



دانشکده فقه و حقوق

**پایان نامه برای دریافت درجه‌ی کارشناسی ارشد رشته‌ی فقه مقارن و حقوق خصوصی
اسلامی**

عنوان پایان نامه:

شرط ضمان امین از دیدگاه فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران

استاد راهنما:

دکتر محمد عادل ضیائی

استاد مشاور:

دکتر علی اکبر فرح زادی

نگارش:

نظیر احمد حسین بُر

تابستان ۱۳۹۶

چکیده

امین کسی است که مورد اعتماد واقع می‌شود. در عقود مختلفی همانند ودیعه، وکالت، مضاربه، رهن و اجاره، ید و دیع، وکیل، عامل، مرتهن و مستأجر، امانی تلقی شده است، بنابراین شخص، جز با تعدی و تفریط، ضامن تلقی نشده است. پیچیدگی روابط، عدم اعتماد کافی میان متعاملین، کم شدن شناخت متقابل افراد نسبت به گذشته، دشواری اثبات تعدی و تفریط، وجود ادعاهای فراوان بلااثبات تعدی و تفریط و به تبع آن تشکیل پرونده‌های زیاد در این رابطه و ایجاد مشکلات فراوان، به تدریج این سؤال را به وجود آورد که آیا راهی برای ضامن دانستن امین وجود دارد؟ یکی از این راه‌های پیشنهادی شرط ضمان امین در قالب شرط ضمن عقد است.

با وجود اختلاف نظر زیادی که میان فقها وجود دارد می‌توان دیدگاه‌های آن‌ها را اعم از شیعه و سنی در سه نظر زیر خلاصه کرد:

۱. بطلان شرط و عقد: فقهای مذهب شافعی و نیز نظر مشهور فقهای مذهب امامیه بطلان شرط و عقد است، این گروه برای صحت رأی خود به مخالفت شرط ضمان با مقتضای عقد و برخی نصوص استناد کرده‌اند.

۲. بطلان شرط و صحت عقد: فقهای حنفی، مالکی و برخی از فقهای امامیه از طرفداران این نظریه هستند و عمده دلیل آن‌ها مخالفت این شرط با شرع است و با برداشتن شرط، عقد صحیح است.

۳. صحت شرط: مطابق این دیدگاه شرط صحیح و به تبع آن عقد نیز صحیح است. حنفیان در رأی مرجوح و نیز قولی از احمد حنبل و کاسانی و نیز متأخرینی همچون دکتر نزیه الحماد در اهل سنت و همچنین امام خمینی و سید یزدی و نیز اکثر حقوقدانان قائل به این نظریه هستند. این عده علاوه بر رد استدلال مخالفین به ادله‌ای همچون حریت در شروط، تراضی طرفین، اصل صحت، روایت «المسلمون عند الشروطهم» و... متمسک شده‌اند.

بررسی تحلیلی ادله فوق نشان می‌دهد که ادله‌ی قول به صحت شرط از قوت بیشتری برخوردار بوده و با مقتضیات زمان و شرایط روز تناسب بیشتری دارد و در مقام عمل قابلیت اجرایی بیشتری دارد.

واژگان کلیدی: شرط ضمان، شرط ضمان امین، تعدی، تفریط

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
مقدمه.....	۱
الف: بیان مسأله تحقیق.....	۳
ب: اهمیت و ضرورت تحقیق.....	۳
ج: اهداف تحقیق.....	۴
د: سؤال‌های تحقیق.....	۴
ه: فرضیه‌های تحقیق.....	۵
و: پیشینه تحقیق.....	۵
ز: روش تحقیق.....	۶
ح: قلمرو تحقیق.....	۶
ط: ساختار تحقیق.....	۶
فصل اول: مفاهیم و کلیات.....	۱
۱-۱- معنای شرط.....	۲
۱-۱-۱- شرط در لغت.....	۲
۱-۱-۲- شرط در اصطلاح فقهی و حقوقی.....	۳
۱-۲- تقسیمات شرط.....	۳
۱-۲-۱- شرط شرعی.....	۴
۱-۲-۲- شرط عقلی.....	۴
۱-۲-۳- شرط عادی.....	۴
۱-۲-۴- شرط جعلی و انواع آن.....	۴

- ۴-۲-۱-۴-۱- مفهوم شرط جعلی..... ۴
- ۵-۲-۴-۲-۱- انواع شرط جعلی..... ۵
- ۷-۳-۱- دیدگاه های فقهی در مورد شرط ضمن عقد..... ۷
- ۷-۳-۱- دیدگاه فقهای مذاهب اهل سنت..... ۷
- ۷-۳-۱-۱- نظریه تضییق شروط..... ۷
- ۹-۳-۱-۲- نظریه توسعه شروط..... ۹
- ۱۱-۳-۱-۳- نظریه قائلین به تفصیل..... ۱۱
- ۱۲-۳-۱-۳-۱- صحت شرط و عقد..... ۱۲
- ۱۶-۳-۱-۳-۲- بطلان عقد و شرط..... ۱۶
- ۱۸-۳-۲- شروط ضمن عقد در مذهب امامیه..... ۱۸
- ۲۴-۳-۳-۱- شرط ضمن عقد از منظر حقوق ایران..... ۲۴
- ۲۹-۴-۱- مفهوم ید امانی و ضمانی..... ۲۹
- ۲۹-۴-۱- مفهوم ید..... ۲۹
- ۳۰-۴-۲- مفهوم ضمان..... ۳۰
- ۳۱-۴-۳- مفهوم ید امانی و انواع آن..... ۳۱
- ۳۲-۴-۴-۱- مفهوم ید ضمانی و انواع آن..... ۳۲
- ۳۴-۵-۱- تعریف ضمان و انواع آن..... ۳۴
- ۳۴-۵-۱-۱- تعریف ضمان..... ۳۴
- ۳۵-۵-۲- مشروعیت ضمان..... ۳۵
- ۳۷-۵-۳- حکمت مشروعیت ضمان..... ۳۷
- ۳۸-۵-۴- انواع ضمان..... ۳۸

- ۳۸ ۱-۵-۴-۱- مسئولیت قهری
- ۳۹ ۱-۵-۴-۲- ضمان قراردادی
- ۴۰ ۱-۵-۴-۳- عقد ضمان
- ۴۱ ۱-۶-۶-۱- موجبات ضمان عقود امانی
- ۴۱ ۱-۶-۱- تعدی
- ۴۱ ۱-۶-۲- تفریط
- ۴۵ ۱-۶-۳- تجهیل
- ۴۹ ۱-۶-۴- عرف
- ۵۰ ۱-۶-۵- مصلحت
- ۵۲ ۱-۶-۶- التزام تبرعی امین به ضمان بعد از عقد
- ۵۵ ۱-۷-۱- مفهوم عقد
- ۵۷ ۱-۷-۲- انواع عقد
- ۵۷ ۱-۷-۲-۱- عقود ضمانی
- ۵۷ ۱-۷-۲-۲- عقود امانی و اهم حالات ضمان در آنها
- ۵۸ ۱-۷-۲-۲-۱- ودیعه
- ۶۰ ۱-۷-۲-۲-۲- عاریه
- ۶۳ ۱-۷-۲-۲-۳- عقد اجاره
- ۶۶ ۱-۷-۲-۲-۴- عقد مضاربه
- ۶۸ ۱-۷-۲-۲-۵- رهن
- ۷۰ ۱-۷-۲-۲-۶- وکالت

فصل دوم: تاثیر شرط ضمان در تبدیل ید امانی به ضمانی Error! Bookmark not defined.

- ۱-۲- دیدگاه های فقهی در مورد شرط ضمان امین..... ۸۰
- ۱-۱-۲- شرط ضمان از دیدگاه مذاهب اهل سنت..... ۸۰
- ۱-۱-۱-۲- قول اول- بطلان شرط..... ۸۰
- ۱-۱-۲- قول دوم: صحت شرط..... ۹۴
- ۲-۱-۲- شرط ضمان از دیدگاه فقه امامیه..... ۱۰۳
- ۱-۲-۱-۲- نظریه ی اول: بطلان شرط و عقد..... ۱۰۴
- ۲-۲-۱-۲- نظریه ی دوم: بطلان شرط و صحت عقد..... ۱۰۸
- ۳-۲-۱-۲- نظریه سوم: صحت شرط..... ۱۲۰
- ۲-۲- دیدگاههای حقوقی ناظر به شرط ضمان..... ۱۲۶
- ۱-۲-۲- بطلان عقد و شرط..... ۱۲۶
- ۲-۲-۲- صحت شرط ضمان..... ۱۳۲
- ۱- اصل حاکمیت اراده..... ۱۳۲
- ۲- اصل صحت..... ۱۳۵
- ۱- اصل نفوذ شرط..... ۱۳۹
- نتیجه گیری..... ۱۴۲
- پیشنهادها..... ۱۴۳
- فهرست منابع..... ۱۴۴
- ه. کتب حقوقی..... ۱۵۳
- و: مقالات..... ۱۵۴
- ز: سایر منابع..... ۱۵۵

مقدمه

بررسی تاریخی اقوام و ملل نشان‌دهنده‌ی این واقعیت است که مردم برای رفع نیازهای خویش با یکدیگر به معامله و داد و ستد می‌پرداختند. به‌عنوان نمونه، اگر شخصی بیشتر از مایحتاج خویش جنس و کالایی در اختیار داشت آن را به شخص دیگری که به آن کالا نیاز داشت، می‌داد و در عوض کالای موردنیاز خود را اخذ می‌کرد. همچنین اگر خود مرکبی نداشت، مرکب شخص دیگر را به اجاره می‌گرفت و نیاز خود را برطرف می‌کرد، و چه بسا این خدمت را به نحوی برای مالک، جبران می‌کرد.

این نیازها منجر به پیدایش عقود شدند که به‌مرورزمان بر تعداد آن‌ها افزوده شد و به‌مرور قواعد و قوانین خاصی در ارتباط با آن‌ها پدید آمد که همگی زاینده‌ی نیاز مردم بود. بخش قابل‌توجهی از مقرراتی که در مورد اموال مردم پدید آمد ناظر به چگونگی و راه‌های صیانت و حفظ اموال مردم بود و بود که برای تعرض‌کنندگان به اموال مردم امکان جبران خسارت و مجازات تعیین گردید و قوانینی برای جلوگیری از حیف‌ومیل اموال مردم وضع شد.

شرع اسلام نیز جهت جلوگیری از تضييع اموال مردم، اكل بالباطل اموال آنان را حرام و طريق صحيح استفاده از اموال ديگران را تجارت همراه با رضای دو طرف اعلام نمود:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» (۲۹: نساء)

ای کسانی که ایمان آورده‌اید اموال همدیگر را به ناروا نخورید مگر آنکه دادوستدی با تراضی یکدیگر از شما [انجام گرفته] باشد و خودتان رامکشید زیرا خدا همواره با شما مهربان است.

از سوی دیگر اسلام، پیروان خود را به تعاون و همکاری و همیاری در امور خیر دعوت نمود: (تعاونوا علی البر التقوی) و آنان را از معاونت در گناه و تعدی بر حذر داشت: (ولا تعاونوا علی الاثم و العداون) بر همین مبنا مسلمانان را به ارائه‌ی خدمات به دیگران تشویق نمود و عقودی همچون هبه، عاریه، اجاره، رهن، وکالت و امثال آن‌ها را که در بین مردم رایج بود به رسمیت شناخت.

بدین صورت اسلام مقررات خاصی را برای حفظ اموال وضع کرد تا مردم آن‌ها را به باطل حیف و میل نکنند و سلیقه‌های شخصی در مورد برخی افعال همچون ربا را ملغی اعلام و بیع و تجارت عن تراض و دیگر عقودی که بین مردم رایج بود با قوانین خاصی نظم بخشید و نظام حقوقی در معاملات شکل گرفت که امروزه بسط و شرح آن‌ها را در کتب فقهی مذاهب می‌بینیم و همچنین قوانین مدنی کشورهای اسلامی. از آنجایی که در معاملات با پذیرفتن محتوای عقد از طرف اشخاص باید بار حقوقی آن را متحمل شوند از این رو برای عقود شرایط خاصی را در نظر گرفته است که یکی از آن‌ها شرط ضمن عقد هست که یک طرف معامله شروطی را برای معامله می‌گذارد که یکی از این موارد که امروزه بین مردم جریان دارد شرط ضمان در عقود امانی است بدین صورت که شخص امین به صورت شرط از طرف دیگر معامله محتوای آن شرط را که ضمانت عین که در دست او است می‌پذیرد. به عنوان مثال در عقد مساقات که عامل در آن در غیر از تعدی و تفریط ضامن نیست. مالک در ضمن عقد شرط ضمان عامل را در هر صورتی می‌کند و شخص عامل آن را می‌پذیرد. در این زمینه فقهای اسلامی نظرات مختلفی دارند که در این پژوهش به بررسی آن‌ها پرداخته می‌شود.

الف: بیان مسأله تحقیق

عقود از یک حیث به دو نوع امانی و ضمانی تقسیم می‌شوند. در عقود امانی مانند ودیعه و وکالت، اصل بر امانی بودن ید است مگر اینکه دلیلی بر تغییر ید امانی به ضمانی وجود داشته باشد. فقها غالباً اسباب ضمان را منحصر در تعدی و تفریط دانسته‌اند.

تحول جوامع، عدم وجود اعتماد متقابل میان افراد و تقلیل پیدا کردن تقیدات مذهبی و اخلاقی از سویی و نیز دشوار بودن اثبات تعدی و تفریط باعث شده است تا ایده‌های نوینی برای حل معضل تعدی یا تفریط‌های احتمالی غیرقابل اثبات و یا سهل‌انگاری‌ها و بی‌توجهی‌های افراد شکل گیرد.

یکی از این گزینه‌ها ایده‌ی ضامن کردن امین از طریق شرط ضمان در ضمن قرارداد است، فرد از این طریق به جبران خسارات احتمالی وارده ملتزم می‌گردد. این شیوه از طرفی با قاعده کلی «المسلمون عند الشروطهم» و «اصل آزادی قراردادها» و نظایر آن‌ها هماهنگ و از سویی دیگر با مقتضای عقود امانی و نیز پاره‌ای از روایات در تعارض است. به همین علت مورد اختلاف بین فقها و حقوقدانان قرار گرفته است.

ب: اهمیت و ضرورت تحقیق

در عقود امانی به‌مانند اجاره ید مستأجر بر عین، ید امانی است؛ بدین شرح که در صورتی که تعدی و یا تفریطی در عین مستأجره صورت پذیرد، ید او از امانی به ضمانی تغییر پیدا می‌کند.

در دوره‌ی حاضر این عقود با شرط ضمان امین در ضمن عقد بین مردم رایج شده است. به علت اختلاف فقهای سنتی و برخی از فقهای معاصر در صحیح بودن شرط ضمان این ضرورت احساس می‌شود که دلایل موافقین و مخالفین را مورد بررسی قرار داده تا به حکم روشنی در این مورد دست پیدا کنیم. از آنجایی که نظام جمهوری اسلامی طبق اصل چهارم، قوانین و قواعد موضوعه خود را با

الهام از دستورات شارع وضع نموده است، لیکن قانون مدنی در باب نافذ دانستن شرط ضمان امین در برخی موارد دچار ابهام است طوری که در بعضی از مواد از جمله عاریه و مضاربه صریحاً شرط را پذیرفته و آن را نافذ می‌داند ولی در دیگر موارد سخنی بر صحت یا بطلان نرفته است، این پژوهش در پی رفع ابهام آن موارد است. علاوه بر این ضرورت، تبیین موضوع از منظر فقه مذاهب اسلامی در راستای تحقق رسالت اصلی دانشگاه مذاهب اسلامی که وحدت و تقریب بین مذاهب اسلامی است دارای اهمیت و ضرورت است.

ج: اهداف تحقیق

با اشاره به اینکه این تحقیق به صورت تطبیقی انجام می‌شود، اهداف زیر برای آن متصور خواهد بود:

الف: بررسی دیدگاه مذاهب اسلامی پیرامون شرط ضمان امین جهت سهولت کار محققینی که در این باب قصد پژوهش دارند.

ب: بررسی دیدگاه حقوق ایران حول موضوع شرط ضمان امین و مطابقت دادن با نظریات فقهی و بیان نقاط ضعف و قوت و اصلاح احتمالی برخی مواد آن.

د: سؤال‌های تحقیق

۱- شرط ضمان امین از دیدگاه فقه مذاهب اسلامی چه حکمی دارد؟

۲- شرط ضمان امین در حقوق ایران چه وضعیتی دارد؟

۳- موجبات ضمان در عقود امانی کدام‌اند؟

ه: فرضیه‌های تحقیق

۱- برخی از مذاهب عقدی که همراه با شرط ضمان باشد همچون امامیه و شافعیان عقد و شرط را هر دو باطل، بعضی دیگر همچون حنفی و حنبلی و مالکی شرط را باطل ولی عقد را صحیح می‌دانند و برخی دیگر از فقهای مذاهب از جمله حنابله و برخی از فقهای امامیه و در رأی غیر مشهور خود هم عقد و هم شرط را صحیح می‌دانند.

۲- در حقوق ایران شرط ضمان مستعیر به صورت صریح مورد پذیرش و در شرط ضمان مضارب حيله‌ای را برای این کار پیشنهاد داده است ولی در دیگر عقود امانی در این که این شرط، موجب ضمان می‌شود، قانون مسکوت است.

۳- تعدی و تفریط از جمله مواردی هستند که تمامی مذاهب بر اینکه موجب ضمان می‌شوند اتفاق نظر دارند و نیز مواردی همچون عرف.

و: پیشینه تحقیق

در این زمینه، کتابی به نحو اختصاصی نگارش نشده است و مباحث مربوط به طور پراکنده در کتب مختلف فقهی و حقوقی آمده است.

تنها اثری که به طور تخصصی در این زمینه به رشته تحریر درآمده است، پایان‌نامه‌ای تحت عنوان «شرط ضمان عقود امانی» نوشته‌ی حسین قاسمی که در سال ۱۳۷۵ در دانشگاه شهید بهشتی دفاع شده است که فقط نظرات فقهای امامیه و نیز از منظر حقوق مورد بررسی قرار گرفته است؛ و همچنین مقالاتی تحت عنوان ۱- شرط ضمان امین در فقه امامیه توسط علی‌رضا باریکلو نوشته و در نشریه مطالعات اسلامی در سال ۱۳۹۴ چاپ شده است ۲- بررسی شرط ضمان امین با تکیه بر ضمان مستأجر توسط سید نصرالله محبوبی در نشریه فقه و اصول در سال ۱۳۹۲ در شماره ۹۲ چاپ شده است.

علیرغم مطالعه و جست‌وجویی که در میان کتب، پایان‌نامه‌ها و سایت‌های مختلف انجام شد در رابطه با عنوان این پژوهش موضوعی که به صورت تطبیقی کارشده باشد، یافت نشد.

ز: روش تحقیق

برای انجام این پژوهش نگارنده با توجه به موضوع پژوهش «شرط ضمان امین از دیدگاه فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران» شیوه کتابخانه‌ای را انتخاب نموده است لذا روش تحقیق توصیفی، تحلیلی است، در این پایان‌نامه با استناد به منابع فقهی معتبر مذاهب اهل سنت (حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی) و امامیه و همچنین کتب حقوقی، مواد قانون مدنی، پایان‌نامه‌ها در رابطه با موضوع مذکور مراجعه نموده است.

ح: قلمرو تحقیق

همان‌طوری که عنوان این پایان‌نامه «شرط ضمان امین از دیدگاه فقه مذاهب اسلامی (حنفی، مالکی، شافعی، حنبلی، امامیه) و حقوق ایران» هست. باید مطالب داخل این پایان‌نامه عنوان یادشده را به صورت کامل پوشش بدهد، و از آنجایی که این پایان‌نامه به صورت تطبیقی بین مذاهب چهارگانه اهل سنت و مذهب امامیه و حقوق ایران است، نگارنده را ملزم می‌کند که به کتب فقهی معتبر هر مذهب و حقوق ایران که در عنوان پایان‌نامه یادشده‌اند مراجعه نماید.

ط: ساختار تحقیق

این تحقیق از یک مقدمه، دو فصل، نتیجه‌گیری و پیشنهاد تشکیل‌شده است که فصل اول آن تحت عناوین مفاهیم و کلیات که شامل مفهوم شرط، تقسیمات شرط، دیدگاه‌های فقهی در مورد شرط ضمن عقد، مفهوم ید امانی و ضمانی، موجبات ضمان عقود امانی، مفهوم عقد و انواع آن تشکیل‌شده است. فصل دوم تحت عنوان تأثیر شرط ضمان در تبدیل ید امانی به ضمانی که شامل دیدگاه‌های فقهی

شرط ضمان امین که در این فصل نظرات اهل سنت و تشیع و نیز حقوقدانان مورد بررسی قرار گرفته است.

فصل اول

مفاهیم و کلیات

۱-۱-۱- معنای شرط

شرط یکی از مفاهیم اصلی این تحقیق می‌باشد که در آن بسیار به کاررفته است، از این رو به تعریف این واژه در این مبحث پرداخته می‌شود.

۱-۱-۱- شرط در لغت

زیبیدی در جواهرالقاموس این گونه می‌گوید: شرط به سکون راء در لغت به معنای الزام و التزام به چیزی را گویند که جمع آن شروط و شرائط است و شرط به فتح راء به معنای علامت است.^۱ همان طوری که در قرآن مجید آمده است: «فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَآتَى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ» (محمد: ۱۸)

آیا [کافران] جز این انتظار می‌برند که رستاخیز به ناگاه بر آنان فرارسد و علامات آن اینک پدید آمده است پس اگر [رستاخیز] بر آنان در رسد دیگر کجا جای اندرزشان است.

راغب اصفهانی در مفردات واژه شرط را این گونه شرح می‌دهد: شرط یعنی معلق کردن امری به امر دیگر که با وقوع یک امر، امر دیگر نیز واقع می‌شود که در واقع این (شرط) علامتی است برای به وجود آمدن امر ثانی (مشروط).^۲

^۱ زیبیدی، محمد بن عبدالرزاق، تاج العروس من الجواهر القاموس، بی‌جا، دارالهدایه، بی‌تا، ج ۱۹، ص ۴۰۴.

^۲ راغب اصفهانی، ابوالقاسم، المفردات فی غریب القرآن، بیروت، دارالقلم، ۱۴۱۲ق، ص ۴۵۰.

۱-۱-۲- شرط در اصطلاح فقهی و حقوقی

فقها شرط را این‌گونه تعریف کرده‌اند: از عدم آن عدم مشروط و از وجود او همیشه وجود مشروط واقع نمی‌شود.^۱

بدین معنا که هرگاه که شرط واقع نشود امر ثانی یا همان مشروط نیز واقع نمی‌شود و هرگاه شرط واقع شود بدین معنا نیست که حتماً مشروط واقع شود. به‌عنوان مثال: طهارت برای نماز شرط است، هرگاه نماز واجب شود قطعاً وضو نیز شرط است و اگر شخص نمازگزار طهارت نداشته باشد نماز هم واقع نمی‌شود ولی شخص می‌تواند طهارت داشته باشد ولی نماز هم نکند یعنی باوجود شرط حتماً مشروط (نماز) واقع نمی‌شود.

دکتر حسن امامی در کتاب حقوق مدنی خود چنین تعریفی از شرط می‌دهد: شرط به معنی عهد و التزام می‌باشد و در این بخش در معنی مزبور استعمال شده است. اصطلاحاً شرط به تعهدی گفته می‌شود که در ضمن عقد دیگری قرار گیرد. شرط مزبور در معنی مصدری و حدیثی استعمال شده است، یعنی ملتزم کردن و ملتزم شدن به امری، چنانکه گویند بر او شرط کرد یعنی او را ملتزم کرد، و برای او شرط کرد یعنی به نفع او شخصی را ملتزم نمود.^۲

۱-۲- تقسیمات شرط

۱. ابو حبیب، سعدی، القاموس الفقهی لغه و اصطلاحاً، دمشق، دارالفکر، چاپ دوم ۱۴۰۸ق، ص ۱۹۲. عاملی، محمد بن مکی، القواعد والفوائد، قم، کتاب‌فروشی مفید، بی تا، ج ۱، ص ۶۴.

۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، بی تا، ج ۱، ص ۲۶۸.

در این قسمت به تقسیم‌بندی انواع شروط پرداخته می‌شود، لازم به ذکر است این نوع تقسیم‌بندی بر اساس منبع و مصدر جعل شرط می‌باشد.

۱-۲-۱- شرط شرعی

از این شرط به نام شرط حقیقی هم یاد شده است، شرطی است که به حکم شارع جعل شده است؛ مانند طهارت از حدث اکبر و حدث اصغر برای نماز، طهارت برای نماز شرطی است که شارع جعل کرده است و بدون تحقق پیدا کردن طهارت، نماز صحیح نیست.^۱

۱-۲-۲- شرط عقلی

شرطی است که به حکم عقل روشن می‌شود؛ مانند اینکه شخصی بگوید: فلان آدم را دیده‌ام، به حکم عقل روشن می‌شود که شرط دیدن آن شخص، زنده بودن اوست.^۲

۱-۲-۳- شرط عادی

مانند شرط آمدن باران، ابر بروی آسمان است؛ و همچنین شرط زنده ماندن حیوان تغذیه است.^۳

۱-۲-۴- شرط جعلی و انواع آن

در این مبحث به شرط جعلی و اقسام آن پرداخته خواهد شد.

۱-۲-۴-۱- مفهوم شرط جعلی

این شرط لغوی و وضعی هم نامیده شده است، شرط، در این نوع اراده مکلف است؛ مانند شروطی که برخی از مردم در عقود و تصرفات برای همدیگر می‌گذارند؛ مانند (ان خرجت من الدار فانت طالق) یا

۱. سلقینی، ابراهیم، التیسیر فی اصول الفقه، دمشق، دارالفکر، ۱۹۹۶م، ص ۲۲۱.

۲. القونوی، قاسم، انیس الفقهاء، جده، دارالوفاء، ۱۴۰۶، ۸۴.

۳. نجار الحنبلی، فتوحی تقی الدین، شرح الکوکب المنیر، بی‌جا، مکتبه العبیکان، چاپ دوم ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۴۵۵.

شرط که مکلف بر خود می‌گذارد مانند وقف، هبه و وصیت و یا شروطی که در آن منفعتی برای یکی از متعاقدين است.^۱

۱-۲-۴-۲- انواع شرط جعلی

در این مبحث به بررسی انواع شرط لغوی یا جعلی که تحت اراده انسان است پرداخته می‌شود.

۱. شرط معلق

تمامی شروطی که انسان برای تصرف و حصول امری از امور می‌کند و مقتضای این تصرف حاصل نمی‌شود مگر اینکه آن شرط واقع شود؛ مانند تعلیق کفالت تا زمانی که مدیون از پرداخت بدهی عاجز باشد. شرط معلق به معنی سبب در نزد اصولیون است. که در تعریف آن می‌گویند: آنچه از وجود آن، وجود و آنچه از عدم آن عدم است.^۲

۲. شرط ضمن عقد

شرطی است که در ضمن عقد و تصرفات است، که برخی بر دیگری شرط می‌کنند مانند: نکاح به شرط عدم خروج زوجه از منزل یا بیع به شرط اینکه بایع یک سال در منزل ساکن شود. استاد مصطفی الزرقاء شرط ضمن عقد را این‌گونه تعریف می‌کند: التزام به وصف زائدی است که در حالت کلی عقد الزامی بر انجام آن وجود ندارد؛^۳ مانند اینکه شخصی کالایی را به شرطی بخرد که فروشنده آن را به محل مشتری برساند، در این مثال بایع ملتزم به اجرای شرط ضمن عقد است و ملزم به انتقال کالا به محل مشتری است، ولی در حالت کلی عقد حمل کالا در عوض اجرت است و مالک جدید مکلف به پرداخت هزینه انتقال می‌باشد.

۱. القونوی، قاسم، انیس الفقهاء، ص ۸۴.

۲. شفیق عجم، ناجی، الشرط الجزائی فی فقه، مجله البحوث الاسلامی، شماره ۱۲.

۳. الزرقاء، مصطفی، المدخل الفقهی العام، بیروت، دارالفکر، ج ۱، ص ۵۰۶.

دکتر لنگرودی در کتاب مبسوط در ترمینولوژی در تعریف شرط ضمن عقد می‌گوید: شرطی است که در عقد آورده شده باشد. شرط ضمن عقد واقعی همان شرط فعل است که باعث یک تعهد تبعی است. این تعهد تبعی در عوض عقد موثر است ولی مقداری از عوض به آن اختصاص داده نشده است.^۱

شرط جعلی که شارع آن را معتبر کرده مانند شرط شرعی است و اگر آن شرط از نظر شارع معتبر نباشد، شرط از اعتبار ساقط است.^۲

شرط ابتدایی مقابل شرط ضمن عقد است که شروطی هستند که در متن عقد ذکر نشده بلکه تعهدات و التزاماتی هستند که بدون اینکه عقدی به دنبال آن بیاید یکی از طرفین معامله برای دیگری می‌کند و حکم آن عدم التزام به اینگونه شرطهاست.

شروطی هستند که در متن عقد ذکر نشده بلکه تعهدات و التزاماتی هستند که بدون اینکه عقدی به دنبال آن بیاید یکی از طرفین معامله برای دیگری می‌کند و حکم آن عدم التزام به اینگونه شرطهاست.^۳

و نظرات مختلفی در نفوذ و عدم نفوذ آن شرط وجود دارد که در اینجا مجال بحث در این مورد وجود دارد.

۳. شرط اضافه

شرطی است که متعاقدين احکام عقد را به زمان آینده موکول می‌کنند مانند اینکه متعاقدين بر شروع اجاره از روز معینی اتفاق نظر داشته باشند.^۴

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی، تهران، گنج دانش، ج ۳، ص ۲۲۶۸.

۲. قرافی، ابو العباس شهاب الدین، الفروق، بیروت، عالم الكتاب، ج ۱، صص ۸۱-۸۲.

۳. بجنوردی، محمد بن حسن، قواعد فقهی، تهران، موسسه عروج، ج ۲، ص ۳۹۲.

۴. شبیر، محمدعثمان، الشروط المقترنه بالعقد، قطر، جامعه القطر، بی تا، ص ۶۳.

۱-۳- دیدگاه های فقهی در مورد شرط ضمن عقد

شرط ضمن عقد یکی از مهم ترین مباحثی است که به موضوع این پژوهش مربوط می شود که در اینجا به آرای مذاهب در این باره پرداخته می شود.

۱-۳-۱- دیدگاه فقهای مذاهب اهل سنت

همان طوری که بیان شد، منشأ شرط وضعی اراده انسان می باشد، مانند شرط معلق و مقید (ضمن عقد) که این نوع شروط محل خلاف بین فقهای مذاهب هستند که برخی رأی به عدم جواز تعلیق تمام عقود و تصرفات را با شرط داده اند و شروط را مضیق می دانند، برخی دیگر دارای نظر موسع در این مورد هستند و نظر برخی از فقهای دیگر، دارای تفصیل و شرح است که در ذیل به آن ها اشاره می کنیم. فقها بر اینکه شروط ضمن عقد دارای نتایج و آثاری بر عقد هستند اتفاق نظر دارند و همچنین بر اینکه این شارع است که بر عقد ترتب اثر می دهد و نه عمل متعاقبین، بلکه اراده متعاقبین عقد را فقط انشا می کند و این شارع است که بر عقد ترتب اثر می دهد. حال بر آن هستیم که نظر فقها را در مورد ترتب اثر شرط را بر عقد بررسی کنیم. لازم بذکر است اول سخن فقهای اهل سنت آورده می شود و سپس به شرح نظر فقهای امامیه در این مورد پرداخته می شود

۱-۳-۱-۱- نظریه تضییق شروط

ظاهریه اراده مکلف را در عقود ملغی می دانند و اصل رادر عقود و شروط حرمت می دانند مگر اینکه نص شرعی بر اباحه آن وارد شده باشد. طرفداران این نظریه دارای نظر مضیق در باب شروط و عقود هستند.^۱

آنان برای این گفته خویش به دلایلی ذیل متمسک شده اند:

۱. ابن حزم، ظاهری، ابو محمد علی بن احمد، الاحکام فی اصول الاحکام، بیروت، دارالآفاق الجدیده، بی تا، ج ۱، ص ۱۴۳.