

چیستی شناسی شرط فعل از منظر فقه و حقوق

سید نسیم رضا^۱

چکیده

با توجه به اینکه موضوع شرط فعل در نظام حقوقی امامیه به صورت مستقل مورد بحث و تحلیل قرار نگرفته است اما در موارد مختلف به مناسب طرح مباحث مربوط به قراردادهای شرط فعل در قراردادهای مکاتباتی قانونگذاران کشورها، قوانین متعددی در این زمینه وضع نموده‌اند که در این پژوهش سعی شد است از نظر فقهی و حقوقی ماهیت شرط فعل در قراردادهای الکترونیکی به عنوان یک تکلیف شرعی و اخلاقی از دیدگاه‌های مختلف علمای فقه و حقوق از نظر حکم تکلیف و وضعی شرط فعل در قراردادهای الکترونیکی با تکیه به مقتضای اصل لزوم تسلیم مورد عقد که جزئی از عوضین شروط ضمن عقد می‌باشد مورد بررسی قرار داده که نتیجه‌ای که از آن می‌توان گرفت این است که شرط فعل هم تکلیف الزامی و وجوبی مبنی بر پابندی به مفاد شرط پدید می‌آورد و هم موجب می‌شود که مشروط‌له بتواند جبران خسارت را از طرف مقابل مطالبه نماید.

واژگان کلیدی: شرط فعل، قراردادهای الکترونیکی، حق مالی، تکلیف شرعی و وضعی.

۱. سطح چهار فقه مقارن (naseemraza.asif@gmail.com)

مقدمه

بحث از قراردادها یکی از مسائل مهم حقوق می‌باشد که هم در حقوق داخلی ذهن بسیاری از حقوقدانان را مشغول کرده، هم در گستره بین الملل بخش عمده‌ای از مباحث حقوق تجارت بین الملل به چگونگی پدیداری، آثار و پیامدهای آن، اختصاص یافته است؛ در این میان با توجه به گسترده‌ی تعاملات حقوقی از یک سو و توسعه فناوری از دیگر سو، کنشگران در حوزه قراردادها در بسیاری موارد از طریق بسترهای الکترونیکی، اقدام به انعقاد قرارداد می‌کنند؛ به این ترتیب مفهوم قراردادهای الکترونیکی از مفاهیم پراهمیت در این گستره به شمار می‌رود؛ به گونه‌ای که امروزه بسیاری از شرکت‌های تجاری و اشخاص حقیقی مذاکرات و انعقاد قرارداد را از رهگذر فضای الکترونیکی، انجام می‌دهند؛ این امر باعث شده است که مسائل جدیدی در حوزه نظریه پردازی مباحث حقوقی به وجود بیایند و حقوقدانان و فقها در باب آن سخن بگویند؛ برخی سخن از اعتبارسنجی آن به میان آورده‌اند و برخی دیگر بر ماهیت این نوع قراردادها پرداختند. یکی از مباحث پر دامنه در قراردادها به صورت عام در قراردادهای الکترونیکی به صورت خاص، شروطی است که طرفین در متن قراردادها می‌گنجانند؛ این پرسش که آیا شروطی که در قراردادها به صورت عام و قراردادهای الکترونیکی به صورت خاص، پیش بینی می‌شوند، کدامند و چه ماهیت و آثاری دارند، ذهن نظریه پردازان این عرصه را مشغول نموده است؛ از این رو اندیشه‌وران حقوقی در یک تقسیم بندی کلان، شروط قراردادی را به سه دسته، تقسیم بندی می‌کنند؛ این گونه‌ها عبارت از شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل است که این نوشتار عهده دار بیان ماهیت شرط فعل در قراردادهای الکترونیکی می‌باشد.

همانگونه که بیان گردید، مراد از ماهیت شرط فعل در اینجا، این است که آیا شرط فعل فقط قدرت تکلیفی دارد یا اینکه می‌تواند مفهوم اعم از تکلیف محض را به طرفین قرارداد، تحمیل می‌کند. در این باب دیدگاه و انگاره‌های مختلفی از سوی، اندیشه‌وران حقوق اسلامی مطرح شده‌اند، برخی معتقدند که شرط مزبور فقط اختیار به مشروط له می‌دهد؛ بنابراین مشروط له می‌تواند در صورت عدم پابندی طرف مقابل، قرارداد را ادامه دهد یا فسخ کند؛ برخی دیگر علاوه بر تکلیف شرعی، سخن از تکلیف وضعی و امکان الزام مشروط علیه به پابندی نسبت به مورد شرط می‌گویند؛ بنابراین می‌توان گفت در این زمینه دیدگاه واحدی میان اندیشه‌وران

حقوق اسلامی، وجود ندارد. گرچه بر برخی از دیدگاه‌ها ادعای اجماع شده است اما باتوجه به منابع فقهی موجود و اختلاف دیدگاه، ادعای اجماع بریک انگاره ناصواب به نظر می‌رسد؛ چه سخن از توافق دیدگاه، زمانی موجه و منطقی است که این توافق عملاً با تشتت انگاره‌ها، مواجه نشده باشد که در مورد شرط فعل، توافق مزبور از این ویژگی تهی است؛ از این رو نمی‌توان سخن از نظریه واحدی در این زمینه، گفت بلکه انگاره‌های مختلف و گونه‌گونی قابل طرح و بررسی خواهند بود که در ادامه ضمن بیان آنها، دیدگاه مورد پذیرش بیان و بررسی خواهد. نوشتار حاضر موضوع را در چند گفتار به بحث گرفته است که در ادامه به آنها پرداخته می‌شود.

۱. مفهوم شناسی شرط فعل

در باب مفهوم شرط فعل گرچه، ممکن است تعریف‌های ارائه شده از نظر الفاظ و ادبیات متفاوت باشند؛ اما به نظر می‌رسد به لحاظ ماهوی تفاوتی چندانی ندارند؛ چه اندیشه‌وران این حوزه یا از طریق مفهوم به تعریف آن، پرداخته‌اند یا اینکه با بیان مصداق‌ها، در صدد تعریف آن برآمده‌اند؛ به هرروی برخی شرط فعل را این گونه تعریف نموده‌اند که اگر متقاعدين در هنگام انعقاد عقد، انجام یا ترك فعل را شرط کرده باشد، بدان شرط فعل اطلاق می‌شود (امیرخانی، جوان: ش ۱۳، ۱۶۲). قانونگذار هم در ماده ۲۳۴ ق.م در تعریف شرط فعل آورده است: « شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود».

فقه‌های امامیه در باب تعریف شرط فعل دیدگاهی واحد ندارند و هر کدام با عباراتی به نوعی نسبت به تعریف این اصطلاح اقدام کرده است؛ برای نمونه برخی از فقها در باب انواع شرط گفته است « یا شرط به صورت فعل انجام می‌پذیرد مانند اینکه در ضمن عقد شرط شود که یکی از متعاملین لباسی را بدوزد» (انصاری دزفولی: ۱۴۱۰، ج ۴، ۳۴، انصاری: ۱۴۳۵، ج ۵۹، ۶)؛ از جهت دیگر، شرط را به انواع سه گانه تقسیم نموده‌اند که در ادامه بیان می‌گردد: مثلاً در ادبیات اگر جمله شرطیه بیان می‌گردد یعنی اینکه میان آن دو ارتباط برقرار است؛ در منطق شرط چیزی است که از عدم آن عدم پدید می‌آید اما از وجودش وجود پدید نمی‌آید؛ چه ممکن است مانعی از اثرگذاری شرط جلوگیری نماید؛ در فقه و حقوق به معنای تعهدات تبعی (التزام فی الالتزام است) یعنی در ضمن قراردادی اصلی یک تعهد دیگری درج می‌شود (نراقی: ۱۴۱۷، ۱۲۹)؛ به این معنا که تعهد

اصلی با تعهد فرعی ربط داده می‌شود؛ مثلاً در ضمن فروش ماشین شرط می‌نماید که مشتری باید لباس بایع یا یکی از بستگان او را بدوزد.

از سوی سوم، شرط به اشتقاقی و جامد (انصاری: پیشین، ۱۳) دسته بندی می‌گردد که شرط به معنای فقهی و حقوقی مفهوم اشتقاقی دارد؛ اما شرط به معنای فلسفی و ادبیاتی آن دارای مفهوم جامد می‌باشد؛ از آنجایی که آن دارای دو معنا است در نتیجه جمع آن نیز متفاوت است؛ جمع معنای اشتقاقی آن، شروط و جمع به معنای جامد، شرائط است (یعنی از عدم آن عدم قرار داد به وجود می‌آید اما وجودش ملازم با وجود قرارداد نیست)؛ بنابراین معنای اشتقاقی در این مقام مورد بحث است.

باتوجه به مطالب مطرح شده، می‌توان گفت تعهدی، شرط است که در ضمن تعهد دیگر باشد؛ اما اگر این ویژگی را نداشته باشد، شرط مصطلح نیست؛ در مورد تعهدات ابتدای این اصطلاح صادق نیست و بلکه با مسامحه به آن کلمه «شرط» اطلاق می‌شود؛ از این رو، بسیاری از فقها این شروط را الزام آورد نمی‌دانند و آن‌ها را به عنوان وعده قرارداد تلقی می‌کنند؛ برخی از فقه‌های معاصر این تعهدات را الزام آور می‌دانند که باید به مبانی و سنت‌های آن‌ها توجه شود؛ بنابراین؛ موضوع بحث در این قاعده المؤمنون عند شروطهم، تعهدات تبعی است نه تعهدات اصلی. باتوجه به مطالب بیان شده، مفهوم شرط فعل روشن شد. در ادامه به مفهوم ماهیت شرط فعل پرداخته خواهد شد تا از رهگذر آن بتوان دیدگاه‌های مطرح درباره ماهیت شرط فعل را بحث نمود.

۲. سنجش ماهیت شرط فعل

از آنجایی که ماهیت از مباحث فلسفی می‌باشد به ناچار ابتدا این مفهوم از منظر فلسفه مورد بحث قرار می‌گیرد و در ادامه به مفهوم حقوقی آن پرداخته خواهد شد؛ چه تا معنای ماهیت روشن نگردد، سخن از ماهیت شرط فعل ناموجه خواهد بود. در اصطلاح فلاسفه ماهیت عبارت از جملات یا گزاره‌های است که در پاسخ به سوال از چیستی یک موجود، مطرح می‌شوند (مطهری: ۱۳۸۸، ۲۰۳)؛ برای نمونه وقتی پرسیده می‌شود که انسان چیست؟ در واقع سؤال از ماهیت آن شده است. به طور کلی می‌توان گفت در آثار فلاسفه، ماهیت به دو اصطلاح به کار رفته است: الف. معنای اعم: ماهیت در این معنا هم سؤال از هستی را در بر می‌گیرد و هم سؤال از هستی موجود را شامل می‌شود؛ ب. معانی اخص: در این معنا ماهیت عبارت از پاسخ به چیستی موجود می‌باشد (علیزاده: ۱۳۸۸، ۳۵). در گستره حقوق نیز این مفهوم صادق است؛ برای نمونه زمانی که از ماهیت شرط فعل در قراردادهای الکترونیکی سؤال می‌شود، مراد این است که شرط فعل در این نوع قراردادها، چیست؟

یا یک نوعی تکلیف شرعی می‌باشد که در صورت عدم پابندی به محتوای آن عذاب می‌شود یا اینکه دارای چیستی دیگری است؟ در پاسخ به این پرسش دیدگاه‌ها و انگاره‌های متعددی از سوی فقها و حقوقدانان مطرح شده‌اند که در ادامه مورد بحث قرار خواهند گرفت اما قبل از پرداختن به این مسئله توجه به این مطلب ضروری است که مراد از بررسی ماهیت شرط فعل در اینجا، آن شرط فعلی است که به سود یا نفع یکی از طرفین عقد، پیش بینی شده باشد نه شرط فعل که ممکن است به نفع شخص ثالث در قرارداد گنجانده شده باشد؛ چه درباره ماهیت آن دیدگاه‌های متفاوتی مطرح شده‌اند (حسن زاده، شاهی دامن جانی، علی پور: ۱۳۹۶، ۱۰۴) که بررسی آن در این مجال نمی‌گنجد.

۳. نظریه‌ها درباره چیستی شرط فعل

در گفتار اول، مفهوم شرط فعل و ماهیت روشن گردید، حال ضروری است که ماهیت شرط فعل در قراردادهای الکترونیکی به بحث گرفته شود تا از این رهگذر بتوان تکلیف و الزامات طرفین قراردادهای را معین نمود؛ زیرا بررسی منابع فقهی و حقوقی بیان کننده آن است که حقوقدانان اسلامی و فقها در بستر زمان به این موضوع پرداخته‌اند و همگام با تحول و دگرگونی شکل قراردادهای، مباحث مرتبط با آن را از منظر فقه مورد بررسی قرار داده‌اند. شرط فعل در قراردادهای را فقها از دیرباز مورد مطالعه قرار داده‌اند که این خود بیانگر اهتمام آن‌ها به مسائل نوپیدا در گستره حقوق می‌باشد اما با توجه به اینکه فقه اسلامی در طول زمان به موازات مسائل جدید، دچار تحول شد، به تبع دیدگاه‌های فقها و اندیشمندان حقوق اسلامی هم، در زمان‌های مختلف نسبت به ماهیت شرط فعل متفاوت بوده است. به طور کلی پنج انگاره درباره ماهیت حقوقی شرط فعل در قراردادهای به صورت عام از سوی فقهای اسلامی مطرح شده است که با توجه به صحیح بودن قراردادهای الکترونیکی این انگاره‌ها را در باب آن‌ها هم می‌توان مطرح نمود؛ گفتار حاضر عهده دار بیان انگاره‌های مطرح درباره ماهیت شرط فعل در قراردادهای به صورت عام و قراردادهای الکترونیکی به صورت خاص می‌باشد.

۳-۱. الزام تکلیفی

در میان اندیشمندان حقوق اسلامی برخی ماهیت شرط فعل را تکلیفی می‌دانند و طرفین عقد را ملزم به پابندی نسبت به مفاد و محتوای شرط پندارند و حتی برخی از فقهای امامیه نسبت به این دیدگاه ادعای اجماع و توافق نظر نموده‌اند (علامه حلی: ۱۴۱۹، ج ۱، ۴۹۰) و برخی دیگر هم این انگاره را با توجه به حدیث «المؤمنون عند شروطهم»، ترجیح می‌دهند و آن را بر سایر دیدگاه‌ها قوی و مستدل تر می‌انگارند (بجنوردی: ۱۴۱۹، ج ۳، ۳۰۰).

برخی دیگر معتقدند، اخباری که نسبت به وقوع عملی (یعنی اگر از ناحیه معصومین خبری مبنی بر انجام عملی صادر می‌شود، فقط به معنای انجام نیست که در این صورت تفاوت میان انجام و ترک آن از سوی مکلف دارای اهمیت نباشد) از سوی معصومین (ع) صادر می‌شوند صرفاً انجام عمل یا تکلیف را پوشش نمی‌دهند تا در این صورت اعم از استحباب و وجوب باشد و در موارد شک، قدر متیقن که استحباب است، اخذ گردد و نتوان نسبت به اثبات وجوب از آنها بهره‌ای برد؛ بلکه این اخبار، همیشه همراه اراده حتمی و وجوبی هستند (اصفهانی کمپانی: ۱۴۱۸، ج ۵، ۱۸۴)؛ چه تحریک به چیزی همراه با لزوم انجام آن چیزی خواهد بود که این همان وجوب است.

علاوه بر این در این زمینه روایتی از امام علی نقل شده است که فرمود: «من شرط لامرأته شرطاً فلیف لها به، فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (نوری: ۱۴۰۸، ج ۱۳، ۳۰۱)؛ همانگونه که ملاحظه می‌شود، لسان حدیث مزبور امری است و کسی را که با همسرش شرطی را متعهد شده است، ملزم به پایبندی به آن شرط می‌کند و این به معنای نفوذ شرط به طور عام و شرط فعل به طور خاص است که خود از ثبوت مفاد آن بر عهده طرفین شرط، حکایت می‌کند و ثبوت حق هم، قدرت لزوم وفای آن را در صورت مطالبه، محقق می‌نماید (اصفهانی کمپانی: پیشین، ج ۵، ۱۸۵).

از منظر این گروه، آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱) و احادیث دیگر، فقط قدرت اثبات تکلیف شرعی را دارند و بیش از آن نمی‌توان از مستندات روایی و قرآنی به دست؛ بنابراین، مشروط علیه از نظر شرعی، موظف به پایبندی است اما از نظر وضعی نمی‌توان، چنین تکلیفی را اثبات نمود (طاهری: ۱۴۱۸، ج ۲، ۱۰۳)؛ به عبارت روشن‌تر، این گروه برآنند است که شرط نتیجه تنها وجوب تکلیفی را پدید می‌آورد و از احادیث مانند «المؤمنون عند شروطهم» چیزی بیش از حکم تکلیفی محض اثبات نمی‌کند و نفوذ شروط در حد وجوب تکلیفی است (خویی: بی تا، ۴۶۴)؛ این فقها باور دارند که از احادیث و روایت مرتبط به لزوم وفای به عهد در باب شرط فعل و غیره، نمی‌توان تکلیف وضعی را اثبات نمود بلکه تنها چیزی که قابل استنباط است، همان الزام تکلیفی است؛ بنابراین از این جهت می‌توان مشروط علیه را جبار نمود که تعهدش را اجرا نماید (حسینی روحانی: ۱۴۱۲، ج ۱۸، ۷۰).

بنابراین یکی از انگاره‌ها در باب ماهیت شرط فعل این است که آن، ماهیت لزومی و وجوبی دارد و طرفین شرط را ملزم به پایبندی به مفادش می‌سازد. با توجه به این انگاره اگر کسی در هنگام قرارداد با دیگری شرطی

را به صورت فعل مطرح کرده باشد، مشروط علیه ملزم به آن شرط است؛ مثلاً اگر در ضمن عقد بیع یا اجاره شرط شده باشد که مشروط علیه، در دادگاه‌ها حاضر شود و به دفاع از مشروط علیه پردازد یا اینکه مثلاً شخص از نظر هنری توانمندی زیادی در عرصه خطاطی دارد؛ از این رو، بایع یا موجر شرط می‌کند که خانه اش را در صورتی به او می‌فروشد یا اجاره می‌دهد که یک نسخه کتاب قدیمی را برایش بنویسد، در این صورت طبق این دیدگاه مشروط علیه، مکلف است که به تعهد ناشی از شرط فعل، وفادار باشد و در صورت عدم پایبندی، گنهکار و عصیانگر شناخته خواهد شد.

برخی از فقها این انگاره را نمی‌پذیرند و باور دارند که این دیدگاه با فلسفه قراردادادن شرط در قراردادها ناسازگار است؛ چراکه اگر ماهیت شرط فقط تکلیف شرعی باشد؛ این در واقع تحصیل حاصل است؛ زیرا چه این شرط باشد و چه نباشد، همه مسلمانان ملزم به امر به معروف و نهی از منکر هستند و باوجود آن ادله دیگر نیازی به قرارداد شرط در قرارداد نیست و از دیگرسو، اگر شرط حکم شرعی الزامی محض باشد به این معنا است که طرفین عقد نتوانند آن را اسقاط نمایند؛ درحالیکه بسیاری باور دارند، طرفین عقد می‌توان مفاد شرط را اسقاط نمایند و طرف مقابل را از تعهدات مرتبط به شرط، مبری سازند و این ویژگی با ماهیت حق سازگار است؛ زیرا یکی از ویژگی حق، قابل اسقاط بودن است و در باب شرط فعل، همه اندیشمندان حقوق اسلامی هم‌نظرند که مشروط‌له می‌تواند مفاد شرط را ساقط نماید (بجنوردی، پیشین، ج ۳، ۳۰۲).

در مقام نقد این نظر می‌توان گفت، دلایل و مستندات لزوم وفای به شرط به صورت مطلق از لزوم پایبندی به شروط سخن می‌گویند و تصریح و بیانی درباره ماهیت این لزوم و تکلیف در روایات وجود ندارد تا بتوان ادعا کرد که ماهیت التزام مزبور، فقط تکلیفی است و ناظر به حکم وضعی نیست؛ چه برپایه منطق حقوق اسلامی تعیین مصداق ویژه زمانی موجه و هماهنگ با ضوابط استنباط است که دلیل متقن و روشنی مبنی بر آن وجود داشته باشد اما توجه به احادیث و آیات قرآنی که در باب لزوم پایبندی به تعهدات، مورد استناد قرار می‌گیرند، اثبات‌کننده نوعی اطلاق و شمول است؛ زیرا بیان مقنن اسلامی به گونه‌ای است که شرایط اطلاق و شمول از سخن او به دست می‌آید و هم از نظر اندیشمندان منطق حقوق اسلامی، سخن زمانی که همراه با شرایطی صادر شده باشد (قرینه حکمت)، بر اطلاق و شمولیت دلالت می‌نماید (شهید صدر: ۱۴۳۰، ج ۳، ۱۳۸) پرواضح است که پس از اثبات اطلاق، خروج از شمولیت آن زمانی موجه است که دلیل خاص و صریحی وجود داشته باشد.

۲-۱. حکم شرعی استحبابی

یکی از انگاره‌های که در باب ماهیت شرط فعل از سوی اندیشمندان حقوق اسلامی مطرح شده است، این است که شرط فعل تنها وظیفه استحبابی را اثبات می‌کند و بیش از آن را نمی‌توان اثبات نمود. این گروه معتقدند که از روایت «المؤمنون عند شروطهم» وجوب وفا و پایبندی به شرط فعل دریافت نمی‌گردد؛ چه این امر مستلزم این است که در عبارت حدیث مزبور کلمه «یجب» در تقدیر باشد و دیگر سو، جمله خبریه در معنای جمله انشائی به کار رود؛ در حالیکه هر دو فرض خلاف ظاهر حدیث است و هر آنچه خلاف ظاهر باشد نیاز به دلیل و مستمسک دارد که در این مقام وجود ندارد و از دیگر سو، از این که در حدیث مزبور «مؤمنون» موضوع قضیه قرار گرفته است، می‌توان دریافت که ساختمان حدیث به صورت اخباری است نه انشائی (نجفی ابروانی: ۱۴۰۶، ج ۲، ۶۶).

پرواضح است که در این صورت ماهیت شرط، الزامی نیست و در نتیجه نمی‌توان با تکیه به آن طرفین عقد را ملزم به ایفای مفاد شرط نمود؛ چرا که برپایه این انگاره مفاد احادیث مرتبط به وفای به عقد و تعهدات بیشتر جنبه اخلاقی و توصیه دارد تا تکلیف الزامی حقوقی و شرعی (موسوی خویی: بی‌تا، ج ۱، ۱۸۹)؛ از این رو، طرفین عقد نمی‌توانند نسبت به فسخ و الزام قراردادهای، اقدام نمایند؛ اما با توجه به اینکه اصل لزوم وفاداری به شرط در قالب روایاتی مختلف بیان شده است، می‌توان گفت این اصرار و پافشاری معصومین (ع) نسبت به وفاداری به مفاد شروط و تعهدات نشان می‌دهد که تکلیف ماهیت الزامی دارد؛ چه اگر ماهیت آن استحبابی بود، دیگر این همه تأکید و اصرار بر آن، موجه و منطقی به نظر نمی‌رسید؛ از این رو، الزامی بودن تکلیف برخاسته از شروط و تعهدات، انکارناپذیر به نظر می‌رسد و این دیدگاه‌ها نمی‌تواند درست باشد.

۳-۳. پدید آورنده حق فسخ

یکی دیگر از انگاره‌های که در باب ماهیت شرط فعل از سوی اندیشمندان فقه و حقوق اسلامی، مطرح شده است، اعطای حق فسخ به مشروط له می‌باشد. طبق این انگاره در صورتی که طرفین به شرط فعل وفا نکنند، مشروط له می‌تواند نسبت به فسخ عقد اقدام نماید؛ به عبارت دیگر، در این صورت مشروط له اختیار دارد که قرارداد را با همان وضعیت پیش آمده، ادامه بدهد و بدان وفادار بماند یا اینکه نسبت به فسخ قرارداد، گام بردارد. باتوجه به این مباحث برخی مانند شهید اول معتقدند که شرط، لزوم و وجوب نمی‌یابد، بلکه عقد لازم به دلیل وجود شرط، خیار و جایز می‌شود. این فقیه امامیه در ادامه استدلال می‌آورد: «در موارد شرط نتیجه، مفاد

شرط با تحقق عقد محقق می‌شود و لزوم شرط تابع لزوم عقد است، مثل آنکه وکالت در ضمن عقد لازم به نحو شرط نتیجه لحاظ گردد؛ ولی اگر مفاد شرط یک امر منفصل از عقد و ممکن الوقوع باشد، مثل مواردی که شرط فعلی در ضمن عقد مندرج گردد، در حقیقت عقد بر یک امر ممکن الوقوع معلق شده است و چیزی که بر یک امر ممکن معلق شده باشد، خود ممکن الوقوع خواهد شد نه آنکه شرط لازم الاجرا گردد و بنابراین نتیجه این گونه اشتراط بر گردانده شدن عقد لازم به عقد جایز است» (شهیدثانی: ۱۴۱۳، ج ۱، ۳۸۶، محقق داماد: ۱۴۰۶، ۴۳).

شهید اول در کتاب دروس نیز این دیدگاه را پذیرفته است و باور دارد که طرفین عقد می‌توانند هر نوع شرط مشروعی را در قرارداد بگنجانند؛ اما اگر مشروط علیه به شروط مورد توافق، پایبند نباشد، مشروط له فقط مجاز به فسخ معامله است ولی قبول اینکه او بتواند مشروط علیه را مجبور به انجام مورد شرط نماید، مورد اشکال است؛ ایشان بیان می‌دارد: «يجوز اشتراط سائغ فی عقد البيع، فيلزم الشرط من طرف المشروط عليه، فإن أخلّ به، فللمشترط له الفسخ. و هل يملك إجباره عليه؟ فيه نظر» (شهید اول: ۱۴۱۷، ۳۴۳)؛ گرچه برخی میان جای که عقد شرط را پوشش می‌دهد و نیازی به بیان امور اضافی (صیغه وغیره) نیست مانند شرط وکالت در عقد رهن و جای که نیاز به امر دیگری است، تفاوت قایل شده‌اند؛ مانند شرط عتق که از منظر این فقها در صورت اخیر حق فسخ پدید می‌آید و در صورت اول، شرط لازم و الزامی خواهد بود (شهیدثانی: پیشین، ج ۳، ۵۰۷)، تفاوت قایل شده‌اند و نسبت به هر کدام حکم جداگانه‌ای را بیان کرده‌اند ولی از آنجایی که در اینجا بحث ناظر به مورد دوم است، بدان پرداخته می‌شود و در بحث انگاره پدیداری تکلیف الزامی و وضعی مورد اول بررسی خواهد شد.

برخی فقها با تمسک به اصل عدم تکلیف مشروط علیه، تنها اثر شروط ضمن عقد به صورت عام و شرط فعل به صورت خاص را این گونه می‌انگارند که ماهیت الزامی آن نسبت به مشروط له تبدیل به ماهیت خیاری می‌شود؛ یعنی او تازمانی ملزم به تبعیت از مفاد قرارداد است که مشروطه علیه به شروط ضمنی، وفادار بماند؛ اما از زمانی که مشروط علیه به تکالیف ناشی از شرط فعل، عمل نکرد، مشروط له هم می‌تواند، عقد را فسخ نماید و از ادامه وفاداری به مفاد قرارداد خودداری کند؛ چه شرط، التزام در ضمن التزام عقدی است (شهید اول: ۱۳۸۲، ج ۲، ۱۰۰؛ تصحیح: حسن قاروقی تبریزی)؛ به این معنا که مشروط له التزام خود به مفاد عقد را منوط به التزام مشروط علیه به شروط ضمن عقد نموده است که در صورت عدم پایبندی مشروط علیه به شرایط ضمنی، مشروط له هم التزامی نخواهد داشت تا به مفاد عقد وفادار بماند.

از منظر این فقها، شرط ضمن عقد تکلیف و الزامی را نسبت به مشروط علیه پدید نمی آورد بلکه تنها چیزی را که اثبات می نماید، همان حق فسخ برای مشروط له است؛ به عبارت دیگر، طبق این انگاره مشروط له نمی تواند با تسمک به ابزارهای الزام، مشروط علیه را ملزم به اجرای تعهدات ناشی از شرط ضمن عقد که شرط فعل یکی از آنها است، نماید؛ بلکه فقط نسبت به ادامه و عدم ادامه عقد، مخیر است. گرچه نوع تحلیل ماهیت شرط ضمن عقد را برخی از فقهای دیگر نیز پذیرفته اند (خسروآبادی: ۱۳۹۶، ۹۶۱) اما اکثر اندیشه وران حقوق اسلامی، این تحلیل را مورد اقبال قرار نداده اند. باتوجه به روایات و آیاتی که از لزوم وفای به شروط و تعهدات سخن می گویند می توان گفت که این انگاره ناصواب است؛ چه همه آن ادله به نوعی، حکم تکلیفی را اثبات می کنند (جهانگیری، یزدانی: ۱۳۹۱، ۳۵).

۴-۳. ماهیت تکلیفی و وضعی

طبق این دیدگاه شروط به صورت عام و شرط فعل به صورت خاص، هم تکلیف شرعی که عبارت از لزوم پایبندی به مفاد آن، هم تکلیف وضعی که همان قدرت الزام طرف مقابل به انجام مورد شرط به شمار می رود، را در پی دارد. بنابراین، مشروط له می تواند با مراجعه به محاکم حقوقی از حاکم الزام مشروط علیه را نسبت به ایفای تعهدات ناشی از شرط خواستار شود. گروهی از فقهای شیعه، ضمن پذیرش این انگاره که شرط فعل و شروط ضمن قرارداد هم تکلیف شرعی را به وجود می آورد، هم الزام قانونی را در اختیار مشروط له قرار می دهد، باور دارند که این الزام در قالب مطالبه، جلوه می کند؛ برخی از حقوقدانان اسلامی ضمن دسته بندی شرط فعل به دو گروه مضیق موسع، باور دارند که در مورد شرط های که دارای زمانی اندکی هستند، تصور اخبار و خیار فسخ را مشکل ارزیابی می کنند اما در مورد شرط های که دارای زمان زیادی می باشند، اجبار و خیار فسخ را موجه می پندارند (عراقی کزازی: ۱۴۱۴، ج ۵، ۲۴۵).

به هرروی، به صورت کلی می توان گفت، طبق این دیدگاه طرفین، می توانند نسبت به اجبار و الزام طرف مقابل اقدام نمایند؛ زیرا اصل لزوم وفای به عقود که از آیه ۱ سوره مائ و روایات علوی و نبوی به دست می آید، این مورد را شامل است (انصاری: پیشین، ج ۵، ۳۸۶). به عبارت دیگر، مقتضای اصل لزوم، تسلیم مورد عقد است که یکی از چیزهای که جزء عوضین به حساب می آید، شروط ضمن عقد می باشند که شرط فعل یکی از آنها به شمار می رود؛ بنابراین شروط هم تکلیف الزامی و وجوبی مبنی بر پایبندی به مفاد شرط را پدید می آورد و هم موجب شود که مشروط له بتواند جبران خسارت را از طرف مقابل مطالبه نماید؛ همانگونه که بیان شده این

انگاره را برخی از فقهای امامیه مورد توجه قرار داده اند و باتمسک به آن طرفین را ملزم به پایبندی به مفاد قرارداد و شروط ضمنی آن می دانند اما این دیدگاه در برخی موارد نمی تواند، پاسخگوی برخی صورت های شرط گذاری باشد (محقق داماد: ۱۳۸۴، ۱۰۲)؛ از این رو برخی انگاره های دیگری را مطرح نموده اند که در ادامه بیان می گردد.

۵-۳. حق مالی

طرفداران این نظریه بر آن است که شرط به نوعی حق مالی برای مشروط له به وجود می آورد که در صورت عدم پایبندی مشروط علیه به مفاد شرط، این حق در معرض سقوط قرار خواهد گرفت؛ در این صورت مشروط له - که حقش تضییع شده است - می تواند نسبت به مطالبه بهای مالی که بر اثر نقض شرط از بین رفته است، اقدام نماید؛ این دیدگاه گرچه خلاف انگاره سنتی در باب ماهیت شرط به شمار می رود؛ اما امروزه در میان حقوقدانان و فقهای امامیه به صورت نسبی مورد پذیرش قرار گرفته است. گرچه این نظریه امر جدید در کنار حقوق قرارداد نیست و از زمان فقهای گذشته مانند علامه حلی و امثال ایشان مطرح بود و به دلیل سازگاری با مسایل حقوقی، از سوی برخی حقوقدانان هم پذیرفته شده است (خسروآبادی: پیشین، ۹۶۵).

یکی از فقها در این زمینه آورده است: «هرگاه مالک برعامل، انجام عملی معین را در ضمن عقد شرط کند، بروی لازم است عمل مزبور را انجام دهد و چنانچه جزئا و یا کلا تخلف کند، مالک حق دارد که عقد را فسخ کند یا متعهد را به پرداخت اجرت عمل الزام نماید» (علامه حلی: بی تا، ج ۳، ۱۵۳)؛ همانگونه که ملاحظه می گردد، این فقیه امامیه در این صورت مشروط له را میان فسخ و دریافت اجرت مخیر می داند؛ توجه و دقت به عبارت فقیه مزبور نشان می دهد که ایشان به نوعی قایل به این است که نقض و عدم پایبندی یک نوع حق مالی برای ذی نفع به وجود می آورد و در این صورت مشروط له می تواند نسبت به مطالبه اجرت المثل آن اقدام نماید. گرچه در باب ماهیت شرط فعل، انگاره های مزبور مطرح است و هر کدام سعی کرده اند به نوعی با نقد دلایل دیگران از انگاره خود دفاع نمایند اما باتوجه به برخی اشکالات، می توان گفت، جمودگرایی و تکیه بر یک دیدگاه خاص، ناصواب است بلکه باید با دقت و تلاش علمی بیشتر به تبیین ماهیت این شرط پرداخت.

باوجود این به نظر می رسد شروط در قراردادهای همیشه همراه یک نوعی حکم تکلیفی باشد اما نسبت به تکلیف وضعی آن در میان اندیشه ووران حقوق اسلامی، اختلاف وجود دارد که باتوجه به نقدهای که نسبت

به انگاره‌های سه گانه پیشین بیان شد، می‌توان گفت این انگاره موجه و همسازتر با مسایل حقوقی است؛ شاید به همین دلیل است که برخی از اندیشمندان معاصر حقوقی اسلامی به این رویکرد گرایش یافته‌اند (محقق داماد: ۱۳۸۸، ۳۰۵). از آنجایی که علمای حقوق اسلامی ماهیت شرط فعل را به صورت مطلق مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند، می‌توان گفت هر انگاره که درباره ماهیت آن پذیرفته شد، درباره قراردادهای الکترونیکی نیز جاری خواهد بود؛ چه باتوجه به مبانی فقهی و حقوقی اصل قراردادهای الکترونیکی از منظر نظام حقوقی و فقهی صحیح می‌باشد؛ طبق اصول حقوقی زمانی که مفهوم قرارداد به عمل حقوقی، صادق شد، می‌توان احکام قراردادها را به آن تسری و تعمیم داد؛ این اصل در ترمینولوژی حقوقی و فقهی به عنوان اصل صحت معروف است (کاتوزیان، ۱۳۹۶، ۱۶۵) که خود مبتنی بر اصل حاکمیت اراده و اصل رضایی بودن قراردادها می‌باشد. باعطف نظر به مباحث گذشته، می‌توان گفت شرط فعل به صورت در قراردادها به صورت عام و در قراردادهای الکترونیکی به صورت خاص، دارای ماهیت حق مالی است؛ به این معنا که برآثر شرط فعل، حق مالی برای مشروط له به وجود می‌آید؛ گرچه حقوقدانان در مقام تئوری پردازی به صورت مفصل به بحث مفهوم شرط فعل نپرداخته‌اند اما از آنجایی که حقوق مدنی در نظام حقوقی ایران مبتنی بر فقه امامیه می‌باشد، می‌توان گفت این دیدگاه را در گستره حقوق هم می‌توان مطرح نمود؛ چه تنها در این فرض است که می‌توان بسیاری از صورت‌های شرط فعل در قراردادها را پوشش داد.

باتوجه به پژوهشی که انجام شده می‌توان گفت در مجموع پنج انگاره درباره ماهیت شرط فعل در قراردادهای الکترونیکی وجود دارند: برخی از اندیشه‌وران نظام حقوقی اسلامی و فقه فقط بر جنبه شرعی شرط فعل توجه نموده‌اند و از این رهگذر بر آن ماهیت شرعی الزامی یا غیرالزامی قائلند؛ این انگاره‌ها با توجه به بستر ظهور و بروز قراردادها که همانا گستره عمل حقوقی می‌باشد، نمی‌توانند پاسخ گو و توجیه کننده رفتارهای حقوقی افراد و اشخاص در این عرصه باشند؛ ازاین رو برخی دیگر از حقوقدانان و فقهای اسلامی سخن از ماهیت دوگانه شرط فعل به میان آورده‌اند؛ این گروه باور دارند که شرط فعل در قراردادها به صورت عام و قراردادهای الکترونیکی به صورت خاص، از آن جهت که پابندی بدان‌ها مورد تأکید مقنن قرارداد، دارای ماهیت شرعی و الزامی تکلیفی می‌باشد؛ چه قانونگذار اسلامی با بیان امری و دستوری، همه کنشگران تعاملات اجتماعی - اعم از گستره حقوق و سایر رفتارهای تعاملی - ملتزم به پابندی به تعهدات دانسته‌است و از جهت دیگر چون در بسیاری از تعاملات اجتماعی - به ویژه در گستره قراردادها - مسئله حقوق دیگران مطرح می‌گردد، شرع و عقل حکم می‌نماید که در عرصه‌ها حقوق دیگران مورد تضییع قرار نگیرد؛ ازاین رو شرع همگام با عقل کنشگران گستره حقوق را ملزم به پابندی می‌پندارد؛ در نتیجه اگر کسی بدون توجه به این تکلیفی عقلی و شرعی به دیگری زیان وارد آورد، افزون بر ملامت شرعی و اخلاقی، ملزم به جبران خسارات خواهد بود.

گرچه این انگاره تاحدودی از کاستی‌های دیدگاه‌های پیشین پیراسته است؛ اما باتوجه به گسترش تعاملات حقوقی و پوشش ندادن دیدگاه دوگانه انگارانه به ماهیت شرط فعل در قراردادها به صورت عام و قراردادهای الکترونیکی به صورت خاص، برخی از اندیشه‌وران نظریه جدیدی را مطرح نموده‌اند؛ طبق این انگاره شرط فعل در ضمن قرارداد نوعی حق مالی برای مشروط له به وجود می‌آورد که در صورت عدم پابندی مشروط علیه به محتوای آن، حق دیگری مورد تضییع قرار گرفته است؛ باتوجه به مبانی فقهی و اصول حقوقی مانند اصل لاضرر، اصل عدم تعدی به حقوق دیگران، اصل لزوم جبران خسارت و اصل لزوم رفتار متعارف در کنش‌های حقوقی، مشروط علیه مکلف به پابندی به حقوق دیگران خواهد بود؛ بنابراین اگر از رهگذر پابند نبودن او به تکلیف و الزامی شرعی و حقوقی‌اش، خسارت و زانی به دیگری وارد آید، باید نسبت به جبران آن اقدام نماید.

القرآن الکریم.

۱. اصفهانی کمپانی، محمد حسین ، حاشیه المکاسب، ج ۵، قم، انوار الهدی، چ اول، ۱۴۱۸.
۲. امیرخانی، شکیبا، جوان، عبدالله، امکان سنجی فسخ نکاح در فرض تخلف از شرط فعل در فقه اسلامی، دوفصلنامه علمی پژوهشی فقه مقارن، سال ششم، ش ۱۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۷.
۳. انصاری دزفولی، کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخيارات، ج ۴، قم، منشورات دار الذخائر، چ اول، ۱۴۱۱ ه.ق.
۴. انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، ج ۶، ۳ و ۵، قم، مجمع الفکر الإسلامی، چ ۱۹، ۱۴۳۵ ه.ق.
۵. الإیروانی، علی بن عبدالحسین نجفی، حاشیه المکاسب، ج ۲، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ اول، ۱۴۰۶..
۶. بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی، چ اول، ۱۴۱۹ ه.ق.
۷. جعفری خسروآبادی، نصر الله، شرط فعل از تکلیف محض تا اشتغال ذمه؛ گفتاری پیرامون آثار شرط فعل در فقه امامیه و حقوق ایران، پژوهش‌های فقهی، ش ۴، زمستان ۱۳۹۶.
۸. جهانگیری، محسن، یزدانی، غلام رضا، بررسی اقسام و آثار شرط؛ با تکیه بر نقض تعهد، مجله آموزه‌های فقه مدنی، ش ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۱.
۹. حسینی روحانی، سید صادق، فقه الصادق، ج ۱۸، قم، دارالکتاب- مدرسه امام صادق(ع)، چ اول، ۱۴۱۲ ه.ق.
۱۰. خویی، سید ابوالقاسم، الشرح فی مستند العروه الوثقی؛ کتاب الإجاره، بی‌جا، بی‌تا.
۱۱. الشهید الثانی، زین الدین بن علی عاملی، الروضه البهیجه فی شرح المعه الدمشقیه، ج ۳، قم، کتاب فروشی دآوری، چ اول، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۲. شهید اول، محمد بن مکی، المعه الدمشقیه؛ تصحیح حسن قاروبی تبریزی، ج ۲، قم، دارالتفسیر، چ چهارم، ۱۳۸۲.
۱۳. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، ج ۲، قم، جامعه مدرسین، چ دوم، ۱۴۱۸ ه.ق.
۱۴. عاملی شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعیه فی الفقه الإمامیه، قم، جامعه مدرسین، چ دوم، ۱۴۱۷.

۱۵. عراقی کزازی، آقا ضیاء الدین، شرح تبصره المتعلمین، ج ۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ اول، ۱۴۱۴ ه.ق.

۱۶. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکره الفقهاء، ج ۱، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چ اول، ۱۴۲۰ ه.ق.

۱۷. علی حلی، حسن بن یوسف، تحریر احکام الشرعیه علی مذهب امامیه، ج ۳، قم، مؤسسه آل البیت(ع).

۱۸. محقق داماد یزدی، سید مصطفی، قواعد فقه، تهران، چ اول، ۱۴۰۶ ه.ق.

۱۹. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چ اول، ۱۳۸۸.

۲۰. موسوی خویی، سید محمد تقی، الشروط و التزامات التبعية فی العقود، ج ۱، بیروت، دارالمؤرخه العربی، چ اول، ۱۴۱۴ ه.ق.

۲۱. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، چ اول، ۱۴۱۷ ه.ق.

۲۲. نوری، حسین بن محمد تقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، مصحح و محقق: مؤسسه آل البیت علیهم السلام، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چ اول، ۱۴۰۸ ه.ق.

۲۳. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی؛ قرارداد-ایقاع، تهران، انتشارات گنج دانش، چ اول، ۱۳۹۶.

۲۴. محقق داماد، سید مصطفی، مفاد شرط فعل مالی در ضمن عقد در حقوق اسلامی، فصلنامه تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان ۱۳۸۴.

۲۵. صدر، شهید سید محمد باقر، دروس فی علم الأصول؛ الحلقة الثالثة، تعلیق: عبد الجواد ابراهیمی، قم، مؤسسه انتشارات دارالعلم، چاپ دوم، ۱۴۳۰.

۲۶. مطهری، مرتضی، آشنای با علوم اسلامی (منطق و فلسفه)، تهران، انتشارات صدرا، چ اول، ۱۳۸۸.

۲۷. علیزاده، بیوک، چیستی ماهیت و احکام آن، مجله پژوهشی دانشگاه امام صادق(ع)، ش ۱۷، ۱۳۸۸.

۲۸. حسن زاده، مهدی، شاهی دامن جانی، احد، علی پور، حسن، شرط فعل بر ثالث، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ش ۲۱، ۱۳۹۶.