

مفاد شرط فعل مالی ضمن عقد در حقوق اسلامی

دکتر سید مصطفی محقق داماد*

خلاصه

در مبحث شروط ضمن عقد یک مسأله از جایگاه قابل توجهی برخوردار و در حقوق مدنی دارای آثار بسیاری است. مسأله این است که آیا مفاد شرط فعل حکم تکلیفی است؟ اگر شرط، حاوی حکم تکلیفی است آیا مفاد آن حکم تکلیفی محض است یا علاوه بر آن حاوی حکم نیز وضعی است؟ به عبارت دیگر آیا مفاد شرط فعل برای مشروط له ایجاد حق می‌کند یا صرفاً تکلیفی است که انجام آن به عهده مشروط علیه گذاشته شده است؟ و اگر موجب حق است چه نوع حقی ایجاد می‌کند؟^۱ و بالاخره آیا شرط فعل صرفاً موجب مسؤلیت برای مشروط علیه است یا آنکه موجب ضمان است؟

شورشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

۱. به نظر اینجانب یکی از مهمترین مباحث در ادبیات اسلامی، تفاوت میان حکم تکلیفی و حکم وضعی و سپس رابطه میان آنهاست، که یکی از بخشهای فلسفه حقوق اسلامی می‌تواند به شمار آید. آگاهان به ادبیات غربی پس از مقایسه، تصدیق خواهند فرمود نکاتی که فقها و اصولیین مسلمان در این زمینه مورد امان نظر قرار داده‌اند کاملاً از نظر غربیان مغفول مانده است. برای مقایسه به تحلیل «هوفیلد» در مورد حق مراجعه فرمایید. رک.

Hofeld W., *Fundamental Legal Conception as Applied in Judicial Reasoning* (1917), 26 Yale Law Journal.

Theories of Rights, Edited by: Jermy Walderon, (Oxford Readings in Philosophy), Oxford University Press, 1985.

همچنین برای دیدن نظریات اسلامی رک. شیخ انصاری، رسائل، ص ۳۵۱ همو، مکاسب، چاپ جدید، ج ۵، ص ۸؛ خراسانی، کفایةالاصول، ج ۲، صص ۳۰۶-۳۰۲؛ اجودالتقریرات (تقریرات اصول میرزای نایینی)، ج ۲، ص ۳۸۳ به بعد.

کلید واژه‌ها: شرط، حکم وضعی، حکم تکلیفی، حق ذمی، ضمان، مسؤلیت

مقدمتاً لازم است گفته شود که رابطه حق و تکلیف چنین است که هر جا حقی «ذمی» وجود دارد، طرفین آن عبارتند از ذیحق و من علیه الحق. شخص نخست در فرض چنین حقی مالک مالی در ذمه شخص اخیر است و در صورت مطالبه ذیحق مکلف به ادای حق و افراف ذمه خویش است. ولی در آنجا که از سوی آمر شرعی تکلیفی بر عهده شخصی قرار داده می‌شود، متقابلاً چنین رابطه‌ای لزوماً برقرار نیست، و چه بسا تکلیفی مقرر می‌گردد و در مقابل آن حق به معنای خاص «ذمی» پدید نمی‌آید، هر چند حق مطالبه وجود یابد. برای مثال نفقه اقارب تکلیف است؛ فرزند مکلف است که نفقه والدین خود را بپردازد، ولی این امر تکلیف محض است و برای والدین حق به معنای خاص ایجاد نمی‌کند. لذا اسقاط والدین در این خصوص بی‌اثر است و به هیچ وجه تکلیف فرزندان را نسبت به ادای نفقه ساقط نمی‌سازد، و مطالبه آنان هم در وجود تکلیف اثری ندارد. درست است که والدین می‌توانند مطالبه کنند، ولی جواز مطالبه آنان به معنای حق ذمی نیست، به طوری که بتوانند حق خود را اسقاط کنند. جواز مزبور در اصطلاح فقه از نوع حکم است نه حق قابل اسقاط. چه بسا تکالیفی بر عهده افرادی وضع می‌گردد که به موجب آن افرادی ذینفع خواهند شد و از آن رهگذر می‌توانند مطالبه کنند و از این رهگذر می‌توانند مطالبه کنند. ولی حق ذمی در اصطلاح فقها امری بالاتر از این‌هاست و نشانه آن صرفاً قابلیت مطالبه نیست. حق به نظر آنان رتبه نازله ملک و