروط علیه و بین فسخ قرارداد مخیر است.

۴. نظریه محقق خوئی

محقق خوئی در برخی از آثار خویش برای تبیین بهتر رابطه شرط و عقد نخست تفاوت شرط با تعلیق و تقید را مطرح کرده، سپس دیدگاه خود را توضیح داده اند. در این تحقیق نیز همین روش پیروی شده است و قبل از تحلیل رابطه شرط و عقد از دیدگاه محقق خوئی، تفاوت «عقد مشروط»، «عقد معلق» و «عقد مقید» بیان شده است.

۴-۱. تفاوت شرط با تعلیق و تقیید

شناخت «عقد مشروط» از «عقد معلق» و «عقد مقید» و تمیز دادن بین آنها دارای اهمیت است؛ زیرا ضمانت اجرای تخلف از شرط، به وجود آمدن خیار یا الزام مشروط‌علیه به انجام شرط است در حالی که عقد معلق از ابتدا باطل است و تخلف از قید، سبب بطلان عقد می‌شود.

تعلیق در عقد اینگونه است که اثر عقد یعنی مُنشا، متوقف بر تحقق امری احتمالی در آینده است. مانند اینکه گفته شود خانه خود را در برابر مبلغ معین به تو فروختم، اگر گرین کارت من صادر شود. معنای عقد معلق این است که ایجاب کننده در یک صورت (صدور گرین کارت) قصد معامله دارد و در صورت دیگر (صادر نشدن گرین کارت) قصد معامله ندارد؛ بنابراین به دلیل فقدان قصد انشای واقعی، عقد معلق صحیح نیست (خویی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۸۸).

برای شناخت عقد مقید باید بین دو صورت تفاوت گذاشت: الف) صورتی که موضوع مورد معامله عین معین است. ب) صورتی که موضوع مورد معامله کلی در ذمه است.

الف) در صورتی که مورد معامله عین معین باشد برای تشخیص شرط از قید باید بررسی شود که آنچه در ضمن قرارداد آمده است از امور مرتبط با ذات و ماهیت مورد معامله است یا از اموری است که مربوط به ویژگی‌ها و صفات خارج از ذات و ماهیت موضوع معامله است. در صورت نخست، آنچه در قرارداد آمده است قید است و در صورت دوم آنچه در قرارداد آمده شرط است مگر اینکه برخلاف آن تصریح شود. توضیح آنکه، برخی از ویژگی‌ها جزء ذات و هویت اصلی مورد معامله است به عنوان مثال اگر در معامله زیورآلات بیان شود که جنس آن از طلا یا نقره است، طلا یا نقره بودن مربوط به ذات مورد معامله است و در

صورتی که معلوم شود جنس آن چیزی به جز طلا و نقره است اصل معامله باطل است.^۱ در مقابل برخی از ویژگی‌ها یا تعهدهای بیان شده در ضمن عقد اضافه بر ذات و هویت اصلی مورد معامله است؛ به عنوان مثال اگر در معامله پارچه بیان شود تولید ایران است یا توافق کنند که فروشنده، پارچه را برای خریدار بدوزد؛ ایرانی بودن پارچه یا دوختن آن اگر چه به صورت قید بیان شده باشد مربوط به ذات معامله نیست و شرط است. بنابراین اگر معلوم شود پارچه ایرانی نیست یا فروشنده از دوختن آن خودداری کند تخلف از شرط شده است و اصل معامله صحیح است^۲ (خویی، بی تا، ص ۹۵ و ۹۶).

ب) در صورتی که مورد معامله کلی باشد مطلبی که در ضمن قرارداد آمده است سه صورت می‌تواند داشته باشد: نخست اینکه آنچه در ضمن قرارداد آمده است ویژگی و خصوصیتی باشد که در جنس و ماهیت شیء موثر است، مانند اینکه موضوع قرارداد یک تن گندم باشد. در این صورت گندم بودن قید قرارداد است و پرداخت جو یا برنج، تسلیم موضوع معامله نیست. دوم، آنچه در ضمن قرارداد آمده است ویژگی باشد که تعیین کننده نوع خاصی از ماهیت معین است مانند اینکه موضوع قرارداد یک تن گندم دیمی شمال باشد. در این صورت نیز دیمی یا شمالی بودن گندم قید قرارداد است و پرداخت گندم آبیاری شده یا گندم جنوب، تسلیم موضوع معامله نیست. صورت سوم این است که آنچه در ضمن قرارداد آمده است

^۱. المستند فی شرح العروة الوثقی، الإجارة، ص ۹۵: «التعلیق علی ما به شیئیه الشیء و تنقوم به صورته النوعیه. و لا شک أن مثل هذا یعد قیداً مأخوذاً فی المبیع و یرجع الشرط إلی التقیید، ... فقولہ: بعثک هذا علی أن یکون ذهباً بمنزلۃ قولہ: بعثک هذا الذهب فمع تخلفه ینکشف عدم وقوع البیع من أصله. فهو قید مأخوذ فی الموضوع و ان عبر عنه بلسان الشرط.»

^۲. المستند فی شرح العروة الوثقی، الإجارة، ص ۹۶: «إذا کان من الاعراض المفارقة أو الأمور الخارجیه فهو راجع إلی الشرط سواء أ کان التعبير بصورة الاشتراط أم بنحو التقیید، فلا فرق إذا بین أن یقول: بعثک هذا العبد الکاتب أو بشرط أن یکون کاتباً، أو علی أن یکون کاتباً، إذ لا اثر لمقام الإثبات و کیفیة الإبراز، و انما الاعتبار بلحاظ الواقع و مقام الثبوت.»

ربطی به موضوع قرارداد نداشته باشد مانند اینکه در ضمن قرارداد گندم آمده باشد که طرف مقابل لباس مشروطه را بدوزد. در این صورت دوختن لباس، شرط قرارداد است و در صورتی که انجام نشود، اصل عقد آسیبی ندیده است، منتها مشروطه می‌تواند قرارداد را فسخ کند یا طرف مقابل را به انجام شرط الزام کند^۱ (خویی، ۱۴۳۰، ج ۲۷، ص ۴۰ و ۴۱).

با توجه به تفاوت بین شرط و قید؛ در صورتی که فردی برای انجام عمل در زمان معینی اجیر شود، اما عمل را خارج از زمان تعیین شده انجام دهد؛ اجرتی به او تعلق نمی‌گیرد؛ زیرا زمان قید اجاره است و انجام عمل در خارج از زمان تعیین شده مورد اجاره نبوده است. به عنوان مثال اگر فردی اجیر شده باشد که مستاجر را در نیمه شعبان به کربلا برساند، در صورتی که پس از زمان تعیین شده به کربلا برسند مستحق اجرت نیست^۲ (خویی، بی تا، ص ۹۸ و ۹۹). همچنین است در صورتی که فردی برای انجام حج نایب شده و شرط شده باشد که حج خاصی به عنوان مثال حج تمتع انجام دهد اما او نوع دیگری از حج را انجام دهد مستحق اجرت نیست؛ زیرا حج تمتع نوع خاصی از حج و قید نیابت است. به بیان دیگر، اقسام دیگر

^۱. المستند فی شرح العروة الوثقی؛ الإجارة، ص ۹۶ و ۹۷: «و أما فی الکلی کما لو باعه منا من الحنطة علی ان تكون من المزرعة الفلانیة. أما عنوان نفس المبيع و هو كونه حنطة فلا كلام و لا إشكال فی كونه ملحوظا علی وجه التقييد، فلو سلمه شعیرا مثلا فهو غیر المبيع جزما و هذا ظاهر. و أما بالنسبة إلى الأوصاف المعدودة من عوارض هذا الکلی و الموجبة لتقسيمه إلى قسمين و تنويعه إلى نوعين ككونه من هذه المزرعة تارة و من تلك اخرى فالظاهر من التوصيف بحسب المتفاهم العرفی رجوعه إلى التقييد أيضا لا إلى الاشتراط، و أما بالنسبة إلى الأمور الخارجیة کما لو باعه منا من الحنطة علی ان یخيط له ثوبا فمن الواضح انها لا تكون قيدا فی المبيع لضرورة ان مثل الخیاطة لا يكون من أوصاف الحنطة بحيث تنقسم بلحاظها إلى قسمين مع الخیاطة و بدونها فلا معنى للتقييد هنا إلا الاشتراط»

^۲. المستند فی شرح العروة الوثقی؛ الإجارة، ص ۹۸: «فإن المستأجر علیه قد يكون هو العمل، أى الإیصال الخاص و هو إلى کربلاء فی النصف من شعبان و عندئذ يرجع الشرط إلى التقييد لا محالة لأنه یعد من عوارض هذا العمل و أوصافه، ضرورة أن الإیصال قد يكون قبل النصف و اخرى بعده، فيتخصص بلحاظ هذا الوصف إلى حصتين و قد وقعت الإجارة علی الحصّة الأولى، فإذا أوصله بعد النصف فلم یسلمه الحصّة المستأجر علیها، و لأجله لا يستحق شيئا من الأجرة»

حج یعنی حج قران و حج افراد مورد اجاره نبوده است؛ بنابراین اگر حج تمتع را انجام ندهد عمل مورد اجاره را انجام نداده است و مستحق اجرت نیست (خویی، ۱۴۱۸، ج ۲۷، ص ۴۲).^۱

۴-۲. رابطه شرط و عقد

از دیدگاه محقق خویی، رابطه عقد با شرط فعل و رابطه عقد با شرط وصف، از نظر عرف و به تبعیت از عرف از نظر شرع، متفاوت است.

در شرط فعل رابطه عقد با شرط به دو شکل قابل تصور است: نخست اینکه مشروط‌له عقد را معلق بر التزام طرف مقابل (مشروط‌علیه) به انجام شرط کند. به این معنی که مُنشأ و نتیجه عقد، معلق و متوقف بر التزام مشروط‌علیه به انجام شرط شود. به عنوان مثال اگر کسی خانه‌اش را در برابر اجاره بهای معینی به دیگری اجاره بدهد، به شرط آنکه طرف مقابل خانه او را رنگ بزند؛ به وجود آمدن ملکیت منافع برای طرف مقابل متوقف بر این است که مستاجر ملتزم به انجام شرط (رنگ زدن خانه) بشود اما اگر این التزام را نپذیرد عقد شکل نخواهد گرفت.

ممکن است اشکال شود که عقد معلق طبق دیدگاه مشهور فقیهان باطل است؛ بنابراین تعلیق عقد بر التزام طرف مقابل به شرط، سبب بطلان عقد است. پاسخ این است که فقیهان تصریح کرده‌اند که در صورتی که دو طرف عقد می‌دانند معلق علیه در زمان عقد موجود است، در

۱. موسوعه الامام الخویی، ج ۲۷، ص ۴۲: «و أما بالنسبة إلى التمتع و الأفراد و القرآن من أنواع الحج فالظاهر أنها من الصفات المصنفة، فإذا تعلقت الإجارة بواحد منها فلا محالة يكون الأخذ على نحو القيدية فإذا استأجره للحج و اشترط عليه التمتع و خالف و حج حج الأفراد لم يأت بالعمل المستأجر عليه أصلاً، فلاشترط في أمثال المقام يرجع إلى التقييد حسب الارتكاز العرفي.»

حقیقت تعلیقی وجود ندارد و عقد صحیح است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۶۷). در مورد بحث، التزام مشروط‌علیه به انجام شرط در هنگام عقد وجود دارد، بنابراین تعلیق عقد بر امر موجود است و این نوع تعلیق خللی در عقد ایجاد نمی‌کند.

نتیجه تعلیق عقد بر التزام مشروط‌علیه به انجام شرط این است که اگر مشروط‌علیه از عمل کردن به شرط تخلف کند می‌توان او را الزام کرد؛ زیرا خود او ملتزم به انجام عمل شده است. بنابراین در صورت تخلف از انجام شرط، مشروط‌له نمی‌تواند بلافاصله عقد را فسخ کند بلکه بایستی نخست الزام به انجام شرط را مطالبه کند.

دومین رابطه‌ای که بین شرط فعل و عقد می‌تواند وجود داشته باشد این است که مشروط‌له التزام خود به عقد را معلق بر انجام شرط در خارج کند. در این صورت اصل عقد معلق نیست اما التزام و پایبندی مشروط‌له به عقد، معلق بر انجام شرط است. به عنوان مثال اگر کسی خانه‌اش را در برابر اجاره بهای معینی اجاره دهد به شرط آنکه مستاجر خانه او را رنگ بزند؛ التزام موجر، به عقد اجاره معلق است بر اینکه مستاجر خانه را رنگ بزند.

نتیجه تعلیق التزام به عقد، بر انجام شرط در خارج این است که اگر به هر دلیلی خواه ارادای یا قهری، شرط عملی نشود مشروط‌له می‌تواند به عقد ملتزم نباشد و آن را فسخ کند. بنابراین مشروط‌له بدون آنکه لازم باشد الزام مشروط‌علیه به انجام شرط را مطالبه کند، می‌تواند عقد را فسخ کند.

در صورتی که مانعی وجود نداشته باشد هر دو نوع ارتباط بین عقد و شرط فعل وجود دارد؛ بنابراین مشروط‌له مخیر است که عقد را فسخ کند یا الزام مشروط‌علیه به انجام شرط را مطالبه کند. متنها اگر عقدی مانند عقد نکاح یا وقف، قابلیت فسخ نداشته باشد رابطه بین عقد و

شرط فقط از نوع نخست است. یعنی مشروطه فقط عقد را معلق بر التزام مشروطه‌علیه به انجام شرط کرده است و در صورت تخلف، فقط می‌تواند الزام مشروطه‌علیه به انجام شرط را بخواهد و حق فسخ عقد را ندارد. در این نوع از عقود مشروطه نمی‌تواند پابندی و التزام خویش به عقد را متوقف بر انجام شرط قرار دهد؛ زیرا براساس ادله، التزام به عقدی مانند نکاح همیشگی و دایمی است و نمی‌توان التزام به آن را متوقف بر امر دیگری کرد. با توجه به لزوم پابندی و التزام همیشگی به این نوع از عقود شرط خیار نیز در آنها صحیح نیست. بنابراین اگر در ضمن عقد نکاح شرط شود که زوج کار معینی را انجام دهد و او از انجام کار شرط شده خودداری کند حق فسخ برای زوجه به وجود نمی‌آید و او فقط می‌تواند الزام مشروطه‌علیه (زوج) به انجام شرط را مطالبه کند.

در شرط وصف شکل نخست از ارتباط بین عقد و شرط یعنی تعلیق اصل عقد بر التزام مشروطه‌علیه به وجود شرط امکان ندارد؛ زیرا وجود و عدم وجود وصف در اختیار مشروطه‌علیه نیست تا بتواند به وجود شرط ملتزم شود. بنابراین رابطه بین عقد و شرط وصف تنها به این شکل است که مشروطه‌التزام خود به عقد را معلق بر وجود وصف می‌کند؛ در نتیجه اگر وصف وجود نداشت، مشروطه می‌تواند عقد را فسخ کند. بنابراین در صورتی که در ضمن بیع شرط شود مبیع دارای وصف فلان باشد و مشخص شود، وصف شرط شده وجود ندارد، مشروطه فقط می‌تواند عقد را فسخ کند (خویی، ۱۴۳۰، ج ۲۷، ص ۳۸ و ج ۴۰، ص ۹ و ۱۰؛ همو، بی تا، ص ۲۹۹ و ۳۰۰؛ همو، بی تا، ص ۹۲ و ۹۳؛ همو، ۱۴۱۰، ص ۸۸ و ۸۹؛ همو، ۱۴۳۰، ج ۳۱، ص ۲۷ و ۲۸؛ همو، ۱۴۱۸، ج ۳۳، ص ۷۳ و ۷۴).

گزیده دیدگاه محقق خوئی این است که در صورت تخلف از شرط در برخی موارد مشروط‌له می‌تواند الزام طرف مقابل به انجام شرط را مطالبه کند یا عقد را فسخ کند؛ مانند شرط فعل در عقد بیع و سایر اعمال حقوقی که امکان فسخ و برهم زدن در آنها هست.

در برخی موارد مشروط‌له فقط می‌تواند عقد را فسخ کند و امکان الزام وجود ندارد مانند تخلف از شرط وصف. در برخی موارد مشروط‌له فقط می‌تواند الزام مشروط‌علیه به انجام شرط را درخواست کند مانند شرط فعل در عقد نکاح یا سایر اعمال حقوقی که قابلیت فسخ ندارند^۱.

به بیان دیگر در شرط دو تعلیق می‌تواند باشد: ۱. تعلیق عقد بر التزام مشروط‌علیه به انجام شرط. ۲. تعلیق التزام مشروط‌له به عقد بر تحقق شرط. در شرط فعل ضمن عقود قابل فسخ مانند: بیع، هر دو تعلیق هست. در شرط وصف، تعلیق از نوع اول است. در شرط فعل ضمن عقود غیرقابل فسخ مانند: نکاح، تعلیق از نوع دوم است.

در صورتی که تعلیق از گونه نخست باشد یعنی شرط فقط عقد را معلق بر التزام مشروط‌علیه به انجام شرط کند اگر از شرط تخلف شود، بایستی مشروط‌علیه را بر انجام شرط الزام کرد. در صورتی که تعلیق از گونه دوم باشد یعنی شرط فقط التزام مشروط‌له به عقد را متوقف بر وجود شرط کند اگر از شرط تخلف شود، مشروط‌له می‌تواند معامله را فسخ کند. در صورتی

۱. موسوعه الامام الخوئی، ج ۴۰، ص ۱۰: «والمتملخص أن الشرط تارةً مجمع لكل من الأمرين أعني الخيار وجواز إلزام الطرف على الوفاء بالشرط كما في اشتراط الأفعال في العقود القابلة للفسخ وأخرى يفيد الخيار فقط بحيث له أن يفسخ المعاملة على تقدير عدم تحقق شرطه من دون جواز إلزامه على الوفاء كما في الشرط في الأوصاف، وثالثة يفيد جواز الإلزام على الوفاء بما التزم من دون حق في فسخه كما في شرط الفعل في النكاح.»

که هر دو تعلیق باشد یعنی شرط هم عقد و هم التزام به عقد را معلق کند، اگر از شرط تخلف شود مشروط‌له می‌تواند عقد را فسخ کند یا الزام مشروط‌علیه به انجام شرط را بخواهد^۱.

۵. نتایج نظریه محقق خویی

تحلیل ارایه شده توسط محقق خویی پیامدهای بسیاری می‌تواند داشته باشد که برخی از مهمترین آنها اشاره می‌شود.

۵-۱. ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل

مشهور فقیهان بر این باورند که در صورت تخلف از انجام شرط فعل، مشروط‌له باید الزام مشروط‌علیه را از دادگاه بخواهد و حق فسخ عقد را ندارد؛ زیرا بر اساس آیه شریفه «اوفوا بالعقود» (سوره مائده، آیه ۱)، عقد لازم است و تا زمانی که امکان داشته باشد باید به عقد عمل شود، بنابراین حق فسخ وجود ندارد و باید به مفاد عقد وفادار بود (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۷۴؛ عاملی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۲۳؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۴۹۴؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۷۰). شهرت لزوم اجبار مشروط‌علیه و نداشتن حق فسخ تا اندازه‌ای است که ادعای اجماع بر آن شده است (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۳۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۲۱۸).

بر اساس تحلیل ارایه شده توسط محقق خویی در صورتی که مشروط‌له از انجام شرط خودداری کند بر خلاف دیدگاه مشهور، اجبار مشروط‌علیه لازم نیست و مشروط‌له می‌تواند

۱. عروه الوثقی محشی، ج ۵، ص ۱۵۸: «قد يكون معنى الشرط فى ضمن العقد تعليق الالتزام بالعقد و الوفاء به عليه كما إذا اشترط فى بيع عبد مثلاً كونه كاتباً أو عادلاً أو ما شاكل ذلك و قد يكون معناه تعليق نفس العقد على الالتزام بشيء كما إذا اشترطت المرأة فى عقد النكاح السكنى فى بلد معين مثلاً أو نحو ذلك و قد يكون كلا الأمرين معاً كما إذا اشترط البائع أو المشتري على الآخر خياطه ثوب أو كتابه شيء مثلاً»

او را ملزم به انجام شرط کند یا عقد را فسخ کند. حق الزام برای مشروطه به این جهت است که وجود عقد متوقف بر التزام مشروط علیه به انجام شرط شده است بنابراین در صورت انجام ندادن شرط می توان او را به جهت التزامی که داشته است مورد تعقیب و اجبار قرارداد. حق فسخ عقد به این دلیل است که پابندی مشروطه به عقد معلق بر انجام شدن شرط در خارج است. گویا مشروط علیه در زمان انشای عقد برای خود شرط خیار فسخ گذاشته است؛ به این صورت که اگر مشروط علیه شرط را انجام ندهد مشروطه حق فسخ معامله را خواهد داشت.^۱ بنابراین در صورت تخلف از شرط، حق اجبار و حق خیار به صورت هم زمان و در عرض هم برای مشروطه وجود دارد.

۵-۲. صحت شرطی که در اختیار مشروط‌علیه نیست

مشهور فقیهان معتقدند که اگر انجام شرط در اختیار فرد دیگری به جز مشروط‌علیه باشد شرط به دلیل نامقدور بودن باطل است (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۲۵۳؛ عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۰۵؛ عاملی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۱۶؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۱۶). شهرت بطلان شرطی که در اختیار مشروط‌علیه نیست به اندازه‌ای است که ادعا شده است هیچ مخالفی ندارد (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۴، ص ۷۳۴). به عنوان مثال اگر در ضمن معامله بین الف و ب شرط شود که ج، فلان عمل مادی یا حقوقی را انجام دهد شرط باطل است؛ زیرا شرط همانند عوضین، باید در ملکیت مشروط‌علیه باشد تا بتواند آن را در اختیار دیگری بگذارد (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۰۲).

١. مصباح الفقاهة، ج ٧، ص ٣٧٤: «و أما إذا كان المدرك للخيار عند تخلف الشرط هو الشرط الضمني الذي اعتمدنا عليه، فالخيار ثابت مع التمكن من الإيجاب و ذلك لأن المشروط له قد علق إلزامه في المعاملة على التزام المشروط عليه بالشرط»

محقق خویی براساس تحلیلی که از شرط ارایه کرده‌اند درباره شرط نامقدور معتقدند: اگر شرط به معنای تعلیق اصل انشای عقد بر التزام مشروط‌علیه به انجام شرط باشد، شرطی که در اختیار مشروط‌علیه نیست باطل است؛ زیرا التزام به امری، وقتی صحیح است که قدرت بر انجام آن وجود داشته باشد (خویی، ۱۴۱۸، ج ۴۰، ص ۱۳)^۱. منتها اگر شرط به معنای تعلیق التزام مشروط‌له به عقد بر انجام شرط باشد، به این معنا که در صورت انجام نشدن شرط، مشروط‌له حق فسخ معامله را داشته باشد، اشکالی ندارد که انجام شرط در اختیار مشروط‌علیه نباشد؛ زیرا در صورت انجام نشدن شرط، مشروط‌له می‌تواند عقد را برهم بزند. به بیان دیگر، شرط اگر به معنای التزام مشروط‌علیه باشد، انجام شرط باید در اختیار او باشد. اما اگر شرط به معنای حق برهم زدن عقد توسط مشروط‌له در صورت محقق نشدن شرط باشد، پس از محقق نشدن شرط، مشروط‌له می‌تواند معامله را فسخ کند^۲ (خویی، ۱۴۱۸، ج ۴۰، ص ۱۴).

۵-۳. لزوم وفای به شرط وصف

برخی از فقیهان معتقدند که دلیل لزوم وفای به شرط یعنی روایت «المؤمنون عند شروطهم» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۷۶) شامل شرط وصف نمی‌شود؛ زیرا وصفی که برای موضوع معین شرط شده، یا وجود دارد یا وجود ندارد. در صورتی که وجود داشته باشد

۱. موسوعه الامام خویی، ج ۴۰، ص ۱۳: «لا معنى للشرط بالمعنى الأول أعنى تعليق أصل المعاملة على التزام المشتري مثلاً بالشروط، وذلك لأنَّ العاقل الملتفت الشاعر لا يلتزم بأمر غير مقدور، كما لا يعقل التزامه أيضاً فإنَّ الالتزام بنفسه يقتضى أن يكون متعلِّقه أمراً مقدوراً وفي غير المقدور لا يتحقَّق حقيقة الالتزام، إذ أى معنى للالتزام بما لا يدخل تحت قدرته.»

۲. موسوعه الامام خویی، ج ۴۰، ص ۱۴: «اما الشرط بالمعنى الثانى أعنى جعل الخيار على تقدير عدم تحقُّق الأمر غير الاختيارى فى الخارج أى تعليق الالتزام بالمعاملة على تحقُّق الشرط فى الخارج فالظاهر أنه أمر سائغ صحيح ولا أرى مانعاً منه بوجه.» موسوعه الامام خویی، ج ۴۰، ص ۱۶: «أما الشرط بمعنى جعل الخيار على تقدير عدم تحقُّق الشرط فى الخارج فلا وجه لاعتبار كونه تحت اختيار المشتري، إذ غاية ما يترتَّب على عدم تحقُّق الشرط فى الخارج هو ثبوت الخيار للمشروط له ولا دليل على اعتبار القدرة على الشرط حينئذ.»

ارتباطی با مشروط‌علیه ندارد و در صورتی که وجود نداشته باشد نمی‌توان مشروط‌علیه را الزام کرد که وصف را در موضوع معین ایجاد کند. به عنوان مثال اگر ظرف بلور معینی به شرط اینکه ساخت فرانسه است فروخته شود دو حالت دارد: نخست، وصف «فرانسوی بودن» وجود دارد. دوم، وصف «ساخت فرانسه بودن» وجود ندارد؛ در صورت نخست، معامله صحیح است و عمل کردن به وصف معنا ندارد و در صورت دوم امکان ایجاد وصف وجود ندارد؛ بنابراین امر به عمل کردن به شرط، در شرط وصف صحیح نیست (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۵۹؛ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۶۲).

براساس تحلیل محقق خویی از رابطه شرط و عقد، عمل به شرط وصف، صحیح و قابل تصور است. توضیح آنکه، معنای شرط وصف، تعلیق التزام مشروط‌له به عقد بر وجود خارجی شرط است به گونه‌ای که در صورت نبودن وصف، مشروط‌له حق فسخ عقد را داشته باشد؛ پس بازگشت شرط وصف به حق خیار است و الزام به حق خیار به این معنا است که مشروط‌علیه بپذیرد که پابندی و التزام مشروط‌له به عقد، وابسته به شرط است و در صورت به وجود نیامدن شرط، مشروط‌له می‌تواند عقد را فسخ کند (خویی، ۱۴۳۰، ج ۴۰، ص ۷۸ و ۷۹).

۵-۴. ضمانت اجرای شرط نامشروع

درباره ضمانت اجرای شرط نامشروع اختلاف نظر است. بسیاری از فقیهان معتقدند که هر شرط باطلی؛ سبب بطلان عقد است؛ زیرا تراضی دو طرف مقید به شرط است، وقتی شرط وجود نداشته باشد تراضی نیز از بین خواهد رفت. (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۳، ۲۷۳؛ عاملی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۳۱؛ قمی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۸)

برخی از فقیهان معتقدند که شرط نامشروع باطل است؛ منتها اصل عقد صحیح است و مشروطه نمی‌تواند معامله را فسخ کند. به بیان دیگر عقد بدون شرط باقی‌میمانند و باید اجرا شود؛ زیرا اصل در عقود لزوم است و با بطلان شرط دلیلی بر حق فسخ وجود ندارد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۱۰۱؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۴۹).

بعضی از فقیهان بین جهل و علم مشروطه به نامشروع بودن شرط تفاوت گذاشته‌اند. در صورت جهل به نامشروع بودن، مشروطه حق فسخ معامله را دارد؛ زیرا ضرر مشروطه باید به وسیله حق فسخ جبران شود اما در صورت آگاهی به فساد شرط، مشروطه به ضرر خودش اقدام کرده است؛ بنابراین ضرر او جبران نمی‌شود و حق فسخ معامله را ندارد (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۲۲۹؛ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۵۵).

محقق خویی معتقد است: شرط به معنای این است که التزام و پایبندی مشروطه به عقد، معلق بر انجام شرط است؛ بنابراین اثر و منشا عقد از همان ابتدا موقت و محدود به انجام شرط است. به عنوان مثال در بیع همراه با شرط، از همان ابتدا ایجاد ملکیت برای مشتری محدود به انجام شدن شرط است. بنابراین در صورتی که شرط ضمن عقد نامشروع باشد هر چند شارع اجازه عمل به شرط را نمی‌دهد، منتها ایجاد ملکیت محدود به تحقق عمل نامشروع است و اگر عمل نامشروع انجام نشود، مشروطه می‌تواند عقد را فسخ کند^۱ (خویی، ۱۴۳۰، ج ۴۰، ص ۱۲۲ و ۱۲۳).

۱. موسوعه ج ۴۰، ص ۱۲۲ و ۱۲۳: «امضاء الشارع للشرط بمعنى ايجابه الوفاء به في الخارج مرتفع لانه فاسد و لا يلزمه الشارع بايجاد المحرم في الخارج، و اما كون المشروط له متمكنا من الفسخ على تقدير عدم ارتكاب المشروط عليه للحرام او ترك الواجب فمما لا مانع عنه ابدا ... اذا فرضنا انه [مشروط عليه] ارتكب المحرم عصيانا فلا يثبت للمشروط له الخيار لانه انما جعله [يعني الخيار] على تقدير عدم اتيانه به ولو معصيه و كون ذلك الفعل محرما مطلب آخر لا يمنع عدم ثبوت الخيار.»

۵-۵. اثر شرط غیرعقلایی

درباره اثر شرطی که غرض عقلایی ندارد، اختلاف نظر است. کسانی که اعتقاد دارند که هر شرط فاسدی سبب بطلان عقد است، شرط غیر مقدور را نیز بایستی سبب بطلان عقد بدانند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۹۲).

برخی معتقدند: شرط غیر عقلایی باطل است و مشروطه حق فسخ ندارد؛ زیرا دلیل‌های شرعی برای اموری است که میان عاقلان رایج است. به بیان دیگر شارع از امور غیرعقلایی حمایت نمی‌کند؛ بنابراین عقد، بدون شرط باقی است و باید به آن عمل شود. به علاوه اختیار حق فسخ برای مشروطه به جهت جلوگیری از ضرر او است؛ در صورت انجام نشدن شرطی که نامعقول است، مشروطه نفعی را از دست نداده است تا بتوان برای او خیار فسخ معامله را در نظر گرفت (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۱، ص ۳۳۱؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۳۴؛ کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص ۱۸۰).

بر اساس دیدگاه ارایه شده توسط محقق خویی با توجه به اینکه ثمن در برابر شرط نیست، اگر شرط غیر عقلایی باشد و از نظر عقلا مالیت نداشته باشد ایرادی ندارد؛ زیرا مالی در برابر شرط پرداخت نشده است. مشروطه می‌تواند التزام و پابندی خود را به عقد متوقف بر انجام امری غیرعقلایی مانند بازی کردن با انگشتان کند، تا در صورت انجام نشدن شرط، حق برهم زدن عقد را داشته باشد. ادعای اینکه دلیل شرعی وفای به عقد یعنی روایت «المومنون عند شروطهم» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۷۶)، مخصوص شرط‌هایی است که غرض عقلایی

دارند؛ ادعای بدون دلیل است؛ زیرا عموم روایت، دلالت بر لزوم وفای به تمام شروط دارد^۱ (خویی، ۱۴۳۰، ج ۵، ص ۲۴ و ۲۵؛ بی تا، ج ۷، ص ۳۰۹ و ۳۱۰).

۵-۶. شرط ضمن عقد جایز

در صورتی که در ضمن عقد جایزی مانند عقد وکالت یا مضاربه شرط شود که طرف مقابل تا زمان معینی حق فسخ عقد را ندارد برخی معتقدند که شرط سبب لزوم عقد می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۱۵۷ و ۱۵۸)^۲.

محقق خویی بر اساس تحلیلی که از رابطه شرط و عقد ارایه داده، معتقد است: شرط عدم فسخ در مدت معین به دو صورت می‌تواند تحلیل شود: ۱. پابندی مشروطه به عقد، معلق بر وجود خارجی شرط است یعنی در صورتی که شرط محقق نشود مشروطه می‌تواند ملتزم به عقد نباشد و آن را فسخ کند. ۲. تحقق خارجی عقد معلق بر التزام مشروطه‌علیه به انجام شرط است. تحلیل نخست، یعنی تعلیق التزام به عقد بر وجود خارجی شرط، صحیح نیست؛ زیرا در عقد جایز، التزامی برای پابند بودن به عقد وجود ندارد تا مشروطه بتواند التزام و پابندی به عقد را متوقف بر وجود خارجی شرط کند. تحلیل دوم یعنی تعلیق وجود خارجی

۱. التفتیح فی شرح المکاسب، ج ۴۰ موسوعه ص ۲۴ و ۲۵: «لأنها [شروط] مما لا يقابل بالمال كان فيها غرض عقلائی أم لم يكن، ولا مانع من التمسك بعموم ما دلّ على جواز الشرط ونفوذه فيما إذا اشترط أمراً تعلّق عليه غرضه الشخصی كتحريك إصبعه كذلك الحال فيما إذا لم يكن غرض الشرط غرضاً عقلائياً حتى بالنسبة إليه كما إذا اشترط شيئاً بلا أثر ... نعم، ربما يدعى أن أدلة اعتبار الشروط كقوله (عليه السلام) «المؤمنون عند شروطهم» منصرفة إلى الشروط التي يتعلّق بها غرض عقلائی ولا تشمل غيرها، إلّا أن هذه الدعوى تحتاج إلى دليل، إذ لا وجه لاختصاصها بما ذكر بعد كون عمومها انحلالياً بحسب الأشخاص، لأن معناها أن كل شخص يجب عليه أن يفي بشرطه»

۲. عروه الوثقی محشی، ج ۵، ص ۱۵۸: «لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو الأقوى، لوجوب الوفاء بالشرط فإنه يوجب لزوم ذلك العقد»

عقد بر التزام مشروطاً علیه به انجام شرط، صحیح است و با توجه به اینکه مشروطاً علیه در زمان انشای عقد ملتزم به انجام شرط شده است عقد شکل گرفته است؛ بنابراین در صورتی که پس از انجام عقد، مشروطاً علیه بر خلاف آنچه ملتزم شده بود عقد را فسخ کند اگر چه عمل حرامی انجام داده است اما فسخ انجام شده صحیح است^۱ (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۲۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۱۵۸). از تحلیل ارایه شده توسط محقق خویی می‌توان نتیجه گرفت که شرط خیار فسخ در عقد جایز، صحیح نیست؛ زیرا التزام و پابندی در عقد جایز وجود ندارد تا مشروطاً بتواند التزام خود را از بین ببرد.

۷. نقد و بررسی دیدگاه محقق خویی درباره رابطه شرط و عقد

امتیاز مهمی که در تحلیل ارایه شده توسط محقق خویی وجود دارد این است که بر اساس تحلیل ایشان مبنای خیار فسخ در صورت محقق نشدن شرط، قصد دو طرف عقد است. توضیح آنکه در رابطه با مبنای حق خیار فسخ در صورت عملی نشدن شرط اختلاف نظر است. به بیان دیگر برای جمع بین صحت عقد و امکان فسخ عقد توسط مشروطاً، تحلیل‌های مختلفی ارایه شده است. برخی معتقدند: وجوب وفای به عقد که در آیه شریفه «أوفوا بالعقود» (سوره مائده، آیه ۱) آمده است، مخصوص همان عقدی است که همراه با شرط انشا شده

^۱. عروه الوثقی محشی، ج ۵، ص ۱۵۸: «قد يكون معنى الشرط فى ضمن العقد تعليق الالتزام بالعقد و الوفاء به عليه كما إذا اشترط فى بيع عبد مثلاً كونه كاتباً أو عادلاً أو ما شاكل ذلك و قد يكون معناه تعليق نفس العقد على الالتزام بشئ كما إذا اشترطت المرأة فى عقد النكاح السكنى فى بلد معين مثلاً أو نحو ذلك و قد يكون كلا الأمرين معاً كما إذا اشترط البائع أو المشتري على الآخر خياطة ثوب أو كتابة شئ مثلاً. ثم إن الاشتراط فيما نحن فيه ليس من قبيل الأول حيث إنه لا التزام هنا بالعقد حتى يعلق على شئ آخر بل هو من قبيل الثانى بمعنى أن المعلق على الالتزام بشئ إنما هو عقد المضاربة نفسه و عليه ففيمما نحن فيه إن كان المعلق عليه هو لزوم العقد و وجوب الوفاء به فهو باطل و إن كان هو الالتزام بعدم فسخه خارجاً فهو صحيح و يجب عليه الوفاء به و لكن لا يوجب لزوم العقد وضعاً و من هنا إذا فسخ كان فسخه نافذاً و إن كان غير جائز»

است بنابراین اگر به شرط عمل نشود از نظر شرعی وجوب وفا ندارد و مشروطه می‌تواند آن را فسخ کند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۵۱؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۳۳). برخی اختیار فسخ برای مشروطه را اینگونه توجیه کرده‌اند که سیره و روش خردمندان در تمام زمانها و مکانها، این است که در صورت انجام نشدن شرط، مشروطه حق بر هم زدن عقد را دارد (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۲۴ و ۲۲۵). بعضی مبنای اختیار برای مشروطه را اجماع و قاعده لاضرر دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۶۱، نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۳۴).

محقق خویی با تحلیلی جدید از رابطه شرط و عقد، مبنای حق اختیار در صورت تخلف از شرط را قصد و اراده ضمنی دانسته‌اند؛ یعنی طرفین در زمان انشای عقد و شرط، به صورت ضمنی برای مشروطه اختیار فسخ را نیز انشا کرده‌اند. بنابراین وجوب وفای به عقد، که در آیه شریفه «أوفوا بالعقود» آمده است دلالت بر حق اختیار فسخ برای مشروطه نیز دارد.^۱ به بیان دیگر از دیدگاه محقق خویی اختیار تخلف شرط همان اختیار شرط است.

هرچند نظریه ارایه شده توسط محقق خویی به ظاهر کامل است و شامل صورت‌های مختلف شرط می‌شود اما خالی از ایراد نیست. در ادامه به مهمترین اشکال‌های این نظریه اشاره می‌شود.

۱) نخستین نقد درباره معنای شرط است. به نظر می‌رسد محدود کردن معنای شرط به ربط بین دو شی صحیح نیست؛ زیرا «شرط» علاوه بر الزام و التزام، دارای معانی متفاوتی دیگری نیز هست. به عنوان مثال شَرَطَ به معنای علامت گذاشتن و خراشیدن نیز آمده است؛ «شَرَطَ الجلد» یعنی پوست را خراشید تا خون جاری شود (معلوف، ۱۳۷۴، ص ۳۸۲). در زبان عربی

^۱ موسوعه الامام الخویی، ج ۲۷، ص ۳۹: «... و مرجع ذلك إلى جعل الخيار بلسان الشرط». المعتمد فی شرح المناسک، ج ۳، ص ۸۹: «... و مرجع هذا التعليق الى جعل الخيار لنفسه على تقدير عدم الخياطة».

چندین کلمه از «شرط» مشتق شده است. به عنوان نمونه «شَرَطُ» به معنای علامت و جمع آن اَشْرَاط است؛ مانند آیه شریفه «فقد جاء أشرأطها» (سوره محمد (صلی الله علیه و آله و سلم)، آیه ۱۸) یعنی علامت‌های قیامت پدیدار شد. «شَرَطُ» به معنای مال کم ارزش یا انسان‌های فرومایه نیز آمده است و جمع آن «أشرأط» است. همچنین به انسان شریف «شَرَطُ» می‌گویند. بنابراین شَرَط در این معنا از اضداد است (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۱۳۶). «شارط» به معنای استاد حجامت و «مشرط» به معنای تیغ حجامت است؛ در مثل گفته شده است: «رُبَّ شَرَطٍ شارطٍ اوجعُ من شَرَطٍ شارطٍ» یعنی چه بسا شرطی که در قرارداد می‌آید، از خراشی که استاد حجامت به وسیله تیغ می‌زند، دردناک‌تر است (الشرتونی، ۱۴۰۳، ص ۵۸۳).

به ریسمان‌هایی که دارای اجزای معین برای اندازه‌گیری است (متر)، «شریط القیاس» می‌گویند (ابراهیم و همکاران، ۱۴۲۶، ص ۴۷۹). «شَرِیطه» به معنی نخ‌هایی است که از برگ و لیف درخت خرما بافته می‌شود. همچنین به گل‌سر پارچه‌ای که دخترکان بر موهای خود می‌بندند «شَرِیطه» می‌گویند (معلوف، ۱۳۷۴، ص ۳۸۲).

بنابراین «شرط» و هم خانواده‌های آن دارای معانی متفاوتی است؛ پیدا کردن معنای اصلی برای شرط به گونه‌ای که ریشه و اساس برای سایر معانی باشد نیاز به جستجو در لغت دارد و باید با توجه به استعمال‌ها و کاربرد لغت انجام شود برخی از لغت‌دانان با توجه به کاربرد «شرط» در لغت عرب، اصل در معنای شرط را نشانه و علامت دانسته‌اند (ابوالحسین، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۲۶۰). ادعای محقق خویی مبنی بر اینکه معنای شرط ارتباط بین دو شیء است، استحسانی که در کتابهای لغت عربی وجود ندارد (علیدوست، ۱۳۹۵، ص ۲۰۶). احتمال دارد این ادعا با توجه به کاربرد شرط در زبان فارسی مطرح شده باشد؛ زیرا شرط در زبان فارسی به معنای

گرفتن چیزی در بیع و مانند آن، قرار، عهد و پیمان همچنین به معنای مقید کردن کاری به کاری و تعلیق کردن و بستن چیزی بر چیز دیگر آمده است (دهخدا، ۱۳۴۱، ج ۳۰، ص ۳۱۳).

۲) دومین نقد این است که بر خلاف آنچه ادعا شده است، عرف مردم از شرط ضمن عقد، تعلیق اصل عقد یا تعلیق التزام به عقد یا هر دو تعلیق را نمی‌فهمد. تشخیص اصل عقد از التزام ناشی از عقد و تعلیق عقد یا تعلیق التزام به عقد امری آسان و قابل فهم برای عموم مردم نیست؛ بنابراین نمی‌توان ادعا کرد که تحلیل رایه شده توسط محقق خویی، به صورت پنهانی و در قصد واقعی افراد در هنگام معامله کردن وجود دارد. به علاوه تفاوت گذاشتن در چگونگی ارتباط عقد با شرط بین عقود مختلف عرفی نیست. به عنوان نمونه اگر در ضمن عقد نکاح برای زوجه شرط شود که زوج، زوجه را به حج ببرد و یا در ضمن عقد بیع شرط شود که مشتری، بایع را به حج ببرد؛ عرف هر دو شرط را به یک شکل تفسیر و تحلیل می‌کند.

۳) سومین نقد مربوط به مبنای التزام به عقد و لازم بودن آن است. برخی معتقدند که التزام به عقد حکمی شرعی است که دو طرف عقد، نقشی در آن ندارند (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۷۴). برخی التزام به عقد را حکم عقلایی می‌دانند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۳۳ و ج ۵، ص ۳۰۷). بعضی التزام به عقد را مربوط به حالت و چگونگی انشای عقد دانسته‌اند؛ یعنی خود انشای عقد همراه با التزام است (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۳۷).

بر اساس دیدگاه محقق خویی التزام به عقد توسط دو طرف عقد، مورد قصد قرار گرفته و انشا می‌شود. به همین جهت مشروطه می‌تواند التزام به عقد را به هر چیزی که بخواهد مقید کند. به نظر می‌رسد التزام به عقد به صورت جداگانه مورد قصد و انشای طرفین نیست؛ به عنوان مثال در عقد بیع، مبادله دو مال در برابر یکدیگر انشا می‌شود اما التزام به مبادله و پایبند

بودن به آن از احکام و آثار بیع است که حتی در صورت ناآگاه بودن دو طرف، باز هم وجود دارد (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۳۳؛ اراکی، ۱۴۱۴، ص ۵۲۶)؛ بنابراین التزام به عقد در اختیار مشروطه نیست تا بتواند از ابتدا آن را مقید یا محدود به امری کند.

۴) سخنان محقق خویی در رابطه با ضمانت اجرای شرط نامشروع هم‌آهنگ نیست. در حالی که در بحث شروط به صراحت آورده‌اند: اگر شرط ضمن عقد، انجام عمل خلاف شرعی باشد و مشروط‌علیه آن عمل را انجام ندهد، طرف مقابل می‌تواند عقد را فسخ کند (خویی، ۱۴۳۰، ج ۴۰، ص ۱۲۲ و ۱۲۳) در جای دیگر گفته‌اند: «در صورتی که شرط باطل باشد و به آن عمل نشود، مشروط‌له خیار نخواهد داشت؛ زیرا خیار تخلف از شرط در صورتی است که شرط مشروع باشد.^۱» (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۳، ص ۷۶).

۵) محقق خویی در رابطه با امکان شرط عدم فسخ در ضمن عقد جایز معتقدند که شرط عدم فسخ ضمن عقد جایز به معنای اینکه التزام مشروط‌علیه متوقف بر انجام شرط یعنی عدم فسخ باشد صحیح نیست؛ زیرا در عقد جایز التزامی برای مشروط‌له وجود ندارد تا بتواند آن را معلق بر امر دیگری کند (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۲۸).

امکان خیار شرط در ضمن عقد جایز اختلاف نظر است. از کلام محقق خویی در بحث شروط استفاده می‌شود که شرط خیار در عقد جایز صحیح نیست؛ در حالی که در بحث خیار شرط

۱. موسوعه ج ۳۳، ص ۷۶: «لا قائل بثبوت الخیار عند تخلف الشرط الفاسد، و إنما هو فرع إمضاء الشارع للشرط»

آورده‌اند: شرط خیار در تمام عقود اعم از لازم و جایز صحیح است (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۸، ص ۲۷۴).

۶) محقق خویی در توضیح رابطه بین شرط و عقد آورده‌اند: مشروط‌له اصل وجود عقد را معلق بر التزام مشروط‌علیه به انجام شرط می‌کند. سپس تاکید می‌کنند که این نوع از تعلیق سبب بطلان عقد نیست؛ زیرا تعلیق در صورتی سبب بطلان عقد است که عقد، معلق بر امر محتمل در آینده بشود اما التزام مشروط‌علیه به انجام شرط در زمان انعقاد عقد وجود دارد. در حالی که طبق مبنای محقق خویی، تعلیق موجب بطلان عقد نیست (خویی، بی تا، ج ۳ ص ۲۳۵) بنابراین می‌توان حالت سوم را درباره رابطه شرط و عقد در نظر گرفت به این شکل که مشروط‌له اصل وجود عقد را معلق بر انجام شرط در آینده کند در این صورت تا زمانی که شرط محقق نشود عقدی محقق نخواهد شد. هر چند به نظر نمی‌رسد کسی از فقیهان این گونه تحلیل از شرط را منطقی بدانند؛ اما بر اساس مبنای محقق خویی این حالت نیز صحیح است و بایستی مورد بررسی قرار بگیرد.

نتیجه گیری

۱. درباره رابطه شرط و عقد نظریه‌های مختلفی مطرح شده است. بعضی شرط را جزء واقعی عقد، برخی شرط را جزء لبی عقد، گروهی شرط را قید تراضی و برخی رابطه عقد و شرط را رابطه ظرف و مظروف دانسته‌اند. محقق خویی معتقد است که در صورتی که شرط فعل در ضمن عقد قابل فسخ مانند بیع باشد دو رابطه بین شرط و عقد وجود دارد: ۱. اصل عقد معلق بر التزام مشروط‌علیه بر انجام عقد شده است. ۲. التزام مشروط‌له به عقد معلق بر انجام شرط در خارج است بنابراین در صورت تخلف از انجام شرط حق الزام و حق فسخ هر دو

اسماء

۳. به نظر می‌رسد دیدگاه ارایه شده توسط محقق خویی قابل پذیرش نیست؛ زیرا تعلیق اصل عقد یا تعلیق التزام به عقد، خارج از فهم عرف است و نمی‌توان آن را به صورت شرط ضمنی عرفی در قراردادها در نظر گرفت. به علاوه التزام به عقد از احکام الزامی قانونگذار است و در اختیار طرفین نیست تا بتوانند التزام خود را معلق بر امری کنند.

قرآن کریم

ابن منظور، ابو الفضل (١٤١٤). لسان العرب (ويرايش ٣). بيروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر.

ابو الحسین، احمد بن فارس بن زکریا (۱۴۰۴). معجم مقائیس اللغه، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

اراکي، محمد علی (۱۴۱۴). الخيارات، قم: مؤسسه در راه حق.

اسلامی، رضا (۱۳۹۴). درآمدی بر فقه اسلامی (ویرایش ۲). قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم.

اصفهانى، محمد حسین (۱۴۱۸). حاشیه کتاب المكاسب، قم: أنوار الهدی.

افتخاری، علی (۱۴۲۸). آراء المراجع فی الحج (ویرایش ۲)، قم: مشعر.

امامی، سید حسن، (بی تا) حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیة.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۵). المكاسب، قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم.

ایروانی، علی (۱۴۰۶). حاشیه المكاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹). القواعد الفقهيہ، قم: نشر الهادی.

جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰). الصحاح، بیروت: دار العلم للملایین.

حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴). تذکره الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱). کتاب البیع، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره).

خمينی، سيد روح الله (بی تا). كتاب البيع، (تقريرات للقدیری)، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره).

خویی، سيد ابوالقاسم (بی تا). المستند فی شرح العروه الوثقی الاجاره، بی مکا، بی نا.

خویی، سيد ابوالقاسم (۱۴۱۰). المعتمد فی شرح المناسک ج ۳، قم: منشورات مدرسه دار العلم.

خویی، سيد ابوالقاسم (بی تا). مصباح الفقاهه، بی مکا: بی نا.

خویی، سيد ابوالقاسم (۱۴۱۸). موسوعه الامام الخوئی ج ۲۷ كتاب الحج، قم: مؤسسه احیاء الآثار الامام الخویی.

خویی، سيد ابوالقاسم (۱۴۱۸). موسوعه الامام الخوئی ج ۳۱ المبانی فی شرح العروه الوثقی المضاربه و المساقاه، قم: مؤسسه احیاء الآثار الامام الخویی.

خویی، سيد ابوالقاسم (۱۴۱۸). موسوعه الامام الخوئی ج ۳۳ المبانی فی شرح العروه الوثقی النکاح، قم: مؤسسه احیاء الآثار الامام الخویی.

خویی، سيد ابوالقاسم (۱۴۳۰). موسوعه الامام الخوئی ج ۴۰ التنقیح فی شرح المكاسب، قم: مؤسسه احیاء الآثار الامام الخویی.

خویی، سيد محمد تقی (۱۴۱۴). الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود، بیروت: دار المؤرخ العربی.

دهخدا، علی اکبر (۱۳۴۱). لغت نامه، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

روحانی، سید صادق (۱۴۱۲). فقه الصادق (علیه السلام)، قم: دار الکتاب و مدرسه امام صادق (علیه السلام).

سبزواری، محمد باقر (۱۴۲۳). کفایه الأحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

سنهوری، عبدالزاق (بی تا). مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، بیروت: دار احیا التراث العربی-مؤسسه التاریخ العربی.

الشرتونی، سعید الخوری (۱۴۰۳). اقرب الموارد فی فصح العربیه و الشوارد، قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی.

شهیدی، مهدی (۱۳۹۱)، شروط ضمن عقد، تهران: انتشارات مجد.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱). حاشیه مکاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۱۹). العروة الوثقی المحشی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸). ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: المکتبه المرتضویه.

عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳). مسالک الافهام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

عاملی، سید جود (۱۴۱۹). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

عاملی، سید حسن (بی تا). رابطه عقد و شرط، مجله فقه اهلبیت (علیهم السلام) ۱۶ (۶۲)،

عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: کتابفروشی داوری.

عاملی، علی بن حسین (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام).

علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۵). فقه و حقوق قراردادهای ادله عام روایی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه.

فیروزآبادی، مجد الدین محمد بن یعقوب (۱۴۱۲). القاموس المحيط، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.

قمی، ابو القاسم (۱۴۱۳). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، تهران: موسسه کیهان.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشارات گنج دانش.

مامقانی، ملا عبدالله، (۱۳۵۰). نهایه المقال، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.

محقق داماد، سید مصطفی؛ فتاوی جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن؛ عبدی پور، ابراهیم (۱۳۹۱). حقوق قراردادها در فقه امامیه (ویرایش ۴). تهران: نشر سمت.

مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷). العناوین الفقہیہ، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

معلوف، لوئیس (۱۳۷۴). المنجد (ویرایش ۴). بی مکا، انتشارات دهقانی.

نائيني، محمد حسين (١٣٧٣). منية الطالب في حاشية المكاسب، تهران: المكتبة المحمدية.

نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (ویرایش ۷). بیروت: دار
إحياء التراث العربی.

نراقی، احمد بن محمد (۱۴۱۷). عوائد الایام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

نراقی، محمد بن احمد (۱۴۲۲). مشارق الاحکام (ویرایش ۲). قم: کنگره نراقیین.

واسطی زبیدی، محب الدین (۱۴۱۴). تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دار الفکر
للطباعة و النشر و التوزيع.