

درس خارج فقه استاد حمید درایتی

جلسه چهل و پنجم، ۷ آذر ۱۴۰۰

موضوع: کتاب الشركة/ شرکت تعاونی / شرائط صحت شرط

اشکال

مرحوم آیت الله خوئی می فرمایند اولاً این اجماع محتمل المدرك و بدون اعتبار است زیرا احتمالاً مستند اتفاق نظر فقهاء همان استدلال دوم و لزوم ابراز و تلفظ ارکان عقد بوده است.

ثانیاً اگرچه حقیقت انشاء، اعتبار مبرز است و تمام ارکان عقد نیاز به ابراز و اعلان دارد اما اساساً شرط از ارکان عقد و جزئی از انشاء نیست (فلذا بازاء آن ثمن قرار نمی گیرد) تا ابراز آن در ضمن عقد ضروری باشد بلکه شرط صرفاً موجب اناطة و تعلیق مُنشأ و یا التزام مُنشأ می شود و بدیهی است که اناطة امر قصدی بوده و ابراز آن در ضمن عقد ضرورتی نخواهد داشت هرچند که مطلع ساختن طرف مقابل از این قصد لازم است اما این اطلاع می تواند سابق بر عقد صورت گیرد.

از کلام فوق روشن می شود شروطی که قبل از انعقاد عقد مورد توافق قرار می گیرد و انشاء با توجه بدان بناء صورت می گیرد (شرط تبانی)، صحیح و معتبر خواهد بود و عدم تلفظ بدان هنگام انعقاد عقد ضروری به صحت شرط و عقد نمی رساند [1].

مختار در مسأله

به نظر می رسد مقاولات سابق بر عقد (با عدم زوال موالات عرفی) همان شروط معنوی هستند که روح شرط در هنگام عقد وجود داشته و انشاء بر اساس آن صورت می گیرد و علی القاعده این چنین شروطی، عقلائی و صحیح خواهند بود همچنان که از منظر قانونی نیز معتبر می باشد. به عبارت دیگر نه تنها توافق بر شروط بلکه توافق بر ثمن و مثن نیز اگر سابق بر عقد صورت گیرد و عقد بر آن بناء شود، صحیح می باشد زیرا اساساً انشاء يك امر اعتباری و عقلائی است و این چنین اعتباری نزد عقلاء معتبر می باشد.

توجه به این نکته نیز ضروری است که شروط ضمنی و ارتکازی در صورتی صحیح و موجب تعلیق عقد خواهد شد که اصل آن (و لو به صورت مجمل و مبهم) برای متعاقدين معلوم باشد هرچند که علم تفصیلی و التفات نسبت به آن وجود نداشته باشد زیرا عقود تابع قصد و اراده است (العقود تابعة للقصود). بنابراین اگر ارتکازات عقلاء در مسأله ای مختلف باشد

(مانند حقیقت نقد بودن ثمن) و یکی از متعاقدين يا هردو بی اطلاع از آن باشند، قابل قصد نمی باشد و براساس اصل آزادی طرفین در انعقاد قرارداد، چنین شروط ارتكازی موجب تعلیق عقد نخواهد شد . همچنین اینکه گفته شود حتی در فرض جهل متعاقدين، صرف وجود شروط ارتكازی در سيرة عقلاء موجب تضییق منشأ و حمل الفاظ انشاء بر شرائط عرفی شده و متعاقدين قبل از اقدام به انعقاد عقد ملزم به فراگیری شروط عرفی و ارتكازی می باشند، ناتمام خواهد بود.

---

[1] مصباح الفقاهة، الخوئي، السيد أبوالقاسم، ج ۷، ص ۳۵۳.