



An Introduction and Critique of the Theory of Invalidating a Condition Encompassing the Consideration (from Jurisprudential and Legal Perspectives)*



Esmail Nematollahi¹ 

1. Associate Professor, Ph.D. in Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran
e.nematollahi@qom.ac.ir

Abstract

In contracts, it is sometimes stipulated that if the obligee fails to fulfill their commitment within the specified time, they will not receive the contractual consideration. This type of condition, known as a "condition encompassing the consideration," may disrupt the balance of the exchanged considerations and the usual state of reciprocity, leading to questions about its permissibility. There is no specific legal provision addressing this condition, necessitating reliance on general principles. One type of invalidating condition is one that contradicts the essential nature of the contract. In some legal literature and judicial opinions, the condition encompassing the consideration has been deemed void (batil), and judges have been granted the right to adjust the contract. This article, using an analytical-descriptive approach, aims to introduce and critique this theory

* **Cite this article:** Nematollahi, E. (2024). An Introduction and Critique of the Theory of Invalidating a Condition Encompassing the Consideration (from Jurisprudential and Legal Perspectives). *Journal of Fiqh*, 31(118), 33-62. <https://doi.org/10.22081/jf.2024.68412.2767>.

▣ **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

▣ **Received:** 2024/02/07 • **Revised:** 2024/06/30 • **Accepted:** 2024/10/10 • **Published online:** 2024/11/20

© **The Authors**



and demonstrate that if the condition encompassing the consideration exists at the contract's formation stage, it invalidates the contract. However, if the encompassing occurs after the contract's formation due to one party's breach, it does not affect the pre-existing contract.

Keywords

Condition encompassing the consideration, conditions within a contract, valid condition, invalid condition, no-payment condition.

معرفی و نقد نظریه بطلان شرط محیط بر عوض (از دیدگاه فقهی و حقوقی)*

اسماعیل نعمت‌اللهی^۱ 

۱. دانشیار و دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران
e.nematollahi@qom.ac.ir



چکیده

گاه در قرارداد شرط می‌شود که اگر مشروط‌علیه به تعهد خود در زمان مقرر عمل نکند، عوض قراردادی به وی پرداخت نمی‌شود. چنین شرطی که شرط «محیط بر عوض» نامیده می‌شود، ممکن است تعادل عوضین و وضعیت معمولی معاوضه را برهم زند و موجب تردید در جواز آن شود. مقررۀ قانونی خاصی درباره این نوع شرط در دست نیست و در مورد آن باید به قواعد عمومی رجوع کرد. یکی از شروط باطل مبطل شرطی است که با مقتضای ذات عقد ناسازگار باشد. در برخی از آثار حقوقی و آرای قضایی، شرط محیط بر عوض باطل تلقی گردیده و به قاضی حق تعدیل قرارداد اعطا شده است. این مقاله با استفاده از روش تحلیلی-توصیفی در صدد معرفی و نقد این نظریه و اثبات این مطلب است که اگر احاطه شرط بر عوض در مرحله تشکیل قرارداد باشد، مبطل عقد است؛ اما در صورتی که احاطه پس از تشکیل عقد و در اثر تخلف یکی از دو طرف حادث شود، خللی در عقد سابق وارد نمی‌کند.

کلیدواژه‌ها

شرط محیط بر عوض، شروط ضمن عقد، شرط صحیح، شرط باطل، شرط عدم اجرت.

* **استناد به این مقاله:** نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۴۰۳). معرفی و نقد نظریه بطلان شرط محیط بر عوض (از دیدگاه فقهی و حقوقی). فقه، ۳۱(۱۱۸)، صص ۳۳-۶۲.
<https://doi.org/10.22081/jf.2024.68412.2767>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان
 □ تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۸ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۴/۱۰ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۱۰ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۹/۰۱



مقدمه

ممکن است در قراردادهای معوضی مانند اجاره و مقاطعه کاری شرط شود که اگر متعهد در زمان مقرر به تعهد خود عمل نکند، تمام یا مقداری از اجرت کسر شود. شرطی که به موجب آن مقدار کسری تمام اجرت را در بر می‌گیرد، شرط عدم اجرت نامیده می‌شود و در بسیاری از کتاب‌های فقهی (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۴۸)، از چنین وضعیتی به «احاطه شرط به تمام اجرت» تعبیر شده است. با اقتباس از چنین تعبیری، بر شرط عدم اجرت «شرط محیط بر عوض» اطلاق شده است و در این تحقیق نیز همین تعبیر به کار می‌رود. در ادامه پس از بیان پیشینه تحقیق به معرفی نظریه بطلان شرط محیط بر عوض و سپس به نقد و بررسی آن پرداخته‌ایم.

۱. پیشینه تحقیق

بحث از وضعیت شرط محیط بر عوض پیشینه‌ای طولانی در فقه دارد و در آثار فقهی متقدم (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۴۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۴۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ص ۲، ص ۲۸۴)، در مسئله شرط تقلیل و عدم اجرت در عقد اجاره مطرح گردیده است و تاکنون ادامه دارد (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، صص ۱۹-۲۴؛ اصفهانی، ۱۴۰۹، صص ۶۵-۷۶؛ شاهرودی، ۱۴۲۹، ج ۱، صص ۱۹۲-۱۹۹).

در ادبیات حقوقی فارسی، شرط تقلیل یا عدم اجرت در آثار متعددی طرح گردیده است (امامی، ۱۳۸۹، ج ۲، صص ۲۱-۲۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۷۶)؛ اما عنوان خاصی «شرط محیط بر عوض» و تأثیر آن بر وضعیت عقد و به ویژه با عنوان یک نظریه در برخی از آثار حقوقی مطرح شده است (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، صص ۱۸۱-۱۹۱)؛ اما همان‌طور که جستجوی سوابق نشان می‌دهد، تحقیق مستقلی درباره این نظریه حقوقی و نقد آن دیده نمی‌شود.

۲. معرفی نظریه

ماده ۵۰۹ قانون مدنی در اجاره حیوان، شرط تقلیل اجاره بها در صورت انجام نشدن کار

در مدت تعیین شده را پذیرفته است و ماده ۵۱۷ مفاد ماده ۵۰۹ را در مورد متصدیان حمل و نقل نیز مجری دانسته است. قانون مدنی در مورد شرط عدم اجرت در صورت انجام نشدن کار در مدت تعیین شده ساکت است. برخی از حقوق دانان شرط اخیر را صحیح دانسته‌اند (امامی، ۱۳۸۹، ج ۲، صص ۷۵-۷۶) و استدلال ایشان همان استدلالی است که از شهید اول نقل خواهد شد (شماره ۳-۳). به نظر برخی دیگر، هم شرط تقلیل اجرت و هم شرط عدم اجرت از لحاظ تحلیلی به دلیل مردّد بودن دو مورد اجاره (عمل و اجرت) باطل‌اند؛ با این حال با توجه به مواد ۵۰۹ و ۵۱۷ قانون مدنی، شرط تقلیل اجرت را باید از لحاظ حقوقی معتبر دانست، اما شرط عدم اجرت باطل است؛ زیرا موجب می‌شود عقد اجاره نسبت به مدت خارج از زمان مقرر غیر معوض باشد و این امر با ماهیت عقد اجاره که ذاتاً معوض است، مغایرت دارد (شهیدی، ۱۳۸۲، صص ۹۲-۹۳). از این استدلال معلوم می‌شود که به نظر وی، شرط عدم اجرت مبطل عقد است.

یکی از حقوق دانان در بحث مفصلی با عنوان «شرط نقصان اجاره‌بها: وجه التزام عمومی یا شرط ویژه اجاره؟»، شرط عدم اجرت را به پیروی از اصطلاح فقهی، شرط محیط بر عوض نامیده و برای بطلان آن به دلایل متعددی استناد کرده است (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، صص ۱۸۱-۱۹۱): روایت محمد حلبی و محمد بن مسلم (که در بحث از ادله روایی خواهد آمد)؛ منافات با قاعده ممنوعیت جمع بین عوض و معوض (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۸۳)؛ مخالفت با مقتضای عقد؛ برخورد با نظم عمومی و اخلاق حسنه (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۸۴) و ملاک ارش مستوعب؛ با این توضیح که اگر مبیع معیوب فاقد ارزش باشد، طبق نظر برخی از فقیهان شرط تبرّی فروشنده از عیوب مبیع باطل است. «در فرضی که وجه التزام سبب بی‌ثمر شدن عقد معاوضی می‌شود نیز در واقع با شرط مستوعب مواجهیم و با مناط ارش مستوعب، نمی‌توان آن را صحیح دانست» (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۸۹)؛ همچنین مطابق این نظر، روایات مربوط به این بحث به عقد اجاره اختصاص ندارند و قابل تعمیم به دیگر قراردادها هستند (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۹۱).

بر اساس این نظر، احاطه شرط بر عوض، مفهومی عرفی است و بنابراین اگر عوض معامله ده ریال باشد، نه تنها وجه التزام معادل با ده ریال یا بیشتر، عرفاً محیط بر عوض تلقی می‌شود؛ بلکه حتی وجه التزام معادل با نه ریال نیز از دید عرف عوض را از بین می‌برد (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۸۵)؛ از این رو باید «هر شرطی را که عرفاً با ماهیت معاوضی بودن قرارداد منافات دارد و سبب جمع شدن عوض و معوض در یک دارایی می‌شود، بی اعتبار تلقی کرد. این موضوع در جایی که کل اجرت یا ثمن با شرط منتفی می‌شود، بی گمان باطل است؛ اما عرف کمتر از آن را نیز سبب احاطه شرط بر ثمن می‌داند» (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۸۶).

تا آنجا که در آثار مربوط به این نظر ملاحظه شد، در این نظر به تأثیر بطلان شرط بر وضعیت عقد تصریح نشده است و اثر آن صرفاً دادن حق تعدیل قرارداد به قاضی است. «تعیین وجه التزام به ازای هر روز یا هفته ... از منظر عرف و قصد طرفین، یک کل تجزیه‌ناپذیر نیست و به اعتبار هر بار تخلف قابل احتساب است؛ بنابراین بطلان وجه التزام در صورت محیط شدن بر عوض قراردادی مانع از این نیست که دادگاه آن را تا اندازه‌ای که این احاطه منتفی باشد، معتبر بداند. با این تحلیل راهی برای تعدیل وجه التزام به دست می‌آید؛ مگر اینکه طرفین صریحاً یا ضمناً غیر قابل تجزیه بودن آن را مقرر کرده باشند» (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۹۱). از این نکته که قاضی می‌تواند قرارداد را تعدیل کند، استفاده می‌شود که قرارداد باطل نیست و بنابراین طبق این نظر شرط یادشده اگر تعدیل نشود، در زمره شروط باطل و غیر مبطل است؛ اما قاضی می‌تواند آن را تعدیل کند و به آن اعتبار بخشد.

این نظر مورد توجه برخی از قضات قرار گرفته و در شماری از آرای قضایی (ضمن ارجاع صریح به این نظر) انعکاس یافته است؛ از جمله:

- در رأی صادر از شعبه ۲۰ دادگاه عمومی حقوقی، مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران آمده است: «مبلغی که از شرط حاصل می‌شود به عنوان یک قاعده عمومی... نباید به گونه‌ای باشد که بر ثمن قراردادی محیط گردد؛ زیرا در صورت محیط گشتن این مبلغ بر ثمن، معاوضه‌ای واقع نگردد و این تفسیر را ... می‌توان به کلیه قراردادهای معاوضه‌ای

تعمیم داد (دادنامه شماره ۵۹۳۷۵۲۳/۱۶۸۳۹۰۰۰۵۹۳۷۵۲۳، مورخ ۱۴۰۱/۵/۲).

- شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی ماکو در یک رأی خود با استناد به این نظریه، به تعدیل میزان وجه التزام حکم صادر کرده است.^۱

- شعبه سوم دیوان عالی کشور در یکی از آرای خود آورده است: «طبق مقررات قانون مدنی از اوصاف شروط مندرج از عقود این است که نامشروع (بند ۳ ماده ۲۳۲) و خلاف مقتضای عقد (بند یک ماده ۲۳۳) نباشد. عدم تعادل بارز و غیرمتعارف ارزش عرفی عوضین در عقود معاوضی و یا اشتراط شرطی که موجب تملک بیش از آن گردد، از مصادیق شرط ضرری و غرری و داراشدن غیر عادلانه و آن مثل غرور و اضرار در خود عقود است و طبق موازین فقهی نامشروع است» (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۳۸۵، تاریخ ۲۷/۱۲/۱۳۹۲).

- طبق نظر اکثریت در نشست قضایی شهر قوچان (۱۳۹۸/۱/۲۱): «اولاً هر چند وجه التزام در قرارداد قید شده است، ولی اگر مقدار آن غیرمتعارف باشد، دادگاه می تواند آن را تعدیل کند (قاعده عدل و انصاف). در غیر این صورت اجرای شرط مذکور غیرمعقول و موجب بلاعوض شدن عقد معاوضی می گردد و شرط وجه التزام نمی تواند عرفاً معادل عوض قراردادی و محیط بر آن باشد و قاعده فقهی «مالم یحط بجمع کراه» بیانگر این است که وجه التزام را تا حد متعارفی که سبب ازین رفتن ماهیت معوض عقد نشود، می توان قبول کرد و مازاد بر آن غیرمعتبر است...؛ ثانیاً ماده ۲۳۰ قانون مدنی نمی تواند بر خلاف اصل معاوضی بودن عقود سبب ازین رفتن یکی از تعهدات متقابل شود و دکترین حقوقی و روایات صحیح و موثق این موضوع را منع می کند و نشان می دهد رعایت عدالت معاوضی در قرارداد امری است که با توافق قابل حذف نیست و به صراحت در روایت آمده است که وجه التزام نباید محیط بر یکی از عوضین قراردادی شود».^۲

معرفی بیشتر این نظریه اقتضا می کند که ادله روایی این بحث و پیشینه فقهی آن جداگانه بررسی شود.

۱. وکلای پرس: نمونه رأی با موضوع تعدیل وجه التزام قراردادی.

۲. گروه وکلای داداندیش: وجه التزام غیرمتعارف در رأی داور.

۳. ادله روایی

در کتاب‌های روایی چند روایت در مورد شرط تقلیل یا عدم اجرت یافت می‌شود:

یکم: روایت حلبی؛ مهم‌ترین روایت در این بحث، حدیثی است که حلبی از امام باقر علیه السلام نقل کرده است. محمد حلبی می‌گوید: نزد یک قاضی نشسته بودم و ابو جعفر علیه السلام [امام باقر علیه السلام] نیز نزد او نشسته بود. دو نفر پیش وی آمدند و یکی از آن دو گفت: «شتر این شخص را کرایه کردم تا کالایم را به برخی از معادن برساند». پس بر او شرط کردم که فلان روز مرا برساند؛ چون [در آن روز] بازاری بود که می‌ترسیدم از دستم برود و [شرط کردم] اگر از آن [روز] بازمانم، برای هر روز که بازمانم، فلان مقدار از کرایه کم کنم. [اکنون] وی مرا چند روز از آن روز بازداشته است. قاضی گفت: «این شرطی فاسد است. کرایه وی را به‌طور کامل بپرداز». پس هنگامی که آن مرد برخاست، ابو جعفر علیه السلام نزد من آمد و گفت: «این شرط وی جایز است تا زمانی که کل کرایه را کم نکند» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۱۱۶)؛ هر چند در سند این روایت تردید شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۳۵۵)؛ اما در نهایت برخی از فقها آن را «موثّق» (حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰، ص ۴۵) و برخی «صحیح» تلقی کرده‌اند (خویی، ۱۳۶۵، ص ۱۰۳).

ممکن است واژه «لم یحط» در ذیل حدیث، از ریشه «حطّ» یا از ریشه «احاطه» به معنای دربرگرفتن باشد. «حطّ» در لغت به معنای «کاستن» (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۲۱۶؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۲۷۲) است و به صورت مجازی در معنای «کاستن از ثمن» به کار می‌رود (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۲۱۶) و به مبلغی که از ثمن کسر می‌شود «حطیطه» گفته می‌شود (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۲۱۸).

تا آنجا که ملاحظه شد، جز در کتاب عوالمی اللثالی (احسائی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۲۵۵) که در آن لفظ «لم یحط» به صورت «لم یُحط» (از باب افعال) ضبط شده است، در دیگر کتاب‌های روایی از جمله کافی (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۹۰) و تهذیب (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۲۱۴)، واژه یادشده به صورت «لم یُحطّ» (از باب ثلاثی) ضبط شده است. بدیهی است که برای تعیین ضبط واژه یادشده نمی‌توان به این مقدار بسنده کرد. کاربرد واژه «حططت» [صیغه ماضی ثلاثی از ریشه «حطّ»] در جملات ابتدایی حدیث، قرینه بر این

است که واژه «لم یحط» نیز باید ثلاثی باشد. در بحث بعد خواهیم دید که بسیاری از فقیهان نیز هنگام بررسی این مسئله، از شرط تقلیل اجرت در برابر شرط عدم اجرت سخن گفته‌اند و تقلیل با معنای حطّ سازگار است.

با این حال در بسیاری از کتاب‌ها، واژه «احاطه» یا مشتقات آن مانند «احاط» و «لم یحط» به کار رفته است. یک نمونه آن سخن شیخ طوسی است که در مقدمه تحقیق آمد (نیز نک: ابن‌ادریس، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۴۶۹)؛ همچنین در برخی از آثار هم واژه «حطّ» و هم واژه «احاطه» به کار رفته است (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۷۵). با توجه به کاربردهای اخیر می‌توان از «احاطه شرط بر عوض» یا «شرط محیط بر عوض» سخن گفت و همان‌گونه که در سخن صاحب جواهر آمده است، تعبیر «لم یحط بجمع کراه» در روایت حلبی، در واقع به شرط سقوط اجرت اشاره دارد (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۷، صص ۲۳۲-۲۳۳). معنای اجمالی روایت این است که شرط تقلیل ثمن تا زمانی (یا منوط به این) که به کاستن کل عوض منتهی نشود، جایز است. این معنا بر اساس واژه «حطّ» است و بر مبنای واژه «احاطه» معنای روایت چنین می‌شود: شرط تقلیل ثمن تا زمانی (یا منوط به این) که کل عوض را احاطه نکند، جایز است؛ بنابراین شرط تقلیل از لحاظ مقدار طیف گسترده‌ای را در بر می‌گیرد و از کمترین مقدار عرفی عوض آغاز می‌شود و تا پیش از رسیدن به رایگان شدن عقد ادامه می‌یابد.

با این حال همان‌طور که یکی از فقها تصریح کرده است، این روایت خالی از اجمال نیست و عبارت «ما لم یحط بجمع کراه» تاب تفسیرهای متفاوت را دارد؛ از جمله اینکه طبق یک تفسیر در صورت احاطه شرط بر اجرت، اجیر مستحق اجرت نیست و طبق تفسیری دیگر اگر شرط محیط بر اجرت باشد، اجاره باطل است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۱۲).

دوم: روایت محمد بن مسلم؛ در این روایت آمده است: از ابو جعفر علیه السلام شنیدم که می‌گفت: نزد یکی از قضات مدینه نشسته بودم. پس دو مرد نزد وی آمدند و یکی از آن دو گفت: «این شخص را اجیر کردم تا مرا در فلان روز به بازار برساند و وی این کار را نکرد». ابو جعفر گفت: قاضی گفت: «اجرتی برای وی نیست». ابو جعفر گفت: من آن مرد را صدا کردم و گفتم: «ای بنده خدا، نمی‌توانی حق وی را [به کلی] از بین ببری» و به دیگری گفتم: «نمی‌توانی تمام آنچه را بر اوست، بگیری. مصالحه کنید و به یکدیگر ردّ

کنید» (حز عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۱۱۶). این روایت را فقها صحیح دانسته‌اند (علامه حلی، بی تا، ص ۲۹۴؛ حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۳).

در برخی از کتاب‌های فقهی (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۱۰۷؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ص ۳۴۴) به این روایت نیز در بحث تقلیل ثمن استناد شده است؛ اما همان‌طور که متن روایت نشان می‌دهد و برخی از فقیهان نیز به درستی یادآور شده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۳۵۵؛ نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۷، صص ۲۳۰-۲۳۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص ۵۶۷)، این روایت به بحث تقلیل ثمن ارتباطی ندارد؛ از این رو در برخی از کتاب‌ها مستند فتوای ممنوعیت شرط را فقط روایت محمد حلی دانسته‌اند و از این گذشته، شهید ثانی حتی این روایت را هم دچار مشکل سندی دانسته، رجوع به «اصول شرعی» را ترجیح داده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۳۵۵).

بدین ترتیب از میان دو روایت پیش گفته تنها روایت اول در بحث از شرط تقلیل یا عدم اجرت قابل استناد است و از این پس، از این روایت به «روایت حلی» یاد می‌شود.

۴. پیشینه فقهی

دیرزمانی است در کتاب‌های فقهی به تبع روایت حلی، میان شرط تقلیل و شرط عدم اجرت تقابل ایجاد شده است؛ برای نمونه شیخ طوسی می‌گوید: کسی که از دیگری اسبی کرایه کند تا کالای او را در زمانی به مکان خاصی برساند و [شرط کند که] اگر نرساند از اجرتش کاسته شود، جایز است تا زمانی که [شرط] تمام اجرت را احاطه نکند؛ پس اگر احاطه کند، باطل است و باید اجرت المثل پردازد (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۴۴۸). در کتاب شرایع نیز آمده است: اگر شخصی را در مقابل اجرت اجیر کند که کالا را در زمان معین به محل معینی حمل کند و شرط کند که در صورت تخلف، مقداری از اجرت را کم کند، جایز است و اگر شرط شود که در صورت نرساندن کالا در وقت معین تمام اجرت ساقط شود، جایز نیست و اجیر [در صورت انجام دادن کار با تأخیر] مستحق اجرت المثل خواهد بود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۴۲؛ نیز نک: علامه حلی، ۱۴۱۳ق، «الف»، ج ۲، ص ۲۸۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۲۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۱۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق،

ج ۱۰، ص ۴۵؛ یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، صص ۱۹-۲۴؛ اصفهانی، ۱۴۰۹ق، صص ۶۵-۷۶؛ شاهرودی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، صص ۱۹۲-۱۹۹).

آرا درباره شرط عدم اجرت و به بیان دیگر احاطه شرط بر عوض را می توان در سه دسته خلاصه کرد:

۴-۱. بطلان شرط و عقد

نظر مشهور (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۷، صص ۲۳۲-۲۳۳) آن است که شرط و عقد باطل اند. دلیل مشهور افزون بر روایت حلبی، مخالفت شرط با مقتضای عقد اجاره است؛ چون بازگشت شرط به این است که مستأجر بدون دادن اجرت مستحق عمل اجیر باشد (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ص ۳۵۰)؛ از این رو مانند آن است که مستأجر بگوید: «تو را بدون اجرت اجیر کردم» (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۷، ص ۲۳۳)؛ از این رو با بطلان شرط، عقد نیز باطل می شود.

مطابق این نظر، اجیر در صورت انجام دادن کار مستحق اجرت المثل است؛ هر چند اجرت المثل بیش از اجرت المسمی باشد (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۲۴؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ص ۴۱۰). دلیل لزوم اجرت المثل قاعده «ما یضمن» است (خویی، ۱۳۶۵، ص ۱۰۷). البته دو نظر دیگر نیز در مورد میزان استحقاق اجیر وجود دارد: اول- اجیر بیش از اجرت المسمی مستحق نیست (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۴۸۷)؛ دوم- لزوم مصالحه. این نظر را علامه حلی از ابن جنید نقل کرده است. ابن جنید به صراحت در مورد حکم شرط و عقد نظر نداده است؛ اما پس از فتوا به لزوم مصالحه گفته است نه اجرت به کلی ساقط می شود و نه اجیر می تواند کل آن را بگیرد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق «ب»، ج ۶، ص ۱۵۴). نظر مشهور درباره پرداخت اجرت المثل هم در جایی است که اجیر کار را در مدت مقرر انجام دهد و هم در مورد جایی است که کار را بعد از آن مدت انجام دهد. در مورد توجیه نظریه بطلان و چگونگی تفسیر آن چندین احتمال وجود دارد (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ج ۴، صص ۵۸-۶۱).

احتمال اول: موضوع اجاره انجام دادن عمل توسط اجیر است و در قرارداد دو شرط

متوالی^۱ درج می‌شود: نخست شرط می‌شود که عمل در زمان خاصی انجام شود و مترتب بر این شرط، شرط می‌شود که اگر عمل در خارج از آن زمان صورت گیرد، اجیر مستحق اجرت نباشد (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۷، ص ۲۳۴؛ خویی، ۱۳۶۵، ص ۱۰۶-۱۰۷؛ حاشیه خمینی و گلپایگانی در: یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۲۴). دلیل بطلان بر اساس این احتمال، افزون بر مفهوم ذیل روایت حلبی (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰، ص ۴۵؛ نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۷، ص ۲۳۳)، مخالفت شرط با مقتضای عقد است؛ زیرا عقد اقتضا می‌کند که اجیر در هر حال (اعم از اینکه اجیر به شرط عمل کند یا نکند)، مستحق اجرت باشد؛ اما مفاد شرط این است که اگر اجیر به شرط عمل نکند، مستحق اجرت نباشد و تناقض بین عقد و شرط موجب بطلان عقد است (خویی، ۱۳۶۵، صص ۱۰۶-۱۰۷).

احتمال دوم: زمان به صورت قید اخذ شده باشد؛ به این معنا که اجاره فقط به زمان مقرر مربوط باشد. اخذ زمان هم به صورت قید به دو صورت امکان‌پذیر است: وحدت مطلوب و تعدد مطلوب. در صورت اول (وحدت مطلوب)، از کلام شهید اول استفاده می‌شود که شرط عدم اجرت تأکید بر مفاد عقد است؛ به این معنا که مقتضای عقد این است که اجیر کار را در زمان مقرر انجام دهد، نه در خارج از آن؛ بنابراین شرط انجام دادن عمل در زمان مقرر، چیزی جز تأکید بر مقتضای عقد نیست (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۱۵۶؛ همچنین نک: یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۲۳).

صورت دوم این است که زمان به صورت تعدد مطلوب قید شده باشد. به طور معمول در این گونه موارد، یعنی شرط عدم اجرت، اجاره به صورت تعدد مطلوب قید می‌شود؛ زیرا اجیر نمی‌خواهد ارزش کار خود را هدر دهد. مقتضای قاعده درباره این صورت آن است که اگر اجیر عمل را در زمان مقرر انجام ندهد، اجرت به مقدار کار انجام شده تقسیط شود یا مستأجر به دلیل تخلف شرط حق فسخ داشته باشد (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص ۲۷)؛ بنابراین شرط عدم اجرت با قصد تحقق اجاره منافات دارد و از این گذشته،

۱. البته این احتمال هم وجود دارد که شرط دوم در ضمن شرط اول درج شود (نک: اصفهانی، ۱۴۰۹ق، صص ۷۴-۷۵).

اجیر قصد مجانی بودن عمل را ندارد؛ در نتیجه شرط باطل است و اجیر به دلیل انجام دادن کار مستحق اجرت المثل است؛ بلکه اگر شرط به مخالفت با مقتضای عقد بینجامد، چه بسا موجب بطلان عقد نیز باشد (شاهرودی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص ۱۹۹).

به نظر می‌رسد که اولاً مقصود از شرط در روایت حلبی، معنای لغوی و عرفی آن، یعنی الزام و التزام است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۳۲۹؛ همچنین نک: انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، صص ۱۱-۱۴)، نه معنای آن در اصطلاح فقهی؛ یعنی شرط ضمن عقد و این معنای عرفی با قید به اصطلاح فقهی سازگار است؛ ثانیاً در این گونه موارد ظاهر این است که انجام دادن عمل و زمان آن به صورت تعدد مطلوب لحاظ شده است؛ زیرا به طور معمول اجیر تمایل ندارد که کار را بدون اجرت انجام دهد و به مجانی بودن کار اقدام نمی‌کند؛ بنابراین شرط عدم اجرت با قصد اجاره یا معوض بودن آن منافات دارد و باطل است (نک: شاهرودی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص ۱۹۹). توضیح بیشتر اینکه در رویه متداول، اجیر و مقاطعه کار و امثال آنها به قصد گرفتن اجرت به انعقاد قرارداد اقدام می‌کنند و به قراردادی که ممکن است به عدم استحقاق آنها نسبت به اجرت نینجامد وارد نمی‌شوند. این مطلب با متعدد بودن مطلوب از اجرای تعهد و زمان اجرای آن سازگار است و بنابراین قصد اجیر این است که اگر به اجرای تعهد در زمان تعیین شده در قرارداد موفق نشود، تعهد را در زمان‌های بعدی انجام دهد و اجرت دریافت کند. با توجه به این نکات، قراردادی که در آن مقرر شده باشد که اجیر در صورت انجام ندادن تعهد در زمانی پس از زمان تعیین شده در قرارداد به اجرای تعهد بدون استحقاق اجرت ملزم باشد، با وحدت مطلوب بودن اجرای تعدد و زمان آن سازگار است و این گونه قرارداد اولاً مخالف رویه متداول است؛ ثانیاً ممکن است با قصد اجاره یا قصد معوض بودن آن ناسازگار باشد. تنافی با قصد اجاره به این صورت است که اجیر وارد قراردادی می‌شود که چه بسا بدون اجرت باشد و چنین قراردادی اجاره نیست؛ بلکه انجام دادن کار به صورت تبرعی است و با ماهیت عقد اجاره ناسازگار است. از همین نکته تنافی قصد مزبور با معوض بودن عقد اجاره نیز روشن می‌شود.

۲-۴. بطلان عقد و صحت شرط

ابن‌ادریس شرط را باطل و عقد را صحیح و اجیر را مستحق اجرت‌المسمی دانسته است. وی برای این نظر به آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تمسک می‌کند و توضیح می‌دهد که این مورد نیز عقد است و فسخ آن نیازمند دلیل خواهد بود و شرط نامشروع هنگامی که منضم به عقد صحیح گردد، عقد، صحیح و شرط، باطل است (ابن‌ادریس، ۱۴۰۶ق، ج ۲، صص ۴۶۹-۴۷۰).

۳-۴. صحت عقد و شرط

این نظر را شهید اول در لمعه اختیار کرده است (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۱۵۶) و طبق آن، شرط و عقد صحیح و اجیر مستحق اجرت‌المسمی است. به باور شهید اول، هنگامی که مستأجر تصریح می‌کند که اگر در خارج از زمان مقرر کار را انجام دهی اجرتی به تو تعلق نمی‌گیرد، معلوم می‌شود که مورد اجاره فقط انجام دادن کار در زمان مقرر است و انجام دادن کار در خارج از آن زمان مورد اجاره نیست؛ بنابراین شرط یادشده نه تنها مخالف مقتضای عقد نیست؛ بلکه موافق با مقتضای عقد و بلکه مؤکد آن است. نظر شهید اول در واقع مشتمل بر دو بخش است: (۱) اگر عمل در زمان مقرر انجام شود، اجاره صحیح و اجیر مستحق اجرت‌المسمی است؛ (۲) اگر عمل در خارج از زمان مقرر انجام شود، اجیر مستحق هیچ اجرتی نیست. به باور وی بطلان عقد در صورت اخیر به خود اجیر منتسب است، نه عقد؛ زیرا اجیر عمل مورد شرط را انجام نداده است؛ بنابراین نظر شهید اول از دو جهت با نظر مشهور تفاوت دارد:

۱. اگر کار در زمان مقرر انجام شود، طبق نظر مشهور، اجیر مستحق اجرت‌المثل است؛ درحالی که به نظر شهید اول مستحق اجرت‌المسمی است.

۲. اگر کار در خارج از زمان مقرر انجام شود، طبق نظر مشهور اجیر باز هم مستحق اجرت‌المثل است؛ چون هرچند اجاره باطل است، اجیر به درخواست مستأجر کار را انجام داده است و از این رو از باب استیفاء از عمل غیر، مستحق اجرت‌المثل است؛ درحالی که به نظر شهید اول، اجیر نه مستحق اجرت‌المسمی است (چون اجاره باطل

است) و نه مستحق اجرت المثل (چون طبق شرط تصریح شده است که به انجام دادن کار در خارج از زمان مقرر اجرتی تعلق نمی‌گیرد و از این رو شرایط استیفا از عمل غیر فراهم نیست).

نظر مشهور در مورد پرداخت اجرت المثل بر یک قاعده کلی مبتنی است که هرگاه اجاره باطل باشد، اجیر مستحق اجرت المثل است؛ اما طبق نظر برخی از فقها هرگاه بطلان عقد ناشی از شرط عدم اجرت باشد، این قاعده جاری نمی‌شود؛ زیرا اجیر به زیان خود اقدام کرده و انجام دادن کار بدون اجرت را پذیرفته است (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۱۸؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۱۲۰).

۵. بررسی آرا و جمع‌بندی

به نظر می‌رسد برای تحلیل این مسئله باید مفاد شرط عدم اجرت با دقت بیشتری بررسی شود، اما پیش‌تر ذکر یک مقدمه درباره زمان تملک عوضین در عقد اجاره ضروری است. طبق قاعده کلی، عوضین در عقد اجاره (عمل از طرف اجیر و اجرت از سوی مستأجر) همزمان با انعقاد اجاره به صورت متزلزل به تملک طرف دیگر در می‌آید و ملکیت اجرت توسط اجیر هنگامی استقرار می‌یابد که منفعت استیفا گردد یا زمان استیفا سپری شود؛ هر چند استیفا منفعت صورت نگرفته باشد (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، صص ۳۶-۳۷). با توجه به این نکته، اگر مقصود از شرط عدم اجرت این باشد که اجرت حتی به صورت متزلزل نیز به تملک اجیر در نیاید، چنین شرطی به مرحله تشکیل قرارداد مربوط است و با تملیکی بودن عقد اجاره منافات دارد و موجب بطلان آن است؛ اما اگر مقصود از شرط این باشد که اجرت (پس از آنکه به صورت متزلزل به تملک اجیر در آمد)، ساقط شود (شرط نتیجه)، چنین شرطی ناظر به مرحله تسلیم و پرداخت است و با مقتضای عقد منافاتی ندارد؛ زیرا در این صورت عقد اجاره هنگام انشاء، دو عوض خود را به صورت کامل دریافت کرده است؛ اما ممکن است اجیر در اثر تخلف خود، استحقاق دریافت را از دست بدهد. در کلام برخی از فقیهان نیز آمده است که شرط سقوط اجرت نه تنها با ثبوت اجرت منافاتی ندارد؛ بلکه مؤکد آن است (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۷۰)؛ زیرا نخست باید

اجرت ثبوت و تحقق یابد و سپس سقوط آن شرط شود. در ادامه با توجه به نکته بالا باید دید مفاد شرط عدم اجرت کدام یک از موارد زیر است:

اول: شرط عدم تملک اجرت. ممکن است مفاد شرط این باشد که اجیر در صورت تأخیر در انجام دادن کار، مالک تمام یا بخشی از عوض نشود؛ در این صورت شرط باطل و مبطل عقد است؛ زیرا با مقتضای عقد اجاره که تملک هر یک از عوضین توسط مالک عوض دیگری است، منافات دارد.

دوم: شرط اسقاط اجرت. اسقاط اجرت به صورت شرط فعل به دو صورت قابل تحقق است: (۱) همزمان با انعقاد عقد شرط شود که اجیر تمام یا بخشی از اجرت را اسقاط کند. چنین شرطی از دو جهت اشکال دارد: اولاً «اسقاط ما لم یجب» است؛ زیرا تا پیش از تکمیل عقد، اجیر استحقاق اجرت ندارد تا بتواند آن را اسقاط کند؛ ثانیاً چنین شرطی با مقتضای عقد اجاره و معوض بودن آن منافات دارد و باطل و مبطل است؛ (۲) مفاد شرط این باشد که اجیر در آینده و در صورت تأخیر در انجام دادن کار، اجرت را اسقاط کند؛ در این صورت اشکالی در صحت شرط به نظر نمی‌رسد. اگر اجرت کلی باشد، مضمون شرط این است که اجیر ذمه مستأجر را نسبت به اجرت ابراء کند و اگر اجرت عین معین باشد، بازگشت شرط به این است که اجیر حق مطالبه آن را ساقط نماید یا حتی آن را به مستأجر هبه کند.

سوم: شرط سقوط اجرت. چه بسا مفاد شرط این باشد که در صورت تأخیر اجیر در انجام دادن کار، تمام یا بخشی از اجرت خود به خود ساقط شود. در این فرض، عقد اجاره به صورت صحیح منعقد می‌شود و عقد دارای دو عوض معتبر است؛ با این توضیح که اگر اجرت عین معین باشد، به صورت متزلزل وارد ملک اجیر می‌گردد و اگر کلی باشد، اجیر به صورت متزلزل مالک ما فی الذمه مستأجر می‌شود. پس از انجام دادن کار توسط اجیر، ملکیت متزلزل استقرار می‌یابد و سپس به دلیل تأخیر اجیر و بر اساس شرط، تمام یا بخشی از اجرت ساقط می‌شود. شرط عدم اجرت در این فرض صحیح است و هیچ اشکالی بر آن وارد نمی‌شود: اولاً با مقتضای عقد مخالف نیست؛ زیرا مفاد عقد اجاره تملک عوض توسط اجیر است و در اینجا تملک صورت گرفته است؛ ثانیاً اسقاط

ما لم يجب صدق نمی کند؛ چون مفاد شرط، سقوط خودبه خود است، نه اسقاط؛ به بیان دیگر شرط در این صورت، از نوع شرط نتیجه، یعنی سقوط خودبه خود و بدون نیاز به اراده مشروطه است، نه شرط فعل تا به اعمال اراده وی نیاز داشته باشد؛ ثالثاً تعلیق در عقد یا مردد بودن مورد اجاره نیز صدق نمی کند.

۶. نقد نظریه

در مورد نظریه حقوقی درباره بطلان شرط محیط بر عوض می توان نکات زیر را یادآور شد:

۱. در این نظریه به ادله متعددی استناد شده است. مقتضای برخی از ادله مانند نامشروع بودن شرط، بطلان شرط است؛ بدون آنکه موجب بطلان عقد شود؛ درحالی که مقتضای برخی دیگر از ادله، مانند مخالفت شرط با مقتضای عقد، بطلان قرارداد است؛ بنابراین اگر مبنای شرط محیط بر عوض، مخالفت با مقتضای عقد باشد، باید به بطلان شرط و عقد حکم کرد و نه صرفاً به بطلان شرط و دادن اختیار تعدیل به قاضی.

۲. این نظر درباره تأثیر شرط عدم اجرت بر وضعیت عقد حکم صریحی ندارد. ادله متعددی که در این نظر به آنها استناد شده است، مقتضای متفاوتی در مورد وضعیت عقد دارند؛ برای نمونه مخالفت شرط با مقتضای عقد موجب بطلان آن است؛ اما برخورد شرط با نظم عمومی و اخلاق حسنه موجب بطلان شرط است؛ اما لزوماً به بطلان عقد منتهی نمی شود و ممکن است اثر آن بر قرارداد صرفاً عدم قابلیت استماع دعوا در محکمه باشد (ماده ۹۷۵ ق.م).

۳. ملاک محیط بودن شرط بر عوض، زمان انعقاد قرارداد است؛ نه پس از آن. احاطه شرط بر عوض در مرحله انشاء نادرست است؛ اما اگر احاطه پس از تحقق عقد و در اثر تخلف مشروطه علیه حادث شود، زیانی به صحت عقد نمی رساند. توضیح اینکه احاطه در فرض اول مربوط به مقام انشای عقد و به این معناست که در ضمن قرارداد شرطی درج شود که التزام همزمان به آن شرط و مفاد قرارداد ممکن نباشد. نمونه چنین شرطی، شرط مخالف با مقتضای ذات قرارداد است که به بطلان و عدم تشکیل قرارداد

می‌انجامد. احاطه در فرض دوم به زمان انعقاد مربوط نیست؛ بلکه پس از انعقاد عقد به صورت صحیح و با تمام ارکان و شرایط آن، و در اثر نقض قرارداد توسط اجیر به وجود می‌آید. در این فرض، عدم استحقاق اجیر نسبت به اجرت، ضمانت اجرای تخلف وی و به بیان دیگر خسارت ناشی از نقض عهد است. شبیه به این استدلال در مورد ارش نیز مطرح شده است (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۲، ص ۴۳۹؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۳۰۱). شهید اول نیز در بحث حاضر به همین مطلب تصریح کرده است: در صورتی که به شرط عمل نشود، بطلان منتسب به اجیر است، نه عقد (شهید اول، ۱۴۱۰، ص ۱۵۶). در کلام فقیهان معاصر نیز این مطلب به تفصیل آمده است: «مخالفت با مقتضای عقد به دو صورت قابل تفسیر است: مخالفت با مقتضای عرفی عقد و مخالفت با انشاء. آنچه از عقد به حسب انشاء اراده شده، معنایی است که شرط بر خلاف آن است؛ مثلاً مقتضای انشای بیع، وجود عوض در مقابل مبیع است و مقتضای انشای اجاره، وجود اجرت است؛ بنابراین بیع بلائمن و اجاره بلاجره، با مقتضای انشای بیع و اجاره تناقض خواهند داشت و از مصادیق شرایط خلاف مقتضای عقد به تفسیر دوم می‌باشند. انشاء به بقای ناظر نیست و اقتضائش فقط در مورد حدوث است؛ برای مثال در بیع، اقتضای انشاء حدوث ملکیت است؛ از این رو اگر شرطی اقتضا داشت، ملکیت حدوثاً هم نباشد، این تناقض بین دو انشاء است و چنین شرطی مخالف مقتضای عقد به معنای خلاف انشاء است؛ اما اگر ملکیت باشد، ولی شیء دیگری آن ملکیت را رفع کند ...، این موارد خلاف انشای عقد بیع نیست» (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۲۳، صص ۷۳۴۵-۷۳۴۶).

پیش فرض سخن بالا این است که مخالفت شرط با مقتضای عرفی عقد موجب بطلان شرط و عقد نیست. با توجه به مقررات قانون مدنی در باب شرط (مواد ۲۳۲ و ۲۳۳) می‌توان این نکته را تقویت کرد؛ زیرا مخالفت با مقتضای عرفی عقد در مواد مربوط به شرط از عوامل زمینه‌ساز بطلان به شمار نیامده است؛ از این گذشته یقینی است که دوطرف عقد می‌توانند به صراحت یا حتی با اطلاق کلام خود در عقد، مقررهای بر خلاف عرف وضع کنند. نقش عرف در واقع تکمیل اراده دوطرف در موارد سکوت آنهاست.

۴. یکی از ادله‌ای که برای بطلان شرط مطرح کرده‌اند، ممنوعیت جمع عوض و معوض است. ممنوعیت جمع عوض و معوض در میانه متون فقهی (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، صص ۲۳۶ و ۴۷۴) مطرح گردیده و شهید اول آن را به عنوان یک قاعده کلی مطرح کرده است. وی برای این قاعده نخست این دلیل را مطرح می‌کند که جمع بین عوض و معوض به «اکل مال به باطل» منتهی می‌شود؛ زیرا «اکل به حق» به این صورت است که شخص عوضی بدهد و معوض را دریافت کند تا زیان از دو طرف عقد برطرف شود و هر یک از آن دو با آنچه داده، منفعتی کسب کند. سپس به اجماع فقیهان بر ممنوعیت مواردی مانند جمع میان ثمن و مثنی توسط بایع و جمع بین منفعت و اجرت توسط اجیر استدلال کرده است و مبنای نسبت‌سنجی دو قیمت برای محاسبه ارزش را نیز جلوگیری از جمع میان عوض و معوض دانسته است (شهید اول، بی تا، ج ۲، ص ۲۶۹).

بنابراین در صحت و اعتبار این دلیل فی نفسه تردیدی نیست؛ اما استناد به آن در محل بحث دشوار است؛ زیرا اولاً در اینجا ممکن است گفته شود مبلغی که از اجرت کسر می‌شود، عنوان خسارت دارد؛ با این توضیح که مستأجر در اثر تأخیر در اجرای عقد متحمل خسارت شده است و از این باب، طلبکار اجیر و مستحق گرفتن غرامت از اوست. آن‌گاه بین دو دین، یعنی مبلغی که مستأجر به عنوان غرامت از اجیر طلبکار شده است و اجرتی که باید به وی بپردازد، تهاوتر صورت می‌گیرد؛ در این صورت جمع میان عوض و معوض صدق نمی‌کند. شاهد این مدعا آن است که در بحث بدل حیلولة، طبق یک نظر، مالی که از دسترس مالک خارج شده در ملک او باقی است و در عین حال، مالک می‌تواند قیمت مال را از غاصب مطالبه کند. در پاسخ به این اشکال که این نکته به جمع عوض و معوض منتهی می‌شود، استدلال شده است که بدل حیلولة خسارت است نه عوض (جزایری، ۱۴۱۶ق، ج ۷، صص ۶۰۹-۶۱۰).

ثانیاً همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، ملاک ممنوعیت جمع عوض و معوض زمان تشکیل عقد است؛ نه زمان اجرای عقد. نظیر این مطلب قاعده ممنوعیت اتحاد عوض و معوض است که در مورد آن نیز ملاک ممنوعیت، زمان تشکیل عقد است. محقق کرکی در پاسخ به اشکال اتحاد عوض و معوض در یک مسئله فقهی می‌گوید: هنگام

عقد، اتحاد عوض و معوض وجود ندارد و ملاک این است که هنگام عقد، عوض و معوض متحد نباشند (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۴۲).

ثالثاً جمع عوض و معوض و ممنوعیت آن با بلاعوض شدن عقد معوض (که در نشست قضایی پیش گفته به عنوان یکی از ادله این نظر مطرح شد) ناسازگار است و همان طور که از سخن برخی از فقیهان (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۲، قسم ۱، ص ۱۱۹؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۹۵) استفاده می‌شود، این دو مفهوم با یکدیگر متفاوت‌اند؛ بنابراین در بحث حاضر چه‌بسا جمع بین عوض و معوض پیش نیاید، بلکه مشکل بلاعوض شدن مطرح شود. توضیح بیشتر اینکه جمع بین عوض و معوض مربوط به جایی است که دو شیء به عنوان عوض و معوض وجود داشته باشد و هر دوی آنها به تملک شخص واحد درآید؛ مانند آنکه میب و ثمن در ملک فروشنده داخل شود؛ درحالی که در بلاعوض شدن عقد معوض، در عقدی مانند بیع و اجاره که طبق تعریف، عقدی معوض هستند، فقط یک عوض وجود دارد و عقد بیع و اجاره به عقدی بلاعوض مانند هبه و عاریه تبدیل می‌شود.

۳. طبق قواعد و اصول مسلم در فقه و حقوق ایران، حوادث بعد از عقد نمی‌تواند موجب بطلان عقد شود و نهایت این است که مانند تلف میب پیش از قبل، موجب انفساخ از زمان وقوع حادثه یا مانند موارد خیرات، پیدایش حق فسخ گردد؛ بنابراین در محل بحث نمی‌توان منتظر ماند و دید که آیا متعهد به شرط عمل می‌کند تا حکم به صحت شرط و عقد کرد یا عمل نمی‌کند تا شرط و عقد را باطل دانست. ادله مربوط به بطلان عوض مجهول و مردد و معامله غری نشان می‌دهد که سرنوشت شرط و عقد باید در زمان عقد معلوم باشد. این درحالی است که طبق نظر مورد بحث، سرنوشت شرط و عقد به عملکرد مشروط‌علیه پس از عقد وابسته می‌شود.

۵. طبق نظر مشهور فقها در مورد بطلان عقد و شرط، اجیر مستحق اجرت‌المثل است و حتی ممکن است اجرت‌المثل بیش از اجرت‌المسمی باشد؛ بنابراین در نهایت عمل اجیر بدون اجرت باقی نمی‌ماند.

۶. تعدیل قضایی در نظام حقوقی کشورمان پذیرفته نیست (شهیدی، ۱۳۸۳، ص ۴۰) و افزون بر مخالفت با نص ماده ۲۳۰ قانون مدنی، موجب عدم ثبات معاملات و روابط

اشخاص می‌گردد. دلیلی که برای تعدیل قضایی وجه التزام ذکر شده است؛ یعنی تجزیه پذیر بودن آن (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۹۱)، افزون بر ابهامی که در تعریف و توصیف آن نهفته است، فاقد مبنای حقوقی است؛ همچنین جواز تعدیل با ملاک‌گیری از مقرراتی مانند مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی نیز پذیرفتنی نیست؛ زیرا تعدیل در این مقررات ناظر به زمان بازپرداخت دین است، نه مقدار آن. از این گذشته در این نظریه معیار خاصی برای تعدیل شرط و کاستن از مقدار خسارت ارائه نگردیده است و تردید و غرر ناشی از این امر از تردید ناشی از وضعیت معامله و صحت یا نفوذ آن کمتر نیست. در واقع همان‌طور که طبق این نظریه، احاطه شرط بر عوض مفهومی عرفی و انعطاف‌پذیر است، تعدیل قرارداد برای خروج از احاطه نیز مفهومی عرفی و انعطاف‌پذیر است و طیف گسترده‌ای از ۱ درصد عوض تا ۹۹ درصد آن را در بر می‌گیرد و دادن چنین اختیار عمل گسترده‌ای به قاضی، نظم و ثبات معاملات را به خطر می‌اندازد.

نتیجه‌گیری

۱. یکی از شروط ضمن عقد در قراردادهای معوض، به‌ویژه عقد اجاره این است که اگر مشروطاً علیه به تعهد خود در زمان مقرر عمل نکنند، مستحق عوض قراردادی نباشد. شرط عدم استحقاق عوض (یا اجرت) که «شرط محیط بر عوض» نیز نامیده می‌شود و نوعی شرط نتیجه است، از نظر مشهور فقها باطل و به دلیل مخالفت با مقتضای عقد معوض مُبطل آن است.

۲. در برخی از آثار حقوقی و آرای قضایی، شرط عدم اجرت به تبع آثار فقهی «شرط محیط بر عوض» نامیده شده و به موجب آن، شرط یادشده باطل تلقی گردیده و به قاضی حق تعدیل قرارداد داده شده است. این نظر از جنبه‌های متعددی دچار اشکال است؛ از جمله اینکه اولاً ادله مورد استناد در این نظریه، به نتایج متفاوت و متعارضی منجر می‌شوند؛ برای نمونه مقتضای نامشروع بودن شرط، بطلان آن است؛ بدون آنکه موجب بطلان عقد شود؛ درحالی که مخالفت شرط با مقتضای عقد به بطلان عقد منجر

می‌شود؛ بنابراین اگر مبنای شرط محیط بر عوض، مخالفت با مقتضای عقد باشد، باید به بطلان شرط و عقد حکم کرد و نه صرفاً به بطلان شرط و دادن اختیار تعدیل به قاضی؛ ثانیاً قائل شدن به حق تعدیل مبلغ شرط برای قاضی با قواعد حقوقی ما سازگار نیست.

۳. بر اساس آنچه در این پژوهش گفته شد، شرط عدم عوض اگر به صورت شرط عدم استحقاق عوض در هنگام انشای عقد باشد، باطل و مبطل است؛ اما اگر به این صورت باشد که در صورت تأخیر مشروط‌علیه در عمل به شرط، تمام یا بخشی از عوض به عنوان خسارت انجام‌ندادن تعهد ساقط شود یا مشروط‌علیه آن را ساقط کند، شرط و عقد صحیح است. در صورت اخیر، اجرت هنگام انشای عقد به تملک اجیر در می‌آید؛ اما در اثنای عقد اجاره و به دلیل تخلف خود وی، استحقاق دریافت آن را از دست می‌دهد. استحقاق‌نداشتن دریافت اجرت در صورت اخیر، امری عارضی است و به صحت عقد و شرط خللی وارد نمی‌کند.

فهرست منابع

۱. ابن ادريس، محمد بن منصور حلی. (۱۴۰۶ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى (ج ۲، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن براج، قاضی عبدالعزيز طرابلسی. (۱۴۰۶ق). المهذب (ج ۱، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۷، چاپ سوم). بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزيع.
۴. احسایي، محمد بن علی. (۱۴۰۵ق). عوالی اللثالی العزیزية (ج ۳، چاپ اول). قم: دار سید الشهداء للنشر.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان (ج ۱۰، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. اصفهانی، محمدحسین کمپانی. (۱۴۰۹ق). الإجارة (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷. امامی، سیدحسن. (۱۳۸۹). حقوق مدنی (ج ۲، چاپ بیست و دوم). تهران: اسلامیه.
۸. انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب (ج ۴ و ۶، چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۹. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (ج ۲۱، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. بخشی، عبدالله. (۱۳۹۵). حقوق دعاوی (ج ۵، چاپ اول). تهران: شرکت انتشار.
۱۱. جزایری، سیدمحمدجعفر مروج. (۱۴۱۶ق). هدی الطالب فی شرح المکاسب (ج ۷، چاپ اول). قم، مؤسسه دار الکتاب.
۱۲. جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی. (۱۴۲۳ق). موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت (ج ۴، چاپ اول). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

۱۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (ج ۱۹، چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌البتیة علیه‌السلام.
۱۴. حکیم، سید محسن طباطبایی. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی (ج ۱۲، چاپ اول). قم: مؤسسه دارالتفسیر.
۱۵. حلّی، احمد بن محمد اسدی. (۱۴۰۷ق). المهدب البارع فی شرح المختصر النافع (ج ۳ و ۵، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. خویی، سید ابو القاسم موسوی. (۱۳۶۵ق). مستند العروة الوثقی. کتاب الإجارة. قم: انتشارات مدرسه دارالعلم.
۱۷. زبیدی، سید محمد مرتضی حسینی واسطی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس (ج ۱۰، چاپ اول). بیروت: دار الفکر.
۱۸. شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح (ج ۲۳، چاپ اول). قم: مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز.
۱۹. شاهرودی، سید محمود هاشمی. (۱۴۲۹ق). کتاب الاجاره (ج ۱). قم: دائرة المعارف الفقه الاسلامی.
۲۰. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۰). تشکیل قراردادها و تعهدات (چاپ دوم). تهران: مجد.
۲۱. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲). حقوق مدنی ۶ (چاپ اول). تهران: مجد.
۲۲. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۳). آثار قراردادها و تعهدات (چاپ دوم). تهران: مجد.
۲۳. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۰ق). اللعة دمشقیة فی فقه الإمامیة (چاپ اول). بیروت: دار التراث.
۲۴. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (بی تا). القواعد والفوائد (ج ۲، چاپ اول). قم: کتاب‌فروشی مفید.
۲۵. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۴ق). حاشیة الإرشاد (ج ۲، چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

۲۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ج ۳ و ۴، چاپ اول). قم: داوری.
۲۷. صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰ق). غاية المرام في شرح شرائع الإسلام (چاپ اول). بیروت: دار الهادی.
۲۸. طباطبایی، سید علی بن محمد حایری (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (ج ۱۰، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۲۹. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهاية في مجرد الفقه والفتاوى (چاپ دوم). بیروت: دار الكتاب العربی.
۳۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذيب الأحكام (ج ۷، چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۳۱. عاملی، سیدجواد بن محمد حسینی. (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة (ج ۱۹، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۲. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان (ج ۱، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). «الف». قواعد الأحكام (ج ۲، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۴. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). «ب». مختلف الشيعة في أحكام الشريعة (ج ۶، دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (بی تا). تذكرة الفقهاء (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۳۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). عقود معین (ج ۱، چاپ دهم). تهران: شرکت انتشار.
۳۷. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر نجفی. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهة: کتاب الإجارة (چاپ اول). نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۳۸. کاشف الغطاء، محمدحسین نجفی. (۱۳۵۹ق). تحرير المجلة (ج ۲، چاپ اول). نجف: المكتبة المرتضوية.

۳۹. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج ۵، چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الإسلامية.
۴۰. گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی. (۱۴۱۳ هـ.ق). کتاب القضاء (ج ۱، چاپ اول). قم: دار القرآن الکریم.
۴۱. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام (ج ۲، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۲. محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد (ج ۴ و ۷، چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۳. نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۵)، جواهر الکلام (ج ۲۲ و ۲۷، چاپ دوم). تهران: دارالکتب الإسلامية.
۴۴. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی. (۱۴۱۹ق). العروة الوثقی (ج ۵، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۵. پایگاه و کلاپرس: نمونه رأی با موضوع تعدیل وجه التزام قراردادی.
۴۶. پایگاه گروه و کلائی داداندیش: وجه التزام غیرمتعارف در رأی داور.

References

1. Ibn Idris, M. (2006). *Al-Sara'ir al-Hawi li-Tahrir al-Fatawa* (Vol. 2, 2nd ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
2. Ibn Barraj, Q. (2006). *Al-Muhadhdhab* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
3. Ibn Manzur, M. (1995). *Lisan al-Arab* (Vol. 7, 3rd ed.). Beirut: Dar al-Fikr for Printing, Publishing, and Distribution. [In Arabic]
4. Ahsai, M. (2005). *Awali al-Li'ali al-Aziziyya* (Vol. 3, 1st ed.). Qom: Dar Sayyid al-Shuhada le Al-Nashr. [In Arabic]
5. Ardebili, A. (2004). *Majma al-Faida wa al-Burhan fi Sharh Irshad al-Azhhan* (Vol. 10, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
6. Isfahani, M. H. K. (2008). *Al-Ijarah* (2nd ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
7. Emami, S. H. (2010). *Civil Rights* (Vol. 2, 22nd ed.). Tehran: Islamiyah. [In Persian]
8. Ansari, Sheikh M. (2014). *Kitab al-Makasib* (Vol. 4 & 6, 1st ed.). Qom: International Congress for Honoring Sheikh Azam Ansari. [In Arabic]
9. Bahrani, Y. (2005). *Al-Hada'iq al-Nadira fi Ahkam al-Itra al-Tahira* (Vol. 21, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
10. Bakhshi, A. (2016). *Civil Laws* (Vol. 5, 1st ed.). Tehran: Enteshar Company. [In Persian]
11. Jazayeri, S. M. J. (2015). *Hudha al-Talib fi Sharh al-Makasib* (Vol. 7, 1st ed.). Qom: Dar al-Kitab Foundation. [In Arabic]
12. A group of researchers under the supervision of Sayyid Mahmoud Hashemi Shahroodi. (2004). *Encyclopedia of Islamic Jurisprudence According to the Doctrine of the Ahl al-Bayt* (Vol. 4, 1st ed.). Qom: Islamic Jurisprudence Encyclopedia Foundation. [In Arabic]
13. Hur Ameli, M. (2008). *Wasail al-Shia* (Vol. 19, 1st ed.). Qom: Al-Bayt Foundation. [In Arabic]

14. Hakim, S. M. T. (2015). *Mastamsik al-Uruwat al-Wuthqa* (Vol. 12, 1st ed.). Qom: Dar al-Tafsir Foundation. [In Arabic]
15. Helli, A. (2007). *Al-Muhadhdhab al-Bari fi Sharh al-Mukhtasar al-Nafi* (Vol. 3 & 5, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
16. Khoyi, S. A. (1986). *Mustanad al-Uruwat al-Wuthqa. Kitab al-Ijarah*. Qom: Dar al-Ilm Publications. [In Arabic]
17. Zubeidi, S. M. M. (1995). *Taj al-Arous min Jawahir al-Qamus* (Vol. 10, 1st ed.). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
18. Shubeiri Zanjani, S. M. (1998). *Kitab Nikah* (Vol. 23, 1st ed.). Qom: Research Institute Ray Pardaz. [In Arabic]
19. Shahroudi, S. M. H. (2008). *Kitab al-Ijarah* (Vol. 1). Qom: Islamic Jurisprudence Encyclopedia. [In Arabic]
20. Shahidi, M. (2001). *Formation of Contracts and Obligations* (2nd ed.). Tehran: Majd. [In Persian]
21. Shahidi, M. (2003). *Civil Law 6* (1st ed.). Tehran: Majd. [In Persian]
22. Shahidi, M. (2004). *Effects of Contracts and Obligations* (2nd ed.). Tehran: Majd. [In Persian]
23. Shahid Awwal, M. (2008). *Al-Lum'a al-Dimashqiya fi Fiqh al-Imamiyya* (1st ed.). Beirut: Dar al-Turath. [In Arabic]
24. Shahid Awwal, M. (n.d.). *Al-Qawa'id wa al-Fawa'id* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Mufid Bookstore.
25. Shahid Thani, Z. (2008). *Hashiyat al-Irshad* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office. [In Arabic]
26. Shahid Thani, Z. (2007). *Al-Rawdat al-Bahiya fi Sharh al-Lam'a al-Dimashqiya* (Vol. 3 & 4, 1st ed.). Qom: Davari. [In Arabic]
27. Simri, M. (1999). *Ghayat al-Maram fi Sharh Shara'i al-Islam* (1st ed.). Beirut: Dar al-Hadi. [In Arabic]
28. Tabatabaei, S. A. (2007). *Riyad al-Masa'il* (Vol. 10, 1st ed.). Qom: AlulBayt Foundation. [In Arabic]

29. Tusi, M. (2001). *Al-Nihaya fi Majarrad al-Fiqh wa al-Fatawa* (2nd ed.). Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi. [In Arabic]
30. Tusi, M. (2007). *Tahdhib al-Ahkam* (Vol. 7, 4th ed.). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyah. [In Persian]
31. Ameli, S. (1998). *Miftah al-Karamah* (Vol. 19, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
32. Allameh Helli, H. (2008). *Irshad al-Azhhan* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
33. Allameh Helli, H. (2009). *Qawa'id al-Ahkam* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
34. Allameh Helli, H. (2009). *Mukhtalif al-Shi'a fi Ahkam al-Shari'a* (Vol. 6, 2nd ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
35. Allameh Helli, H. (n.d.). *Tadhkira al-Fuqaha* (1st ed.). Qom: AlulBayt Foundation.
36. Katouzian, N. (2008). *Contracts* (Vol. 1, 10th ed.). Tehran: Enteshar Company. [In Persian]
37. Kashaf al-Ghita, H. (2003). *Anwar al-Faqaha; Kitab al-Ijarah* (1st ed.). Najaf: Kashaf al-Ghita Foundation. [In Arabic]
38. Kashaf al-Ghita, M. (1980). *Tahrir al-Majalla* (Vol. 2, 1st ed.). Najaf: Al-Maktabah al-Murtazawiya. [In Arabic]
39. Kulayni, M. (2007). *Al-Kafi* (Vol. 5, 4th ed.). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyah. [In Persian]
40. Golpaygani, S. M. R. (2009). *Kitab al-Qada* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Dar al-Quran al-Karim
41. Muhaqqiq Helli, J. (2008). *Sharai al-Islam* (Vol. 2, 2nd ed.). Qom: Ismailian Foundation. [In Arabic]
42. Muhaqqiq Karaki, A. (2014). *Jami al-Maqasid* (Vol. 4 & 7, 2nd ed.). Qom: AlulBayt Foundation. [In Arabic]
43. Najafi, M. H. (1986). *Jawahir al-Kalam* (Vol. 22 & 27, 2nd ed.). Tehran: Dar al-

Kutub al-Islamiyah. [In Persian]

44. Yazdi, S. M. K. (1998). *Al-Uruwat al-Wuthqa* (Vol. 5, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
45. Paygah Vokala Press: Sample ruling on the topic of amending contractual obligations.
46. Vokala Dadandish: Unconventional contractual obligations in the ruling of the arbitrator.