

تحلیل اعتبار شروط الحاقی به عقد در حقوق ایران و فقه امامیه

محمد جواد ذوالقدر*

مرتضی شهبازی نیا**

محمد باقر پارساپور***

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۰۴

چکیده

بحث درباره امکان و امتناع الحاق شرط جدید به عقد، مورد توجه فقها اعم از قدمای از ایشان و متأخرین بوده و همچنین توجه حقوق دانان ایرانی را نیز به خود جلب نموده است، ولی کماکان اختلاف در میان نظرات، باقی است. به نظر می‌رسد این اختلاف ریشه در اختلاف نگاه صاحب نظران به تعریف شرط و ایضاً در دید ایشان به کیفیت انشای اعتباریات است. از این رو لازم به نظر می‌رسید که پس از گردآوری آرای مهم، طبقه‌بندی نوینی از این عناوین عرضه شود تا فهم عوارض مسئله سهل‌تر و پرداخت به مسئله پژوهش، ساده‌تر گردد. بدین مناسبت، این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی به بررسی منابع گردآمده از مطالعه کتابخانه‌ای آثار صاحب نظران پرداخته و پس از تشریح نظرات موافقان و مخالفان الحاق شرط به عقد و دسته‌بندی اقوال صاحب نظران از هر دو گروه، همچنین تنقیح ملاک متخذ مؤلفان درباره ضابطه ارتباط شرط و عقد، نتیجه می‌گیرد که شرط از آن رو که الزام و التزامی است که به نحو جعلی و قراردادی به عقدی مرتبط شده، می‌تواند بر عقدی که سابقاً موجود بوده است، لاحق شود و در نتیجه این الحاق، لازم‌الوفاء محسوب گردد. همچنین از آن رو که شرط ماهیتی اعتباری است، دخل و تصرف در ماهیات اعتباری در اختیار خالقان آن ماهیت خواهد بود. بنابراین همان اراده‌ای که خالق ماهیت حقوقی اصلی (عقد) بوده، می‌تواند درباره لواحق به آن ماهیت (شروط الحاقی)، تصمیم بگیرد و قبض و بسط محتوای عقد را اراده کند.

کلیدواژگان:

شرط الحاقی، شرط ضمن عقد، الحاق شرط به عقد، ارتباط شرط و عقد.

* دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
m_zolghadr@modares.ac.ir

** دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
shahbazinia@modares.ac.ir

*** دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
parsapour@modares.ac.ir



Copyright: © 2023 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

در میان موضوعات حقوق معاملات بحث شروط ضمن عقد از مهم‌ترین مسائل بوده و فایده عملی فراوان بر بررسی آن مترتب است. ذیل این مجموعه، عنوان شرط الحاقی و قرارگرفتن آن در زمره شروط ضمن عقد، موضوع فصل چهارم از باب اول از کتاب دوم قانون مدنی و نیز شمول شرط الحاقی تحت قاعده فقهی «المومنون عند شروطهم»^۱ از بحث‌برانگیزترین عناوین فقهی و حقوقی است. در همین راستا با بررسی نظرات می‌توان دانست که اجمالاً موضع بحث بر سر دو مطلب است:

نخست: تعریفی که فقها و حقوق‌دانان از شرط ارائه می‌دهند و عوارض و لواحق آن با بحث درباره شرط می‌توان گفت که آیا بحث لحوق و ضمیمه شرط به عقد، ذاتی منطقی عقد است یا ممکن است الحاق را بر شرط عارض کرد؛ زیرا اگر قائل باشیم لحوق شرط به عقد می‌تواند عرضی باشد، لازم می‌آید تا شرط را خارج از چهارچوب عقد و بدون وابستگی به آن نیز موجودی مستقل بدانیم. اما اگر به راه اول رفته باشیم، استعمال شرط برای تراضی مذکور تا زمانی که داخل چهارچوب مرتبطین به یک عقد نباشد، مجازی است.

دوم: در تبیین حدود اصل آزادی اراده و توان خلاقه اراده معاملی افراد نسبت به ماهیات جدید؛ بدان معنا که آیا می‌توان حدود اعمال حقوقی ناشی از اراده سالم افراد دارای اهلیت را محدود به اعمال حقوقی رایج در گذشته نمود؟ یا اقوی آن است که در مقام بررسی اعمال حقوقی متداول و موردنیاز جامعه، قدرت خلاقیت اراده را محدود نگردانیم و فراخی حدود تأثیر اراده را تا مرز تداخل با نظم عمومی به رسمیت بشناسیم؟

با وجود اختلاف نظر در میان فقها و حقوق‌دانان در موضوع شرط الحاقی، اما تحقیقات گذشته ناظر به بسط و شرح ادله موافقان و مخالفان قرارگیری شروط الحاقی در زمره شروط ضمن عقد نبوده و در صورت اشاره به موضوع، غالباً به صرف بیان حکم بسنده شده است. بدین جهت مهم می‌نماید که با تدقیق و بررسی نظرات فقها و حقوق‌دانان، این موضوع و دلایل تفصیلی آن بیش از پیش روشن و واضح گردد.

۱. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی ۲؛ ج ۱۵، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۵، ص ۳۹.

برای این منظور، پژوهش حاضر ابتدا در قالب یک گفتار به معنای شرط و سپس به تبیین شرط الحاقی پرداخته و پس از آن، نظرات موافقان و مخالفان الحاق شرط به عقد را بیان می‌کند. در ادامه نیز به بررسی و تبیین نظرات موافقان و مخالفان خواهد پرداخت و در نهایت اقدام به ارائه تعریف پیشنهادی و نتیجه‌گیری می‌نماید.

۱. معنای شرط و انواع آن

محققان درصدد تعریف شرط، گزاره‌های بعضاً متفاوتی ارائه داده‌اند. ما در اینجا به اختصار، برخی از تعاریف ارائه‌شده را بیان می‌کنیم تا با استفاده از این گزاره‌ها به بحث اصلی بپردازیم. اهل لغت^۱ شرط را الزام و التزام ضمن عقد بیع می‌دانند.^۲ برخی دیگر نیز آن را در معنای پیمان و عهد و نیز تعلق امری بر امر دیگر تعریف می‌کنند.^۳ «در اصطلاح فقه و قانون مدنی [شرط] معانی گوناگون دارد مانند التزام و تعهد و خیار».^۴ شیخ انصاری می‌فرماید شرط در عرف به دو معنا به کار می‌رود که یکی معنای حدی و دیگری جامد است.^۵ در معنای جامد، شرط آن چیزی است که از عدمش عدم شیء لازم می‌آید، ولی از وجودش وجود همان شیء لازم نمی‌شود.^۶ در برابر این عده، برخی دیگر معنای دیگری از شرط اراده می‌کنند که محل کلام ماست و در فقه و حقوق بحث بر سر این شق از معنای شرط است.

۱. برخی صاحب‌نظران اصولاً مراجعه به اهل لغت در ما نحن فیه را ناصواب دانسته و برای شرط، حقیقت عرفی قائل‌اند که البته هم ایشان در رجوع به عرف معنای الزام و التزام را از شرط مستنبط می‌دانند (محقق داماد، سید مصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، ج ۱، چ ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۵، ص ۶۳).

۲. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، **القاموس المحیط**، ج ۲، بیروت لبنان: دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۵۵۹.

۳. معین، محمد، **فرهنگ فارسی (یک جلدی کامل)**، چ ۱۴، تهران: انتشارات ساحل، ۱۳۸۷، ص ۵۸۵.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **وسیط در ترمینولوژی حقوق**، چ ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۴۲۴.

۵. انصاری، مرتضی، **المکاسب**، ج ۶، چ ۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۱۱.

۶. «مایلزم من عدمه عدم الشی و لایلزم من وجوده وجود الشی»: حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، **العناوین**، ج ۲، چ ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۲۷۲؛ خویی، سید محمد تقی، **الشروط أو التزامات التبعية فی العقود**، ج ۱، چ ۳، قم: یاران، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۲۳.

این گروه شرط را در معنای حدی، مطلق الزام و التزام می‌دانند.^۱ البته در مقابل، برخی دیگر این معنا را نقد کرده و خلاف آن تقریر می‌کنند و شرط را به معنای یک الزام می‌دانند که به واسطه ارتباط آن، با لازم دیگر (= عقد) [در عالم اعتبار] به وجود می‌آید.^۲ با تفصیلی که گذشت، مسامحتاً و در مقام جمع‌بندی، تعریفی که به سبب شهرت در میان معاصران پرکاربرد است و به همین دلیل در فقه و قانون مدنی برای تبیین الزامات و التزامات ضمن عقد یا به عبارت دیگر شروط ضمن عقد، به کار رفته، چنین است که شرط به معنای الزام و التزامی است که در ارتباط با عقدی پا به عرصه وجود نهاده است.

۲. تعریف شرط الحاقی^۳

شرط ضمن عقد به اعتبار ترتیب زمان انشای آن نسبت به ایجاب و قبول، به سه قسم منقسم می‌گردد: اگر شرط پیش از ایجاب و قبول مورد توافق طرفین قرار گرفته باشد، شرط تبانی نامیده می‌شود (موضوع ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی) و هرگاه شرط از نظر زمانی بین ایجاب و قبول واقع شده باشد، شرط ضمن عقد به معنای خاص و اگر پس از آن باشد، شرط الحاقی یا شرط «پس از عقد» خوانده می‌شود.

بعضی از نویسندگان حقوقی شرط الحاقی را توافقی بر سر تعهدات عقدی که سابقاً منعقد شده می‌دانند که در قالب انشایی پس از عقد، به آن ملحق می‌شود.^۴ این شرط الحاقی می‌تواند

۱. انصاری، مرتضی، منبع پیشین.

۲. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، منبع پیشین، ص ۲۷۳.

۳. گرچه پژوهش حاضر درصدد تطبیق با منابع خارجی نیست و حدود فحص خود را در فقه امامیه و حقوق ایران محدود می‌داند، لازم به ذکر است که در حقوق تطبیقی از این عنوان با عناوینی مانند *Supplementary Conditions* و *addendum* یاد می‌شود و در اعتبار آن تردیدی وجود ندارد. در این رابطه نک: Herdianto, Suhadi Rizki and Zudan Arief Fakrulloh (2022), "Addendum to Contracts Legal Perspective Agreements in Indonesia" *Proceedings of the 2nd International Conference on Law, Social Science, Economics, and Education, ICLSSEE 2022, 16 April 2022, Semarang, Indonesia*; DOI: 10.4108/eai.16-4-2022.2320080.

همچنین برای مشاهده مصادیق پذیرش این موضوع و صدور حکم بر اساس آن، به این آرای دادگاه تجدیدنظر مریلند ایالات متحده آمریکا نک:

(Cochran v. Norkunas, 2007 & Myers v. Kayhoe et al, 2006)

۴. محقق داماد، سید مصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، همان منبع، ص ۲۹۸؛ شهیدی، مهدی، *شروط ضمن عقد*، چ ۷، تهران: مجد، ۱۳۹۷، ص ۴۳.

ناظر به کاهش یا افزایش تعهدات قراردادی مانند ثمن و مثنی، تغییر در اجل قراردادی، تغییر در حدود مسئولیت طرفین یا حتی اضافه کردن تعهدی جدید به تعهدات سابق عقد باشد.

۳. الحاق شرط به عقد، موافقین و مخالفین

اگر عقد را همکاری دو یا چند اراده در ایجاد یک ماهیت حقوقی تعریف کنیم،^۱ محصول این همکاری، مدلول یا محتوای عقد است. در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران که متخذ از فقه است، درباره امکان و عدم امکان الحاق شرط به عقد و نیز جواز تغییر در مدلول عقد منعقد شده اختلاف نظر بسیاری دیده می‌شود.

عده‌ای گفته‌اند که می‌توان پس از انعقاد عقد، از طریق شروط در محتوا و مدلول عقد تصرف نمود و برخی نیز با این نظر به مخالفت برخاسته‌اند. ظاهراً این گونه به نظر می‌رسد که ماده نزاع، اختلاف در دلالت یا عدم دلالت لفظ شرط نسبت به شروط واقع شده در پیش یا پس از عقد است. چون مشهور قائل است که در لزوم وفا به شرط، به حدیث نبوی و روایت مستفیضه (بلکه حتی متواتره) بین فریقین «المؤمنون عند شروطهم» استناد می‌شود؛ در همین راستا برخی از نویسندگان مطلق شرط را مشمول این حدیث نبوی می‌بینند و برخی دیگر شروط خارج از عقد را از شمول آن خارج می‌دانند.^۲ بدیهی است که مبحث الحاق به عقد نسبت به الحاق شرط به عقد دارای رابطه عموم و خصوص مطلق است^۳ و همان‌طور که دیده می‌شود لازم به تأکید نیست که مقاله حاضر درصدد بررسی مطلق الحاق شرط به عقد است.

۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، چ ۱۳، تهران: مجد، ۱۳۹۶، ص ۴۶.

۲. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ص ۵۵؛ موسوی بجنوردی، محمد، قواعد فقهیه، ج ۲، چ ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹، ص ۳۷۷؛ مصطفوی، سید محمد کاظم، القواعد (مائه قاعده فقهیه معنی و مدرکا و موردا)، ج ۱، چ ۴، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ ه.ق، ص ۲۶۵؛ تاج آبادی، حسین، شروط صحیح در فقه امامیه، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۰، ص ۱۲۶.

۳. علوی قزوینی، سید علی و جعفر رضانی، «ماهیت و آثار شروط الحاقی»، پژوهش‌های فقهی، د ۱۷، شماره ۳، پاییز ۱۴۰۰.

این مناقشه هم میان فقها و هم میان حقوق‌دانان وجود دارد.^۱ در بین فقها برخی مدعی وجود اجماع درباره عدم لزوم وفا به آن شرط هستند^۲ و در مقابل ایشان، مرحوم سید یزدی این ادعا را بلا وجه می‌دانند.^۳ در دیگر سو، در بین حقوق‌دانان نیز برخی شرط را بر سه قسم، شامل شروط قبل العقد و حین العقد و بعد العقد می‌دانند^۴ و برخی دیگر شروط الحاقی را مشمول ادله وجوب وفا به شرط نمی‌دانند و نتیجتاً از عداد شروط لازم‌الوفا خارج می‌بینند.^۵ برخی از نویسندگان ریشه ادله لزوم شروط الحاقی را در سنت فقهی و حقوقی می‌دانند و با استناد به استثنای خاص از نص آیه ۲۴ سوره نساء،^۶ نفوذ این شرط (شرط الحاقی) را مبتنی بر قواعد،^۷ و بدین ترتیب اعمال اصلاح در عقد (بعد از انعقاد آن) را امری موافق ضوابط عامه تعهدات در حقوق اسلامی عنوان می‌کنند. از سوی دیگر عده‌ای نسبت به الزام‌آور بودن این تعهد تشکیک کرده، توافق بعد از نکاح را شرط الزام‌آور نمی‌دانند^۸ و به تبع، امکان ضابطه‌سازی از آن و تسری به احکام سایر عقود را

۱. برخی، اساس اختلاف نظر و طرح این مبحث (بحث الحاق به عقد (به طور عام) و شروط الحاقی (به طور خاص)) را در میان فقها، مربوط به بحث حیل ربا می‌دانند (علوی قزوینی، سید علی و جعفر رضائی، «ماهیت و آثار شروط الحاقی»، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۷، شماره ۳، پاییز ۱۴۰۰). بدین معنا که بایستی این نکته را در آن چهارچوب تحلیل نماییم؛ اما گویا این ریشه‌شناسی برای سهولت تنقیح مناط به دست داده شده است. یعنی اگر صاحب‌نظری با حیل ربا مخالفتی دارد، با این مسئله هم همان معاملت را خواهد نمود و اگر بر صحت آن بحث قائل است، دیگر سوی این میدان خواهد ایستاد. اما به نظر می‌رسد در میان حقوق‌دانان (نک به: بیگدلی، سعید، **تعدیل قرارداد**، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۲، ص ۲۶۵)، فواید دیگری از جمله بحث تعدیل قرارداد (خاصه در قراردادهای پیچیده) بر آن مبحث مترتب است.

۲. انصاری، مرتضی، همان منبع، ص ۵۶؛ طباطبایی کربلایی، سید علی، **ریاض المسائل** (طبعة القدیمة)، ج ۲، قم: موسسه آل‌البیت علیهم السلام لاحیا التراث، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۱۱۶.

۳. یزدی طباطبایی، محمد کاظم، **حاشیه المکاسب**، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۱۱۷.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **اساس در قوانین مدنی: المدونه**، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۸۲.

۵. شهیدی، مهدی، **شروط ضمن عقد**، منبع پیشین، ص ۴۳.

۶. «[...] فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن فريضه و لا جناح علیکم فیما تراضیتن به من بعد الفریضه [...]» (نساء، ۲۴).

۷. محقق داماد، سید مصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، همان منبع، ص ۲۹۸؛ یوسف أبو حمیده، عبد الحافظ، عبد الله أبو یحیی، علی، «تعدیل الالتزام فی عقد البیع دراسه مقارنه بین الفقه الاسلامی والقانون المدنی الاردنی»، دراسات (علوم الشریعه والقانون)، شماره ۳، ۲۰۱۶ م.

۸. سبحانی تبریزی، جعفر، **دراسات موجزة فی الخیارات و الشروط**، قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۳ ه.ق، ص ۱۶۰؛ شیروی، عبدالحسین، **حقوق خانواده (ازدواج، طلاق و قرزندادن)**، ج ۵، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۸، ص ۸۳.

منتفی اعلام می‌دارند. از این رو مناسب‌تر می‌نماید که به تفصیل ادله مخالفان و موافقان الحاق شرط به عقد بیان و به بررسی آن‌ها پرداخته شود.

۳.۱. مخالفین امکان الحاق شرط به عقد و ادله ایشان^۱

بعد از فحص و تتبع به نظر می‌رسد که مخالفان الحاق شرط به عقد، از میان فقها و حقوق‌دانان، قدر متیقن با دو دلیل در مخالفت با اعتبار شرط الحاقی استدلال کرده‌اند که ذیلاً به تفصیل بیان می‌شود:

۳.۱.۱. اتمام عقد پس از اتصال قبول به ایجاب

در فقه و به تبع آن در حقوق، برخی از صاحب‌نظران قائل به لفظی بودن عقد هستند. برخی از احناف را اعتقاد بر این است که «العقد کلام» یعنی عقد لفظ است و چون از دهان خارج شد، معدوم می‌شود و الحاق به معدوم هم ممکن نیست.^۲ البته رگه‌های این مسئله در میان فقه‌های امامیه هم کمابیش دیده می‌شود. مانند تعریف محقق حلی از عقد [بیع] که جنس عقد را لفظ می‌دانند.^۳ حال آنکه در میان معاصران امامیه و بعض متأخرین ایشان، عقد به یک ماهیت اعتباری تعبیر شده و نه به لفظ.^۴ قائلین به این نظر، اصالت را با درج شرط ضمن عقد و از نظر زمانی، درج آن بین ایجاب و قبول می‌دانند.^۱

۱. برای مشاهده صورت دیگر این تقسیم‌بندی: علوی قزوینی، سید علی و محمد حسین وکیلی مقدم، «بازنگری در مفاد قرارداد»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، شماره ۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۹. لازم به ذکر است که ایده این تقسیم‌بندی از منبع ذکر شده اتخاذ شده است؛ ولی بعد از بررسی منابع، نتیجه تقسیم‌بندی از نظر نویسندگان پژوهش حاضر، از حیث آرایش نتایج و محتوای آن، با آنچه در آن منبع آمده، متفاوت بود؛ در نتیجه، در صورت دیگر ارائه شد.

۲. به نقل از جعفری لنگرودی، محمد جعفر، سیستم‌شناسی در علم حقوق، چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۶۴.

۳. «العقد هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر بعوض معلوم» حلی، جعفر ابن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ه.ق، ص ۷؛ العاملی، زین الدین (الشهید الثاني)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، ج ۲، ۱۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۸ ه.ق، ص ۱۸۴.

۴. عاملی، بها الدین (الشهید الاول)، موسوعه الشهید الاول الجزء الهادی عشر (الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه للشیخ بهاءالدین العاملی رحمه الله)، ج ۱۱، قم: مرکز العلوم والثقافة الإسلامیة، ۱۴۳۰ ه.ق، ص ۱۷۱؛ ←

البته این دلیل از دلائل مخالفان، دو نتیجه به دنبال دارد که در قالب دو بند طرح و بررسی خواهد شد:

۳.۱.۱.۱. اشتراط درج شرط در متن عقد^۲

مشهور حقوق دانان و فقهای امامیه، امکان خلق ماهیت و تجلی و ظهور اراده متعاملین را تنها در قالب عقد می‌دانند که آن هم با ایجاب شروع و با قبول، خاتمه می‌یابد. این عقیده، شرط پیش از عقد و شرط پس از عقد را از نظر اعتبار در یک سو نشانده و هر دو را از حیث لزوم وفا در

→ خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۱، ۴، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲، ص ۷؛ شهیدی، مهدی، حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات، منبع پیشین، ص ۳۸.

۱. خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۲، قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۴۲؛ آل کاشف الغطاء، علی، شرح خيارات الممعه، ج ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۳۸۱، ص ۲۱۲؛ بهایی، محمدبن حسین، جامع عباسی (رساله عملیه شیخ بهایی با حواشی هشت فقیه عالی مقام)، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۶، ص ۴۹۹.

همچنین نک: حاشیه حسینی ملایری تویسرکانی بر کتاب "جامع عباسی: رساله عملیه شیخ بهایی با حواشی هشت فقیه عالی مقام": «هرگاه شرط را در بیع نکرده باشد بلکه بعد از بیع یا قبل از آن کرده باشد و عقد بیع به شرط خیار واقع شده باشد اختیار فسخ ندارد و [...]» (همان منبع).

۲. به بیان برخی اساتید، مرحوم شیخ انصاری احتمالاً نخستین کسی است که با پرداختن به «شروط» در قالب یک فصل مستقل، شان بحث شروط را از حد یک قاعده فقهی به یک نظریه عمومی ارتقا داده (محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، همان منبع، ص ۵۱) و به سبب همین اتوریته، علاوه بر محتوای نظریات شیخ، شکل و شیوه ایشان در پرداخت به مباحث هم در نویسندگان بعدی مؤثر افتاده است؛ به نحوی که اغلب محشین و شارحین مکاسب بر تقسیم‌بندی شیخ انصاری وفادار مانده‌اند (نک: یزدی طباطبایی، محمد کاظم، حاشیه مکاسب، همان منبع، ص ۱۱۷؛ شهیدی تبریزی، میرفتاح، هدایه الطالب الی اسرار مکاسب، ج ۳، قم: دارالکتاب، بی‌تا، ص ۵۷۶؛ تبریزی، جواد، ارشاد الطالب فی شرح مکاسب، قم: دار الصدیقه الشهیده (س)، ۱۳۸۹، ص ۱۱۸؛ اصفهانی، محمد حسین، حاشیه مکاسب، ج ۵، قم: ذوی القربی، ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۱۶۹؛ نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منیه الطالب فی شرح مکاسب (تقریرات میرزا محمد حسن نایینی)، ج ۳، ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۴۰ ه.ق، ص ۲۳۱)، بلکه سایر نویسندگان که در مقام شرح مکاسب نبوده‌اند نیز از آن متأثر شده و جملگی در پرداخت به مباحث شروط از ترتیب شیخ پیروی کرده‌اند. به همین سبب اکثر ادبیات فقهی پیرامون این موضوع در شرط هشتم از شروط صحت شرط (التزام به شرط در متن عقد) یافت می‌شود (برای مشاهده نمونه شیوه‌ای دگر و طرحی نو در این خصوص، نک: محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، منبع پیشین، ص ۲۹۷).

مظان تردید قرار می‌دهد.^۱ درباره این قول دلایل مختلفی دیده می‌شود که در ادامه به آنها پرداخته خواهد شد.

شیخ انصاری درباره عدم لزوم وفا به این شروط ادعای شهرت فتوایی دارند.^۲ یکی از نویسندگان، فرد منع‌کننده این اجماع ادعایی را «کم تجربه در تفقه» می‌خواند و احتمال می‌دهد که عدم لزوم این شروط به حد ضرورت فقهی بالغ شده باشد.^۳

برخی دیگر بر مدعای عدم ورود شرط قبل و بعد از عقد در ایجاب و قبول، ادعای قطع در میان فقهای امامیه را ذکر کرده‌اند.^۴ بر همین سیل، شهید اول هر شرطی را که پیش یا پس از عقد درج گردد واجد اثر نمی‌دانند.^۵ بعضی دیگر نویسندگان در راستای شرطیت یادشده، شرط لاحق را مشمول ادله وجوب وفا نمی‌دانند^۶ یا چنین بیان می‌کنند که از اقسام شرط، شرط غیر مذکور در متن عقد می‌باشد که تنها تعهد و التزام از جانب یکی از طرفین به طرف دیگر است و این همان مراد از شروط ابتدایی است که شبهه‌ای در عدم افاده لزوم نسبت به آنها نیست^۷ یا نویسندگان دیگر افزون بر ادعای شهرت، ذکر کرده‌اند که درباره عدم اعتبار شروطی که قبل یا بعد از عقد می‌آیند ظاهراً [قول] خلافی مشاهده نمی‌شود.^۸

گفته شد که در نظر مخالفان از حیث عدم ذکر شرط در عقد، شرط بنایی و شرط الحاقی موقعیت مشابهی دارند و حتی توافق بر سر الزاماتی تحت عنوان شرط بنایی را مفید الزام‌آور بودن آن نمی‌دانند و بر لزوم وفای به آن شروط تردید دارند. شیخ انصاری در مکاسب می‌فرماید که

۱. مصطفوی، سید محمد کاظم، منبع پیشین.

۲. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ص ۵۴.

۳. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، منبع پیشین، ص ۲۷۹.

۴ «قد قطع الأصحاب بأنَّ الشرط انما يعتد به و يلزم الوفاء به إذا وقع بين الإيجاب و القبول ليكون من جملة العقد اللازم، فلو تقدم على العقد أو تأخر عنه لم يقع معتداً به، لأنه - و الحال هذه - لا يكون محسوباً من جملة العقد.» (عاملی، محمد بن علی، **نهایه المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام**، ج ۱، چ ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ هـ ق ص ۲۴۶).

۵. عاملی، بها الدین (الشهید الاول)، موسوعه الشهید الاول الجزء الخامس عشر (القواعد والفوائد، وحاشیه القواعد للشیخ بهاء الدین العاملی رحمه الله)، ج ۱۵، قم: مرکز العلوم والثقافه الإسلامیه، ۱۴۳۰ هـ ق، ص ۲۵۹.

۶. موسوی بخنوردی، محمد، منبع پیشین، ص ۴۹۵.

۷. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منبع پیشین، ص ۲۳۲.

۸. قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، **رسائل المیرزا القمی**، ج ۲، چ ۱، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۵، ص ۹۴۲.

ظاهر از کلمات اکثر فقها این است که شرطی که در متن عقد ذکر نشده الزام‌آور نیست و احکام شرط بر آن بار نمی‌شود ولو عقد بر آن بنا شده باشد^۱ و صرف بنا یک عقد بر یک شرط [که در متن عقد ذکر نشده باشد و در میان ایجاب و قبول از آن ذکری به میان نیامده باشد] مفید ارتباط شرط و عقد - و ایجاد رابطه ظرف و مظروف - نمی‌باشد.^۲

در میان حقوق‌دانان نیز مرحوم دکتر امامی ضمن دادن اعتبار به «داخل عقد بودن» شرط، رابطه شرط و عقد را از نوع تقیید و وابستگی - که منبع این تقیید، اشتراط است - می‌داند و معتقدند: «بستگی دو تعهد به هم فقط در صورتی است که یکی ضمن دیگری درج شود، والا هرگاه قبل یا پس از عقد تعهد شود هر یک از آن دو تعهد مستقل می‌باشند و به دیگری نیز بستگی پیدا نخواهند کرد».^۳ همان‌طور که پیش‌تر نیز گفته شد، به نظر می‌رسد برخی از این صاحب نظران چون پایان عقد به ایجاب و قبول را امری مسلم می‌دانند، به واسطه عدم امکان تغییر در امور خاتمه‌یافته، تغییر در مدلول عقدی را که به ایجاب و قبول محقق شده است نیز ممکن تلقی نمی‌کنند^۴ و بر همین اساس بر این باورند که اصولاً شرط الحاقی، اعتبار شرط را فاقد است و نمی‌تواند مدلول آن عقد را تغییر دهد.^۵

۳.۱.۱.۲. مناقشه در ماهیت

برخی از صاحب‌نظران از پایان یافتن عقد به ایجاب و قبول، نتیجه دیگری گرفته‌اند. بدین شرح که ماهیت درج شرط بعد العقد را اقاله و ایجاد تعهد جدید یا قدر متیقن، تبدیل تعهد می‌دانند و بیان می‌کنند، در صورتی که توافق بعدی در ارکان عقد تغییر اساسی ایجاد کند، مانند

۱. «الظاهر من کلمات الأكثر عدم لزوم الشرط الغيرالمذكور فی متن العقد، و عدم إجراء أحكام الشرط علیه و إن وقع العقد مبنياً علیه» انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ص ۵۵.

۲. مدنی کاشانی، رضا، تعلیقه شریفه علی بحث الخيارات و الشروط من کتاب المتاجر، قم: مکتبه آیه الله العظمی المدنی، ۱۴۰۹، ص ۲۵۳؛ تبریزی، جواد، منبع پیشین، ص ۱۲۰؛ شهابی خراسانی، محمود، قواعد فقه (خلاصه تقریر درس)، چ ۵، تهران: نشر دانشگاه تهران، ۱۳۹۰، ص ۷۵.

۳. امامی، میر سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۴۰، تهران: انتشارات اسلامیه، ۱۴۰۱، ص ۳۲۴.

۴. این نظر در آرای محاکم نیز ظهور و بروز داشته است؛ بدین تفصیل که شرط لاحق را بدین سبب که از انشاء عقد اصلی فاصله داشته و نسبت به آن مؤخر محسوب می‌گردد، فاقد اثر و غیر لازم‌الاجرا دانسته‌اند (دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۴۳۹ صادره از شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورخ ۱۳۹۳/۴/۳۱).

۵. برای مشاهده مشروح نظرات این دسته نک: علوی قزوینی و وکیلی مقدم، منبع پیشین.

آنکه عوض را تغییر دهد، مسئله از بحث شروط خارج و با توجه به نوع و میزان تغییر باید به مباحث اقاله و تبدیل تعهد مراجعه نمود.^۱ این نظر، یکی از توالی قول به اتمام عقد و انسداد راه تغییر در مدلول آن است؛ با این تفاوت که با دادن اعتبار مضاعف به ماهیت تراضی اولیه طرفین - با عنایت به شدت تأثیر توافق لاحق در حقوق و تکالیف قراردادی طرفین و میزان توجه طرفین به این تراضی - درصدد شناسایی ماهیت آن، در غیر از بحث شروط، است که نتیجتاً ماهیت آن را اقاله یا تبدیل تعهد می‌داند.

۳.۱.۲. جزئیت شرط نسبت به ثمن و امتناع الحاق

در بیان اصناف نظریه‌ها راجع به ارتباط عقد و شرط، عده‌ای بر آن‌اند که براساس قاعده «للشرط قسط من الثمن»^۲ شرط، جزئی از احد عوضین است. به همین علت و نیز با توجه به اینکه با خاتمه انعقاد عقد، تکلیف عوضین نهایی شده تلقی می‌شود، اساساً الحاق شرط را ممکن نمی‌دانند. این احتمال را اساس بر آن است که چون قراردادهای سنتی مجانی - مثل هبه و عاریه - لازم‌الوفا نیستند، پس مطلق تعهدات مجانی لازم‌الوفا نیستند. پس اگر یک تعهد در چهارچوب عقد معاوضی نیاید و به منزله احد عوضین نشود تا از مجانی بودن برهد، لازم‌الوفا نیست.^۳

۳.۲. موافقین الحاق شرط به عقد و ادله ایشان

در باب موافقت با الحاق شرط به عقد هم بایستی ابتدائاً موضع بحث روشن گردد. از مباحثی که در کتب فقهی و حقوقی مطرح می‌شود این چنین برمی‌آید که صاحبان تألیف، شروطی را که بلافاصله پس از عقد (پس از سپری شدن زمان ناچیز) به آن ملحق می‌شوند، در ذیل عنوان شروط ضمن عقد می‌دانند و دلیل هم آن است که فاصله زمانی‌ای که عرفاً معتنا به نباشد مؤثر در مقام نیست و می‌توان آن را نیز ضمن عقد (به معنای خاص) شمرد. ولی موضع دقیق مبحث ما آنجا است که متعاملین قصد دارند الزام و التزامی را پس از سپری شدن زمان بالنسبه مدیدی از صدور قبول و اتمام «انعقاد عقد» به آن ملحق نمایند.

۱. محقق داماد، سید مصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، منبع پیشین، ص ۵۲۲.

۲. «أنَّ للشرط قسطاً من الثمن، فإنه قد يزد باعباره و قد ينقص» *مختلف الشیعه*، ج ۵، ص ۲۹۸.

۳. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منبع پیشین.

همان‌طور که در میان مخالفان دیده شد، موافقت با الحاق نیز منحصر در متقدمین یا متأخرین نیست و از هر دو جمعیت در هر دو نحله وجود دارند.^۱ در نتیجه موافقت با این مطلب امر نوپیدا و نوظهوری نیست و سابقه قابل‌قبولی در میان صاحب‌نظران دارد. تاجایی که در میان موافقان الحاق نیز فقه‌های طراز اول متقدم مانند قاضی ابن البراج طرابلسی هم دیده می‌شود.^۲

در اینجا به خلاف آنچه که درباره مخالفان گذشت، موافقان را بر اساس نوع شروطی که از نظر ایشان قابلیت الحاق به عقد را دارد، طبقه‌بندی می‌نماییم و به بیان نظراتشان خواهیم پرداخت. با این توضیح که دسته‌ای از صاحب‌نظران پذیرش لزوم شرط الحاقی را صرفاً شامل شروط مرتبط با عقد یا به بیان دیگر «شروط مصحح ماهیت سابق»، می‌دانند و برخی دیگر مطلق توافق بعدی را در ساختمان عقد مؤثر می‌دانند که مفصلاً خواهد آمد.

۳.۲.۱. قول به الحاق شروط مرتبط با محتوای عقد

این دسته از صاحب‌نظران وجود ارتباط ماهوی میان شرط و عقد را برای الحاق به عقد سابق لازم می‌دانند و چنین می‌پندارند که ما مجاز هستیم با تکیه بر عنصر تراضی، تعهدی را به تعهدات عقدی که سابقاً واقع شده ملحق کنیم، مشروط به اینکه تعهد جدید مرتبط با موضوع عقد سابق باشد. مثل شیوه اجرای تعهد یا زمان و مکان تسلیم موضوع قرارداد و یا اصلاح اجل قراردادی و غیره.

نظر ایشان بر آن است که اساساً برای اینکه شرط، «شرط ضمن عقد» تلقی شود بایستی با عقد مرتبط باشد والا تابع مقررات شروط ابتدایی است؛^۳ خواه شرط در عقد - شرط ضمن عقد به معنای خاص - باشد یا غیر آن، مثل الحاقی یا بنایی. بنابراین ملاک ارتباط شرط و عقد ارتباط ماهوی اعلان می‌شود. تا حدی که بتوان گفت تعهد جدید، «همان عقد سابق» را تغییر داده است.

۱. یکی از فقها در احصای موافقین و مخالفین بیان می‌کنند: «كان سيدنا الأستاذ العلامة الكوه كمرى من المصرين على لزوم ذكر الشروط فى العقد، و فى الوقت نفسه نحن نرى المخالفة من النراقى فى عوانده و السيد الطباطبائى فى تعليقه و الشهيدي فى حاشيته» (سبحانى تبریزی، جعفر، **المختار فى احكام الخيار**، قم: المركز العالمی للدراسات الاسلاميه، ۱۴۲۳ ه.ق. ص ۴۹۵).

۲. ابن البراج، عبدالعزيز بن نحرير، **جواهر الفقه**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ه.ق، ص ۵۴.

۳. خویی، سيد محمد تقی، **الشروط أو التزامات التبعية فى العقود**، منبع پیشین، ص ۱۶۹.

در همین راستا برخی از اساتید شمول شروط الحاقی تحت عنوان شروط ضمن عقد را- مشابه حقوق مصر- با استناد به فقه اسلامی موجه می‌دانند، ولی در بیان حیطة این الحاقات صرفاً به شروطی که ماهیت سابق و توافق گذشته را اصلاح می‌کند، بسنده می‌کنند.^۱

دکتر کاتوزیان نیز با قائل شدن تفاوت میان شروط مربوط به عقد و غیرمرتبط به آن، ضمن پذیرش الحاق، چنین بیان می‌کنند که شرط بعدی غیرمرتبط نمی‌تواند مدلول عقد سابق را تغییر دهد، کما آنکه «نمی‌توان شرط وکالت [غیرمرتبط] را [به نحو الحاقی] ضمن عقد نکاح سابق آورد و به آن ملحق نمود».^۲

۳.۲.۲. قول به الحاق مطلق شرط، به عقد

دسته دیگر از نویسندگان، مطلق ارتباط عقد و شرط (ارتباط اعتباری و جعلی) را برای اطلاق عنوان شرط ضمن‌العقد و به تبع، لزوم وفای به آن، کافی می‌دانند. «تعریف اهل لغت ناظر بر غلبه قرارگیری شروط در ضمن عقد [خصوصاً عقد بیع؛ در تعریف قاموس] است، ولی ادله شروط شامل مطلق شرط (ولو غیر مرتبط با عقد) می‌شود».^۳

در تبیین این قسم از شروط، باید به عنصری تحت عنوان «اراده معاملی» توجه ویژه کرد. «ملاک در حقوق ما اراده باطنی متعاقبین می‌باشد و تلاقی اراده و قصد مشترک آنان سازنده عقد است؛ لذا در صورتی که متعاملین شرط بعدی را ملحق به عقد قبلی نمایند، در این صورت شاید بتوان گفت با توجه به قدرت اراده‌های مشترک در انعقاد عقود درواقع شرط بعدی چیزی به قرارداد قبلی افزوده است و براساس اصل حاکمیت اراده، هم قرارداد قبلی و هم شرط ملحق شده لازم‌الوفا هستند».^۴ پس «طرفین می‌توانند پس از خاتمه عقد به آن شرطی ملحق نمایند و به این وسیله در مدلول عقد توسعه و تضییق ایجاد نمایند».^۵ البته که احترام به اراده آزاد معاملی

۱. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، منبع پیشین، ص ۵۲۳.

۲. کاتوزیان، امیر ناصر، دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ ۱۰، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ص ۱۱۸.

۳. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، منبع پیشین، ص ۵۲.

۴. عابدیان، میرحسین، شروط باطل و تاثیر آن در عقود، چ ۱، تهران: ققنوس، ۱۳۷۹، ص ۲۵.

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، اساس در قوانین مدنی: المدونه، منبع پیشین، ص ۸۲.

افراد در میان فقها هم دیده می‌شود.^۱ چه اینکه استدلال می‌گردد عموم اخبار اقتضای لزوم وفای به این شروط را دارد و هرکس مدعی منع آن است، آوردن دلیل بر این مدعا بر عهده اوست.^۲ در واقع موضع این گروه از فقها آن است که «هر شرطی که معصیت یا موجب جهالت در احد عوضین نباشد صحیح است».^۳

۳. نقد و نظر

۳.۱. نقد بر پایه اصول حقوقی

با امعان نظر دقیق به آثار موجود می‌توان گفت موافقان به الحاق در یک رکن مهم مشترک‌اند و آن برداشت معنای لفظی و اصطلاحی خاص از لفظ شرط است. در کلام برخی از ایشان، شرط به معنای «ایجاد ارتباط» است^۴ و با این تفصیل معتقدند هر آنچه شرط ضمن العقد است، به عقد مرتبط می‌باشد.^۵ با اتکا به این معیار، به‌طور واضح معلوم می‌گردد آنچه سبب اختلاف میان دو گروه شده و باعث گشته است برخی الحاق شرط به عقد سابق را پذیرفته و برخی دیگر رد کرده‌اند، در تفسیر کیفیت و حدود و ثغور این ارتباط است. ارتباط مذکور، در کلام قائلین به آن سه تفسیر دارد: ۱- ارتباط زمانی ۲- ارتباط ماهوی ۳- ارتباط اعتباری (جعلی یا قراردادی).^۶

۱. علوی قزوینی، سید علی و جعفر رمضانی، منبع پیشین.

۲. «[...] یلزم العقد بنفس الإيجاب والقبول، لأن الأصل جواز هذا الشرط، ولا مانع يمنع منه، و عموم الأخبار يتناولها و من ادعى المنع فعليه الدليل» (ابن براج، عبدالعزيز بن نحیر، **جواهر الفقه**، ج ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ه.ق، ص ۵۴).

۳. قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، **جامع الشتات**، ج ۳، تهران: کیهان، ۱۳۷۱، ص ۴۴۰.

۴. خویی، سید ابوالقاسم، به نقل از: خویی، سید محمد تقی، منبع پیشین، ص ۲۹.

۵. این تبعیت و ارتباط اعتباری شرط و عقد را، که به عنوان یکی از تفاسیر ارتباط در لحوق توافق بعدی به عقد قبلی ذکر خواهد شد، یکی از نویسندگان چنین توجیه می‌کند: «یکون "الشرط" له معنى متيقناً و هو المعنى الالتزامى فى ضمن معنى آخر، سواء كان متقدماً أو متأخراً أو فى الأثناء [...] أنه لا فرق حسب التدقيق بين ذكر الشروط قبل العقد، أو فى الأثناء، أو بعده» (خمینی، سید مصطفی، **کتاب الخيارات**، ج ۴، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۱۳۴).

۶. نک: علوی قزوینی و وکیلی مقدم، منبع پیشین.

دسته اول (قول به ارتباط زمانی میان شرط و عقد) منطقاً الحاق شرط را نمی‌پذیرند؛ زیرا در بیان ایشان عقد با ایجاب آغاز و با قبول خاتمه می‌یابد. قائلین این گروه حتی توافقی و تبانی بر شرط را قبل از عقد، کافی برای الزام‌آور بودن آن نمی‌دانند و فی‌الواقع معنای بناکردن عقد بر شرط (تبانی بر شرط) و ضابطه ضمن عقد تلقی شدن و به تبع، لازم‌الوفا بودن را ارتباط و تقارن زمانی بین انعقاد عقد و درج شرط می‌بینند.^۱

در باب دو قول بعدی که به بررسی ارتباط شرط و عقد از باب ارتباط ماهوی و ارتباط اعتباری می‌پردازند، عنصر محوری «مدلول عقد» است. مدلول عقد همان محتوای ایجاب و قبول است^۲ که طرفین با همکاری مشترک اراده‌های معاملی آن را به صورت ماهیتی مستقل خلق و انشا نموده‌اند. به بیان دیگر مدلول عقد همان محتوای ایجاب و قبول است که به حسب انواع عقود متفاوت بوده و تابع تراضی طرفین است مگر آنچه که شرع منع کرده باشد.^۳ بعد از این توضیحات بایستی به بررسی نظرات مخالفان و موافقان پرداخته شود که گفتارهای آتی بدان اختصاص یافته‌اند.

۳.۱.۱. نقد و بررسی نظرات مخالفان الحاق شرط به عقد

براساس خاتمه عقد پس از اتصال قبول به ایجاب، فرصت درج محتوا ضمن یک عقد، تا قبل از اتصال قبولی به ایجاب است. به بیان دیگر، متعامل فقط در این بازه می‌تواند اراده خود را برای خلق ماهیات حقوقی ابراز کند، والا مجرای اعمال اصل آزادی اراده‌ها، با درج قبولی بسته می‌شود و اصلاح عقد سابق برای متعامل جز به انحلال عقد مذکور و انعقاد عقد جدید ممکن نخواهد بود. این در حالی است که پس از پایان فرایند انعقاد، عقد در معنای محصولی همچنان باقی است و به عنوان مخلوق اراده به حیات اعتباری خود ادامه می‌دهد. به عبارت آخری می‌توان گفت انعقاد

۱. «و المقصود من الشروط الابتدائية هناك الشروط التي لم تكن في ضمن العقد [...] فقال: - إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاماً ابتدائياً لا يجب الوفاء به قطعاً - إلى أن قال: - أن الخارج عن عموم: المؤمنون عند شروطهم هو ما لم يقع العقد مبنياً عليه. و ذلك لعدم تحقق العلاقة بين الشرط و بين العقد في صورة عدم التقارن الزمني بينهما، و ها هو المتفاهم عند العرف و المتيقن من السيرة العقلائية.» (مصطفوی، سید محمد کاظم، القواعد (مائه قاعده فقهیه معنی و مدرکا و موردا)، منبع پیشین، ص ۲۲۶).

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، و سیط در ترمینولوژی حقوق، منبع پیشین، ص ۶۳۲.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، اساس در قوانین مدنی: المدونه، منبع پیشین، ص ۷۸.

عقد خاتمه یافته، ولی عمر عقد تمام نشده است، مگر اینکه دلیل دیگری مبنی بر اتمام عمر عقد حادث شده باشد. معتبر دانستن موجود اعتباری که انشای آن خاتمه یافته و منشأ آن هنوز پابرجاست، شواهد زیادی در حقوق ما دارد. چه اینکه عقد پس از انعقاد و حتی ایفای تعهدات به عنوان موجودی اعتباری ولو پس از تلف عوضین، هنوز قابل اقاله است (ماده ۲۸۶ ق.م.ا).

حال چگونه است همان اراده‌هایی که محصول را خلق کرده‌اند، نمی‌توانند به تعهدات قراردادی خود بیفزایند یا از آن بکاهند؟ این سیاق تفسیری علاوه بر اینکه استحکام قراردادها را تحت الشعاع قرار داده و آن را متزلزل می‌کند، آزادی اراده را بلاوجه تحدید می‌نماید و باعث ورود هزینه‌های بیشتر به طرفین عقد می‌شود که با مبانی تحلیل اقتصادی حقوق، تنافی دارد. زیرا اگر ما بپذیریم خالقان این تعهد موجود نمی‌توانند در آن دخل و تصرف کنند، در پاره‌ای موارد که قصد تغییر در محتوا وجود دارد، چه بسا ناگزیر خواهند بود عقد را منهدم و قراردادی جدید انشا کنند که این مورد در بسیاری موارد سبب ورود هزینه‌های گزاف مربوط به تشریفات قانونی انعقاد و انحلال عقود است. در بسا موارد اثبات مسائل این‌چنینی منجر به طرح دعوا می‌شود که نه از حیث حقوقی و نه از نظر اقتصادی مطلوب نیست و هم برای محاکم، خلق مشغله می‌نماید.

از نتایج نظر مخالفان، شرطیت درج شرط در متن عقد بود که در نتیجه اگر شرط متعلق به بازه زمانی قبل از اتصال قبول به ایجاب نباشد، لازم‌الوفا نیست. حتی از قول شیخ انصاری آمد که ادعای اجماع در این باره نموده بودند.^۱ البته این قول مصون از تعرض نمانده و دیگران ثبوت شهرت فتوایی یا حتی اجماع را برای این مسئله محل اشکال بلکه امتناع می‌دانند.^۲

نتیجه دیگر، مناقشه در ماهیت و اقاله پنداشتن این شروط بود. این نظر البته محل تأمل است. اگر درج شرط جدید، اقاله یا تبدیل تعهد نسبت به عقد سابق و تشکیل عقد جدید، متشکل از شرط ضمن عقد جدید و محتویات سابق عقد اقاله شده باشد؛ چگونه است که توافقی نسبت به عوضین جمع (عوض عقد سابق و عوض شرط جدید) صورت نمی‌گیرد؟ و اگر احیاناً توافقی جانبی در عقد سابق موجود بوده باشد، مثل محل تسلیم مبیع، سکوت در هنگام تشکیل عقد جدید ادعایی، تکلیف این‌گونه توافقات را ناواضح باقی می‌گذارد. بنا بر اصل، اگر طرفین نسبت به

۱. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ص ۵۶.

۲. خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۵، چ ۴، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲، ص ۳۱۰؛ یزدی طباطبایی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، منبع پیشین، ص ۱۱۷.

محل تسلیم یا موعد آن سکوت کنند، محل و زمان وقوع عقد ملاک عمل خواهد بود. (۳۷۵ ق.م.) حال اگر ما درج شرط الحاقی را ترکیب اقاله و انعقاد بدانیم سکوت طرفین نسبت به این دو نکته -درهنگام اندراج ضمن عقد- چه نتایجی به همراه دارد؟ یا اگر مبیع مال مشاع غیرمنقول بوده و بایع و مشتری قصد درج شرط جدید در بیع سابق داشته باشند، تکلیف حق شفعه که باری برای شریک مال مشاع به وجود آمده و به سبب عدم اخذ او از بین رفته، چگونه خواهد شد؟ قائلین به این نظر (اقاله بودن درج شرط بعدی و اعتقاد بر تشکیل عقد جدید) باید قائل بر به وجود آمدن حق شفعه‌ای تازه باشند.

به فرض اینکه در عقد پیش از اقاله ادعایی، شرطی ضمن العقد (به معنای خاص) موجود بوده و مشروطه از آن صرف‌نظر کرده باشد، اگر قائل باشیم عقد جدید را تمام عوضین عقد سابق به علاوه مدلول شرط جدید، تشکیل می‌دهند، لازم می‌آید بپذیریم شرط مشارالیه مجدداً در عقد وارد شود.

اشکال دیگر آن که اگر قائل به وقوع اقاله و انعقاد عقد جدید باشیم، لازم می‌آید که بپذیریم خيارات خاصی مجدداً ایجاد شوند. مثلاً با اضافه کردن یک شرط جدید به عقد بیع سابق، در مجلس الحاق شرط به عقد -که به عقیده این صاحب‌نظران مجلس اقاله و ایجاد مجدد است- بایستی مجدداً خيار مجلس ایجاد شود و احياناً در صورت حيوان بودن عوضین، خيار حيوان مجدداً تشکیل گردد.

توالی این نظر چندان پذیرفتنی نیستند. از طرفی این برداشت با طبیعت برخی عقود همخوانی ندارد. مثلاً الحاق شرط به عقد نکاح یا ضمان را چگونه می‌توان با تبدیل تعهد و اقاله توجیه نمود؟ حال آنکه در عقود مثل نکاح، از جانب شارع برای انحلال شرایط ویژه‌ای در نظر گرفته شده که تحلیل حقوق‌دانان و فقها به طریق بالا در عقد مذکور حاوی نتایج خلاف اخلاق حسنه است.

قول به جزئیت شرط نسبت به ثمن نیز، مخالفانی دارد که اقوال مخالفین آن با قاعده ذکر شده از نظر محتوایی متناقض می‌نماید. دیگرانی از صاحبان تألیف، از قاعده‌ای یاد نموده‌اند که تنافی اساسی با این قاعده دارد. من جمله «الشروط لا يقابل بها شيء من القيمة»^۱ و «قد عرفت أن

۱. محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۴ه.ق، ص ۴۲۴.

الشرط من حیث هو شرطاً لا یقسط علیه الثمن عند انکشاف التخلّف علی المشهور»^۱. به نظر می‌رسد این دلیل (جزئیت شرط نسبت به ثمن) برای مخالفت با الحاق شرط به عقد - که قائلین کمی هم دارد - علاوه بر عدم شهرت، از مبانی نظری استواری نیز برخوردار نباشد.

۳.۱.۱.۱. نظری درباره بررسی مفهومی «الحاق شرط به عقد»

گفتیم که احناف و برخی از فقهای امامیه عقد را لفظ می‌پندارند و به علت آنکه لفظ پس از ادا معدوم می‌شود، الحاق به آن را ناممکن می‌دانند. شهید ثانی در نقد این مطلب می‌فرماید در تعریف عقد اولی است که جنس را ایجاب و قبول بدانیم، زیرا ایجاب و قبول جنس قریب و لفظ، جنس بعید عقد می‌باشند.^۲ این نظر که در قانون مدنی به درستی مورد پذیرش قرار گرفته (ماده ۱۹۱ ق.م.) بیان می‌کند که این اراده‌های خلاقه متعاملین است که عقد را می‌سازد و الفاظ فقط محمل این اراده‌ها هستند و اگر اراده انشایی متعاملین در هر قالبی اعلان شود مورد پذیرش است (ماده ۱۹۲ ق.م.).

با اندکی تأمل در مطالعه نظرات مخالفین الحاق دانسته می‌شود که نقطه اشتراک ایشان، بحث بر سر خاتمه عقد است. یعنی هر سه دلیلی که در این نوشتار برای مخالفت احصا شد، بر خاتمه عقد و نتایج مستفاد از آن اتکا دارند. یعنی با وجود اینکه نویسندگان مخالف الحاق، اعم از فقها و حقوق دانان، قائل به این هستند که برخورد تام اراده‌های انشایی است که عقد را می‌سازد؛ ولی بعد از این قضیه موجه، قائل‌اند که عقد خاتمه یافته است و الحاق به آن ممکن نیست. درحالی که آن چیزی که خاتمه یافته «انعقاد عقد» است و نه «عقد». به عبارت دیگر عقد به معنای مصدری اتمام یافته، ولی عقد به معنای محصولی هنوز پا برجاست. از آنجا که «عقد محصول انشای طرفین و انشا به معنای ایجاد و خلق در جهان اعتبار می‌باشد»^۳ عقد به عنوان یک مفهوم اعتباری ولو بعد از خاتمه انعقاد و ایفای تعهدات، موجود و معتبر است. این مسئله، آشکارا در استدلال منطقی ایشان نقص وارد می‌کند. چه اینکه عقد مخلوق اراده و حاصل اعتبار

۱. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ص ۸۱.

۲. العاملی، زین‌الدین (الشهید الثانی)، *الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، ج ۲، چ ۱۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۸ ه.ق، ص ۱۸۳.

۳. کاتوزیان، امیر ناصر، *دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، چ ۱۳، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ص ۱۹۳.

فرد است (صغری قضیه) و هر مخلوق اعتباری قابل تغییر در اعتباریاتش، توسط خالقان آن است (کبری قضیه). پس نتیجه آن می‌شود که عقد به‌عنوان یک مخلوق اعتباری، قابل تغییر-قابل کم و زیاد شدن تعهدات طرفین یا اضافه شدن تعهدی جدید و غیره- توسط خالق آن است یا به عبارت دیگر تصرف در مدلول عقد، حتی کاستن و افزودن بر قیمت یا مبیع، پس از خاتمه عقد [=خاتمه انعقاد عقد]، از راه «حط و زیاده» متصور است.^۱

۳.۱.۲. نقد و بررسی نظرات قائلین به امکان الحاق شرط به عقد

«معاملات و عقود از سنخ ماهیات تبعدی نیستند، بلکه اموری هستند که عقلاً برای اداره جامعه و برپایی نظم امورشان آنها را وضع کرده‌اند و شارع نیز تأیید کرده، پس معامله‌های رایج میان مردم صحیح اند مگر اینکه شارع نهی کرده باشد»؛^۲ «این مسئله سبب می‌شود که همواره معاملات جدیدی که در طول زمان پیدا می‌شود و نهی از آن به وسیله عمومات نداریم از تأیید دینی برخوردار باشد»^۳ فارغ از تأیید دینی، به نظر می‌رسد که اقتضائات تقنینی و همچنین بنیان‌های تفسیر قوانین و از همه مهم‌تر حکومت اراده در حوزه حقوق خصوصی و به‌طور مشخص در زمینه عقود و معاملات نیز ایجاب می‌کنند که هر نهاد و بر ساخت جدیدی را که نهی عقلی، شرعی و یا قانونی بر آن متصور نیست، صحیح بدانیم.

برای این نهاد حقوقی، منافی به نظر می‌رسد که پذیرش اعتبار آن، هم برای عقد و هم متعاقداً نفع می‌نماید. برای مثال اگر دو طرف عقد بخواهند تعهدی را به عقد سابق الحاق کنند و منظورشان این باشد که این تعهد از «لزوم» عقد سابق بهره بگیرد، یا طرفین بخواهند بقا یا عدم بقای مدلول ترازی جدید را متکی و متصل به «بقا یا عدم بقای عقد سابق» نمایند یا اینکه از «تضمینات عقد سابق» برای توثیق تعهد جدید بهره ببرند، یا اینکه عقد سابق از حیث اقامتگاه قراردادی یا تقدم زمانی بر امری خارجی، دارای مزیتی است که طرفین می‌خواهند دعاوی احتمالی ناشی از تعهد جدید هم تابع آن باشد و از مزیت تقدم بر امر خاصی بهره‌مند شوند و یا

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **اساس در قوانین مدنی: المدونه**، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۷۸.

۲. کاتوزیان، امیر ناصر، **دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها**، ج ۱، منبع پیشین، ص ۶۱.

۳. رفیع پور، سید محمد مهدی، **کاوش‌های فقهی**، ج ۲، ج ۱، قم: انتشارات دارالعلم، ۱۳۹۹، ص ۱۱۲.

طرفین، دعاوی در جریانی دارند و قصد دارند با الحاق تعهد جدید به عقد سابق دعاوی احتمالی ناشی از این تعهد را هم از حیث وحدت منشأ در دادگاهی که دعاوی سابق مطرح است، طرح نمایند یا اینکه عقد سابق از حیث صلاحیت محلی درمورد رسیدگی به دعاوی ناشی از آن، واجد محاسنی است که طرفین ترجیح می‌دهند تعهد لاحق هم از آن مناسبت بهره‌مند گردد.

همان‌طور که قبلاً اشاره شد، برخی نویسندگان در تفسیر رابطه میان شرط و عقد، معیار دوگانه‌ای را اتخاذ کرده‌اند؛ بدین معنا که ایشان شرط غیرمرتبط با عقد را در صورتی که در ضمن عقد (بین ایجاب و قبول) بیاید، لازم‌الوفا می‌دانند.^۱ یعنی درباره شرطی که در میان ایجاب و قبول طرح می‌شوند، از ملاک ارتباط زمانی بهره گرفته‌اند و هر شرطی را -ولو ماهیتاً با عقد ارتباط نداشته باشد- لازم‌الوفا می‌دانند. ولیکن در خصوص شروط بعد از عقد، ملاک ارتباط ماهوی را معتبر شمرده‌اند و شروط بعدالعقدی را لازم‌الوفا می‌دانند که با عقد مشروط ماهیتاً مرتبط باشند. در این خصوص ممکن است ایراد شود سنخ شروط حین العقد و بعد العقد با هم تفاوت دارد و این تفاوت، تشتت معیارها را موجه می‌سازد. به همین دلیل است که بایستی نوع ارتباطی که برای ایجاد علاقه و ارتباط بین شرط و عقد معتبر می‌باشد -به‌طور منقح- روشن و اعلام شود تا دادرس از یک سو و نیز متعامل آگاه از سوی دیگر، در موارد مبتلابه از تحیر خارج گردند.

مقاومت در برابر پذیرش اعتبار این نوآوری، هم از طرفی منافع متعامل را در خطر می‌اندازد و هم آزادی اراده او را سلب می‌کند. چه اینکه حاکمیت قانون ایجاب می‌کند اراده سالم و آزاد متعامل، اگر مخالفت اساسی و بنیادین با قانون نداشته باشد مورد حمایت مقنن قرار بگیرد.

با این تفصیل به نظر می‌رسد که ملاک سوم، یعنی ارتباط قراردادی یا جعلی ما را قادر خواهد ساخت با بار کردن احکام شرط بر هر شرط ماهیتاً مرتبط یا غیرمرتبطی که متعامل با اراده سالم و حسن‌نیت قراردادی در ذیل عقد مشخص می‌آورد -چه این اشتراط در هنگام انعقاد عقد باشد، چه قبل یا پس از آن- مورد حمایت قرار دهیم و نیز بر استحکام قرارداد پایه بیافزاییم.

۱. کاتوزیان، امیر ناصر، دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ ۱۳، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ص ۱۱۸.

۳.۲. نقد بر پایه موازین لفظی: بازاندیشی در شرط و معنای آن

با تمام اقوالی که ذکر شد، به نظر می‌رسد فروبستگی کار، به تلقی لفظی ناصواب قائلین به قول مخالف است؛ پس گره‌گشایی از آن نیز باید تاب پاسخگویی به استشکالات لفظی مقدر را داشته باشد. بر همین بنیاد، برای این مهم باید مجدداً در اجزای معنای شرط تأمل صورت گیرد و نباید به مکتوبات سابق از محصولات اسلاف اکتفا کرد؛ زیرا هر زمان با نو شدن موضوعات و نواندیشی در حکم‌ها، ابواب جدیدی بر ارباب تعلم مفتوح می‌گردد که بسا تعلیمات پیشینی جواب‌گوی آن پرسش‌های نوپیدا نباشد.

در همین راستا مقدمتاً باید دانست درباره ماهیت رابطه شرط و عقد، مطالب و مباحث زیادی مطرح شده است^۱ که در بحث برای تعریف شرط مدخلیت ندارد؛ زیرا همین که شرط در بستر یک رابطه حقوقی به عنوان مظروف، فرع، جزئی از ثمن و غیره مطرح شود، برای بحث موجود کافی می‌نماید و زیاده در این مقال نمی‌گنجد و خود می‌تواند موضوع تحقیقی مستقل باشد. از آنجا که هم در عرف اهل معاملات (عرف عام) و هم در عرف حقوقی (عرف خاص) قدر متیقن آن است که از لفظ شرط معنای التزام و تعهد فهم می‌شود، در اول نظر، می‌توان گفت عنصری که بتواند در مقام تبیین شرط در مرتبه‌ای بایستد که باقی عوارض لاحق، بر آن هسته اصلی وارد آیند و آن را در موقعیت‌های مختلف نشانند، همانا التزام است.^۲ در همین راستا برای جداسازی این التزام و التزام از سایر انواع و اصنافش (عقد و نذر و غیره)، از تعاریفی که از شرط در معنای ربط و ارتباط ارائه داده اند، بهره می‌جوییم.^۳ زیرا اگر شرط را الزام و التزامی بدانیم که طرفین عقد آن را با اراده آزاد، به عقدی مرتبط ساخته‌اند، یا به عبارت دیگر اگر شرط را الزام و التزام مرتبط با عقد بیرون از آن تعریف کنیم، اقسام دیگر الزام و التزام که قبلاً ذکر شد از آن خارج می‌شوند و تمام اقسام شرط مصطلح اعم از ضمنی و مصرح و نیز شرط فعل و نتیجه و

۱. نک: عابدیان، میرحسین، منبع پیشین، ص ۲۹؛ محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و تعهدات در حقوق اسلامی، منبع پیشین، ص ۳۲۹.

۲. برای دیدن نتیجه مشابه رک: خمینی، سید مصطفی، منبع پیشین، ص ۵.

۳. خویی، محمد تقی، منبع پیشین، ص ۲۹؛ محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و تعهدات در حقوق اسلامی، منبع پیشین، ص ۶۳؛ خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۵، ص ۳۰۹.

صفت و همچنین شروط قبل العقد (تبانی) و حین العقد (شروط ضمن عقد به معنای خاص) و بعد العقد (الحاقی) را در خود جمع می‌کند.

در اینجا لازم به تشریح است که از میان سه کیفیت ایجاد رابطه میان شرط و عقد، همگی از یک پایه برخوردار نیستند. بدین معنا که گونه سوم یا ارتباط جعلی و قراردادی، تا حدود زیادی هم‌پوشانی با دو قسم دیگر دارد. با این توضیح که اگر رابطه بین شرط و عقد براساس اقتران زمانی تشکیل شود یا اگر براساس رابطه ماهوی و محتوایی باشد، می‌توان مصادیق این هر دو را با قسم سوم توجیه نمود؛ چراکه برای نمونه درج شرط در ضمن عقد براساس اقتران زمانی، خود ناشی از جعل و قرارداد و خواست متعاقدين است و مخالفتی با آن ندارد. همچنین ایجاد رابطه بین شرط و عقد بر اساس ضابطه محتوایی (ماهوی) نیز در ذیل ارتباط جعلی می‌گنجد. به عبارتی قسم سوم بر دو قسم دیگر نوعی اشتغال و برتری دارد که آنها را در بر می‌گیرد و این دربرگرفتن خود نشانه از آن است که بر سایرین از اقران خود غالب است.

اما ممکن است اینجا در باب شروط ابتدایی اشکال شود. وقتی ما ضابطه ارتباط بین شرط و عقد را رابطه جعلی و قراردادی دانستیم، قهراً مراد ما از شروط ابتدایی، الزام و التزامی خواهد شد که مستقل از عقد انشا می‌شود. زیرا طبق تعریف مختار، چون این شروط، مظلوف رابطه حقوقی خاصی قرار نمی‌گیرند و حتی ارتباط قراردادی هم با عقد خارجی ندارند (مثل شرط الحاقی)، از تعریف آن خارج می‌شوند. (همچنین است اطلاق واژه شرط بر نذر، عهد و خيار و غیره، در برخی از روایات^۱). البته ناگفته پیداست که براساس ضابطه اقتران زمانی، هر شرطی که در قالب ایجاب و قبول نیامده باشد، شرط ابتدایی خواهد بود. حال آنکه ما براساس معیار اتخاذشده، با تضییق گستره، فقط شرطی را که به هیچ نحو با عقد مرتبط نباشد، ابتدایی و استعمال شرط بر آن را استعمال مجازی می‌دانیم.^۲

بنابراین تعبیر شرط به مطلق الزام و التزام و در نتیجه آن لازم‌الوفا دانستن شروط ابتدایی (به همان معنای مدنظر فقیهان) و عدم دخالت مفهوم ربط و تبعیت شرط از عقد، در رابطه شرط و

۱. در این باره نک. به: انصاری، منبع پیشین، ص ۱۲ و همچنین نک: محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی ۲، منبع پیشین، ص ۳۶.

۲. برخی که شرط را به معنای مطلق ربط در نظر می‌گیرند، شرط ابتدایی را لازم‌الوفا می‌دانند (برای مشاهده موارد، رک. به: تاج آبادی، حسین، منبع پیشین، ص ۲۳۲).

عقد،^۱ نوآوری فقه‌های دوران‌دیشی بوده که این نیاز را به‌درستی درک کرده و در اعصار ماضی به دنبال آزادسازی حقیقی ارادهٔ معاملی، در قالب اصل آزادی اراده بوده‌اند. زیرا این فقیهان با اندکی مسامحه آن ماهیتی را که در عالم حقوق در قالب ماده ۱۰ ق.م. انشا می‌شود، شرط ابتدایی می‌دانند.^۲ حال آنکه در حیطهٔ حقوق با وجود مادهٔ مذکور نیاز به چنین ابداع و ابتکاری نیست و ما بدو برای تجری اصل آزادی اراده محتاج دخل و تصرف در تعریف شرط نیستیم. در حقیقت تلاش گروه دوم از صاحب‌نظران و این نوشته آن است که ارادهٔ محترم افراد، توان خلق آزادانهٔ ماهیات و نقش‌آفرینی در عالم اعتبار را داشته باشد. درحالی‌که به‌خوبی آشکار است که در حقوق مدنی ایران، نفس اصل آزادی اراده با وضع ماده ۱۰ ق.م. توسط مقنن پذیرفته شده است. برای همین مهم می‌نماید که نویسندگان برآن شوند تا این امکان را با خالص‌سازی مفهوم شرط و آزادسازی آن از قیود اضافی به نحوی فراهم کنند که هرگاه یک ارادهٔ سالم معاملی، قصد معامله در چهارچوب عقود معین را داشت؛ بتواند ارادهٔ خود را ولو پس از فراغت از انعقاد، به آن عقد گره بزند و از مزایای آن بهره بجوید. بدین جهت ما به الزام و التزامی که خارج از عقد باشد اطلاق شرط نمی‌کنیم؛ زیرا در حقوق امروزین، مطلق تعهد مجرد از عقد، طبق ماده ۱۰ ق.م. بدون لزوم اطلاق شرط به آن، مشروع و لازم‌الوفا است. با این تفسیر که شرط الحاقی را تابع احکام شرط ضمن عقد می‌داند، تمام آنچه که به‌موجب قانون یا قرارداد از عقد به شرط و یا بالعکس تسری می‌یابد، در فرض وجود شرط الحاقی در کنار قرارداد اصلی نیز جاری است. بنابراین وقتی که قائل هستیم، شرط الحاقی جزئی از عقد سابق می‌شود، طبیعی است که باید قائل بود؛ مثلاً در فرض اقالهٔ عقد (پس از الحاق شرط به آن) مقولهٔ اقاله و احکام آن، شامل مفاد شرط الحاقی نیز می‌شود و یا اگر در قرارداد اصلی، شیوهٔ خاص حل اختلاف تعیین شده باشد و طرفین پس از انعقاد قرارداد اصلی، شرطی را به آن ملحق نمایند، باید پذیرفت که اختلافات ناشی از مفاد شرط الحاقی نیز از حیث حل اختلاف، تابع طریق قراردادی پیش‌بینی شده است؛ الا اینکه منع قراردادی یا قانونی در میان باشد. مانند اینکه محتوای شرط الحاقی از موارد داوری‌ناپذیر بوده یا طرفین به موجب قرارداد، تسری طریق حل و فصل اختلاف به شرط الحاقی را ممنوع کرده باشند.

۱. محقق داماد، سید مصطفی، *نظریه عمومی شروط و تعهدات در حقوق اسلامی*، منبع پیشین، ص ۶۴.

۲. مصطفوی، سید محمد کاظم، *القواعد (مائه قاعده فقهیه معنی و مدرکا و موردا)*، منبع پیشین، ص ۲۶۶؛ نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منبع پیشین، ص ۲۳۲.

نتیجه‌گیری

با غور در منابع موجود و فحص در میان اقوال و بعد از طبقه‌بندی نظرات قائلین مختلف، که شرح آن گذشت، به نظر می‌رسد قول به عدم الحاق شرط به عقد، تکیه و وثیقی بر مبنای نظری متکی بر نص ندارد و غالباً صاحب‌نظران براساس نتیجه‌گیری انتزاعی بر مبنای تز فکری و قواعد تحلیلیشان این نتیجه را تئوریزه کرده‌اند. از سوی دیگر، اگر این نظر مورد پذیرش واقع گردد، توالی فاسد نظری رخ می‌نماید که با قواعد نظری مختلفی که در این حوزه مطرح است، ناهمخوان خواهد بود. به همین دلیل به نظر می‌رسد اگر این تحلیل که مانع اعمال آزادانه اراده افراد می‌گردد، جای خود را به تحلیل دیگری بدهد که در عمل نتایج بهتر و حوزه فراخ‌تری برای قراردادهای و متعاملین فراهم می‌کند و نیز مجال بیشتری برای آزادی اراده به وجود می‌آورد، مناسب‌تر می‌نماید.

پژوهش حاضر نشان داد که از میان تعاریف مختلف شرط، تعریف شرط متکی بر عنصر ارتباط با عقد، اولاً انطباق بیشتری با مبنای داشته و ثانیاً در مسائل خاصی که در این حوزه مطرح می‌شود، نتیجه عملی مناسب‌تری به ارمغان خواهد آورد. از میان اقوال موجود درباره تفسیر کیفیت این رابطه نیز رابطه جعلی و قراردادی منطقی‌تر می‌نماید که در عمل با موازین و مسلمات حوزه حقوق قراردادهای هماهنگی بیشتری داشته و اشکالات نظری درمورد مسائلی چون شرط الحاقی را سهل‌تر حل می‌نمایند. از سوی دیگر، پذیرش نظراتی مبتنی بر منطق حقوقی - و نه تقلید از آرای صاحب‌نظران متقدم - فتح بابی خواهد بود برای آنکه سایر تحلیل‌هایی که اتکا به نصوص و نیز منطق حقوقی ندارند و از طرف دیگر جوابگوی نیازهای امروز حوزه قراردادهای نیستند، کنار گذاشته شده و نظراتی که براساس نیازهای محاکم (و سایر مخاطبان قانون) می‌باشند و درعین حال پای در قواعد و منابع حقوق ایران دارند، و به وجه عملگرایانه‌تری پاسخگوی مسائل هستند، بر صدر نشینند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. امامی، میر سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۱، چ ۴۰، تهران: انتشارات اسلامیه، ۱۴۰۱.

۲. بهایی، محمد بن حسین، جامع عباسی (رساله عملیه شیخ بهایی با حواشی هشت فقیه عالی مقام)، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۶.
۳. بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، چ ۵، تهران: نشر میزان.
۴. تاج آبادی، حسین، شروط صحیح در فقه امامیه، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۰.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، وسيط در ترمینولوژی حقوق، چ ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، اساس در قوانین مدنی: المدونه، چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، سیستم شناسی در علم حقوق، چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
۸. رفیع پور، سید محمد مهدی، کاوش‌های فقهی، چ ۲، چ ۱، قم: انتشارات دارالعلم، ۱۳۹۹.
۹. شهبابی خراسانی، محمود، قواعد فقه (خلاصه تقریر درس)، چ ۵، تهران: نشر دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
۱۰. شهبازی، محمد حسین، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، چ ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۱۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات، چ ۱، چ ۱۳، تهران: مجد، ۱۳۹۶.
۱۲. شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، چ ۷، تهران: مجد، ۱۳۹۷.
۱۳. شیروی، عبدالحسین، حقوق خانواده (ازدواج، طلاق و قرزندادن)، چ ۵، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۸.
۱۴. عابدیان، میرحسین، شروط باطل و تاثیر آن در عقود، چ ۱، تهران: ققنوس، ۱۳۷۹.
۱۵. کاتوزیان، امیر ناصر، دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، چ ۳، چ ۱۰، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
۱۶. کاتوزیان، امیر ناصر، دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، چ ۱، چ ۱۳، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
۱۷. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی ۲، چ ۱۵، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۵.

۱۸. محقق داماد، سید مصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، ج ۱، چ ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۵.

۱۹. معین، محمد، **فرهنگ فارسی (یک جلدی کامل)**، چ ۱۴، تهران: انتشارات ساحل، ۱۳۸۷.
مقاله

۲۰. علوی قزوینی، سید علی و محمد حسین وکیلی مقدم، «بازنگری در مفاد قرارداد»، **مطالعات حقوق تطبیقی معاصر**، شماره ۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، صص ۱۶۱-۱۳۳.

۲۱. علوی قزوینی، سید علی و جعفر رمضانی، «ماهیت و آثار شروط الحاقی»، **پژوهشهای فقهی**، د ۱۷، شماره ۳، پاییز ۱۴۰۰، صص ۹۹۷-۱۰۲۴.

آرای قضایی

۲۲. دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۴۳۹ صادره از شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورخ ۱۳۹۳/۴/۳۱.

ب) منابع عربی

کتاب

۲۳. آل کاشف الغطاء، علی، **شرح خيارات اللمعه**، ج ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۳۸۱.

۲۴. ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر، **جواهر الفقه**، ج ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ه.ق.

۲۵. اصفهانی، محمد حسین، **حاشیه المکاسب**، ج ۵، قم: ذوی القربی، ۱۴۲۷ ه.ق.

۲۶. العاملی، زین الدین (الشهید الثانی)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة**، ج ۲، چ ۱۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۸ ه.ق.

۲۷. انصاری، مرتضی، **المکاسب**، ج ۶، چ ۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق.

۲۸. بجنوردی، حسن، **القواعد الفقهیة**، ج ۳، چ ۱، قم: نشر الهادی، ۱۳۷۷.

۲۹. تبریزی، جواد، **ارشاد الطالب فی شرح المکاسب**، قم: دار الصدیقه الشهیده (س)، ۱۳۸۹.

۳۰. حلی، جعفر ابن حسن، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ه.ق.

۳۱. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، **العناوین**، ج ۲، چ ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ه.ق.

۳۲. خمینی، سید روح الله، **کتاب البیع**، ج ۵، چ ۴، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲.

۳۳. خمینی، سید روح الله، **کتاب البیع**، ج ۱، چ ۴، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲.
۳۴. خمینی، سید مصطفی، **کتاب الخيارات**، ج ۴، چ ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ه.ق.
۳۵. خویی، سید ابوالقاسم، **منهاج الصالحين**، ج ۲، قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۳۶. خویی، سید محمد تقی، **الشروط او التزامات التبعية في العقود**، ج ۱، چ ۳، قم: یاران، ۱۴۱۵ ه.ق.
۳۷. سبحانی تبریزی، جعفر، **دراسات موجزه في الخيارات و الشروط**، قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۳ ه.ق.
۳۸. سبحانی تبریزی، جعفر، **المختار في احكام الخيار**، قم: موسسه الامام الصادق علیه السلام، ۱۴۱۴ ه.ق.
۳۹. شهیدی تبریزی، میرفتاح، **هدایه الطالب الى اسرار المكاسب**، ج ۳، قم: دارالکتاب، بی تا.
۴۰. طباطبایی کربلایی، سید علی، **ریاض المسائل (طبعه القدیمه)**، ج ۲، قم: موسسه آل البيت علیهم السلام لاحیا التراث، ۱۴۰۴ ه.ق.
۴۱. عاملی، بها الدین (الشهید الاول)، **موسوعه الشهید الأول الجزء الهادی عشر (الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه للشیخ بهاء الدین العاملی رحمه الله)**، ج ۱۱، قم: مرکز العلوم والثقافه الإسلامیّه، ۱۴۳۰ ه.ق.
۴۲. عاملی، بها الدین (الشهید الاول)، **موسوعه الشهید الأول الجزء الخامس عشر (القواعد والفوائد، وحاشیه القواعد للشیخ بهاء الدین العاملی رحمه الله)**، ج ۱۵، قم: مرکز العلوم والثقافه الإسلامیّه، ۱۴۳۰ ه.ق.
۴۳. عاملی، محمدبن علی، **نهایه المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام**، ج ۱، چ ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ ه.ق.
۴۴. فیروزآبادی، محمدبن یعقوب، **القاموس المحيط**، ج ۲، بیروت لبنان: دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ه.ق.
۴۵. قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، **رسائل المیرزا القمی**، ج ۲، چ ۱، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۵.

۴۶. قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، **جامع الشتات**، ج ۳، تهران: کیهان، ۱۳۷۱.
۴۷. محقق کرکی، علی بن حسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۴، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحيا التراث، ۱۴۱۴ه.ق.
۴۸. مدنی کاشانی، رضا، **تعليقه شريفه على بحث الخيارات و الشروط من كتاب المتاجر**، قم: مكتبة آية الله العظمى المدني.
۴۹. مصطفوی، سيد محمد كاظم، **القواعد (مائه قاعده فقهيه معنى و مدرکا و موردا)**، ج ۱، چ ۴، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ ه.ق.
۵۰. موسوی بجنوردی، محمد، **قواعد فقهيه**، ج ۲، چ ۱، تهران: موسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹.
۵۱. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، **منیه الطالب فی شرح المكاسب (تقریرات میرزا محمد حسن نایینی)**، ج ۳، چ ۳، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۴۰ ه.ق.
۵۲. یزدی طباطبایی، محمد كاظم، **حاشیه المكاسب**، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ه.ق.
- مقاله
۵۳. یوسف أبو حمیده، عبد الحافظ، علی عبد الله أبو یحیی، «تعديل الالتزام فی عقد البيع دراسه مقارنه بين الفقه الاسلامی والقانون المدني الاردنی»، *دراسات (علوم الشریعه والقانون)*، شماره ۳، ۲۰۱۶ م.

ج) منابع انگلیسی

Article

54. Herdianto, Suhadi Rizki and Zudan Arief Fakrulloh (2022), "Addendum to Contracts Legal Perspective Agreements in Indonesia" *Proceedings of the 2nd International Conference on Law, Social Science, Economics, and Education*, ICLSSEE 2022, 16 April 2022, pp 1-5.

Judicial opinions

55. Rebecca COCHRAN, et al. v. Eileen W. NORKUNAS. No. 43, Sept. Term, 2006. Court of Appeals of Maryland. March 20, 2007.
56. Steven C. MYERS, et al. v. Douglas KAYHOE, et al. No. 35, September Term, 2005. Court of Appeals of Maryland. February 9, 2006.

The Analysis of Validity of Supplementary Conditions (addendum) to the Contract, in Iranian Law and Imāmiyya Fiqh

Mohammad Javad Zolghadr*

Morteza Shahbazinia**

Mohammad Bagher Parsapour***

Abstract

The issue of possibility of adding a supplementary condition to the contract has been considered by jurists from the ancients to the later ones, as well as Iranian lawyers. However, disagreement exists. It seems that this is rooted in the differences between experts' opinions regarding the condition and the quality of this credential creation. Therefore, it is necessary to collect important ideas to introduce a new classification of these topics to reach a better understanding of the issue. Accordingly, this Article, using a descriptive-analytical method, examines the sources collected from studying the opinions of the supporters and opponents of adding a condition to the contract then categorizes the opinions of the experts from both groups and also expresses the criteria adopted by the authors about the connection between condition and contract. So, it is concluded that since the condition is an obligation linked to a contract, it can be added to a previously existing contract and as a result of this addition, it is considered binding. Also, since the condition is a credential nature, any interference in this creature is in the authority of the parties. Thus, those concluding the main contract are entitled to decide about supplementary conditions and contract scope.

Keywords:

Supplementary Conditions, Conditions, Addition of Condition to the Contract, Relation between Condition and Contract.

* PhD Student, Private Law Dept, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, University, Tehran, Iran (Corresponding Author) m_zolghadr@modares.ac.ir

** Associate Professor, Private Law Dept, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, University, Tehran, Iran shahbazinia@modares.ac.ir

*** Associate Professor, Private Law Dept, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, University, Tehran, Iran parsapour@modares.ac.ir

Persian Resources in English

Books

1. Emami, Seyed Hasan, **Civil Law**, Vol.1. 40th edition, ESLAMIYE Publication, 1401
2. Baha'i, Mohammad Ebn Hossein, **Jame Abbasi (the Practical Treatise of Sheikh Baha'i with Eight High Ranking Jurists Annotation)**, 1st edition, Qom, EENTESHARAT ESLAMI Publication, 1386
3. Bigdeli, Saeed, **Contract Revision**, 5th edition, MIZAN Publication, 1402
4. Tajabadi, Hossein, **The Valid Terms in Imāmiyya Jurisprudence**, 1st edition, Tehran, MIZAN Publication, 1390
5. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, **Vasit in Law Terminology**, 2nd edition, Tehran, GANJ-E-DANESH Publication, 1388
6. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, **Foundation in Civil Codes: Al-Modavane**, 1st edition, Tehran, GANJ-E-DANESH Publication, 1387
7. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, **Systemology in Law Science**, 1st edition, GANJ-E-DANESH Publication, 1386
8. Rafi'pour, Seyed Mohammad Mahdi, **Legal Exploration**, Vol.2. 1st edition, DAAROLELM Publication, 1399
9. Shahabi Khorasani, Mahmoud, **Rules of Jurisprudence (Summary of the Lecture)**, 5th edition, Tehran, UNIVERSITY OF TEHRAN Publication, 1390
10. Shahbazi, Mohammad Hossein, **Foundations of Legal Actions Irrevocability and Revocability**, 2nd edition, Tehran, MIZAN Publication, 1395
11. Shahidi, Mahdi, Civil Law, **Contracts Formation and Obligations**, Vol. 1. 13th edition, MAJD Publication, 1396
12. Shahidi, Mahdi, **Included Conditions in the Contract**, 7th edition, Tehran, MAJD Publication, 1397

13. Shiravi, Abdolhossein, **Family Law (Marriage, Divorce and Children)**, 5th edition, Tehran, SAMT Publication, 1398
14. Abedian, Mirhossein, **Void Terms and Their Effect on Contract**, 1st edition, Tehran, QOQNOOS Publication, 1379
15. Katouzian, Naser, **Civil Law: General Rules of Contracts**, Vol.3, 10th edition, Tehran, SHERKAT SAHAMI ENTESHAR Publication, 1395
16. Katouzian, Naser, **Civil Law: General Rules of Contracts**, Vol.1, 13th edition, Tehran, SHERKAT SAHAMI ENTESHAR Publication, 1395
17. Mohaqeq Damad, Seyed Mostafa, **The Rules of Islamic Jurisprudence: Civil Section 2**, 15th edition, Tehran, SAMT Publication, 1395
18. Mohaqeq Damad, Seyed Mostafa, **General Theory of Terms and Obligations in Islamic Law**, Vol.1, 4th edition, Tehran, ISLAMIC SCIENCES PUBLISHING CENTER Publication, 1395
19. Moein, Mohammad, **Persian Dictionary**, 14th edition, SAHEL Publication, 1387

Articles

20. Alavi Qazvini, Seyed Ali, Mohammad Hossein Vakili Moghadam, "Reviewing the Provisions of Contract, Contemporary Comparative Legal Studies", No.1, autumn and winter 1389, pp. 133-161
21. Alavi Qazvini, Seyed Ali, Jafar Ramezani, "The Nature and Effects of the Additional Conditions, Islamic Jurisprudence Research", Vol.17, No.3, autumn 1400, pp 997-1024

Award

22. Award No. 9309970220700439, issued by 7th Branch of Court of Appeal of Tehran Province, Dated 1393/04/31