

## بررسی تناقض‌نمایی

# قاعده «الشروط لا یوزع علیها الثمن»

## با قاعده «للشروط قسط من الثمن»\*

- سیدمهدی نریمانی زمان‌آبادی<sup>۱</sup>
- محمدتقی فخلعی<sup>۲</sup>

### چکیده

مطابق قاعده «الثمن لا یوزع علیها الشروط»، فقها معتقدند که شروط هیچ مابازایی از ثمن معامله را به خود اختصاص نمی‌دهند، بلکه تنها خاصیت شروط، ایجاد انگیزه و رغبت در مشتری برای خرید مشروط است. این در حالی است که فقها در جای دیگر مدعی‌اند که «للشروط قسط من الثمن»؛ بخشی از ثمن در ازای شروط پرداخت می‌شود. در واقع ظاهر این دو قاعده با یکدیگر ناسازگار است. لذا در مباحث متعددی از منابع فقهی، فقها اختلاف نظر دارند که محل نزاع، مشمول کدام یک از این قواعد می‌باشد؟

فقها پس از مشاهده تناقض‌نمایی این دو قاعده، به شیوه‌های مختلف سعی کرده‌اند که میان این دو جمع کنند، اما به نظر می‌رسد عرف در مواردی که شرط، اعم از شرط صفت و فعل و نتیجه، جنبه رغبت‌افزایی داشته باشد، بخشی

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱۱/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۵/۳۰.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد (mybox62@gmail.com).

۲. استاد دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول) (fakhlai@um.ac.ir).

از ثمن را در مقابل آن قرار می‌دهد، اما در مواردی که شرط، اصل باشد یعنی نفس معامله برای تحقق این شرط واقع شده باشد، عرف در اینجا ثمن را تقسیط نمی‌کند.

**واژگان کلیدی:** ثمن، شروط، توزیع ثمن، قاعده فقهی، عرف.

#### مقدمه

یکی از قواعدی که در برخی از کتاب‌های فقهی به آن استناد شده، قاعده «الثمن لا یوزع علی الشروط»<sup>۱</sup> است (نجفی تبریزی، ۱۴۱۳: ۸۹). مطابق این قاعده، فقها مدعی شده‌اند که شروط هیچ مایزایی از ثمن معامله را به خود اختصاص نمی‌دهند، بلکه تنها خاصیت آن‌ها، ایجاد انگیزه و رغبت در مشتری برای خرید مشروط است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱: ۱۹۸). این در حالی است که فقها در جای دیگر مدعی‌اند که «للشروط قسط من الثمن»<sup>۲</sup> (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۸۴/۲)؛ یعنی بخشی از ثمن در ازای شروط پرداخت می‌شود. در واقع، ظاهر این دو قاعده با یکدیگر ناسازگار است، لذا در موارد متعددی از کتب فقهی، فقها اختلاف نظر دارند که محل نزاع، مشمول کدام یک از این قواعد است؟ برخی مطابق قاعده نخست عمل کرده‌اند و برخی به قاعده دوم ملتزم شده‌اند.<sup>۳</sup>

۱. «الشروط لا یوزع علیها الأثمان» (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۲۵۲/۸؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۴۷؛ نجفی، ۱۳۶۸: ۲۳/۲۲۰)؛ «الثمن لا یوزع علی الشرائط» (نجفی، ۱۳۶۸: ۲۳/۲۷۹؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱/۱۲۷؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۱۴/۱۶۸)؛ «الثمن لم یوزع علی الشرط» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۷۵۵؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۸/۳۷۳)؛ «الشروط لا یقابل بها شیء من القیمه» (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴/۴۲۴)؛ «الشروط لا یقابل بالأعواض» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۱/۱۸۳)؛ «الثمن فی البیع یقع یزاء العین لا یزاء الصفات والمنافع» (منتظری، ۱۴۱۷: ۲/۲۶۲)؛ «الثمن لا یوزع بعضه علی الشرط» (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱: ۱۹۸)؛ «الشروط لا یقابل بالمال» (معروف حسینی، بی‌تا: ۴۲۲).

۲. «إن الشرط له قسط من الثمن» (حلی، ۱۴۰۷: ۲/۴۰۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۷۳۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۸/۳۷۵)؛ «للشروط قسط من الثمن» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۵۳؛ نجفی، ۱۳۶۸: ۱۷/۳۷۴؛ امامی خوانساری، بی‌تا: ۱۳۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۲/۶۸)؛ «إن للشروط قسطاً من الثمن» (حلی، ۱۴۱۳: ۵/۲۹۸؛ قمی، ۱۴۲۷: ۱/۵۰۶؛ طباطبایی حائری، بی‌تا: ۳۲۹).

۳. با توجه به این مسئله، بین فقهای امامیه در خصوص حکم شرط ضمن عقد لازم، چند قول است: الف) «وجوب وفای به شرط و عدم جواز فسخ از ابتدای امتناع». لذا بر مشروط علیه واجب است که به شرط وفا کند و به مجرد امتناع، مشروط له نمی‌تواند معامله را فسخ کند، بلکه باید اجبار او را از حاکم - اگر مذهب حاکم نیز این باشد - بخواهد و تنها در صورت تعدر است که می‌تواند معامله را فسخ کند. قانون مدنی در ماده ۲۳۹ از همین قول تبعیت کرده است.

برای نمونه چند مورد از این اختلاف‌ها اشاره می‌شود:

**نخست:** در بحث مهم و کاربردی «آیا فساد شرط، به فساد عقد بیع منجر می‌گردد؟» برخی فقیهان با توجه به مفاد قاعده «الثلث لا یوزع علی الشروط» مدعی شده‌اند که معامله صحیح است؛ زیرا هیچ بخشی از ثمن معامله در مقابل شروط قرار نمی‌گیرد و این در حالی است که گروه دیگری از فقیهان با توجه به قاعده «للشروط قسط من الثمن» بر این باورند که معامله فاسد می‌شود؛ زیرا بخشی از ثمن، در ازای شرط فاسد قرار گرفته است و مجهول بودن یا فاسد بودن این بخش از ثمن، باعث بطلان کل معامله می‌شود (حلی، ۱۴۰۷: ۴۰۷/۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۷۵/۸؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۳۷؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۵۱/۴).

**دوم:** در عقد نکاح، اگر یکی از طرفین شرطی مخالف کتاب یا سنت یا منافی با مقتضای عقد کند، در میان فقیهان دو نظریه سابق مطرح است (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۵۳).

**سوم:** در حج استیجاری شرط شده است که شخص اجیر از فلان مسیر حرکت کند. حال اگر وی از مسیر دیگری به حج برود، دو مسئله مطرح است: نخست اینکه

→ ب) «وجوب وفای به شرط و جواز فسخ در صورت امتناع». لذا بر مشروط‌علیه واجب است که به شرط وفا کند، ولی در صورت امتناع، مشروط‌له تنها می‌تواند معامله را فسخ کند. فاضل نراقی این قول را به شهید اول در کتاب *الدروس الشرعیة* نسبت می‌دهد؛ چون در این کتاب آمده است: «جایز است شرط کردن امر مشروعی در ضمن عقد بیع، و شرط از ناحیه مشروط‌علیه واجب و لازم‌الوفاست و در صورت اخلال به شرط، مشروط‌له می‌تواند بیع را فسخ کند. اما آیا می‌تواند او را اجبار به انجام شرط کند؟ مسئله محل نظر است» (عاملی، ۱۴۱۷: ۲۱۴/۳).

ج) «وجوب وفای به شرط و جواز فسخ و خیار در صورت امتناع». بر مشروط‌علیه وفای به شرط واجب است ولی مشروط‌له مخیر بین خیار و فسخ است. شاید وجه این قول و قول قبلی، این است که به مجرد امتناع مشروط‌علیه، این امتناع فسخ تلقی می‌شود و مشروط‌له نیز می‌تواند عقد را فسخ کند و بر این فسخ دوجانبه، عنوان «تجارة عن تراض» صدق می‌کند.

د) «عدم وجوب وفای به شرط». یعنی بر مشروط‌علیه انجام شرط واجب نیست و تنها فایده شرط این است که بیع را در معرض زوال و فسخ قرار می‌دهد. وجه این قول اصل عدم وجوب است؛ یعنی شک در وجوب وفای به شرط می‌کنیم، برای ازاله شک به اصل براءت تمسک می‌کنیم؛ زیرا مجرای اصل براءت، شک در تکلیف است.

ه) «فرق گذاشتن بین شرط فعل و شرط نتیجه». چنانچه شرط فعل باشد، واجب‌الوفاست و چنانچه شرط نتیجه باشد، شرط لازم‌الوفاست (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۶).

آیا حج او قبول است یا خیر؟ که همگان بر صحت آن اتفاق دارند و دوم که به بحث ما نیز مربوط می‌شود اینکه آیا اجیر حق دریافت مزد دارد یا خیر؟ آیا اجاره باقی می‌ماند یا خیر؟ در اینجا نیز فقیهان با توجه به دو قاعده متفاوت مزبور، اختلاف فتوا دارند (نجفی، ۱۳۶۸: ۳۷۴/۱۷).

این دو قاعده در کتب فقهی شیعه، با عناوینی شبیه به آنچه امروزه در فقه کاربرد دارد، از دیرباز مورد اشاره و کاربرد فقهای امامیه بوده است؛ برای مثال، قاعده «الشروط لا یورِّع علیها الأثمان» را شهید اول با این عنوان در کتابش ذکر می‌کند (عاملی، ۱۴۱۷: ۲۱۶/۳) و همچنین علامه حلی برای نخستین مرتبه از قاعده «إِنَّ لِلشَّرْطِ قِسْطًا مِنَ الثَّمَنِ» در کتاب خود یاد کرده است (۱۴۱۳: ۲۹۸/۵). البته بی‌گمان پیش از این مواردی که در اینجا مطرح گردید، این قاعده کاربرد عملی داشته است اما هنوز با عنوان قاعده شناخته نمی‌شده است، بلکه فقط در مقام افتا از این قواعد بهره می‌گرفتند.

در این نوشتار پس از توضیح اصطلاحات این دو قاعده، به رابطه این دو و کاربردهای آن اشاره می‌شود تا این تناقض‌نمایی که ذهن مخاطب را در نگاه نخست به خود مشغول می‌سازد، برطرف شود و کارکرد هر مورد معلوم گردد.

«ثمن»: بهای کالای مورد معامله. ثمن به بهایی می‌گویند که کالا در برابر آن معامله می‌شود؛ خواه با ارزش متعارف کالا در بازار برابر باشد یا بیشتر و یا کمتر باشد و تفاوت آن با «قیمت» در همین است؛ زیرا «قیمت» عبارت است از ارزش کالا در بازار و نزد عرف که از آن به «ثمن‌المثل» تعبیر می‌شود. از این عنوان، در باب تجارت و به مناسبت در برخی دیگر از ابواب معاملات و نیز عبادات سخن گفته‌اند. اما با توجه به اینکه در این دو قاعده ثمن در عقد بیع محل بحث است، باید گفت که ثمن همچون ثمن یا مبیع از ارکان عقد بیع به شمار می‌رود و مالیت داشتن، مملوک بودن، معلوم بودن از جهت جنس و وصف از شرایط آن است (نائینی، ۱۴۱۳: ۳۶۵/۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۶۰/۱۸ و ۳۷۹/۲۵؛ هاشمی شاهرودی و دیگران، ۱۴۲۶: ۶۹۰/۲).

«شروط»: هرچند لفظ «شرط» در اخبار و روایات وارد شده، اما معنای آن در شرع بیان نشده است؛ مثلاً در حدیث که عامه و خاصه از پیامبر صلی الله علیه و آله نقل کرده‌اند، آمده

است: «المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۳۲/۳؛ همو، ۱۳۶۵: ۳۷۱/۷) یا «المسلمون عند شروطهم» (همو، ۱۳۶۵: ۴۶۷/۷؛ حر عاملی، ۱۴۱۴: ۱۷/۱۸).

چنان که می‌بینیم لفظ «شرط» در روایات زیاد به کار رفته است، اما مفهوم و حقیقت آن بیان نشده است. اصولاً بنا و عادت شارع این نیست که الفاظ را معنا کند، بلکه آن‌ها را به معانی متداول بین مردم ارجاع می‌دهد. پس با توجه به این نکات باید لفظ «شرط» بر معانی عرفی خود حمل گردد.

## الف) معنای شرط

شرط به دو معنا استعمال می‌شود:

۱. معنای حدیثی: شرط طبق این معنا مصدر است و جمع آن شروط، لذا کلماتی مثل شارط، مشروط، مشروط له و مشروط علیه از آن مشتق می‌شوند. این واژه در فقه (برای مطالعه بیشتر ر.ک: سعدی، ۱۴۰۸: ۱۹۲؛ مشکینی، بی‌تا: ۳۱۱) و حقوق دو معنا دارد: نخست، «تعهد اصلی» و دوم، «تعهد فرعی که ضمن عقدی دیگر محقق می‌شود».
  ۲. شرط اصولی: بر اساس این معنا، شرط به چیزی گفته می‌شود که از وجود آن ممکن است وجود حاصل شود، ولی از عدم آن حتماً عدم لازم می‌آید.
- در این جستار، منظور از شرط، «تعهد فرعی که ضمن عقد دیگری محقق می‌شود» می‌باشد.<sup>۱</sup>

## ب) اقسام شروط

فقها<sup>۲</sup> و حقوق‌دانان شرط را از چند لحاظ، تقسیم کرده‌اند. نخست از لحاظ ذکر در متن عقد یا غیر آن به سه قسم تقسیم می‌شود:

۱. فقها درباره معنای عرفی «شرط» اختلاف نظر دارند: برخی، آن را به معنای الزام و التزام دانسته‌اند، اما برخی دیگر این ادعا را نمی‌پذیرند (برای مطالعه بیشتر ر.ک: شکاری، ۱۳۷۷: ش ۳۹/۷۱-۹۲).
۲. در همه ابواب معاملات (بیع، صلح، هبه، اجاره، مزارعه، مساقات و...) بحث شروط آمده است که از مهم‌ترین مباحث معاملات می‌باشد. در باب نکاح هم این بحث وجود دارد، لذا برخی مانند شیخ انصاری بحث شروط را مستقلاً مطرح کرده و برای صحت آن هشت شرط ذکر کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۰۴/۶).

۱. شرط ضمن عقد: چنانچه شرط در ضمن عقد ذکر شود؛ مثلاً اگر در عقد بیع شرط شود که مبیع در فلان مکان تحویل داده شود یا در ضمن عقد نکاح، زوجه با زوج شرط کند که او را از وطن خود خارج نکنند، به این التزام تبعی، شرط گفته می‌شود و اگر وفای به شرط را واجب بدانیم، باید به این قبیل شرطها وفا شود، زیرا قطعاً بر چنین التزامی، عنوان شرط صدق می‌کند.

۲. شرط تبانی: یعنی شرطی که متعاقدین قبل از اجرای عقد درباره آن صحبت کرده باشند، اما هنگام انشای عقد آن را ذکر نمی‌کنند، حال یا به خاطر فراموشی، آن را ذکر نکرده و یا فکر کرده‌اند آوردن آن در متن عقد لازم نیست؛ برای مثال، قبل از انشای صیغه عقد بیع، شرط کنند که متعاقدین خیار مجلس نداشته باشند یا شرط کنند که مبیع در فلان محل تحویل داده شود، اما هنگام عقد ذکر آن را در متن عقد لازم نمی‌بینند یا اصلاً فراموش می‌کنند.

۳. شروط ابتدایی: منظور از شرط ابتدایی به معنای اخص، شرطی است که قبل از عقد یا بعد از آن آورده شود بی‌آنکه به عقد ارتباطی داشته باشد یا عقد بر مبنای آن جاری شده باشد.

شرط به لحاظ دیگر به سه قسم تقسیم می‌شود:

۱. شرط صفت: چنانچه خصوصیتی در یکی از عوضین شرط شود، مثلاً در عقد بیع شرط شود رنگ اتومبیل که مبیع است سفید باشد، به این شرط اصطلاحاً «شرط صفت» می‌گویند.

البته اگر متعلق صفت، عین خارجی و شخصی باشد، در اینجا مشروطه مسلط بر فسخ است؛ زیرا برای تحصیل این شرط نمی‌توان الزام مشروط علیه را از حاکم تقاضا کرد.

در این خصوص، ماده ۲۳۵ قانون مدنی می‌گوید:

هر گاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده است، خیار فسخ خواهد داشت.

هرچند این ماده مطلق است، اما باید آن را بر مقید حمل کرد، بنابراین چنانچه در عقد جزئی و شخصی، شرط صفت شده باشد، در صورت تخلف از شرط، مشروطه

خیار خواهد داشت، لذا ماده ۴۱۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

در بیع کلی، خیار رؤیت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقررّه بین طرفین باشد.

بنابراین در بیع کلی به خاطر تخلف از صفت، عموم «المؤمنون عند شروطهم» جاری می‌گردد. به عبارت دیگر، مشروط علیه ملزم است که عین را تعویض و عین دیگری را تحویل دهد که مطابق اوصاف بیان شده باشد. به هر حال، اگر بیع یا هر عقدی کلی باشد، حکم شرط صفت نیز مشمول بحث ما نیز خواهد شد. البته به نظر می‌رسد حتی در عین شخصی، اگر مشروط علیه می‌تواند ساختمان را نقاشی و سپس آن را تحویل دهد یا شرط شده باشد که نمای ساختمان آجری باشد، ولی بعداً معلوم شود که ساختمان نماکاری نشده، می‌توان الزام او را به نماکاری خواست. بنابراین به مجرد تخلف از صفت، مشروط‌له مسلط بر فسخ نخواهد بود.

۲. شرط فعل: گاه در ضمن عقد، شرط به فعلی از افعال یکی از متعاقدین یا دیگری تعلق می‌گیرد؛ یعنی اقدام به فعلی، بر یکی از متعاملین یا شخص ثالثی شرط شود.

۳. شرط نتیجه: گاهی نتیجه و غایت حاصل از عقد یا ایقاعی، در ضمن عقدی دیگر شرط می‌شود؛ مثلاً نتیجه عقد وکالت که استتبابه در تصرف است در ضمن عقد دیگر مثل بیع یا ازدواج شرط شود و این شرط به نفس اشتراط حاصل می‌شود؛ یعنی نیازی به انشای مستقل و ایجاد سبب نیست.

### بررسی مفاد دو قاعده

هرچند بسیاری از فقیهان به رابطه این دو قاعده اشاره نکرده‌اند، برخی در مقام بررسی استدلال‌های فقها در مباحث مختلفی، به رابطه این دو قاعده اشاره کرده‌اند. در ادامه به برخی از موارد رابطه این دو قاعده اشاره می‌گردد تا از این رهگذر تفاوت‌های اصلی آن‌ها روشن شود.

## گروه اول: منکران یکی از دو قاعده

پیروان این نظریه بر این باورند که این دو قاعده اصطیادی با یکدیگر تناقض دارند، لذا در صدد برآمده‌اند تا قاعده «الثلث لا یوزع علی الشروط» را صحیح برشمردند و قاعده «للشرط قسط من الثلث» را ناصحیح قلمداد نمایند؛ برای نمونه، به برخی از این موضع‌گیری‌ها در ادامه اشاره می‌شود (برای مطالعه بیشتر ر.ک: بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۶۴/۱؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۳۹۳/۷؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۵۱/۴؛ همو، ۱۴۲۶: ۱۳۲/۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۷۹/۲؛ مصطفوی، ۱۴۲۳: ۱۰۹؛ سیفی مازندرانی، ۱۴۲۷: ۱۲۲).

### منکران قاعده «للشرط قسط من الثلث»

محقق بحرانی در این مورد می‌نویسد:

اگرچه چنین سخنی در میان فقیهان شهرت یافته است، اما احادیث با مفاد این قاعده [اصطیادی] ناسازگار است، چنان که در مقدمه یازدهم از همین کتاب بیان کردیم (۱۴۰۵: ۶۷/۱۹).

شیخ انصاری نیز بحث را این گونه مطرح می‌کند:

اگر شرط تحقق نیافت، حقی برای مشتری پیدا نمی‌شود مگر خیار؛ زیرا دلیلی بر لزوم ارش وجود ندارد، زیرا شرط در حکم قید است که مقابل مال قرار نمی‌گیرد بلکه عرف و شرع بین دو مال [پول و کالا] معامله را جاری می‌دانند، اما تقیید که امری معنوی است، جزء مال حساب نمی‌شود حتی اگر قیمت کالا با وجود آن افزایش یابد.

[اشکال نکنید که چرا در عیب، ارش ثابت می‌شود، اما در اینجا مدعی شده‌اید که شرط، همانند قید است؛ زیرا می‌گوییم: [لزوم عرش در عیب، به خاطر نص خاص است] که آن نص خاص، موجب شده است در عیب به قاعده «الشروط لا یوزع علیها الثلث» تخصیص بخورد [۱۴۱۵: ۷۳/۶].

البته ایشان مانند هر بحث دیگر، اقوال مخالف خود را مطرح می‌کند، مانند ظاهر فتوای علامه حلی و صیمری که در مواردی بر خلاف ادعای شیخ است. در واقع، این دو فقیه در برخی موارد، قاعده «للشرط قسط من الثلث» را جاری کرده‌اند (برای مطالعه بیشتر ر.ک: حلی، بی‌تا: ۴۲۹/۱؛ صیمری، ۱۴۲۰: ۶۴/۲).



صاحب جواهر نیز در جایی که به خاطر نبود شرط، قائل به لزوم پرداخت ارش شده، می‌گوید:

کسی اشکال نکند که ثمن بر شرایط توزیع نمی‌شود، [پس چرا شما به خاطر نبود شرط، قائل به لزوم پرداخت ارش شده‌اید؟] زیرا [در پاسخ می‌گوییم: پیش از این روشن شد که این ارش به خاطر عیب است نه به خاطر شرط (نجفی، ۱۳۶۸: ۲۳/۲۷۹)].

ظاهر عبارت ایشان بر این نکته دلالت می‌کند که وی قاعده «للشروط قسط من الثمن» را قبول ندارد، لذا حکم لزوم پرداخت ارش را به «عیب» مستند می‌کند نه قاعده «للشروط قسط من الثمن».

وی در جای دیگر با صراحت می‌نویسد:

کسی با تمسک به «الشرط له قسط من الثمن» ادعای بطلان بیع را نکند... چون روشن است که ثمن بر شرایط توزیع نمی‌شود، بلکه شروط همانند اوصاف هستند که باعث کاهش یا افزایش قیمت کالا می‌شوند (همان: ۲۳/۲۱۵).

آیه‌الله موسوی خویی نیز در مورد شروط می‌گوید:

شروط، خواه شرط وصف یا غیر آن، از چیزهایی است که در برابر مال قرار نمی‌گیرد و چیزی از ثمن در مقابل آن قرار نمی‌گیرد، بلکه همه ثمن در مقابل خود مبیع قرار می‌گیرد (بی‌تا: ۷/۳۷۶).

سید تقی طباطبایی قمی در این زمینه می‌نویسد:

این مبنا فاسد است؛ زیرا هیچ بخشی از ثمن، در برابر شرط قرار نمی‌گیرد. پس نمی‌توان ادعا کرد که بخشی از ثمن در برابر شرط است. در واقع با توجه به اینکه چنین مبنایی فاسد است، بنای آن [یعنی مفاد مستفاد از آن] نیز فاسد است (۱۳۱۳: ۱/۱۷۹).

آیه‌الله منتظری نیز در مقام تبیین این مسئله که با تخلف از صفت یا منفعت، عقد فاسد نمی‌شود، معتقد است:

ثمن در بیع، در ازای عین پرداخت شده است، نه در ازای صفات و منافع؛ حتی اگر در مقام قیمت‌گذاری، صفت یا منفعت لحاظ شده باشد. با توجه به این نکته و همچنین اینکه ملاک در صحت و فساد معامله، چیزی است که انشای بر آن واقع

شده، نه چیزی که در ذهن قصد شده است... در واقع ارزش صفت در اینجا همانند ارزش شرط است که حتی گاهی در مقام قیمت‌گذاری مورد ملاحظه قرار می‌گیرد و در متن عقد نیز به آن تصریح می‌شود، اما باز هم فقها می‌گویند که معامله با فساد شرط یا تخلف از شرط باطل نمی‌شود و معامله به واسطه فساد یا تخلف از شرط، تبعض نمی‌پذیرد. البته در چنین جایی، نهایت چیزی که ثابت می‌شود، ثبوت خیار به واسطه تخلف از شرط است (۱۴۱۷: ۲/۲۶۲).

چنان که مشاهده شد، ایشان نیز بدون اشاره به قاعده «لشرط قسط من الثمن»، در صورت تخلف از شرط، خیار را به واسطه تخلف از شرط، ثابت می‌داند، نه به دلیل قاعده فوق (برای مطالعه بیشتر ر.ک: عاملی، بی‌تا: ۱/۱۴۱). خلاصه، همان طور که مشاهده شد، این گروه از فقیهان با انکار صحت یکی از دو قاعده، به مفاد دیگری پایبند می‌باشند.

### گروه دوم: جمع میان دو قاعده

فقیهان طرفدار این نظریه معتقدند که دو قاعده اصطیادی محل بحث، هرچند در نگاه نخست متناقض هستند، پس از دقت نظر درمی‌یابیم که هیچ مشکلی با هم ندارند، بلکه هر کدام مفادی را می‌رسانند که با مفاد قاعده دیگر هیچ اصطکاک‌کی میان آن دو وجود ندارد.

ایشان بر این باورند که بر اساس قاعده «الثمن لا یوزع علیها الشروط»، ثمن چند بخش نمی‌شود که یک بخش آن در ازای شرط، بخشی در ازای وصف، بخشی در ازای مدت و بخشی در ازای عین قرار گیرد. پس مطابق این قاعده، ثمن تنها در مقابل مثنی و عین قرار می‌گیرد و شرط و صفت و مدت، هیچ تأثیری در ثمن معامله ندارد. اما قاعده «لشرط قسط من الثمن» به این معناست که شروط ضمن عقد و صفات مبیع، به گونه‌ای است که باعث رغبت‌افزایی در مشتری می‌شود، حتی گاهی باعث افزایش قیمت کالا هم می‌شود اما متبایعین در معامله، ثمن و مثنی را مدنظر قرار می‌دهند و معامله بر سر عین مبیع انجام می‌شود نه شروط ضمن عقد. در ادامه به برخی از عبارتهای این بزرگان اشاره می‌شود.

سیدعلی طباطبایی و فقهای موافق او در این مورد می‌نویسند:

با توجه به اینکه ثمن بر شرط توزیع نمی‌شود، به گونه‌ای که بخشی از ثمن در برابر شروط باشد، باید شرط را بخشی از ثمن به شمار آورد که با نبودش در قیمت، نقصی پیش می‌آید (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۲۵۳/۸؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۴۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱: ۱۹۸).

### سیدکاظم طباطبایی یزدی می‌گوید:

تحقیق این است که ثمن بر هیچ یک از اوصاف، تقسیط و توزیع نمی‌شود، حتی وصف صحت! آری، تمام اوصاف باعث ازدیاد قیمت می‌شوند، اما در این صورت نیز ثمن در برابر خود عین قرار می‌گیرد نه اینکه بخشی از ثمن در مقابل عین و بخش دیگری در مقابل وصف باشد. البته وصف، منشأ زیادت قیمت عین می‌شود به این گونه که ثمن بیشتری در برابر آن عین پرداخت می‌گردد. لذا شهرت یافته که «الأوصاف لا یقابل بالأعواض كما أنّ الشرط أيضًا كذلك». البته این قاعده که برخی می‌گویند مبنی بر اینکه «للاجل قسطًا من الثمن أو للشروط أو الوصف قسطًا من الثمن» به آن معناست که این موارد زمینه‌ساز زیادت ثمن عین است، نه اینکه در مقام انشا، بخشی از ثمن در برابر آن پرداخت می‌شود. پس وضعیت شرط، همانند اجزای عین نیست و این بسیار واضح است.

تفاوتی بین وصف صحت و سایر اوصاف وجود ندارد. [لازم به یادآوری است که] ثبوت ارش در خیار عیب، بر این دلالت نمی‌کند که بخشی از ثمن در مقابل وصف یا شرط قرار گرفته است؛ زیرا اگر چنین ادعایی صحیح بود، تخلف از شرط و وصف باعث می‌شد که آن بخش از ثمن به فروشنده منتقل نشود، نه اینکه برای مشتری حق رد یا ارش ثابت شود.

بلکه می‌گوییم: ثبوت ارش، دلیلی بر عدم مقابله ثمن در برابر وصف و شرط است؛ زیرا در جایی که ارش ثابت شد، فروشنده می‌تواند مبلغ ارش را از جیب خود پیردازد حتی اگر عین ثمن در دست او موجود باشد (۱۴۱۰: ۱۸۳/۱).

در واقع، ایشان اصرار فراوانی بر این مطلب دارد که تعبیر فقیهان در «للشروط قسط من الثمن» را به گونه‌ای بر خلاف ظاهر تفسیر کند تا با قاعده «الثلث لا یوزع علی الشروط» منافات نداشته باشد.<sup>۱</sup>

۱. البته برخی فقیهان چنین ادعایی را نمی‌پذیرند، بلکه با توجه به وجدان خارجی بر این باورند که چنین ادعایی خلاف واقع است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۷۵۵/۱۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۳۷۳/۸؛ شریف کاشانی، ۱۴۰۴: ۳۱).

ایشان در جای دیگر می‌نویسد:<sup>۱</sup>

حاصل آنکه جایی برای این اشکال باقی نمی‌ماند که کسی بگوید وصف و شرط و اجل و چیزهایی همانند این موارد چون موجب افزایش قیمت می‌شود، پس بخشی از ثمن در مقابل آن قرار می‌گیرد؛ زیرا [پاسخ می‌دهم] افزایش ثمن به خاطر این موارد، همانند جزء مبیع نیست، بلکه نهایت فایده این موارد آن است [که در صورت تخلف] می‌توان ارش طلب کرد (همان: ۶۸/۲).

سید میرعبدالفتاح نیز همانند فقیهان این گروه، دست به چنین تأویلی زده است که در ادامه بیان می‌شود:

این [تخلف از شرط] باعث تبعض صفقه نمی‌شود تا عوض نسبت به آن تقسیط شود؛ چون شرط، هر چند قسمتی از ثمن است، جزء مبیع نیست، بلکه شرط همانند وصف است، لذا حکمی که پیش از این بیان شد مبنی بر «الأوصاف لا تقابل بالأعراض وإن تفاوتت بها القیم»، در اینجا نیز جریان می‌یابد. در واقع قول فقها که می‌گویند: «للشرط قسط من الثمن» به این معناست که شرط در قیمت گذاری مؤثر است اما نه اینکه بخشی از عوض در مقابل آن پرداخت می‌شود (حسینی مراعی، ۱۴۱۷: ۲۸۴/۲).

چنان که مشاهده می‌شود، این دسته از فقیهان در صدد جمع میان دو قاعده هستند، به این گونه که در مفاد و ظاهر یکی از دو قاعده تصرف کنند تا قابل جمع باشد.

۱. جالب اینکه ایشان در جلد دوم همین کتاب، به ناگاه نظرشان تغییر می‌کند و بر خلاف دیگر موارد همین کتاب می‌نویسد: «أقول فإنَّهما جعللا الخيار مدة مجهولة فيكون غرراً في الشرط ويسرى إلى أصل البيع لأنَّ للشرط قسطاً من الثمن فإذا كان مجهولاً يكون الثمن مجهولاً» (طباطبایی یردی، ۱۴۱۰: ۲۴/۲). در واقع، وی با تمسک به ظاهر قاعده محل بحث و بدون توجه به توجیهاتی که پیش از این و پس از این در مقام جمع میان مفاد دو قاعده مطرح می‌نماید، حکم به بطلان بیع می‌کند. در جای دیگر از همین کتاب نیز دست به بیان اقسام شروط می‌زند و احکام متفاوتی را برای هر کدام تعیین می‌کند. «تحقیق الحال فی هذه المسألة أن يقال: إنَّ الشرط المتعذر إما أن يكون وصفاً من الأوصاف كالكتابة فی العبد أو فعلاً من الأفعال والثانی إما أن يكون من قبیل بیع المبیع أو غیره علی البائع بثمان المثل أو علی غیره كذلك أو من قبیل الوقف علیه أو الهبة له أو من قبیل خیاطة الثوب ونحو ذلك وعلی التقديرین إما أن يكون متخلفاً و متعذراً حين البيع كاشتراط الكتابة المفقودة حين البيع أو اشتراط بیع شیء معین علیه فبان كونه تالفاً حين البيع أو اشتراط خیاطة ثوب معین بان تلفه حینه أو عدم قدرته علی خیاطة حینه وإما أن یصیر كذلك بعد البيع كما إذا باع حنطة كائبة بشرط كونها حمراء فانعدم الحنطة الحمراء بعد البيع وقبل الإعطاء أو اشتراط فعلاً ممكناً فصار متعذراً لفقد الموضوع أو لعدم القدرة (همان: ۱۲۹/۲).

اما باید گفت که این توجیحات از موارد «مما لا یرضی صاحبه» است؛ زیرا این گونه وجه جمع، هرچند در ظاهر کارساز است و تناقض را برطرف می‌کند، وقتی به ظاهر این قاعده که تعبیر «قسط» در آن آمده، می‌نگریم و همچنین هنگامی که مفاد این قاعده را نزد پیروان این نظریه بررسی می‌کنیم، درمی‌یابیم که منظور ایشان از «قسط من الثمن»، همان «توزیع الثمن» است نه «ارتقاء الثمن» (حلی، ۱۴۰۷: ۴۰۷/۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۷۵/۸؛ نجفی، ۱۳۶۸: ۳۷۴/۱۷؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۳۷).

### گروه سوم: تفصیل میان ذکر یا عدم ذکر در متن

برخی از فقیهان، در مسئله قائل به تفصیل شده‌اند؛ به این صورت که اگر شرط در متن عقد ذکر شود، مشمول قاعده «للشروط قسط من الثمن» می‌شود، وگرنه باید قاعده «الثمن لا یوزع علی الشروط» را جاری کرد. در واقع، بر خلاف فقهای سابق که شرط ذکر شده در متن عقد را نیز جزء ثمن به شمار نمی‌آوردند (منتظری، ۱۴۱۷: ۲۶۳/۲)، اینان در چنین فرضی، شرط را جزء ثمن می‌دانند؛ برای نمونه، ملاعلی قزوینی در حاشیه بر کتاب صیغ العقود و الایقات می‌نویسد:

اگر شرط در وقت بیع ذکر شود، جزئی از ثمن می‌گردد اما اگر ذکر نشود، ثمن بر آن تقسیم نمی‌گردد. پس شرط مطلقاً خارج از عقد نیست (۱۴۱۴: ۱۷۳).

### گروه چهارم: تفصیل میان شروط قابل ارزش‌گذاری و غیر آن

پیروان این نظریه نیز همانند گروه سوم، میان اقسام شروط تفاوت گذاشته‌اند و با توجه به این تفصیل، برخی موارد را مشمول قاعده «للشروط قسط من الثمن» و برخی را نیز مشمول قاعده «الثمن لا یوزع علی الشروط» دانسته‌اند. اما محل تفصیلی که ایشان بیان کرده‌اند، با گروه قبلی متفاوت است. ایشان شرایط را به دو دسته تقسیم می‌کنند و مدعی‌اند که دسته‌ای از شروط، قابلیت ارزش‌گذاری دارند و برخی نیز چنین قابلیتی ندارند.

علامه حلی در این مورد چنین می‌نگارد:

اگر خریدار، شرطی برای فروشنده تعیین کرده باشد به گونه‌ای که کار مجازی را انجام دهد، [اگر فروشنده به این شرط عمل نکرد] مشتری مخیر است معامله را فسخ

کند یا تحقق آن را مطالبه نماید یا اگر وقت انجام آن شرط گذشته باشد و قابل ارزش گذاری باشد، عوض مالی آن را طلب کند... البته اگر شرط از اموری بود که قابلیت ارزش گذاری نداشت، مشتری بین فسخ یا امضای مجانی مخیر می شود. همچنین اگر فروشنده برای مشتری شرطی قرار دهد، مانند اینکه بگوید: «این خانه را به شرطی به تو می فروشم که این پیراهن را برایم رنگ کنی»، حال اگر پیراهن از بین رفت، فروشنده مخیر است بین اینکه معامله را فسخ کند یا اینکه معامله را امضا کند که در این صورت، در جایی که عمل مشروط، قابل ارزش گذاری باشد، مابه التفاوت را مطالبه می کند و در جایی که عمل مشروط، قابل ارزش گذاری نباشد، به صورت مجانی امضا می نماید (بی تا: ۲۵۵/۱۰).

در واقع، ایشان معتقد است که شروط ضمن عقد بر دو دسته اند: برخی به گونه ای هستند که به واسطه عدم قابلیت ارزش گذاری، مشمول قاعده «الشروط لا یوزع علیها الثمن» می باشند و برخی نیز به دلیل قابلیت ارزش گذاری، مشمول قاعده «لشروط قسط من الثمن» هستند.

از دیگر فقیهان این گروه می توان به فاضل صیمری اشاره کرد. ایشان بر این باور است که شروط بر دو نوع اند و برخی، قابلیت ارزش گذاری دارند و برخی چنین نیستند. در جایی که این قابلیت وجود دارد باید به مفاد قاعده «لشروط قسط من الثمن» پایبند بود، اما در جایی که شروط قابلیت ارزش گذاری ندارند، باید مطابق قاعده «الثمن لا یوزع علی الشروط» عمل کرد (۱۴۲۰: ۶۳/۲).

### گروه پنجم: تفصیل میان شروط متضمن جزء مبیع و غیر آن

عده ای از فقها نیز در مقام جمع میان این دو قاعده، قائل به تفصیل شده اند، البته به این گونه که اگر شرط، متضمن جزئی از مبیع باشد، مشمول قاعده «لشروط قسط من الثمن» است، وگرنه همان قاعده «الشروط لا یوزع علیها الثمن» جاری می گردد (مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۷۶).

برای نمونه به عبارت زیر توجه کنید:

شرط هرچند که قسمتی از ثمن مال آن است، ثمن بر آن توزیع نمی شود، پس در صورت فقدان شرط، خریدار دو راه بیشتر ندارد، یا فسخ یا امضای تمام ثمن. البته چنانچه شرط واقعاً متضمن جزئی از مبیع باشد، مانند جایی که زمینی را فروخته است به شرط اینکه مساحتش این اندازه باشد، پس اگر روشن شود که اندازه درست نبوده

است، مشتری می‌تواند معامله را فسخ کند یا بخشی از ثمن را امضا کند، بی‌آنکه بین متفق الاجزاء یا مختلف الاجزاء تفاوتی باشد (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳: ۱۴۲/۳).

### گروه ششم: تفصیل میان شروط مستقل از عقد و غیر آن

برخی فقیهان بر این باورند که عرف شروط ضمن عقد را به دو گونه تصور می‌کند: برخی از شروط، مستقل از عقد هستند و برخی دیگر خیر؛ برای نمونه، امام خمینی در توضیح مطلب چنین می‌نگارد:

ظاهر این است که موارد مختلف است؛ گاهی بیع به گونه‌ای است که عرف می‌گوید این بیع مجزاست و شرط نیز مستقل است اما ذیل بیع بیان شده است... مانند جایی که ذیل عقد بیع شرط کند که طرف مقابل برای خودش اعتکاف کند و هیچ قصدی جز عبادت خدا را ندارد. در واقع، اینجا شرط به گونه‌ای است که هیچ بخش از ثمن در برابر آن واقع نشده است، نه لفظاً و نه لثماً. اما در برخی موارد، عرف شرط و بیع را متحد می‌داند (موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۱۶/۲).

ایشان در ادامه، تقسیم دیگری برای اقسام شرط بیان می‌کند: گاهی شرط در رغبت‌افزایی مؤثر است، مانند شرط دوخت پیراهن و مانند این موارد که به حسب لثمی (نه لفظی) بخشی از ثمن در مقابل آن قرار می‌گیرد (همان).

### گروه هفتم: تفصیل میان شروط لغو و غیر لغو

عده‌ای معتقدند که میان شروط باید قائل به تفصیل شد، اما این تفصیل با تفصیل قبلی متفاوت است. ایشان ملاک تقسیم را «لغویت» و «عدم لغویت» می‌دانند و می‌گویند: اگر شرط، لغو باشد، بخشی از ثمن در برابر آن قرار نمی‌گیرد (حسینی شیرازی، بی‌تا: ۱۴/۱۵).

با توجه به این تعبیر می‌توان دریافت که ایشان معتقدند شروطی که لغو نیستند، می‌توانند در مقابل بخشی از ثمن قرار گیرند.

### بررسی اقوال

در این قسمت به دنبال پاسخ این پرسش هستیم که به راستی کدام یک از این اقوال

صحیح است؟

چنان که بسیاری از فقیهان نیز مطرح کرده‌اند، مرجع صحیح تشخیص مسئله در اینجا عرف است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۶۷/۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۱۶/۲)؛ زیرا چنان که می‌دانیم شارع مقدس در معاملات، مؤسس نیست بلکه امضاکننده سیره عقلا و عرف است. در واقع، به اجماع علما، احکام شارع در معاملات غیر توقیفی است (قمی، ۱۴۲۷: ۱۷۶/۱).

قبل از تعیین نظر عرف در مسئله مورد نظر، ابتدا جایگاه عرف در فقه شیعی تعیین می‌شود و سپس به دیدگاه عرف اشاره می‌گردد.

اسلام به ویژگی‌های صوری و عادت‌ها و سنت‌های جوشیده از فرهنگ‌های اختصاصی ملت‌ها احترام می‌گذارد و تا آنجا که مفید و سازنده است، آن‌ها را تثبیت و تأیید می‌کند و حتی اجازه نقض این میراث‌ها و هنجارهای وحدت‌آفرین را نمی‌دهد.

امام علی علیه السلام در منشور حکومتی خطاب به مالک اشتر می‌فرماید:  
روش‌های صحیحی که پیش از این، توسط بزرگان امت اجرا شده است و الفت به ارمغان آورده است و کار مردم را راه انداخته است، از بین نبر (نهج البلاغه: ۳۷۰).

البته شارع، تعصب جاهلانه و بی‌فایده‌ای را که باعث حفظ عادت‌ها و باورهای ملی غلط و مخرب می‌گردد، محکوم کرده است. لذا پیامبر رحمت صلی الله علیه و آله در این زمینه هشدار جدی می‌دهد و می‌فرماید:

هر کس در قلب خود کوچک‌ترین محبتی نسبت به عصیبت جاهلی داشته باشد، خدا او را در روز قیامت با عرب‌های جاهلیت برمی‌انگیزد (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۰۸/۲).

۱. عرف در لغت به چند معناست: نخست، به معنای پیاپی بودن چیزی به طوری که اجزایش متصل به یکدیگر باشد؛ دوم، به معنای آرامش و طمأنینه؛ سوم به معنای رسم و روش و مرسوم (ر.ک: طریحی، ۱۴۱۶: ۱۵۸). برای تبیین اصطلاح عرف در میان فقیهان، عبارات متعددی بیان شده است که به نظر می‌رسد جامع‌ترین آن‌ها این تعریف است: «عرف هر چیزی است که مردم به آن عادت کرده‌اند و به آن ملتزم می‌شوند، خواه کردار یا گفتار خاصی باشد» (سیحانی، ۱۴۱۹: ۱۸۳). عرف، در واقع روش مستمر مردم یک شهر یا یک قوم در گفتار یا رفتار است که از آن با نام‌های «عادت» یا «تعامل» یاد می‌کنند. البته لازم نیست همه افراد جامعه یا قوم، به آن روش ملتزم و پایبند باشند بلکه اگر اغلب مردم دارای روش مزبور بودند، عرف تحقق می‌یابد.



گرچه اسلام در خط‌مشی کلی این تفکر را تقویت می‌کند که همه انسان‌ها به‌رغم تفاوت در ویژگی‌های ملی، اقلیمی و تاریخی، از فطرتی یگانه برخوردارند و همین فطرت همگون و یگانه است که به فرهنگ انسانی یگانگی می‌بخشد و فرهنگ جوشیده از توحید را همان فرهنگ متحد فطری به‌عنوان فرهنگ مشترک انسان‌ها و ملت‌ها مطرح می‌نماید و راه‌های تعاون و مشارکت را در رسیدن به چنین هویت مشترک فرهنگی توصیه می‌کند، با وجود این هدف درازمدت و کلی، ملت‌ها را از حفظ میراث‌های مفید، سازنده و وحدت‌آفرین فرهنگی‌شان باز نمی‌دارد (ر.ک: عمیدزنجانی، ۱۴۲۱: ۲۴۶/۱)، لذا می‌توان گفت که در بسیاری از موارد مصلحت جامعه به عرف پیوند خورده است؛ زیرا عرف، منبع تشخیص مصلحت است. در فقه اسلامی، موارد فراوانی به عرف ارجاع شده است که در ادامه، به برخی به صورت خلاصه اشاره می‌گردد:

۱. تعیین معنا و مقصود الفاظ: با توجه به اینکه احکام شرعی از طریق الفاظ بیان شده، پس تشخیص و تعیین معانی الفاظ به نظر و فهم عرف بستگی دارد. مگر اینکه شارع معنای ویژه‌ای از الفاظ اراده کند و به آن تصریح نماید؛ مانند لفظ «صلاة» که در عرف به معنای «عبادت» است اما شارع آن را به معنای «عبادت خاص» می‌داند.

۲. مباحث الفاظ: یکی از مباحث پُردامنه دانش اصول فقه، مباحث الفاظ است که سراسر این مباحث جولانگاه عرف و فهم عرفی است و اصولیان برای استدلال باید به ظهورات عرفی متوسل شوند.

۳. تشخیص موضوعات: عرف در احراز خارجی موضوع و تحقق یا عدم تحقق آن (مانند تبدل موضوع شطرنج) نقش به‌سزایی ایفا می‌کند. در واقع، نقش عرف در اینجا تشخیص موضوعات احکام فقهی و پیاده‌سازی احکام شرعی بر آن‌هاست.

۴. روابط اقتصادی: برخی از موارد اعمال عرف در روابط اقتصادی عبارت‌اند از: - تعیین مکیل و موزون، مردم هر شهر و منطقه‌ای، بر اساس واژگان و اصطلاحات خاص خود، امور روزانه خود را تنظیم می‌کنند. لذا در جایی که یک «مَن»، وزنی معادل ۱۲ کیلوگرم دارد، اگر سه مَن از کالایی فروخته شود و سپس میان خریدار و فروشنده اختلاف حاصل شود، قاضی یا مفتی، فروشنده را ملزم به تحویل ۳۶ کیلوگرم از جنس مورد نظر می‌کند. حال آنکه در برخی شهرها، یک مَن معادل ۳ یا ۶ یا ۱۸

کیلوگرم می‌باشد. اما در مقام قضاوت یا افتا باید به عرف همان شهر استناد شود (ر.ک: سبحانی، ۱۴۱۹: ۱۸۵).

- انعام دادن به شاگرد در معاملات نیز از مصادیق این عرف است.

- یکی دیگر از مهم‌ترین کارکردهای عرف در معاملات، پایه‌گذاری احکام نوین و به رسمیت شناختن آثار و لوازم آن در حوزه معاملات و امور غیر عبادی و غیر توفیقی است. در واقع، شارع تنظیم نحوه برخی عرصه‌های زندگی اجتماعی را بر عهده عرف نهاده است که آیه‌الله صدر از آن به «منطقة الفراغ» تعبیر کرده است (صدر، ۱۴۱۷: ۶۸۹). آیه‌الله سبحانی در تبیین جایگاه عرف می‌نویسد:

هیچ شکی نیست که عرف مرجع حکم در «منطقة الفراغ» است. یعنی در جایی که نصی از سوی شارع در جایی وارد نشده است، عرف مرجع تعیین حکم شرعی می‌باشد (۱۴۱۹: ۱۸۳).

با توجه به موارد ارائه شده درمی‌یابیم که عرف با وجود شرایطی می‌تواند در «منطقة الفراغ» فایده‌بخش باشد و حکم برخی از مسائل را روشن سازد. به عبارت دیگر، شارع مقدس در برخی موارد، دست عرف را در تنظیم روابط و تأمین نیازهای روزمره باز گذاشته است، البته به شرطی که از حدود تعیین شده توسط شارع مقدس تعدی نکنند. این شرایط با توجه به آموزه‌های اسلامی عبارت‌اند از: ۱. عرف هر منطقه، ملاک عمل برای آن منطقه است؛ ۲. مخالف نص صریح آموزه‌های اسلامی نباشد؛ ۳. بی‌حرمتی به مقدسات به همراه نداشته باشد؛ ۴. خطر جانی یا مالی یا آبرویی نداشته باشد؛ ۵. برخاسته از عقل یا احساس صحیح باشد؛ ۶. شارع یا عقلا آن عرف را ممنوع ندانند؛ ۷. حلالی را حرام و حرامی را حلال نکند؛ ۸. به گسترش خرافه‌پرذاری دامن نزنند؛ ۹. موجب آزار و اذیت مردم نگردد؛ ۱۰. مفسده‌ای به همراه نداشته باشد؛ ۱۱. مصلحتی را از بین نبرد (ر.ک: حکیم، ۱۹۷۹: ۴۲۲؛ منتظری، بی‌تا: ۳۲۱/۲ و ۴۹۶/۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۱۶۵/۱، ۲۴۸/۲ و ۱۷۸/۳).

با توجه به نکات زیر:

۱. جایگاهی که شارع در معاملات برای خود مطرح کرده است، جایگاه امضایی

است نه تشریحی؛

۲. دلیل نقلی صریحی بر اثبات یا ترجیح یکی از قواعد مزبور وجود ندارد و این دو قاعده، اصطیادی است؛

۳. یکی دیگر از مهم‌ترین کارکردهای عرف در معاملات، پایه‌گذاری احکام نوین و به رسمیت شناختن آثار و لوازم آن در حوزه معاملات و امور غیر عبادی و غیر توفیقی است. در واقع، شارع نحوه تنظیم برخی عرصه‌های زیست را بر عهده عرف نهاده است (صدر، ۱۴۱۷: ۶۸۹؛ سبحانی، ۱۴۱۹: ۱۸۳).

باید بپذیریم در این مورد که از حوزه روابط اقتصادی به شمار می‌رود، نظر عرف مورد پذیرش اسلام است، چنان که پیشتر در بیان آیه‌الله سبحانی آمد.

حال، برای تشخیص نظر عرف درباره محل نزاع باید توجه کرد که عرف در برخی موارد به مفاد قاعده «الشروط لا یوزع علیها الثمن» عمل می‌کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۶۷/۲) و گاه به مفاد قاعده «للشروط قسط من الثمن» پایبند است. در واقع، شروط اعم از مصرح و بنایی یا شرط فعل و شرط صفت و شرط نتیجه، هرچند نزد عرف ارزشمند است و همین ارزشمندی باعث شده تا بخشی از ثمن در مقابل آن پرداخت گردد، اصل معامله نیز دارای اهمیت و ارزش می‌باشد که حتی بدون تحقق آن شرط نیز این معامله مفید فایده است، لذا در صورت عدم تحقق آن شرط، بخشی از ثمن را که در مقابل شرط بوده، قابل استرداد می‌داند.

در تحلیل این رفتار عرف باید گفت که شروط ضمن عقد بر دو گونه‌اند: نخست، شروط رغبت‌افزایی که باعث تحریک بیشتر مشروط‌له در انجام چنین معامله‌ای می‌شود؛ در واقع، اصل معامله ارزشمند است و شرط ضمن آن برای رغبت‌افزایی در مشروط‌له می‌باشد تا با این شرط، رغبت افراد در تحقق این معامله افزایش یابد، نه اینکه کل معامله برای تحقق آن شرط انجام شده باشد! در اینجا عرف به «للشروط قسط من الثمن» پایبند می‌شود. دوم، شروط اصلی‌ای که اساس معامله برای تحقق آن شرط مطرح شده است؛ یعنی مشروط‌له برای تحقق آن شرط، دست به چنین معامله‌ای زده است و اصل معامله بدون تحقق آن شرط، برای مشروط‌له ارزشمند نیست که عرف در این موارد به «الشروط لا یوزع علیها الثمن» باورمند است. در ادامه برای تبیین هر چه بیشتر این ادعا، مثال‌هایی مطرح می‌شود تا این مطلب بهتر روشن شود.

### نخست: شروطِ رغبت‌افزا

گاه به خاطر ارزشمندیِ اصل معامله و رغبت‌افزا بودن شرط، عرفِ اصل معامله را می‌پذیرد اما به مشروط‌له اجازه می‌دهد تا در ازای شرطی که تحقق نیافته است، مابه‌التفاوت دریافت کند.

شرط فعل: شخصی، منزلی را به شرط نصب دستگاه‌های سرمایشی و گرمایشی پیش خرید کرده است. حال اگر سازنده، خانه را تکمیل کند اما دستگاه‌ها را نصب نکند، عرف قاعده «للشروط قسط من الثمن» را اجرا می‌کند و به خریدار این اجازه را می‌دهد که مابه‌التفاوت مبلغ را دریافت نماید.

شرط صفت: شخصی جارو برقی‌ای را به قیمت یک میلیون تومان می‌خرد به شرط آنکه این جارو محصول آلمان باشد. پس از مدتی، خریدار متوجه می‌شود که این کالا که جنسش مرغوب است، چینی است و تفاوت قیمت آن با محصول آلمان، ۲۰۰ هزار تومان است. در اینجا عرف به خریدار دو راه پیشنهاد می‌کند: اول، امضای معامله با دریافت مابه‌التفاوت یا بدون دریافت آن و دیگری فسخ معامله.

شرط نتیجه: احمد، مبلمانی به مبلغ دو میلیون تومان خریداری می‌کند و ضمن عقد، شرط می‌کند که فروشنده، مبلمان را درب منزلش تحویل دهد. حال، اگر فروشنده پس از معامله، به این شرط پایبند نماند و بگوید که مبلغ حمل و نقل مبیل را خریدار پرداخت کند! عرف می‌گوید که احمد می‌تواند معامله را با دریافت مابه‌التفاوت یا بدون دریافت آن امضا کند و یا اینکه آن را فسخ نماید.

صاحب‌العروه نیز برای این مورد، مثالی از عرف می‌آورد که عمل عرف مطابق قاعده «للشروط قسط من الثمن» می‌باشد:

اگر کسی بگوید: «این لباس را از تو می‌خرم به شرط آنکه فلان لباس را همراه آن به من بدهی». در اینجا عرف می‌گوید که مجموع دو لباس، مبیع است. حال اگر روشن شود که لباس دوم، مال غیر است، در اینجا عرف ثمن را تقسیط می‌کند... ادعای ما را خبر عمر بن حنظله نیز تأیید می‌کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۶۷/۲).

منظور ایشان از خبر عمر بن حنظله، حدیثی است که عمر از امام صادق علیه السلام دربارهٔ مردی سؤال کرد که زمینی را فروخته است به شرط آنکه ده جریب باشد. پس از

تحويل به مشتری و گرفتن ثمن، از هم جدا شده‌اند اما پس از اندازه‌گیری زمین فهمیده‌اند که زمین پنج جریب است! حضرت فرمود: [این مسئله سه حالت دارد: حالت اول،] مشتری بخشی از ثمن را که مقابل بقیه زمین است، پس بگیرد؛ [دوم،] مشتری همه معامله را رد کند؛ [سوم،] اگر فروشنده زمینی در کنار همان زمین دارد، مابقی زمین را تکمیل کند و بیع لازم است (صدوق، ۱۴۱۳: ۲۳۹/۳).

در این حدیث امام صادق علیه السلام تصریح می‌کند که چون فروشنده زمین را مشروط به ده جریب بودن فروخته است، اگر می‌تواند در همان منطقه، بقیه زمین را تکمیل کند. اگر در همان منطقه زمینی ندارد، مشتری دو راه دارد؛ یا اینکه ثمن را بازگیرد و یا همه بیع را رد کند. بی‌گمان با توجه به این مسئله، امام صادق علیه السلام در این خبر، ثمن را در مقابل شروط تقسیط فرموده است، چنان که به ادعای مرحوم یزدی، عرف نیز این گونه عمل می‌کند.

هنگامی که صحبت از «دریافت مابه‌التفاوت» به میان می‌آید، معلوم می‌شود که این شروط به گونه‌ای است که عرف برای آن ارزش مجزایی قائل است و مطابق قاعده «للشروط قسط من الثمن» عمل می‌کند.

شایان ذکر است که در اکثر موارد، عرف با دریافت مابه‌التفاوت معامله را امضا می‌کند و به ندرت معامله را به هم می‌زند.

## دوم: مثال‌های شروط اصل و غیر رغبت‌افزا

با مراجعه به عرف درمی‌یابیم که عرف در برخی شروط ضمن عقد، مانند شروط رغبت‌افزا عمل نمی‌کند، بلکه به خاطر اهمیت ویژه آن شرط، به مشروط‌له اجازه می‌دهد که در صورت عدم تحقق شرط، معامله را فسخ کند و اینجا به خاطر ارزش خاصی که آن شرط داشته است، عرف صحبتی از دریافت مابه‌التفاوت نمی‌کند. در واقع، شرط ضمن عقد در این موارد به گونه‌ای است که اگر پس از عقد، روشن شود که شرط مزبور محقق نمی‌شود، عرف کل قرارداد را بر هم می‌زند؛ زیرا اصل قرارداد برای تحقق آن شرط ضمن عقد بوده و این شرط، جنبه رغبت‌افزایی نداشته است. لذا عرف در این موارد مطابق قاعده «الشروط لا یوزع علیها الثمن» عمل می‌کند.

شرط صفت: شخصی برای آشپزخانه‌ای که آبریزی زیادی در آن انجام می‌شود، به کابینت‌ساز سفارش می‌دهد که ده متر کابینت به قیمت متری ۵۰۰ هزار تومان بسازد به شرط آنکه از جنس ام. دی. اف. باشد تا در اثر رطوبت خراب نشود. پس از تحویل کار، مشتری متوجه می‌شود که کابینت از جنس لرون است که متری ۳۰۰ هزار تومان قیمت دارد. در این صورت، مشتری هرگز تقسیط نمی‌کند؛ زیرا این چوب، پس از گذشت یک هفته خراب می‌شود و هیچ فایده‌ای ندارد، لذا هرگز به دنبال تقسیط ثمن در برابر شروط نیست بلکه معامله را فسخ می‌کند.

شرط فعل: آمریکا که دارای ذخایر نفت زیرزمینی است و نیازی به خرید نفت از دیگران ندارد، برای تأمین امنیت اتباعش در عربستان، قراردادی با آن کشور امضا می‌کند که بر اساس آن متعهد می‌گردد روزانه هزار بشکه نفت خام، به مبلغ هر بشکه ۱۰/۰۰۰ دلار از عربستان خریداری کند، به این شرط که عربستان، امنیت جانی و مالی اتباع آمریکا را حفظ نماید. به راستی در چنین قراردادی، خرید بشکه‌های نفتی ۱۰/۰۰۰ دلاری به خاطر ارزش نفت است؟ بی‌گمان در چنین معامله‌ای، شرط ضمن آن است که ثمن معامله را چنین افزایش داده است و مبلغ زیادی از این قرارداد در برابر شرط پرداخت می‌شود. حال چنانچه عربستان نتواند امنیت جانی اتباع آمریکا را تأمین کند، بی‌گمان عرف می‌گوید که آمریکا حق فسخ معامله را دارد و سخنی از تقسیط ثمن بر شرط و اصل معامله به میان نمی‌آورد.

شرط نتیجه: مطابق فتوای برخی مراجع عظام تقلید برای فرار از ربا، شخصی یک قوطی کبریت را به مبلغ ۳۰۰ هزار تومان از فروشنده‌ای می‌خرد به شرط آنکه فروشنده مبلغ یک میلیون تومان را به مدت یک سال به وی قرض دهد. حال اگر فروشنده به شرط ضمن عقد عمل نکند، عرف اصل معامله خرید و فروش کبریت را باطل می‌داند، نه اینکه بگوید معامله درست است و فقط بخشی از ۳۰۰ هزار تومان که در مقابل شرط قرار می‌گیرد، باطل است.

یکی دیگر از مصادیقی که ثمن در برابر شروط تقسیط نمی‌شود، قرض الحسنه مشروط به اجاره منزل به مبلغ کمتر است؛ برای مثال، شخصی منزلی دارد که مبلغ واقعی اجاره ماهیانه آن، یک میلیون و دویست هزار تومان است. وی این منزل را به

مستأجری به مبلغ صد هزار تومان اجاره می‌دهد به شرط آنکه مستأجر سی میلیون تومان به مدت یک سال در اختیار او قرار دهد. در این مورد که معامله مطابق نظر اکثر فقهای معاصر صحیح است، اگر شرط ضمن عقد محقق نشود، عرف کل معامله اجاره را باطل می‌داند.

### نتیجه‌گیری

برای رفع تناقض دو قاعده «للشرط قسط من الثمن» و «الثمن لا یوزع علی الشروط» باید چاره‌ای اندیشید. از آنجا که شارع در این مورد نظری ارائه نکرده، باید آن را از مواردی دانست که شارع خواسته است عرف در آن نظر بدهد که همان «منطقة الفراغ» شرعی است.

عرف به هر دو قاعده عمل می‌کند؛ یعنی در جایی که شرط جنبه رغبت‌افزایی داشته باشد، بخشی از ثمن را در مقابل آن قرار می‌دهد که در صورت عدم تحقق شرط، حق رد آن بخش از ثمن را برای خودش محفوظ می‌داند و با این کار، بقیه معامله را امضا می‌نماید و به مفاد قاعده «للشرط قسط من الثمن» عمل می‌کند. اما در مواردی که شرط، مهم بوده و اصل معامله برای تحقق آن شرط بوده است و شرط جنبه رغبت‌افزایی ندارد، یا اصل معامله را باطل می‌کند و یا کل معامله را می‌پذیرد اگرچه شرط ضمن معامله محقق نشده باشد که در واقع به مفاد قاعده «الثمن لا یوزع علی الشروط» پایبند شده است.

## کتاب شناسی

۱. امامی خوانساری، محمد، الحاشیة الثانية على المكاسب، بی جا، بی نا، بی تا.
۲. انصاری، مرتضی، کتاب المكاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۳. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، آل البيت للإعلام، ۱۴۱۴ ق.
۵. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الکتاب، ۱۴۱۳ ق.
۶. حسینی شیرازی، سیدمحمد، ایصال الطالب الی المكاسب، تهران، اعلمی، بی تا.
۷. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۸. حسینی مراغی، میرعبدفتاح بن علی، العناوین الفقهیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۹. حکیم، سیدمحمدتقی، الاصول العامة للفقہ المقارن، قم، آل البيت للإعلام، ۱۹۷۹ م.
۱۰. حلّی، جمال الدین احمد بن محمد، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۱. حلّی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکرة الفقهاء، قم، آل البيت للإعلام، بی تا.
۱۲. همو، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۳. سیحانی، جعفر، مصادر الفقه الاسلامی و منابعه، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۱۹ ق.
۱۴. سعدی، ابوجیب، القاموس الفقهی لغة واصطلاحاً، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۸ ق.
۱۵. سیفی مازندرانی، علی اکبر، دلیل تحریر الوسیلة؛ المضاربه، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۷ ق.
۱۶. شریف کاشانی، ملاحبیب الله، تسهیل المسالك الی المدارک، قم، العلمیه، ۱۴۰۴ ق.
۱۷. شکاری، روشنعلی، «شرط ابتدایی»، نشریه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۹، بهار ۱۳۷۷ ش.
۱۸. صدر، سیدمحمدباقر، اقتصادنا، مشهد، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۹. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۰. صیمری، مفلح بن حسن، غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.
۲۱. طباطبایی حائری، سیدمحمد مجاهد، کتاب المناهل، قم، آل البيت للإعلام، بی تا.
۲۲. طباطبایی قمی، سیدتقی، عمدة المطالب فی التعلیق علی المكاسب، قم، کتاب فروشی محلاتی، ۱۴۱۳ ق.
۲۳. همو، مبانی منهاج الصالحین، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
۲۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیة المكاسب، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
۲۵. طباطبایی، سیدعلی بن محمد، ریاض المسائل، قم، آل البيت للإعلام، ۱۴۱۸ ق.
۲۶. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، چاپ سوم، تهران، مرتضوی، ۱۴۱۶ ق.
۲۷. طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۲۸. همو، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵ ش.



۲۹. عاملی کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، آل البيت للطباعة، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعية فی فقه الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۱. همو، القواعد والفوائد، تحقیق سیدعبدالهادی حکیم، قم، مفید، بی تا.
۳۲. عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، چاپ چهارم، تهران، امیرکبیر، ۱۴۲۱ ق.
۳۳. قزوینی، ملاعلی، صیغ العقود والایقاعات (محشی)، قم، شکوری، ۱۴۱۴ ق.
۳۴. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن، رسائل المیزان القمی، مشهد، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۷ ق.
۳۵. کاشف الغطاء، علی بن جعفر بن خضر، شرح خيارات الممعه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۳۶. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۷. مامقانی، ملاعبدالله بن محمدحسن، نهاية المقال فی تکملة غایة الآمال، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ ق.
۳۸. مشکینی، میرزا علی، مصطلحات الفقه، بی جا، بی تا، بی تا.
۳۹. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، فقه المعاملات، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۴۰. معروف حسنی، هاشم، نظریة العقد فی الفقه الجعفری، بیروت، مكتبة هاشم، بی تا.
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر، استفتائات جدید، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ ق.
۴۲. همو، القواعد الفقهیه، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۱۱ ق.
۴۳. همو، کتاب النکاح، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۴۴. منتظری، حسین علی، دراسات فی المكاسب المحرمه، قم، دفتر ایشان، ۱۴۱۷ ق.
۴۵. همو، رساله استفتائات، قم، دفتر ایشان، بی تا.
۴۶. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، فقه المضاربه، قم، دانشگاه مفید، ۱۴۲۱ ق.
۴۷. موسوی خمینی، سیدروح الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
۴۸. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، قم، دفتر ایشان، بی تا.
۴۹. نائینی، میرزا محمدحسین، المكاسب و البیع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۵۰. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸ ش.
۵۱. نجفی تبریزی، راضی بن محمدحسین، تحلیل الکلام فی فقه الاسلام، تهران، امیر قلم، ۱۴۱۳ ق.
۵۲. نجفی کاشف الغطاء، احمد بن علی، سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات، نجف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ ق.
۵۳. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، أنوار الفقاهه؛ کتاب النکاح، نجف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۵۴. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۵۵. هاشمی شاهرودی، سید محمود و دیگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ق.

