

ارث شرط

ابراهیم عبدی پور*
علی ثقفی**

تاریخ تأیید: ۸۷/۸/۲۲

تاریخ دریافت: ۸۷/۷/۲۶

۶۴

حقوق اسلامی / سال پنجم / شماره ۱۹ / زمستان ۱۳۸۷

چکیده

شرط ضمن عقد که نقش مهمی در تعریف، توسعه یا تحدید حقوق و تکالیف قراردادی متعاملین دارند، گاه در عمل عقیم می‌مانند و در نتیجه، تعادل اقتصادی قرارداد به نفع یکی از طرفین به هم می‌خورد. ضمانت اجرای فسخ که در قانون مدنی برای مشروط له پیش‌بینی شده است، علاوه بر آنکه ثبات و استحکام معاملات را به مخاطره می‌اندازد، همیشه از وی جبران خسارت نمی‌کند. نظریه متداول بر پایه این استدلال که ارث امری است استثنائی و مقابله‌ای میان ثمن و شرط ضمن عقد وجود ندارد، معتقد است امکان مطالبه ارث برای مشروط له وجود ندارد، ولی این تحقیق با رد استدلال‌های دیدگاه رایج که نوعاً بر مفروضات فلسفی قابل تردید مبتنی است، بر پایه مفهوم ارث و لزوم تدارک ضرر و نفعی دارا شدن بلاجهت و لزوم مراعات عدالت معاوضی، درصدد اثبات ارث است.

واژگان کلیدی: ارث، شرط، عدالت معاوضی، دارا شدن بلاجهت.

* استادیار دانشگاه قم (en_abdipoor@yahoo.com).

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی (en_asaghafi@yahoo.com).

مقدمه

شروط ضمن عقد، ابزارهای حقوقی انعطاف‌پذیری‌اند که متعاملین می‌توانند قلمرو حقوق و تکالیف قراردادی خود را توسعه دهند یا تحدید کنند و در بسیاری موارد وسیله‌ای برای ایجاد تعادل اقتصادی‌اند. با این همه، گاه در شروطی که فی‌نفسه قابل تقویم نیستند، شرایط و اوضاع و احوال به‌گونه‌ای رقم می‌خورد که عمل به مقتضای شرط و پای‌بندی بدان ناممکن می‌شود. پرسشی که در چنین وضعیتی ایجاد می‌شود آن است که آیا برای تدارک شرط غیرممکن راهکاری به جز فسخ معامله وجود دارد؟ آیا مشروط له می‌تواند عقد را بر پایه خود استوار کرده و از مشروط علیه جبران خسارتی که از عدم انجام یا عدم وجود شرط متحمل شده، مطالبه کند؟ این پژوهش بر این فرضیه استوار است که نهاد ارش می‌تواند ابزار مناسبی برای جبران خسارت زیان‌دیده در صورت عدم انجام شرط باشد. بنابراین، برای رسیدن به مطلوب، پس از مطالعه و بررسی مفاهیم شرط و ارش و طبیعت حقوقی آنها، نظریه‌های ارائه شده در این باره را مطرح و دلایل استنادی آنها را نقد می‌کنیم و در پایان با تجزیه و تحلیل نهایی مسئله، پاسخ و راه حل مناسب را ارائه خواهیم داد.

۱. مفاهیم ارش و شرط و تحلیل رابطه شرط با عقد

۱-۱. مفهوم ارش

ارش مانند هر نهاد حقوقی دیگر، دو مفهوم لغوی و اصطلاحی دارد و مفهوم اصطلاحی آن از مفهوم لغوی چندان دور نیست. ارش که واژه‌ای عربی است، در لغت به معنای یکی از اسباب نزاع (ابن‌الاثیر، ۱۳۸۴: ۳۹) و فساد (جوهری، ۱۴۰۴، ۳: ۹۹۵) است و همچنین به این امر اشاره شده است که ارش به معنای دیه جراحات است (ابن‌الاثیر، ۱۳۸۴، ۱: ۳۹). در اصطلاح فقیهان، ارش مالی است که به‌عنوان بدل در برابر نقصی که در بدن یا مال به وجود می‌آید و به لحاظ شرعی مقداری برای آن تعیین نشده است، پرداخت می‌شود (انصاری، ۱۴۲۷، ۵: ۳۹۱).

در زبان فقهی، ارش در دو معنا به کار می‌رود: «ارش جنایی» و «ارش مدنی»؛ پس ارش یک مشترک لفظی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۱: ۲۸۰). روشن است که آنچه در اینجا ملاک عمل، کاربرد حقوقی آن است؛ یعنی مالی است که در مقابل نقص مال و به‌عنوان بدل آن پرداخت می‌شود. در قانون مدنی ایران (ماده ۴۲۲)، ارش به معنای یکی از اختیارات مشتری در خیار عیب به کار رفته است و ماده ۴۲۷ این قانون شیوه محاسبه آن را معین کرده است. به همین دلیل نیز در زبان حقوقدانان و فقیهان، از این نهاد گاه به‌صورت «ارش عیب» یاد می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۱: ۲۸۱).

۲-۱. ماهیت ارش

در میان فقیهان درباره ماهیت ارش به‌طور کلی دو نظر وجود دارد: ۱. نظری که ارش را جزئی از ثمن تلقی می‌کند که پس از معلوم شدن عیب، لازم است به مشتری بازگردانده شود (عاملی، ۱۹۶۷، ۳: ۴۷۴)؛ ۲. نظر مشهور فقیهان (حداقل فقیهان متأخر) این است که ارش غرامتی است که بایع برای فوات وصف صحت به مشتری پرداخت می‌کند (انصاری، ۱۴۲۷: ۳۹۴) و به همین دلیل که جبران نقص می‌کند، از آن به‌عنوان ارش یاد می‌شود.

برای شناسایی هرچه بهتر و کامل‌تر ارش لازم است این نهاد را از نهادهای مشابه آن مانند مفهوم حصه و قسط یا آنچه در خیار تبعض صفت برای مشتری اثبات می‌شود، تمییز دهیم.

شبهت این دو نهاد در این است که اولاً، طریقه محاسبه هر دو، یکسان است (ماده ۴۲۷ درباره عیب و ماده ۴۴۲ درباره خیار تبعض صفت)؛ ثانیاً، مشتری در هر دو می‌تواند عقد را ابقا کند یا آن را اساساً فسخ کند، ولی با این حال تفاوت‌های ذیل میان ارش و قسط وجود دارد:

اولاً، در خیار تبعض صفت، عقد نسبت به بعض مبیع باطل است. بنابراین، آن قسمت از ثمن که در مقابل قسمت باطل پرداخت گردیده است، در واقع به مالکیت بایع درنیامده است. به همین دلیل مشتری حق استرداد همان بخش از ثمن را خواهد داشت، در حالی که ارش به‌عنوان غرامت و خسارت ناشی از عیب مبیع و جهت تمییم آن به مشتری تملیک می‌شود.

ثانیاً، مشهور بر آن است که ارش در صورتی اثبات می‌شود که مشتری آن را از بایع مطالبه کند و در غیر این صورت بایع به پرداخت ارش به مشتری مکلف نیست (خویی، ۱۴۲۵، ۴: ۳۴۸)، در حالی که در تبعض صفقه، صرف‌نظر از مطالبه یا عدم مطالبه مشتری، وی باز هم مستحق حصه خود از ثمن است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹، ۳: ۳۳۹). ثالثاً، در خیار عیب، ارش در صورتی تحقق می‌یابد که شرایط خیار و از جمله عدم علم مشتری به عیب فراهم باشد و در غیر این صورت ارش و خیار در کار نخواهد بود (ماده ۴۲۴ ق.م.م)، حال آنکه در تبعض صفقه پرداخت حصه و قسط منوط به جهل مشتری نیست، هر چند خیار به وسیله علم وی ساقط می‌شود (ماده ۴۴۳ ق.م.م).

۳-۱. معنای شرط

در منابع لغت، شرط دو معنا دارد: ۱. الزام به شیء و التزام به آن در ضمن بیع یا معاملات دیگر؛ ۲. مطلق الزام و التزام (طریحی، ۱۳۸۶، ۴: ۲۵۷). در مفهوم اصطلاحی، واژه شرط در حقوق اسلامی کاربردهای متفاوتی یافته است که در بحث ما منظور از شرط، التزام و تعهدی است که در ضمن التزام اصلی (یعنی عقد) گنجانده می‌شود (موسوی خمینی، ۱۳۸۴، ۵: ۸۷؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۱۲۸ و خویی، ۱۹۵۹: ۲۹۷).

۴-۱. تحلیل رابطه شرط و عقد

در بررسی رابطه شرط و عقد، دیدگاه فقیهان امامیه را می‌توان در چهار نظریه خلاصه کرد: ۱. نظریه جزئیت: که مطابق آن، شرط جزئی از یکی از عوضین (معوّض یا عوض) است. گفته می‌شود: «ان للشرط قسطاً من الثمن»؛ زیرا به اعتبار بودن یا نبودن شرط، ثمن افزایش یا کاهش می‌یابد و اگر شرط باطل باشد، مابه‌ازای آن از ثمن باطل است (حلی، ۱۴۱۳، ۵: ۲۹۸).

لازمه این نظریه آن است که در صورت تخلف از شرط، مشروط علیه بتواند ثمن را تقسیط کند و بر مشروط علیه لازم است قسمتی از ثمن را که در برابر شرط قرار گرفته است به طرف مقابل برگرداند. امری که معتقدان به این نظریه نیز بدان ملتزم نشده‌اند و برخی از فقیهان در انتقاد به این دیدگاه بیان داشته‌اند که این نظر برخلاف فهم عرفی از

مفاد عقد است و عرف میان جزء و شرط تفاوت می‌گذارد (انصاری، ۱۴۳۰، ۵: ۹۲).

۲. نظریه تقیید: این نظریه خود مبتنی بر سه دیدگاه است و براساس آن شرط برحسب دیدگاه‌های مختلف قید تراضی، قید معامله یا قید مورد معامله است. از نظر برخی فقیهان، شرط قید تراضی است و آنگاه که عقد با توافق طرفین بر شرط واقع می‌شود، شرط قید معنوی آن است، پس وفای به عقد جز با عمل به شرط ممکن نیست و عقد بدون شرط تجارة عن تراض نیست؛ زیرا تراضی مقید به شرط شده است. به بیان دیگر، بایع به نقل کالای خود در مقابل ثمن معین در فرض تحقق شرط به نفع وی راضی شده است، پس اگر چیزی که به نفع او شرط شده است محقق نشود، بیع باطل است؛ زیرا دادوستد بدون تراضی است (حلی، ۱۴۱۳، ۵: ۲۹۸ و کرکی، ۱۴۱۴، ۴: ۴۳۱).

برخی دیگر از فقیهان معتقدند شرط، معامله را برحسب انشاء مقید می‌سازد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹: ۱۳۷). لازمه این نظریه آن است که با انتفای شرط، عقد منتفی می‌شود: «إذا انتفی القید انتفی المقید»، در حالی که گوینده این نظر خود به آن ملتزم نیست. قرائت سوم نظریه تقیید آن است که شرط، ضمن عقد قید مورد معامله (یعنی قید یکی از عوضین) تلقی شود. شیخ انصاری در ردّ نظریه جزئیت می‌گوید: عرفاً و شرعاً چیزی از عوضین در مقابل شرط قرار نمی‌گیرد؛ زیرا مدلول عقد، وقوع معاوضه میان ثمن و مثن است. نهایت امر، شرط قید یکی از آن دو است و در افزایش یا کاهش قیمت دخالت دارد، بدون آنکه در برابر آن مستقیماً بخشی از ثمن قرار گیرد (انصاری، ۱۴۳۰: ۸۱).

در انتقاد به این نظریه گفته شده است، این تحلیل به‌ویژه درباره شرط نتیجه قابل قبول نیست. در جایی که فروشنده می‌گوید کتاب خود را فروختم به شرط اینکه قلم من ملک من باشد، نمی‌توان پذیرفت که مورد معامله یعنی کتاب مقید به ملکیت دفتر است؛ زیرا مفاد عقد عبارت از تملیک است و ملکیت خود قابل تملیک نیست (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ۵: ۲۰۷).

۳. نظریه تعلیق: براساس این نظریه، شرط ضمن عقد تعلیق و اناطه در عقد است که برحسب نوع شرط و نوع عقد اناطه متفاوت است. در عقود مانند نکاح که جعل

خیار در آن ممکن نیست، درج شروطی مثل سکونت، در واقع تعلیق عقد بر التزام طرف دیگر به امری است و زوجه عقد را به التزام شوهر به سکونت در محل خاصی منوط می‌سازد. در مواردی مانند شرط صفت که موضوع شرط خارج از اراده و اختیار مشروط علیه است، حقیقت شرط، تعلیق التزام به عقد بر تحقق شرط در خارج است. به عبارت دیگر، در چنین مواردی عقد معلق نمی‌شود، بلکه مشروط له التزام و پای‌بندی خویش به مفاد عقد را به تحقق شرط در خارج وابسته ساخته است، به گونه‌ای که در صورت تخلف از شرط صفت، بتواند از پای‌بندی خویش به عقد رها شود و آن را فسخ کند.

در مورد شرط فعل در ضمن عقودی مانند بیع، هر دو نوع تعلیق وجود دارد؛ اول: تعلیق عقد بر التزام طرف دیگر بر امری که به مقتضای آن، مشروط له می‌تواند شخص ملتزم را اجبار کند؛ دوم: تعلیق التزام به عقد بر تحقق امر مشروط است که به مقتضای آن مشروط له می‌تواند در صورت تخلف از شرط، عقد را فسخ کند (خویی، ۱۴۱۷، ۷: ۳۵۲).

۴. نظریه ظرفیت: طبق این نظر، معامله بر شرط معلق نیست و شرط هیچ‌گاه باعث تقیید عوضین، انشاء یا منشا نمی‌شود، بلکه معامله یک معنای تنجیزی دارد که گاه در ضمن آن بر یکی از متعاملین شرطی درج و لازم می‌شود. در این وضعیت، التزام و تعهد به شرط مستقل از تعهد معاملی است، اگرچه منوط به درج آن در ضمن عقد است (موسوی خمینی، ۱۳۸۴، ۱: ۱۳۵). انتقادهای زیادی به این نظر شده است و حداقل می‌توان گفت اشکال عمده آن در اغراقی است که درباره استقلال شرط ضمن عقد از عقد اصلی روا می‌دارد.

۲. نظریه‌های ارائه شده درباره امکان مطالبه ارض شرط

در این باره دو نظر عمده وجود دارد، ولی پیش از بیان این نظریات و نقد و بررسی ادله هریک از دو گروه، لازم است به این نکته اشاره شود که در این میان ممکن است نظریات دیگری نیز یافت شود؛ برای مثال ممکن است نظریه شیخ انصاری را که میان شروطی که متضمن جزئی از مورد معامله‌اند و شروط دیگر تفکیک قائل می‌شوند، به عنوان نظری ثالث پنداشت، ولی باید دانست که این نظریه را نمی‌توان نظریه‌ای

خاص تلقی کرد؛ زیرا در چنین مواردی شرط در واقع دربردارنده جزئی از مبیع است و به نظر می‌رسد جنبه شرطیت آن چندان مناط عمل نیست. پس از ذکر این مقدمه به بیان نظرات مخالف و موافق در این باره می‌پردازیم.

۲-۱. دلایل مخالفان ارش شرط

دلایلی که در مخالفت با ارش شرط مطرح شده است را می‌توان در دو استدلال عمده جمع کرد:

۱-۱-۲. استثنائی بودن ارش

مطابق این نظر، ارش امری استثنائی یا خلاف قاعده است که فقط در مواردی ثابت می‌شود که قانونگذار به صراحت چنین حقی را در نظر گرفته باشد، حال هرگاه از جانب شارع دلیلی مبنی بر جواز اخذ ارش وجود نداشته باشد، نمی‌توان بدان حکم کرد (انصاری، ۱۴۳۰، ۶: ۷۳). البته در این باره بهتر است به اصل برائت ذمه مشروط علیه نسبت به پرداخت ارش استناد شود؛ زیرا همان‌گونه که پاره‌ای از محققان عنوان کرده‌اند، مجرد عدم دلیل بر ارش، دلیل بر عدم ثبوت ارش شرط نمی‌شود، پس بهتر است نخست به اصل برائت ذمه مشروط علیه نسبت به پرداخت تفاوت قیمت میان مبیع به همراه شرط و مبیع بدون در نظر گرفتن شرط استناد شود و سپس عدم دلیل بر وجود ارش را به‌عنوان تنقیح مجرای اصل برائت ذکر کرد (مامقانی، بی‌تا: ۱۷۵). هرگاه

بخواهیم ارش را امری موافق قواعد و اصول علمی تلقی کنیم لازم است آن را به لحاظ ماهیت، جزئی از ثمن تلقی کنیم که در موارد عیب یا فقدان وصف یا شرط به مشتری بازگردانده می‌شود، در حالی که چنین نیست (ایروانی، ۱۴۲۶: ۲۹۸)؛ زیرا لازمه چنین امری امکان مطالبه استرداد ارش از اصل ثمن است، در حالی که وضع این‌گونه نیست و بایع مختار است ارش را از هر مالی که بخواهد پرداخت کند (خویی، ۱۴۲۶، ۳۰: ۱۴۵).

استدلال دیگری که برای اثبات استثنائی بودن ارش صورت گرفته است اینکه هرگاه ارش را باعث تتمیم مبیع و جبران نقص و عیب آن یا به عبارت دیگر، غرامتی علیه بایع و به نفع مشتری تلقی کنیم، لازمه‌اش این است که قیمت واقعی نقص یا عیب، به‌عنوان

گرامت به مشتری پرداخت شود نه نسبت قیمت واقعی به ثمن المسمی و هرگاه ارش را باعث جبران آنچه در مقابل ثمن قرار می‌گیرد بدانیم، لازمه‌اش این است که ارش از عین ثمن پرداخت شود نه از غیر آن، پس برای تسری ارش از خیار عیب به بقیه موارد، به وجود دلیل نیاز داریم که چنین دلیلی وجود ندارد (نائینی و خوانساری، ۱۳۷۳، ۲: ۱۳۷). بنابراین، عدم وجود دلیل بر اخذ ارش به انضمام اصل برائت، ادله‌ای‌اند که بعضی فقیهان برای اثبات استثنائی بودن ارش بدان تمسک کرده‌اند.

در پاسخ به این استدلال‌ها می‌توان گفت: اصل برائت در ما نحن فیه جریان نمی‌یابد؛ زیرا برای تحقق ارش هیچ دلیلی بهتر از تحقق معاوضه بر روی شرط و اوصاف مورد معامله وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹، ۳: ۲۲۳) و دلیل عدم لزوم پرداخت ارش از عین ثمن در برابر وصف صحت یا شرط، این است که در عالم انشاء ظاهری، بخشی از ثمن در مقابل آنها قرار نگرفته است (همان). همچنین، علت اینکه قیمت واقعی عیب و نقص به مشتری مسترد نمی‌شود آن است که لزوم پرداخت ارش نتیجه تخلف از ضمان معاوضی است؛ یعنی فروشنده ضامن نقص مبیع در قراردادی است که با خریدار بسته است و هدف این است که مبیع با ثمن متناسب شود (انصاری، ۱۴۲۷، ۵: ۳۹۲). بنابراین، طبیعی است که باید مبلغی به اندازه قیمت سالم از ثمن برای جبران خسارت پرداخت شود، هرچند این مقدار کمتر یا بیشتر از کسر واقعی قیمت باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۰۶).

۲-۱-۲. در حکم قید بودن شرط

گفته می‌شود شرط در حکم قید است و به لحاظ عرفی و به تبع به لحاظ شرعی، هیچ مالی در مقابل شرط قرار نمی‌گیرد، بلکه مقابله عرفاً و شرعاً میان عوضین (و نه میان عوض و شرط) وجود دارد. علت این عدم تقابل آن است که قید امری است معنوی و امور معنوی به لحاظ عرفی مال تلقی نمی‌شوند، گرچه وجود شرط در قرارداد باعث می‌شود تا ارزش مال به دلیل وجود یا عدم وجود شرط، افزوده یا کاسته شود (انصاری، ۱۴۳۰، ۶: ۷۳). به همین دلیل از آنجا که عرف مقابله‌ای میان شرط و عوض نمی‌بیند و با نظر به اینکه شارع و قانونگذار به آنچه عرف در نظر می‌گیرد، چیزی نمی‌افزایند - زیرا، شارع فقط به وفای به مدلولات عرفی عقد حکم می‌کند - باید

گفت تخلف از شرط مانع از این نیست که هریک از طرفین، مالک تمام عوضین شوند (همان: ۸۱).

علاوه بر این، عرف به این دلیل تقابل عوض و شرط را نمی‌پذیرد که هرچند ممکن است شرط (یعنی نفس قید قرارداد)، امری مالی نیز باشد، ولی این امر از معامله خارج است و تقید نیز گرچه داخل و جزئی از معامله است، ولی همواره امری غیرمالی است و در مقابل امر غیرمالی، مال قرار نمی‌گیرد (ایروانی، ۱۴۲۶: ۲۹۸). در اینجا ممکن است این اشکال به ذهن آید که اگر در مقابل شرط عوضی قرار نمی‌گیرد، پس چگونه در لسان فقیهان چنین معروف شده است که «للشرط قسط من الثمن»؟ ولی پاسخ به این اشکال واضح است؛ زیرا معنای جمله این است که شرط باعث افزایش ثمن می‌شود، نه اینکه در مقابل عوض قرار می‌گیرد؛ یعنی وجود شرط در بیع باعث می‌شود مشتری ثمن بیشتری را بابت معوض پرداخت کند، ولی این بدان معنا نیست که مشتری جزئی از ثمن را در قبال شرط پرداخت کرده است (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۲۸۴).

انتقادهای گوناگونی بر این استدلال شده است. به‌عنوان مثال گفته می‌شود گرچه تقیید فی نفسه مال نیست، ولی ذات مورد معامله با لحاظ وصف یا شرط موجود در آن، مالی است که در ازای آن مالی پرداخت می‌شود؛ مثلاً رنگین بودن یا خوش‌رکاب بودن اتومبیل هرچند مالی جداگانه نیست، ولی ذات اتومبیل به‌همراه چنین وصفی مالی است که در ازای آن مالی پرداخت می‌شود و این همان معنای تقسیط ثمن نسبت به شرط است. در تقسیط، لازم نیست امر مقسط علیه به‌طور مجرد و جدای از اموال دیگر مال باشد؛ زیرا در این صورت جزء است و ثمن نسبت به جزء تقسیط نمی‌شود. همچنین، حتی اگر تقیید را امری معنوی و غیرمالی تلقی کنیم، قید، به هر حال داخل در مبیع است و ضمیمه کردن مال به غیرمال در بیع باعث تقابل مجموع ثمن در مقابل مجموع مبیع نمی‌شود، بلکه لازمه‌اش این است که بیع نسبت به آن امر غیرمالی باطل باشد، همان‌گونه که در بیع مایملک و مالایملک جریان دارد. پس غیرمالی دانستن قید و شرط این اقتضا را دارد که قرارداد نسبت به بعض باطل باشد و به همان نسبت از ثمن کسر شود و به مشتری مسترد شود (ایروانی، ۱۴۲۶: ۲۹۸-۲۹۹).

به‌رغم قوت نسبی این پاسخ‌ها، به‌نظر می‌رسد اشکال‌هایی نیز بر آن وارد است که در مبحث بعدی به بیان آنها خواهیم پرداخت.

۲-۲. دلایل موافقان ارش شرط

در موافقت با ارش شرط دلایلی می‌توان ارائه داد که در چهار دسته خلاصه می‌شود:

۲-۲-۱. قاعده بودن ارش

بر پایه چند استدلال می‌توان اثبات کرد ارش امری استثنائی و یا به‌گفته فقیهان، امری خلاف قاعده نیست. اهم این استدلال‌ها را در اینجا ذکر می‌کنیم:

الف) عدالت معاوضی

در عالم معاملات نمی‌توان همه امور را به انشاء و اراده اظهار شده به‌وسیله طرفین مستند دانست، بلکه بسیاری از امور در عالم کب و عالم معنا ریشه دارد؛ از جمله این امور، وصف و شرط‌اند که هرچند در عالم ظاهر یعنی انشاء و اراده ظاهری متعاملین، بخشی از ثمن و عوض در مقابل آنها قرار داده نشده است، ولی در عالم لب چنین مقابله‌ای قابل ترسیم است و اینکه می‌بینیم در مآثورات حقوقی سخن از تقسیط ثمن نسبت به شرط و وصف وجود دارد، به این دلیل است که وجود شرط باعث افزایش قیمت معوض می‌شود و فقدان آن باعث کاهش ارزش معوض می‌شود. اقتضای چنین مقابله‌ای آن است که در صورت فقدان شرط یا وصف، مشروط له از دو اختیار فسخ معامله و انتخاب ارش همزمان بهره‌مند شود. البته این به‌معنای بطلان معامله نسبت به آنچه در مقابل شرط قرار می‌گیرد، نیست؛ زیرا همان‌طور که در خیار تبعض صنفه مشاهده می‌شود، فرع بر تحقق انشاء در عالم ظاهر و به‌لحاظ انشاء ظاهری است. دلیل اخذ ارش فقط آن است که شرط مندرج در عقد باعث افزایش قیمت معوض می‌شود و این ارزش افزوده قابل استرداد است. به‌عبارت دیگر، اگرچه شرط در مقابل مال قرار نمی‌گیرد، ولی درج آن به‌طور رایگان نیز نبوده است. حال جهت استرداد وجه افزوده شده به قیمت کالا در اثر شرط، دو راه وجود دارد: اول، اینکه با در نظر گرفتن معاوضه لبی در قرارداد، از محظور جزء واقعی تلقی شدن شرط و ایجاد خیار تبعض صنفه

جلوگیری کنیم؛ دوم، اینکه تقابل ارزش شرط و ثمن را همچون تقابل دو هبه، در هبه معوضه تلقی کنیم. در این نوع هبه، هرگاه فساد یکی از دو هبه آشکار شود، طرف مقابل حق فسخ هبه خود را خواهد داشت. بنابراین، از مشکل لزوم تبعض صفت و نیاز ارزش به مطالبه مشتری و عدم احتیاج اسقاط آن به هبه مستقله، رهیده‌ایم (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹: ۳۳۹-۳۴۰). از آنچه گذشت چنین به دست می‌آید که ارزش نه مانند ضمانت است و نه در حد ضمانت معاوضی اصلی است، بلکه گونه‌سومی از ضمانت است که می‌توان آن را ضمانت معاوضه‌گبیه تلقی کرد که در صورت متعذر شدن یا تلف شدن یا ... آن فقط معاوضه‌گبیه منفسخ و باطل می‌شود و از آنجا که این امر به معاوضه‌حسبیه و ظاهریه خللی وارد نمی‌کند، مشتری می‌تواند بایع را مدیون خویش سازد و در مقابل محقق نشدن معاوضه‌گبیه از بایع، غرامت مطالبه کند (همان: ۲۴).

برخی از محققان بر استدلال مذکور، اشکال‌های قابل توجهی به شرح ذیل وارد کرده‌اند: اولاً، تقسیم عوالم اعتباری معاملات به دو دسته عالم ظاهر و عالم گب، غیرقابل پذیرش است، بلکه با توجه به تعریف انشاء از طرف برخی فقیهان معاصر که آن را اعتبار نفسانی ابراز شده تلقی کرده‌اند، باید گفت صورت معامله همان گب آن و گب آن همان صورتش است (خویی، ۱۴۲۵، ۵: ۹۴).

ثانیاً، صرف اینکه وجود شرط باعث افزایش ارزش مورد معامله شود، باعث نمی‌شود تا ارزش، امری مطابق اصول و ضوابط حقوقی تلقی شود و از حالت استثنائی بودن خارج شود (موسوی خمینی، ۱۳۸۴: ۳۳۶).

ثالثاً، حتی در عالم گب نیز نمی‌توان بخشی از ثمن را در مقابل شرط قرار داد؛ زیرا مفاد شرط، انجام عمل یا ایجاد نتیجه یا وجود وصفی از اوصاف است و معقول نیست که چیزی از این امور در هیچ‌یک از عوالم مقابل مال قرار گیرد، چون مبادله و معامله به لحاظ امری که در مقابل آن قرار گرفته است، سنجیده می‌شود. حال جز ملکیت مبیع چه چیزی در مقابل ثمن قرار دارد؟ اوصاف با توجه به اینکه از اعراض اموال‌اند، طبیعی است که در مقابل ملکیت قرار نمی‌گیرد، پس قابلیت تملیک و تملک را ندارند. نتایج هم قابل تملک نیستند و به همین دلیل، اعمالی که مالی در قبال آنها پرداخت نمی‌شود (مانند وقف کردن و...)، مال نیستند و در عالم ظاهر نیز چیزی در مقابل آنها

قرار نمی‌گیرد. پس مطمئناً در عالم بُب نیز چیزی در مقابل آنها پرداخت نمی‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۹: ۵۲).

رابعاً، در این باره که شرط باعث افزایش قیمت عین می‌شود و به همین دلیل گفته می‌شود «للشرط قسط من الثمن»، باید گفت نقش شرط فقط به ایجاد انگیزه و داعی برای انجام معامله محدود است، پس فقدان آن باعث تخلف از غرض مشتری خواهد بود و نهایتاً اثر تخلف از اغراض نیز تحقق خیار است که مخالفان ارش نیز بدان قائل‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۹: ۵۲).

ب) آیه «تجارة عن تراض» و تئوری موازنه

یکی از حقوقدانان معاصر براساس آیه تراضی (نساء: ۲۹) و برخی اصول و ضوابط فقهی دیگر، به لزوم رعایت اصول سه‌گانه موازنه در قراردادها معتقد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۸۶). وی معتقد است قاعده «الثلث لا یقسط علی الشروط»، التقاط پیشینگان از فقه عامه بوده است و در آنجا هم مستدل نبوده است و این قاعده از اغلاط مشهور و مخالف با آیه تراضی است. بنابراین، اخذ ارش نه تنها امری مخالف با قاعده و استثنائی نیست، بلکه ارش امری بی‌دلیل نیست و دلیل آن هم آیه تراضی است (همان). از سوی دیگر، تعادل اقتصادی در مواردی که وجود شرط در تعیین ارزش اقتصادی عوضین مؤثر است، پرداخت ارش را توجیه می‌کند؛ زیرا براساس تئوری ایشان، موازنه در ارزش عوضین از اصول مسلم قراردادهای معاوضی و امری است که متعاقدین در زمان انعقاد قرارداد، بدان گردن نهاده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۳۸). طبق این دیدگاه، ارش از محل ثمن المسمی است و مصداقی از ضمان معاوضی به‌شمار می‌رود (همان: ۷۶).

تفاوت این نظر و توجیهی که ارائه می‌دهد با نظریه قبلی در آن است که ارش را به استناد مقابله لُبی میان شرط و ثمن ثابت نمی‌داند، بلکه به اعتقاد وی ارش ریشه در اصل تراضی طرفین دارد. در واقع هرچند مقابله در عالم انشاء فقط میان ثمن و مبیع صورت می‌گیرد، ولی این مقابله بر پایه تراضی‌ای استوار است که خود بر تعادل اقتصادی ارزش عوضین و ایجاد موازنه در آن مبتنی است. به همین دلیل، از بین رفتن

موازنه در ارزش عوضین به واسطه تعذر یا تخلف شرط، امری روشن است؛ زیرا به طور مسلم وجود شرط - همان گونه که منکران ارش معترف‌اند - باعث افزایش قیمت معوض شده است و فقدانش این تعادل را از میان برمی‌دارد. پس برای ایجاد آن موازنه معهود میان طرفین باید مشروط له از این حق بهره‌مند باشد که از طرف مقابل ارش شرط را مطالبه کند.

ج) قاعده لاضرر

قاعده لاضرر را به دو گونه می‌توان مستند قرار داد و براساس آن به ارش حکم کرد: اول، عدم پرداخت ارش به مشروط له امری است ضرری که به واسطه قاعده لاضرر نفی می‌شود و بدین ترتیب ارش اثبات می‌شود. ایراد این استدلال آن است که گفته شود لاضرر فقط به نفی احکام می‌پردازد و حکمی را ثابت نمی‌کند (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۱۵۹).

دوم، مقتضای لاضرر آن است که مشروط له فقط حق فسخ معامله را نداشته باشد، بلکه وی از دو حق و اختیار یعنی ارش یا فسخ معامله به‌طور همزمان برخوردار باشد؛ زیرا مقتضای قاعده لاضرر آن است که حکم موجب ضرر مرتفع شود. در فرض مسئله، آنچه مشروط له به دلیل شرط، اضافه بر ارزش معوض پرداخت کرده است، در مقابل چیزی قرار نگرفته است؛ یعنی چیزی به وی تسلیم نشده است. روشن است که این امر (یعنی پرداخت بدون دلیل مال از سوی مشروط له) ضرری است که باید مرتفع شود. رفع این ضرر به دو صورت یعنی امکان فسخ معامله و امکان اختیار ارش، انجام می‌گیرد.

ممکن است این اشکال به ذهن تبادر یابد که آنچه باعث ضرر مشروط له شده است، فقط لزوم عقد مشروط است، حال با رفع لزوم از عقد به مقتضای حدیث لاضرر عمل می‌کنیم و از ارش بی‌نیازیم. در پاسخ باید گفت لزوم چنین معامله‌ای به این دلیل ضرری شده است که مشتمل بر پرداخت بلاجهت مال، زیاده بر عوض است و رفع لزوم از چنین معامله‌ای به دو صورت امکان‌پذیر می‌شود:

اثبات خیار برای فسخ اصل عقد یا اثبات اختیار در استرداد مقدار مازاد بر قیمت که توسط مشتری پرداخت شده است. وانگهی دلیلی در دست نداریم تا مدعی شویم قدر متیقن از قاعده لاضرر، فقط فسخ اصل عقد است، پس به این دلیل که لاضرر فقط رفع

لزوم کرده است و شیوه‌ای خاص را تعیین نمی‌کند، ناگزیر از پذیرش تخییر میان دو حالت فوق هستیم (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹: ۳۴۰).

در واقع، هرچند فقیهان جهت اثبات خيارات به قاعده لا ضرر استناد کرده‌اند، ولی در بسیاری از موارد فسخ معامله شیوه جبران مناسبی برای رفع ضرر از اشخاص نیست؛ به‌عنوان مثال، در بیع یک قنات هرگاه بایع از انجام شرط خودداری ورزد، نمی‌توان پذیرفت فسخ معامله باعث دفع ضرر از مشتری می‌شود؛ زیرا قنات مانند یخچال و لباس نیست که مشتری بتواند آن را پس بدهد و از جای دیگر بخرد. نتیجه اینکه مشتری می‌تواند هرگاه بخواهد معامله را فسخ کند و یا آن را ابقا کند، ولی برای اینکه ضرر وی مرتفع شود، ارزش بگیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۶-۱۷).

۲-۲-۲. قیاس اولویت

هرگاه شرط در ارزش عوضین نقش مؤثری داشته باشد، باید این ارزش مسترد شود؛ زیرا اهمیت اقتصادی بسیاری از این قبیل شروط، به مراتب بیشتر از عیب مبیع است، پس به طریق اولی در فرض مسئله جای اخذ ارزش هست (همان: ۷۶).

۲-۲-۳. لزوم ابقای عقود

طبق نظر حقوقدانان، تا زمانی که بتوان از راه تصحیح و مرمت قرارداد آن را ابقا کرد و از فسخ عقد جلوگیری کرد، نباید به فسخ معامله روی آورد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۴۵). در اثبات این تئوری مدارک و شواهدی بیان می‌شود که بررسی آنها از حوصله این مقال خارج است.

۳. تحلیل نهایی و نظریه برگزیده

برای پذیرش و رد نظریات پیش‌گفته باید به تعمیق نظر در برخی امور پردازیم:

۳-۱. تحلیل رابطه جزئیت میان شرط و عقد

نظریه جزئیت شرط ضمنی نسبت به عقد و قرارداد اصلی، گونه‌ای از رابطه قیدیت را میان شرط و عقد ترسیم می‌کند (انصاری، ۱۴۳۰: ۷۰-۷۳). بدین ترتیب، جای تعجب

است که فقیهان با وجود اینکه رابطه عقد و شرط را رابطه جزء و کل تلقی می‌کنند، پس چگونه برای این جزء ارزشی در عوضین قائل نیستند، بلکه با استناد به معنوی بودن قید و به تبع غیرمالی دانستن آن، به عدم ارزش اعتقاد دارند؟ پاسخ را باید در اندیشه‌های فلسفی این فقیهان جست‌وجو کرد. همان‌گونه که دیدیم، مطابق نظر ایشان آنچه جزء است «تقید» است که امری غیرمالی است و آنچه که مالی است «قید» است که امری خارج از عقد است (ایروانی، ۱۴۲۶: ۲۹۸).

چنین تفکیکی میان قید و تقید امری فلسفی و حکمی است. حکما پس از تفکیک میان قید و تقید، معتقدند تقید هیچ نفسیت ندارد و وجود آن فقط وجود رابط است و وجود مستقل ندارد. به این ترتیب، می‌توان پی برد چرا فقها در تعریف لغوی شرط، به معنای ربط روی آورده‌اند و آن را بهترین و جامع‌ترین معنا برای آن می‌دانند (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۲۷۱). همچنین معلوم می‌شود چرا شرط را التزام تبعی و غیرمستقل تلقی می‌کنند؛ زیرا وجود شرط وجودی غیرمستقل است و فقط باعث پیوند و ربط میان دو تعهد می‌شود و این دقیقاً منطبق با تعریفی است که حکیمان از تقیید ارائه کرده‌اند (انصاری شیرازی، ۱۳۸۷: ۱۶۸ به بعد).

پرسشی که به ذهن می‌رسد اینکه با پذیرش جزئیت تقید نسبت به عقد، شرط جزء کدام یک از اجزای عقد است؟ روشن است شرط ضمن عقد را نمی‌توان جزء مستقل عقد پنداشت؛ زیرا در تحلیل رابطه این دو دیدیم که در واقع شرط به دلیل فنای خود در عقد، وجودی مستقل ندارد پس شرط یا باید جزئی از عوضین باشد یا جزئی از ایجاب و قبول. مطالعه‌ای در تاریخ حقوق نشان می‌دهد نظریات فقها درباره این مسئله سبیری تطوری دارد و در میان پیشینیان این دیدگاه مطرح بوده است که شرط را نمی‌توان جزئی از عوضین تلقی کرد (حلی، ۱۴۱۴، ۱۰: ۴۴۵). با وجود این، نمی‌توان انکار کرد که ایشان به نظریه جزئیت از این لحاظ که شرط قید تراضی است و به هر حال نقشی در آن دارد، پای‌بند بوده‌اند. در واقع طبق نظر ایشان، عقد مشروط وجودی مرکب از عقد اصلی و شرط ضمن آن داشته است، پس شرط جزء عقد محسوب می‌شود. ظاهراً جزئیت عقد نیز به معنای جزئیت در سبب است؛ زیرا هیچ مفهوم دیگری را نمی‌توان از آن دریافت.

بدین ترتیب و به‌عنوان مثال، در عقد بیع، قرارداد اصلی باعث انتقال مالکیت عوض و معوض به بایع و مشتری می‌شود و شرط ضمن آنکه به دلیل درج و ربط خود به عقد اصلی کسب لزوم کرده است، باعث تحقق وکالت یا لزوم دوخت لباس و... شده است. براساس این توجیه، عدم پرداخت ارش امری روشن خواهد بود؛ زیرا به‌طور مسلم در عقد، یک عوض و یک معوض وجود دارد که در مقابل یکدیگر قرار گرفته‌اند و یک شرط قرار دارد که فقط به دلیل ربط خود با عقد اصلی کسب لزوم کرده است و هیچ نقشی در اجزای عوضین ندارد، بلکه نقش آن فقط ایجاد انگیزه و داعی جهت افزایش ثمن معامله است که برای تدارک آن، خیار فسخ معامله در نظر گرفته می‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۹: ۵۲).

از سوی دیگر، اگرچه میان برخی فقیهان به‌ویژه فقهای متأخر این فکر رواج داشته است که شرط بخشی از عوضین را به خود اختصاص می‌دهد (کرکی، ۱۴۱۴، ۴: ۱۸ و همان، ۷: ۳۷۰)، ولی همین فقیهان در مقام عدم پذیرش ارش شرط چنین استدلال کرده‌اند که از آنجا که شرط در ضمن بیع به‌عنوان مبیع داخل نشده است، پس جزئی از ثمن در مقابل آنها قرار نخواهد گرفت (همان: ۴۳۲). پس این پرسش به جد مطرح است که چگونه ممکن است شرط جزئی از معوض محسوب شود، ولی در مقابل اجزای عوض قرار نگیرد؟

شاید بتوان این دو اظهارنظر را این‌گونه جمع کرد که منظور ایشان از جزئیت، همان جزئیت در سبب است، ولی حتی در صورت پذیرش این نظر باز هم نمی‌توان ارش را به کلی نفی کرد؛ زیرا شرط اگرچه داخل در نفس عوضین نیست، ولی بر ارزش آنها می‌افزاید. به این ترتیب باید گفت شرط باعث افزایش مالیت مشروط علیه می‌شود و وی به همین دلیل بر قیمت مال خود می‌افزاید. توضیح آنکه، هر آنچه را که عقلاً بدان رغبت یابند و در قبال آن بهایی پرداخت کنند، مال می‌نامند. پس با نظر به اینکه میزان مالیت یک شیء به عوامل گوناگونی همانند کمیت، کیفیت و... بستگی دارد، باید گفت: شرط ضمن عقد نیز باعث افزایش مالیت اموال شناخته می‌شود و بنابراین، قیدیت و معنای حرفی بودن شرط را نمی‌توان بهانه‌ای برای عدم حکم به ارش قرار داد.

۲-۳. تحلیل نحوه توزیع ثمن در قبال مبیع و شرط ضمن عقد

توزیع و مقابله میان دو امر، به سه شکل امکان پذیر است: ۱. مقابله مجموع به مجموع؛ ۲. مقابله جمیع به جمیع؛ ۳. مقابله مجموع به جزء. در تألیفات حقوقدانان (بروجردی عبده، ۱۳۸۱: ۱۰۷)، به تبع از فقهای قرن اخیر (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۱: ۳۱۰)، مقابله مجموع به مجموع به این معناست که همه اجزاء مورد معامله به کلیت خود در مقابل کلیت طرف مقابل قرار می گیرد. پس هرگاه تقابل در یکی از اجزاء از بین برود، مقابله بالکل منتفی می شود. بدین ترتیب، در اصطلاح فقها تقابل مجموع به مجموع، همان معنای تقابل جمیع به جمیع را دارد (کرکی، ۱۴۱۴، ۷: ۲۲۴). مقابله جمیع به جمیع یعنی هریک از اجزای مقابله در مقابل طرف دیگر قرار می گیرد (عاملی، ۱۴۲۵، ۶: ۳۲۶). با وجود این، از آنجا که تفکیک میان این دو نوع تقابل امری نوین و در عین حال مفید است، این تقسیم را برمی گزینیم. پس مقابله جمیع به جمیع بالقوه به معنای چندین معاوضه متعدد خواهد بود و لازمه چنین امری نیز آن است که همه احکامی که بر مجموع عقد مترتب می شود، بر معاوضات جزئی نیز ترتب یابد (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۷۳).

در صورتی که نقش شرط در تحقق تمویل عوض یا معوض و افزایش و کاهش مالیت آنها را بپذیریم (البته نسبت به آن تقریباً اتفاق نظر وجود دارد)، می توانیم این گونه قائل شویم که تقابل میان عوض و شرط نوعی تقابل جمیع به جمیع است، به این ترتیب که همه اجزای ثمن در مقابل همه اموری از مبیع قرار می گیرد که مال تلقی می شوند. شاید بتوان گفت آنچه در مالیت معوض نقش ایفا می کند، فقط وجود جسمی خارجی آن نیست و بسیاری از کیفیات همچون شرط در مالیت مبیع نقش دارد. با این تعبیر به نظر می رسد تقابل میان عوض و شرط ضمن عقد، تقابل جمیع به جمیع است و در نتیجه، تعذر شرط باعث خیار تبعض صفقه یا تقسیط عوض می شود.

۳-۳. تحلیل امکان استناد به قاعده لاضرر و قاعده داراشدن بلاسبب، در اثبات ارزش شرط

هرچند بتوان پذیرفت که قاعده یاد شده آن گونه که برخی معاصران اعتقاد دارند، علاوه

بر نفی حکم، به اثبات حکم نیز می‌پردازد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۶۱)، ولی باز هم نمی‌توان قاعدهٔ لاضرر را در ما نحن فیه به اجرا درآورد؛ زیرا پرداخت ارش هرچند زیان مشروط له را مرتفع می‌سازد، ولی این امر به ضرر مشروط علیه نیز هست، چون در این هنگام دو ضرر با یکدیگر معارضه می‌کنند و خنثی می‌شوند و از آنجا که فساد را نمی‌توان بر فساد دیگری ترجیح داد (امامی، ۱۳۸۱: ۴۹۴)، پس نمی‌توان بر مشروط علیه به ارش حکم کرد و به تعبیر فقیهان: «الضرر لایزال بالضرر» (فخرالمحققین، ۱۳۸۰، ۲: ۲۱۳).

در پاسخ به ایراد مذکور، ممکن است چنین گفته شود که دفع ضرر از مشروط له بر عدم تحمیل ضرر بر مشروط علیه ترجیح دارد؛ زیرا مشروط علیه با پذیرش شرط و عدم وفای به آن، بر ضرر خویش اقدام کرده است. در جواب باید گفت: چنین استدلالی قابل پذیرش نیست؛ زیرا مشروط علیه با عدم وفای به شرط، به ضرر خود اقدام نکرده است، بلکه هرگاه ترک فعل وی امری ضرری تلقی شود، می‌توان گفت وی به ضرر مشروط له اقدام کرده است، نه به ضرر خود، چون اقدام بر ضرر خود هنگامی مصداق می‌یابد که حکمی مبنی بر ضمان وی وجود داشته باشد و این حکم را نمی‌توان به وسیلهٔ اقدام به ضرر اثبات کرد؛ زیرا چنین امری دوری صریح است (بهسودی، ۱۳۸۶: ۵۶۱).

در عین حال به نظر می‌رسد استناد به قاعدهٔ لزوم جبران داراشدن بلاجهت، نیازی به استناد به قاعدهٔ لاضرر باقی نمی‌گذارد، بلکه مشروط علیه در هر حال به دلیل لزوم پرداخت عوض آنچه به دارایی او اضافه شده است، به پرداخت مابه‌التفاوت عقد مشروط و عقد بلاشرط مکلف خواهد بود. در آیهٔ شریفه «تجارة عن تراض»، قانونگذار اسلام تصرف و تملک اموال دیگران از راه‌های نادرست را تحریم کرده است و تحصیل اموال دیگران را به تجارت و روش‌هایی منحصر کرده است که مبتنی بر رضایت طرفین باشد و مالک در مقابل مال خود، عوض آن را به‌طور کامل دریافت کند. در فرض مسئله، رضایت مشروط له به معامله و پرداخت کامل ثمن منوط به تحقق شرط بوده است که حاصل نشده است.

از سوی دیگر، با توجه به مفهوم ارش از دیدگاه فقیهان که آن را نوعی غرامت یعنی

خسارت می‌پندارند، شاید بتوان ارزش را به مواردی همچون تعذر شرط تسری داد. همان‌گونه که گفته شد، فقهای متأخر اصراری بلیغ برای اثبات غرامت بودن و جزئی از ثمن نبودن ارزش دارند (انصاری، ۱۴۳۰، ۵: ۳۹۴). حال با توجه به بینش مزبور، این پرسش پیش می‌آید که چرا ایشان برای اثبات استثنائی بودن ارزش، به این استدلال روی آورده‌اند که چیزی از عوض در مقابل شرط قرار نمی‌گیرد و معاوضه عرفاً و شرعاً میان ثمن و مبیع صورت می‌گیرد. این استدلال هنگامی قابل طرح است که ارزش را جزئی از ثمن تلقی کنیم و آن را همچون خیار تبعض صفة، به دلیل عدم تحقق تقابل میان اجزای دو مجموعه، قابل استرداد تلقی کنیم و همان‌گونه که دیدیم، هرگاه شرط مالیت داشته باشد و در معاوضه، بخشی از ثمن در قبال وی قرار گرفته باشد، این مقابله از نوع دوم تقابل یعنی مقابلهٔ جمیع به جمیع است که مقتضی مقابلهٔ فرد به فرد است.

شاید بتوان پاسخ این پرسش را چنین داد که علت طرح این استدلال، اثبات عدم مالیت «مطلق شرط» است. در واقع این فقیهان معتقدند چون شرط در زمرهٔ مصادیق معنای حرفی است و از خود هیچ‌گونه وجود مستقلی ندارد، پس تصور مالیت برای چنین موجودی که نه فی‌نفسه و نه بنفسه وجود ندارد، بلکه وجود آن فقط وجود رابط است، بسیار مشکل خواهد بود؛ زیرا شرط یعنی تقیید و وجود رابط و مشروط یعنی قید. اولی هرچند جزء قرارداد است، بی‌ارزش است و دومی که ارزشمند است، خارج از قرارداد است. پس برای شرط، در هیچ حالتی نمی‌توان ارزش اقتصادی در نظر گرفت.

با این حال، باید اذعان کرد عرف که مبنا و منشأ موضوعات در معاملات است، از ریزبینی‌های فلسفی و اصولی فارغ است و آنچه در اینجا می‌بیند ضرری است که بی‌دلیل بر مشروط له تحمیل شده است و ثروتی است که مشروط علیه بدون دلیل دارا شده است. در حقیقت عرف چنین می‌پندارد که به مشروط له بدون دلیل خسارتی وارد شده است و این خسارت ناگزیر باید جبران شود. راه حل جبران این خسارت همان ارزش است که شیوهٔ احتساب آن در مادهٔ ۴۲۷ قانون مدنی به تفصیل بررسی شده است. این امر به ما کمک می‌کند تا در جهت ایجاد عدالت معاوضی گامی سودمند برداریم.

مشتری به واسطهٔ عدم وصول به شرط، نوعی حق مطالبهٔ غرامت به دست می‌آورد، پس تا زمانی که وی اختیار ارزش نکند، ذمهٔ مشروط علیه نسبت به ارزش مشغول

نمی‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹: ۲۲۴).

نتیجه

در مواردی که شرط ضمن عقد رعایت نمی‌شود و اجبار شرط نیز متعذر است، نظریه رایج در فقه که در حقوق موضوعه ما نیز به ظاهر حاکم شده است، فسخ قرارداد را تنها شیوه جبران می‌داند؛ راه حلی که در موارد بسیاری ضرر متحملة مشروط له را جبران نمی‌کند و به اجرای عدالت کمک نمی‌کند. این نظر در میان فقیهان متأخر به‌عنوان دیدگاه اکثریت محسوب نمی‌شود و ادله و استدلال‌های آن نیز قابل مناقشه و تأمل است. در مقابل، طیف وسیعی از صاحب‌نظران فقهی و حقوقی به پذیرش ارش در صورت تعذر شرط گرایش دارند. دلایل و استدلال‌های این گروه، شایسته تأیید و ایرادات احتمالی آنها نیز قابل پاسخ‌گویی است. با توجه به تحلیلی که از رابطه شرط و عقد ارائه دادیم و نقشی که شرط در افزایش مالیت یکی از عوضین دارد و اینکه فقدان آن باعث تضرر مشروط له شده است و در مقابل، معادل آن بدون سبب به دارایی مشروط علیه افزوده شده است، ارش شرط در مواردی که وجود شرط در تعیین میزان عوضین تأثیر داشته باشد، قابل مطالبه است و معیار تمییز آن موارد نیز داوری عرف است. این ارش از همه خصوصیات ارش عیب بهره‌مند است و نوعی غرامت و خسارت است و مشروط علیه به دلیل عدم امکان اجرای مفاد شرط، به پرداخت آن مکلف است و بدین ترتیب زیان مشروط له جبران می‌شود.

منابع

۱. ابن‌الاثیر، مبارک؛ *النهاية في غريب الحديث والاثر*؛ چاپ اول، ج ۱، قم، ۱۳۸۴.
۲. امامی، میرسیدحسن؛ *حقوق مدنی*؛ چاپ بیست و دوم، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۱.
۳. انصاری شیرازی، یحیی؛ *دروس شرح منظومه*؛ چاپ اول، ج ۲، قم: انتشارات بوستان کتاب، ۱۳۸۷.
۴. انصاری، شیخ مرتضی؛ *کتاب المکاسب*؛ چاپ دهم، ج ۵ و ۶، قم: مجمع‌الفکر الاسلامی، ۱۴۳۰ق.
۵. ایروانی، علی؛ *حاشیه کتاب المکاسب*؛ چاپ اول، ج ۳، قم: صبح الصادق، ۱۴۲۶ق.
۶. بروجردی عبده، محمد؛ *کلیات حقوق اسلامی*؛ چاپ اول، تهران: انتشارات رهام، ۱۳۸۱.
۷. بهسودی، محمدسرور؛ *مصباح‌الاصول*؛ چاپ اول، ج ۳، نجف: مطبعة-النجف، ۱۳۷۶ق.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *الفارق؛ دایرة‌المعارف عمومی حقوق*؛ اول، ج ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق*؛ چاپ اول، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل*؛ تهران: کتابخانه گنج دانش، تئوری موازنه، ۱۳۸۱.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*؛ چاپ اول، ج ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱.
۱۲. جوهری، اسماعیل بن حماد؛ *الصحاح تاج‌اللغة و صحاح العربية*؛ چاپ سوم، ج ۳، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۴۰۴ق.

۱۳. حسینی مراغی، میرفتاح؛ العناوین؛ قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
۱۴. حلی، حسن بن یوسف؛ تذکرة الفقهاء؛ چاپ اول، ج ۱۰، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ق.
۱۵. حلی، حسن بن یوسف؛ مختلف الشیعة فی احکام الشریعة؛ چاپ دوم، ج ۵، قم: دفتر نشر اسلامی، ایران، ۱۴۱۳ق.
۱۶. حلی، محمد؛ ایضاح الفوائد فی شرح القواعد؛ چاپ اول، ج ۱، قم: المطبعة العلیمة، ۱۳۸۷.
۱۷. خویی، سیدابوالقاسم و بروجردی، مرتضی؛ المستند فی شرح العروة الوثقی، موسوعة الامام الخویی؛ چاپ دوم، ج ۳۰، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
۱۸. خویی، سیدابوالقاسم و غروی، میرزاعلی؛ التنقیح فی شرح المکاسب؛ چاپ اول، ج ۴ و ۵، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی، ۱۴۲۵ق.
۱۹. خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهه فی المعاملات؛ چاپ اول، ج ۲ و ۷، قم: انتشارات انصاریان، ۱۴۱۷ق.
۲۰. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ حاشیة کتاب المکاسب؛ چاپ دوم، ج ۳، قم: مؤسسه طيبة لاحیاء التراث، ۱۴۲۹ق.
۲۱. طریحی، فخرالدین؛ مجمع البحرین؛ چاپ دوم، ج ۴، تهران: المكتبة المرتضوية لاحیاء آثار الجعفریه، ۱۳۶۵.
۲۲. عاملی، زین الدین؛ مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام؛ چاپ سوم، ج ۳ و ۶، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۲۵ق.
۲۳. غروی اصفهانی، محمدحسین؛ حاشیة کتاب المکاسب؛ چاپ اول، قم: پایة دانش، ۱۴۲۵ق، رساله «الشروط» مندرج در جلد پنجم.
۲۴. فخرالمحققین، محمد بن حسن؛ ایضاح الفوائد؛ قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان و بنیاد کوشانپور، ۱۳۶۳.
۲۵. کاتوزیان، ناصر؛ الزامهای خارج از قرارداد؛ چاپ دوم، ج ۱، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
۲۶. کاشف الغطاء، محمدحسین؛ تحریرالمجله؛ چاپ اول، ج ۱، نجف: المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۹، قسم ۲.

٢٧. كركى، على؛ جامع المقاصد فى شرح القواعد؛ چاپ اول، ج ٤ و ٧، قم: مؤسسه آل البيت ﷺ، ١٤١٤ق.
٢٨. مامقانى، عبد الله؛ نهاية المقال فى تكملة غاية الامال؛ قم: منشورات مجمع الذخائر الاسلاميه.
٢٩. محقق داماد، سيد مصطفى؛ قواعد فقه بخش مدنى؛ چاپ دهم، ج ٢، تهران: مركز نشر علوم اسلامى، ١٣٨٢.
٣٠. مكارم شيرازى، ناصر؛ انوار الاصول؛ چاپ اول، ج ٣، قم: مدرسه امام على بن ابى طالب ﷺ، ١٤٢٥ق.
٣١. موسوى خمينى، سيد روح الله؛ كتاب البيع؛ چاپ دوم، ج ١ و ٥، قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى، ١٣٨٤.
٣٢. نائينى، محمد حسين و خوانسارى، موسى؛ منية الطالب فى شرح المكاسب؛ چاپ اول، ج ٢، تهران: المكتبة المحمدية، ١٣٧٣.

