

بررسی شروط خلاف مقتضای عقد در فقه امامیه و قوانین موضوعه ایران

۱. فرنگیس شیخ: دانشجوی دکتری تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد جیرفت، دانشگاه آزاد اسلامی، جیرفت، ایران

۲. محمد علی صفا*: استادیار گروه حقوق و الهیات، واحد جیرفت، دانشگاه آزاد اسلامی، جیرفت، ایران. پست الکترونیک:

dr.mohammad.cafa@gmail.com (نویسنده مسئول)

۳. مهدی بهره مند: استادیار گروه حقوق و الهیات، واحد جیرفت، دانشگاه آزاد اسلامی، جیرفت، ایران

چکیده

شرط در اصطلاح فقهی تعهدی است تبعی که طرفین عقد آن را ایجاد می‌نمایند. از دیدگاه فقها شرطی لازم الوفاست که در متن عقد به آن تصریح شده باشد و به آن شرط ضمن عقد می‌گویند. در شرط ضمن عقد وصف خاص فعل (ترک) و یا انجام و یا نتیجه را از طرف مقابل می‌خواهند از آنجا که شرط ضمن عقد نیز مانند خود عقد از نظر شارع مقدس تأیید شده است. برای معتبر بودن چنین شرطی و مترتب شدن آثار و احکامی بر آن و هم چنین صحت و یا عدم صحت ضوابط و اموری برای آن در نظر گرفته شده است. شرط ضمن عقد از لحاظ دارا بودن و یا نبودن ضوابط عمومی صحت شرط به دو قسم شرط صحیح و باطل تقسیم می‌شود. گاهی شرطی که شرایط و ضوابط عمومی صحت شرط را نداشته باشد. مبطل عقد نیز می‌شود در این نوشته چگونگی اقتضای عقد و در نتیجه شروطی که مخالف با مقتضای عقد است - و چنین شروطی در نظر اکثر فقها مبطل عقد می‌باشد از دیدگاه فقه و حقوق بررسی می‌شود. شرط امری محتمل الوقوع در آینده که طرفین حدوث اثر حقوقی را متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع می‌نمایند. بند ماده ۲۳۳ قانون مدنی یکی از شرایط اختصاصی صحت شرط را سازگاری آن با مقتضای عقد می‌داند. بازشناسی شرط مخالف مقتضای ذات عقد، از شرط مخالف شرع از مسائل مهمی است که نه تنها معیاری برای آن ارائه نشده است؛ بلکه برخی فقهای امامیه دلیل بطلان شرط مخالف مقتضای ذات عقد را دلالت التزامی «اوفوا بالعقود» تلقی کرده اند. برخی از محققان فقه و حقوق اشکال کرده اند که این دلیل، سبب فرارگیری شرط مذکور در دایره شرط نامشروع می‌گردد و فراوانی اشتباه در تشخیص مصادیق را به دنبال دارد. شرط به چیزی اطلاق می‌شود که از نبودش عدم لازم می‌آید، اما از وجودش لازم به وجود نمی‌آید. مقتضای ذات عقد و اطلاق عقد تقسیم می‌شود. و خلاف به معنای ضدیت و تغایر طرفین می‌باشد. شرط خلاف شرطی است که چنان با ماهیت عقد اختلاف و مغایرت دارد قابل جمع نمی‌باشد. و هر یک از آن دو ذات دیگری را ترد و دفع می‌کند، به چنین شرطی باطل و مختل عقد می‌باشد. و مقتضای ذات دلالت کردن و طلب کردن است و مقصود متعاقب دست‌یابی به مفهوم عقد می‌باشد و خود مقتضای ذات و مقتضای اطلاق تقسیم می‌شود. مقتضای ذات اثری است که بی‌واسطه از طبیعت ذات عقد حاصل شده، و خود عقد محکم بستن چیزی به چیز دیگر است که قابل انفصال نیست. و واژه عقد انعقاد عقد میان دو طرف معامله که رابطه حقوقی با هم دارند. و آن‌ها را به یکدیگر مرتبط می‌سازد. در این تحقیق که به روش توصیفی-تحلیلی به نگارش درآمده است به بررسی شروطی که در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران شرایط خلاف مقتضای عقد در فقه امامیه و قوانین موضوعه ایران پرداخته ام. یافته‌های حاکی از پژوهش این گونه بیان می‌نماید که در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران شرطی خلاف مقتضای عقد است که مخالف با شرع و اجماع توافقی مضمون شرط به مضمون و مفاد عقد باشد. به دلیل اینکه قوانین کشورها از فقه امامیه گرفته شده است با هیچ کدام از قوانین کشورهای خارجی در خصوص شرط مطابقتی ندارد.

واژگان کلیدی: شرط، خلاف، مقتضای عقد، فقه امامیه، قوانین موضوعه ایران.

شیخ، فرنگیس، صفا، محمد علی، بهره مند، مهدی. (۱۴۰۲). بررسی شروط خلاف مقتضای عقد در فقه امامیه و قوانین موضوعه ایران. پژوهش‌های تطبیقی فقه، حقوق و سیاست، ۴۱-۶۸، (۳)، ۴۱-۶۸.

© ۱۴۰۲ تمامی حقوق انتشار این مقاله متعلق به نویسنده است. انتشار این مقاله به صورت دسترسی آزاد مطابق با گواهی (CC BY-NC 4.0) صورت گرفته است.

انسان‌ها در معاملات خود بایکدیگر برای پرهیز از هرگونه اختلاف شرایطی را قید می‌نمایند تا با این راهکار ضمانت اجرای محکمی برای تعهداتشان با طرف مقابل ایجاد نمایند. جمله مهم‌ترین این شروط، شروط ضمن عقد می‌باشد که براساس اصل حاکمیت اراده شکل گرفته و تکامل پیدا کرده است.

یکی از شرایط صحت شروط ضمن عقد، عدم مخالفت با مقتضای عقد است. مقتضای عقد محور اصلی انشای متعاقدين است و شامل مقومات عقد و آنچه که به مدلول مطابقی عقد بازگشت دارد و مضمون حقیقی را تشکیل می‌دهد، می‌شود. شرط، تعهد و التزامی است که ضمن عقد قرار می‌گیرد و اگر این تعهد تبعی نامشروع باشد که عدم مشروعیت یعنی امر خلاف قانون که البته با توجه به نظری عدالت محور از آقای دکتر کاتوزیان اموری که خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی باشد را نیز نامشروع می‌داند، باشد سبب بطلان شرط و موجد حق فسخ برای مشروط له خواهد بود.

شرط به چیزی اطلاق می‌شود که از نبودش عدم لازم می‌آید، اما از وجودش لازم به وجود نمی‌آید. مقتضای عقد و مقتضای ذات عقد و اطلاق عقد تقسیم می‌شود. و خلاف به معنای ضدیت و تغایر طرفین می‌باشد. شرط خلاف شرطی است که چنان با ماهیت عقد اختلاف و مغایرت دارد قابل جمع نمی‌باشد. و هر یک از آن دو ذات دیگری را ترد و دفع می‌کند، به چنین شرطی باطل و مختل عقد می‌باشد. و مقتضای به معنای دلالت کردن و طلب کردن است و مقصود متعاقدين دستیابی به مفهوم عقد می‌باشد و خود مقتضای ذات و مقتضای اطلاق تقسیم می‌شود. مقتضای ذات اثری است که بی‌واسطه از طبیعت ذات عقد حاصل شده، و خود عقد محکم بستن چیزی به چیز دیگر است که قابل انفصال نیست. و واژه عقد انعقاد عقد میان دو طرف معامله که رابطه حقوقی با هم دارند. و آن‌ها را به یکدیگر مرتبط می‌سازد. شرط در اصطلاح فقهی تعهدی است تبعی که طرفین عقد آن را ایجاد می‌نمایند. از دیدگاه فقها شرطی لازم الوفاست که در متن عقد به آن تصریح شده باشد و به آن **شرط ضمن عقد** می‌گویند. در **شرط ضمن عقد** وصف خاص، فعل (ترک و یا انجام) و یا نتیجه را از طرف مقابل می‌خواهند. از آنجا که **شرط ضمن عقد** نیز مانند خود عقد از نظر شارع مقدس تایید شده است، برای معتبر بودن چنین شرطی و مترتب شدن آثار و احکامی بر آن و هم چنین صحت و یا عدم صحت، ضوابط و اموری برای آن در نظر گرفته شده است. **شرط ضمن عقد** از لحاظ دارا بودن و یا نبودن ضوابط عمومی صحت شرط، به دو قسم شرط صحیح و باطل تقسیم می‌شود. گاهی شرطی که شرایط و ضوابط عمومی صحت شرط را نداشته باشد، مبطل عقد نیز می‌شود. بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی یکی از شرایط اختصاصی صحت شرط را سازگاری آن با مقتضای عقد می‌داند. اما در مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد و اینکه ضابط در تعیین و تمییز مقتضای ذات از اطلاق چیست، ساکت است. لذا، حکم مذکور جامع و روشن نبوده، ناکافی است. درباره مقتضای ذات عقد معیار واحدی در فقه امامی بیان نگردیده است بلکه برخی بر نقش عرف تکیه نموده، برخی بر شرع تمسک جسته و برخی دیگر مدلول اراده انشایی طرفین را ملاک عمل قرار داده اند. از دیدگاه حقوقی و با توجه به ساماندهی تعاریف قراردادهای معین در قوانین به نظر می‌رسد در وضع فعلی باید در تشخیص مقتضای ذات عقد میان عقود معین و غیر معین تفکیک نمود. شرط مخالف مقتضای ذات عقد بر اساس مصلحت کامنه عقد با منشأ عقد در ارتباط است و مشمول حکم حرام و حلال نیست؛ درحالی که در شرط نامشروع، شرط بدون لحاظ منشأ و آنچه به واسطه انشاء عقد ایجاد می‌شود، مخالف شرع است؛ مانند شرط ترک روزه ضمن عقد بیع. معیار بطلان شرط مخالف مقتضای ذات عقد، تناقض دائمی بین شرط و اثر عقد است و ملاک شناسایی شرط نامشروع، مخالفت با احکام الزامی است. از این رو، به لحاظ مفهومی، مصادقی و ملاکی بین این دو شرط تباین برقرار است؛ اما از جنبه حکمی، شرط مخالف مقتضای ذات عقد به مانند شرط نامشروع باطل است؛ ولی مبطل عقد نیست. بنابر این شروط خلاف مقتضای ذات عقد

از مفاد ماده ۲۳۳ قانون مدنی خارج است و باید به ماده ۲۳۲ قانون مدنی الحاق شود. این امر سبب تحول در تعیین شروط منافی با مقتضای عقود به ویژه قراردادهای بانکی می‌گردد.

پیشینه تحقیق:

در تبیین موضوع حاضر مؤلفان و شارحان قانون مدنی تفاسیر مختلفی ارائه نموده‌اند. برخی مقالات پژوهشی همچون تحلیل مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد (علی آبادی، ۱۳۸۲) تلاش دارد دلایل باطل و مبطل بودن چنین شرطی را بررسی نماید. در این تحقیق همچنین به راههای شناخت مقتضای عقد اشاره شده است. اما به نظر می‌رسد این قبیل آثار در دایره بسته تعاریف شرح الاسمی اسیر شده و در نهایت ضابط روشن و دقیقی به دست نمی‌دهد ذکر عبارات کلی نظیر: مقتضای ذات آن قدر به ماهیت نزدیک است که با حذف، آن ماهیت عقد نیز از بین می‌رود» یا «مقتضای عقد متأثر از عرف است... نه تنها ابهام را برطرف نکرده که در مواردی بر پیچیدگی موضوع افزوده است. علاوه بر مقالات در آثار حقوقی و تألیفات فقهی نیز در این باره گفتگو شده است. نویسنده کتاب نظریه عمومی شریری و التزامات به بیان آثار برخی شروط ویژه در عقود مختلف مانند شرط ضمان مطلق مستأجر در عقد اجاره و عقد مضاربه اشتراط مالی معین افزون بر محصول در ضمن عقد مزارعه شرط اختصاص بخشی از اشجار برای یکی از طرفین در عقد مساقات اشتراط خیار در عقد ضمان شرط فرزندآوری و عدم آن در نکاح دائم و شرط انفاق و توارث در ضمن نکاح منقطع از نظر مخالفت با مقتضای این عقود پرداخته است (محقق داماد ۱۳۹۷: ج ۲، ص ۳۸۷). درباره برخی از این شروط مانند شرط ضمان در عقود امانی، اختلاف نظر در فقه جدی است. در حالی که نظر مشهور در فقه آن است که شرط ضمان در عقود امانی مانند ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره با ضمان مضارب راجع به سرمایه، فاسد و مفسد است، علامه فانی خاصیت شرط ضمان را این میدانند که مانعی را که ید امانی بر راه ضمان ایجاد کرده بود بر می‌دارد پس سیر طبیعی امور شامل سه مقدمه است: نخست، استیلائی بد بر مال دیگری به طبع اولی سبب ضمان است. دوم، امانت (مالکانه یا شرعی) مانع چنین اقتضایی است یا به بیان دیگر مقتضای رفع ضمان است. سوم، اشتراط رافع مانع مذکور است: «وإذا ارتفع المانع، یؤثر المقتضی أثره» (علامه فانی اصفهانی، ۱۴۰۳، ص ۹۰)

۱) اسلامی پناه، علی (۱۳۷۲) در پایان نامه خود به بررسی موضوع شرط خلاف مقتضای عقد در حقوق ایران و مقایسه آن با فقه عامه پرداخته است. منظور از شرط در این رساله که بارزترین مصداق شرط از لحاظ فقهی و حقوقی است، تعهدی است فرعی و تبعی که در ضمن یکی از عقود معین یا نامعین درجه شده و با یکی از دو مقتضای ذات یا اطلاق عقد در تضاد و مخالفت باشد.

۲) سرحدی، بهاره (۱۳۹۶) در پایان نامه خود به بررسی جایگاه شروط خلاف مقتضای عقد نکاح در نظام حقوقی کنونی پرداخته است. در این مطالعه پس از بیان نظریات مختلف در خصوص مفهوم مقتضای ذات عقد نکاح و شروط خلاف آن قائل به دیدگاهی هستیم که، جوهر و پایه‌ی اصلی این عقد را ایجاد رابطه‌ی زوجیت بین زن و مرد و تشکیل خانواده دانسته و بنابراین هر شرطی که خلاف این اثر اصلی و اساسی باشد، باطل و مبطل عقد نکاح می‌دانیم.

۳) عابدی، متقی (۱۳۷۰) در پایان نامه خود به بررسی شرط خلاف مقتضای عقد پرداخته است. پژوهشی است که در القای مطلب متکی بر یافته و اندوخته دیگران بوده و به همین نقطه نیز ختم نگردیده، بلکه با استعانت از آنچه دیگران دریافته‌اند، به آنچه که در نیافته‌اند و یا در بوته اجمال باقی گذاشته‌اند رسیده‌ایم و در یک کلام پژوهش تاییدی یا نوگستری یعنی گستردن یا تفصیل و بسط آن چیزی است که بر دیگران به اجمال معلوم است و یابنا به ملاحظاتی به اجمال آن رابیان نموده‌اند.

۴) افشاری فضل، فاطمه (۱۳۹۶) در پایان نامه خود به بررسی بررسی ماهیت و مقتضای عقد نکاح و شروط مغایر با آن در فقه امامیه و حقوق موضوعه پرداخته است. در این رساله به روش توصیفی تحلیلی پس از تبیین آراء و ادله موجود در خصوص مقتضای ذات عقد نکاح، به این نتیجه می‌رسیم که ماهیت و مقتضای ذات این عقد ایجاد رابطه زوجیت بین زن و مرد بوده و هر شرطی که خلاف این اثر باشد باطل و مبطل عقد نکاح خواهد بود.

۵) فاطمی پور، فرمان (۱۳۹۸) در پایان نامه خود به بررسی فقهی حقوقی شرط خلاف مقتضای عقد نکاح و بیع پرداخته است. در این پژوهش به بررسی فقهی حقوقی شرط خلاف مقتضای عقد نکاح و بیع بصورت تحلیلی پرداخته شده و ضابطه تشخیص شروط خلاف مقتضای ذات و اطلاق عقد از یکدیگر که از فروعات مبحث شروط ضمن عقد است، مورد بررسی قرار گرفت.

۶) علی آبادی، علی (۱۳۸۲) در مقاله خود به بررسی تحلیل مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد پرداخته است. این مقاله پس از معرفی راههای شناخت مقتضای عقد صور منافات شرط با اقتضای عقد و مبنای بطلان مورد بحث، در نهایت به ترجیح و تقویت نظریه محقق اصفهانی و محقق پروانی می‌پردازد.

جنبه نوآوری تحقیق:

سکوت و ابهام قانون مدنی ناکافی بودن تحقیقات انجام شده و اضطراب عبارات نویسندگان از یکسو و اهمیت و تأثیر کاربردی موضوع از سوی دیگر ایجاب می‌کند که موضع نزاع در دو حوزه تحریر و تبیین گردد نخست مبنای فاسد و مفسد بودن شرط خلاف مقتضای عقد و دوم ارائه معیاری روشن و دقیق که در هر عقدی بتوان مقتضای ذات را از اطلاق بازشناخت در تحقیق حاضر چرایی افساد عقد در نتیجه شرط خلاف مقتضای ذات با دو برهان عقلی و نقلی تحلیل و ایرادات هر یک شمارش شده است از این مهمتر در مرحله اثبات یعنی شناسایی و تشخیص و تفکیک مصادیق شرط مخالف مقتضای ذات عقد به روشی ابداعی نظرات فقیهان و حقوقدانان در سه ضابط کلی دسته بندی و تنظیم و سپس ملاک عناصر شناسی به عنوان معیار برتر برگزیده شده است. با در اختیار داشتن معیاری منضبط یعنی احصاء عناصر عمومی و اختصاصی سازنده ماهیت هر عقد می‌توان مقتضای ذات را به روشنی از اقتضای اطلاق تشخیص داد و آثار شرط باطل مبطل و یا باطل غیر مبطل را بسته به مورد جاری ساخت. بازشناسی شرط مخالف مقتضای ذات عقد، از شرط مخالف شرع از مسائل مهمی است که نه تنها معیاری برای آن ارائه نشده است؛ بلکه برخی فقهای امامیه دلیل بطلان شرط مخالف مقتضای ذات عقد را دلالت التزامی «اوفوا بالعقود» تلقی کرده اند. برخی از دانشمندان فقه و حقوق اشکال کرده‌اند که این دلیل، سبب قرارگیری شرط مذکور در دایره شرط نامشروع می‌گردد و فراوانی اشتباه در تشخیص مصادیق را به دنبال دارد.

روش تحقیق:

باتوجه به اینکه این تحقیق درحوزه مطالعات فقهی و حقوقی انجام می‌شود در این پژوهش در جهت تدوین مبنای نظری پژوهش از مطالعات کتابخانه‌ای و مراجعه به منابع علمی، کتب مرجع، مقالات، مجلات و پایان نامه‌ها و جستجو در شبکه‌های اطلاعاتی و اینترنتی و بررسی اسناد و مدارک در زمینه‌های مرتبط با موضوع پژوهش استفاده می‌شود. روش این پژوهش به صورت تحلیلی و توصیفی است که محقق پس از جمع آوری منابع و ماخذ شناسی اقدام به فیش برداری از مطالب قابل استفاده نمود. و سپس شروع به نگارش نهایی تحقیق کرده است. برای جمع‌آوری اطلاعات از روش مطالعات کتابخانه‌ای شامل کتب، مقالات، مجلات و استفاده از اینترنت و تجربیات اهل فن جمع‌آوری و استفاده شده است. در این پژوهش از روش کتابخانه‌ای برای جمع آوری اطلاعات در زمینه پیشینه ی مطالعات داخلی و خارجی (عربی) استفاده شده است. با مطالعه ی تحقیقات و مطالعات سایر پژوهشگران، مجلات تخصصی و مرتبط اطلاعات مورد نیاز گردآورده شده است.

شرط خلاف مقتضای عقد از نظر فقهی

تقسیم شرط بر اساس ذکر و عدم ذکر در متن عقد

شروط در عقد به طور کلی بر دو قسم می‌باشند:

قسم اول: شروطی که در متن عقد ذکر نمی‌شوند

اقسام شرط مخالف مقتضای عقد

شرطی که مخالف مقتضای عقد است به چهار قسم تقسیم می‌شود:

قسم اول: شرطی که مخالف ماهیت عقد است؛ برای مثال بیع، اجاره، صلح و... به‌طور ذاتی مقتضای معاوضه و تملیک‌اند، از این رو بیعی که در آن عوضی وجود ندارد با ماهیت عقد تنافی دارد. هم‌چنین اگر بگویید: «بعثک بشرط أن لا تملک و آجرتک بشرط أن لا تستوفی المنفعة أصلاً لا مباشرة و لا تسبیبا» این اشتراط فاسد است.

قسم دوم: شرطی که مخالف منشأ است؛ برای مثال زمانی که گفته می‌شود: «بعث هذا بهذا» ملکیت مثنی برای کسی که ثمن از ملک او خارج گردیده انشاء می‌شود، در نتیجه اگر شرط شود که مثنی وقف مسجد باشد، این اشتراط با منشأ منافات دارد.

قسم سوم: شرطی که مخالف اثر عرفی عقد است؛ برای مثال زمانی که گفته می‌شود: «بعث هذا بهذا» و شرط شود که مبیع به مشتری تحویل داده نشود، این شرط هر چند با ماهیت و مقتضای عقد منافات ندارد ولی از آنجایی که هدف از انجام بیع ایجاد سیطره بر مبیع است، اشتراط عدم تسلیم آن از نظر عرف مساوی با عدم حصول ملکیت برای مشتری است، زیرا سلطنت بر مبیع از لوازم عرفی است که نفی آن به مفهوم نفی مقتضای بیع است.

قسم چهارم: شرطی که مخالف اطلاق عقد است (سبحانی، ۱۴۲۳، صص ۱۴۷-۱۴۹).

ادله مخالفت شرط با مقتضای عقد

در این قسمت به بررسی و بیان ادله مخالفت شرط با مقتضای آن به صورت جامع و کامل می‌پردازیم.

اجماع: یکی از دلایل اثبات بطلان شرط مخالف مقتضای عقد، اجماع است. البته تمسک به اجماع به عنوان دلیل عرضی صحیح نیست؛ چرا که برای بطلان چنین شرطی مانع ذاتی یعنی عدم تحقق قصد انشاء و استحاله وقوعی بین عقد و شرط وجود دارد، بنابراین اجماع به دلیل مدرکی بودن از حجیت لازم برخوردار نمی‌باشد البته مؤید مسئله هست (همان، ص ۱۴۹).

استحاله ذاتی عمل به عقد و شرط: اگر شرط مخالف مقتضای عقد نافذ و قابل اعتنا باشد، مستلزم تنافی آن با مضمون عقد و تخلف عقد از مقتضای خود و در نتیجه لغو و بی اثر شدن آن است. در واقع وقوع شرط و عقد با هم به عنوان دو امر متنافی استحاله وقوعی دارند؛ به عنوان مثال اگر مطلق عقدی مقتضی یک اثری بود؛ نظیر ملکیت که اثر بیع است و شرط منافی و مخالف این مقتضای بود، وفای به این عقد مستلزم محال است؛ زیرا جمع متنافیین است. بر اساس یک مبنا اگر به دلی تعارض قائل به تساقط شد، عقد و شرط هر دو باطل هستند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۴۴/ اصفهانی، ۱۴۱۸قریال ج ۵، ص ۱۵۶)؛ اما بر اساس مبنای دیگری اگر قائل به ترجیح یعنی عمل به یکی و ترک دیگری شد، نیاز به مرجح است. با توجه به اینکه عقد اصل و متبوع است و شرط فرع و تابع است، باید جانب عقد را ترجیح دهیم و شرط را رها کنیم. در نتیجه شرط باطل می‌شود و عقد صحیح می‌شود. بر اساس هر دو مبنا چنین شرطی قطعاً فاسد است یعنی یا هر دو فاسدند یا خصوص شرط فاسد است (جوادی آملی، ۱۳۹۱: ۲۴۱).

تعارض بین ادله وفای به شرط و ادله صحت عقد: اگر شرط مخالف مقتضای عقد دارای اثر باشد، بین عمومات وفای به شرط و ادله صحت عقد همچون اوفو بالعقود، تعارض به وجود می‌آید. وقتی تعارض رخ دهد باید سراغ اصل برویم. اصل فساد عقد است و منظور از فساد عدم ترتب اثر بی عقد است (خویی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۴۹).

عدم شمولیت ادله امضای عقود: برخی برای اثبات فساد شرط مخالف مقتضای عید این گونه استدلال کرده اند که ادله امضای عقود شامل چنین شرطی نمی‌شود؛ اما این استدلال هم قابل قبول به نظر نمی‌رسد؛ چرا که این ادله متأخر از تحقق شرط است و با توجه به استحاله ذاتی وقوع عقد و شرط دلیلی برای تعلیل به این ادله در فرضی که اصلاً شرط محقق نمی‌شود، وجود ندارد. در واقع بحث از شمولیت یا عدم شمولیت ادله وقتی معقول است که شرط محقق شده باشد. در حالی که تحقق شرط منتفی است (همان).

مخالفت با کتاب و سنت: عمل به چنین شرطی مخالف کتاب و سنت است؛ زیرا اطلاقات ادله کتاب و سنت می‌گوید باید به مقتضای مطلق عقد اعم از مطابقی، تضمینی و التزامی وفا شود؛ بنابراین اگر شرطی مخالف مقتضای عقد بود، این شرط مخالف با کتاب و سنت نیز است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۴۴). بر همین اساس برخی اشکال کرده اند که ذکر عدم مخالفت شرط با عقد بحث تکراری و شرط زائدی است.

دیدگاه فقهای امامیه

اثر مسلم یا مقصود بالإصالة عقد، از دیدگاه شرع مقتضای عقد به حساب می‌آید. برخی از فقها شرط خلاف مقتضای عقد را جزو شرط مخالف کتاب و سنت یا شروط نامشروع قرار داده اند (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ۱/۲۶۱). انصاری در کتاب مکاسب ضمن بیان شرایط صحت شروط ضمن عقد می‌فرماید: «شرط ضمن عقد نباید با مقتضای عقد منافات داشته باشد که در غیر این صورت آن شرط به دلیل ایجاد تنافی در عقدی که مقید به این شرط است ما بین مقتضایی که نمیتوان از آن تخلف نمود و بین شرطی که ملزم به انجام آن هستیم صحیح نیست (انصاری، بی تا، ۶/۵۱-ص ۴۴). پس هر هرگاه شرط خلاف مقتضای عقد باشد و آن شرط هم از ارکان عقد باشد قطعاً آن عقد را باطل می‌نماید مانند شرط عدم تسلیم یا بدون پرداخت قیمت و یا عدم انتفاع از مبیع. اما اگر مکمل عقد باشد نه ارکان آن در صحت و بطلانش اختلاف نظر وجود دارد؛ اما نظر قویتر آن است که عقد صحیح باشد مانند خیار، عیب اما در اینکه آیا خیار رؤیت، خیار غبن و خیار تأخیر هم این اثر را دارند یا نه اشکال وجود دارد.

هر شرطی که مقتضی عقد باشد این شرط تأکیدی بر مقتضی عقد است. اما آنچه به مقتضای عقد نباشد و مصلحتی برای یکی از طرفین عقد در آن باشد، مانند شرط رهن، استشهد و... در این خصوص گروهی قائل به صحت شده اند و اگر مصلحتی برای طرفین نداشته باشد و منافی باشد هم قطعاً موجب فساد عقد شود، مانند اینکه شرط کند مبیع را نفروشد؛ و اگر منافات نداشته باشد، قطعاً صحیح است اما شرط عدم تزویج و طلاق، به اجماع فقها الزام ندارد و عقد را نیز باطل نمیکند (ابی جمهور، ۱۴۱۰ق، ۱۱۶-۱۱۵). بنابراین چنانچه شرط خلاف مقتضای ذات عقد باشد باطل است؛ اما شرط خلاف اطلاق عقد باطل نیست. دلیل بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد این است که قصد انشای مدلول شرط، مستلزم عدم قصد انشای مدلول عقد است؛ زیرا قصد به ملکیت در نیامدن مبیع در ضمن بیع و به موجب شرط، با قصد تملیک مبیع که معنای عقد بیع است منافات دارد. بنابراین اگر طرفین بر شرطی که خلاف مقتضای ذات عقد است، توافق کنند، در حقیقت مدلول عقد را قصد نکرده‌اند به همین علت، شرط خلاف مقتضای ذات عقد، علاوه بر آنکه باطل است مبطل عقد نیز به شمار می‌رود؛ زیرا چنین شرطی مستلزم عدم قصد انشای عقد است. دلیل عدم بطلان شرط خلاف اطلاق عقد آن است که اطلاق عقد منظور اصلی متعاملین نیست. بنابراین اگر طرفین عقد را به طور مطلق منعقد کنند و اطلاق نیز منصرف خاصی نداشته باشد منظور از عقد همان مطلق خواهد بود؛ ولی

طرفین می‌توانند با درج شرطی در ضمن عقد، اطلاق مزبور را تغییر دهند؛ مثل اینکه در ضمن عقد بیع شرط کنند که ثمن در مدت شش ماه تأدیه شود و یا تسلیم مبیع که در فرض اطلاق عقد در محل وقوع بیع انجام می‌گیرد در محلی دیگر به عمل آید (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ۲/۷۳-۷۲).

مذهب امامیه

به‌طور کلی سه نظریه در میان فقهای امامیه مطرح شده است که یکی بطلان عمل حقوقی مغایر با شرط، دیگری عدم نفوذ و دیدگاه سوم صحت عمل حقوقی مزبور است.

بطلان عمل حقوقی مغایر شرط

براساس این نظریه، معاملات معارض با شرط باطل است و اجازه بعدی مشروطه باعث تصحیح عقد منافی نمی‌شود. در تایید نظریه بطلان عمل حقوقی مغایر شرط چند دلیل را بیان می‌کنیم.

۱. معاملات معارض با حق شرط مورد نهی قرار گرفته است زیرا امر به وفای شرط، مقتضی نهی از سایر تصرفات ضد آن است و مقتضای نهی، بطلان است؛ خواه به این دلیل که نهی، ارشاد به بطلان است و خواه به این دلیل که بین نهی فعلی و انجام دادن آن تصرف، تنافی وجود دارد. در نتیجه شرط، برای مشروطه نوعی حق ایجاد می‌کند؛ هرچند که این حق به عمل مورد شرط، مانند بیع یا عتق تعلق دارد. پس معامله مخالف با شرط، موجب تضييع حق مشروط له می‌گردد؛ بنابراین چنین معامله‌ای باطل است (خمينی، ۱۴۰۹، ۵، ۳۴۷). عمل به شرط واجب است و انجام بیع و سایر تصرفات منافی با آن، موجب می‌شود که انجام شرط، با اراده خود مشروطه نامقدور گردد و انجام دادن کاری که موجب معصیت می‌شود معقول نیست (همان). وجوب عمل به شرط موجب می‌شود که سلطنت و توانایی مشروط‌علیه محدود گردد و تنها توانایی انجام دادن شرط را داشته باشد؛ بنابراین تصرفات منافی با شرط صحیح نیست (همان). توضیح بیشتر اینکه وجوب وفای به شرط مقتضی نهی از ضد آن است و چنین نهی‌ای موجب می‌شود که سلطنت مالک، یعنی مشروط‌علیه، از سایر تصرفات سلب شود؛ بنابراین قرارداد منافی با شرط، به تصرف در متعلق نذر یا معاملات ممنوع، مانند فروش بردهای مسلمان یا قرآن به کفار، شباهت دارد و چنین معامله‌ای باطل است و حتی اجازه مشروط‌علیه نیز موجب تصحیح آن نمی‌شود؛ چون نفوذ قرارداد منافی منوط به این است که مالک سلطنت بر انعقاد آن داشته باشد و شارع او را مؤاخذه نکند؛ درحالی‌که عین مورد شرط، متعلق حق غیر است و مالک، شرعاً از تصرفات دیگر ممنوع است و این منع شرعی موجب می‌شود که مشروط‌علیه از عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» خارج گردد؛ منع شرعی همانند منع عقلی است و با وجود آن، مالک توانایی تصرف در مال خود را ندارد. (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۶۳-۲۶۴). در شرط فعل، نه تنها فعل مشروط‌علیه، متعلق حق مشروطه است، بلکه عین مورد شرط نیز متعلق حق مشروطه است؛ مثلاً شرط فروختن عین، موجب تعلق حق مشروطه به آن عین می‌شود و مشروط‌علیه باید آن را نگهداری کند و به مشروط له منتقل نماید، و تصرف در متعلق حق غیر، باطل است پاسخی که به این دلیل داده‌اند این است که: ۱. اولاً در جای خود ثابت شده است که امر به شیء مقتضی نهی از ضد نیست (خمينی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۷-۲۰) ثانیاً دلیل وجوب وفای به شرط نمی‌تواند برای متعلق شرط، مانند عنوان بیع، وقف، خیاطی کردن و امثال آن، «امر» درست کند؛ زیرا موضوع وجوب در دلیل شرط، وفای به شرط است و معقول نیست تکلیف از یک عنوان به عنوان دیگر یا از یک عنوان به مصادیق عنوان دیگر سرایت کند؛ برای مثال متعلق امر در وجوب اطاعت از پدر، عنوان «اطاعت» است و معقول نیست که عنوان اطاعت، حاکی از متعلق امر پدر- مثلاً دوختن لباس- یا حاکی از مصادیق ذاتی آن باشد. همچنین معقول نیست که امر متعلق به «اطاعت»، به‌عنوانی دیگر یا به مصادیق عنوانی دیگر تعلق یابد. بنابراین دلیل شرط نمی‌تواند متعلق شرط یا مصادیق آن را واجب کند؛ بلکه آنچه واجب است، خود شرط و مصادیق ذاتی آن است (نعمت-

الهی، ۱۳۹۱، ۱۹۳). ۲. پاسخ به این نظریه بطلان این است که: صحت وضعی قرارداد منافی منوط به این است که تمام شرایط صحت و اعتبار را داشته باشد و اگر تمام شرایط جمع بود، معامله صحیح است. اینکه قرارداد منافی با شرط، موجب تضییع حق مشروطه می‌گردد، باعث بطلان قرارداد نمی‌شود، بلکه حداکثر این است که تضییع حق مردم است و حرمت تضییع حق دیگران، موجب حرمت معامله نمی‌شود؛ بر فرض که این حرمت، موجب حرمت معامله شود، نه تنها موجب بطلان آن نیست، بلکه ممکن است دلیل بر صحت آن باشد (خمینی، ۱۴۰۹، ۵، ۳۴۷). ۳. در پاسخ به این نظریه گفته‌اند: در قواعد کلی شرعی، مزاحمات، معارضات، لوازم یا ملزومات لحاظ نمی‌شود؛ و حرمت انجام چیزی که موجب معصیت است، دلیل خاصی ندارد؛ بنابراین صحت معامله حرام نیز با مانعی مواجه نیست، چه رسد به معامله‌ای که مستلزم حرمت است (همان). ۴. پاسخ به این نظریه این است که: اینکه وجوب عمل به شرط، موجب محدود شدن سلطنت مشروط‌علیه و ناتوانی شرعی او از معامله می‌گردد، معنای محصلی ندارد و توهمی بیش نیست (همان) از این گذشته، بر فرض پذیرش اصل مطلب، اینکه بحث ما از مصادیق و صغریات آن باشد، مبتنی بر این نکته است که وجوب وفای به شرط را، همانند وجوب وفای به نذر، یک حق الهی و حکم تکلیفی محض به حساب آوریم، نه یک حکم وضعی، اما پذیرش این مبنا دشوار است؛ زیرا اگر حق ناشی از شرط، صرفاً یک حق الهی و حکم تکلیفی بود، با اسقاط و گذشت مشروطه، ساقط نمی‌شد؛ درحالی‌که فقها متفق‌اند که اسقاط حق توسط مشروطه، در غیر از مواردی مانند عتق امکان‌پذیر است و موجب سقوط حق وی می‌شود؛ بنابراین تکلیف وجوب عمل به شرط با تکلیف وجوب عمل به نذر یکسان نیست. تکلیف ناشی از شرط، یک تکلیف تبعی و تابع حکم وضعی و دائر مدار آن است و چنین تکلیفی نمی‌تواند ادله سلطنت را تخصیص بزند (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۶۵-۲۶۳).

معیارهای شناسایی شرط خلاف عقد از دیدگاه فقه امامیه

فقهای امامیه شرط را به لحاظ اعتبار و عدم اعتبار به صحیح و فاسد تقسیم کرده‌اند و همواره یکی از شرایط صحت شروط را نامشروع نبودن آن میدانند و در صورتی که شروط ضمن عقد متصف به وصف نامشروع باشند آنها را از درجه اعتبار ساقط میدانند سؤالی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که چه معیارها و ضابطه‌هایی برای تشخیص شرط نامشروع در فقه وجود دارد؟ در این بخش به بیان و بررسی ضوابط و معیارهایی برای تشخیص شروط نامشروع از شروط مشروع در فقه امامیه پرداخته می‌شود. معیارهایی همچون خلاف کتاب و سنت بودن شرط محلل حرام و محرم حلال بودن، مخالف مقتضای عقد بودن و می‌توانند در اغلب موارد راهگشا بوده و با تمسک به آنها شروط نامشروع را از شروط مشروع شناسایی کرد در ادامه به بررسی هر یک از این معیارها پرداخته می‌شود.

خلاف کتاب و سنت بودن: یکی از معیارهای اساسی و مهم برای شناسایی شرط نامشروع مخالف بودن شرط با کتاب و سنت است. بدین صورت که شخص ملتزم به امری شود که آن امر مخالف باشد با آنچه که در کتاب و سنت ثابت است. حاصل آنکه حکمی در کتاب و سنت ثابت و یقینی است لکن شخص بر خلاف آن حکم شرط می‌نماید خواه این حکم تکلیفی باشد یا وضعی.

دلیل بطلان شروط مخالف کتاب و سنت

روایات: در خصوص جایز نبودن شرط مخالف کتاب و سنت روایاتی از جانب ائمه اطهار وارد شده است که در زیر به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۱- عبد الله بن سنان از امام صادق (ع) نقل می‌کند که امام فرمودند شنیدم که می‌فرمود: کسی که شرطی مخالف با کتاب خدا، کند بر او و بر کسی که شرط بر علیه او شده وفا به شرط جایز نیست. مسلمانان آن در شرطی که افق با کتاب خداست ملتزم و متعهد می‌باشند. (حر عاملی، ۱۴۱۴، ۱۸/۱۶). دلالت این روایت بر باطل بودن شرط مخالف کتاب صریح است چرا که امام فرمودند: کسی که شرطی مخالف با کتاب خدا

کند بر مشروط له و مشروط علیه وفا به آن شرط جایز نیست. در ذیل روایت که امام فرمودند شروط موافق کتاب منظور شروطی هستند که مخالف با کتاب خدا نباشند.

۲ - عبد الله بن سنان از امام صادق (ع) روایت میکند که امام فرمود مسلمانان ملتزم به شرطشان می‌باشند مگر آن شرطی که با کتاب خدا مخالفت داشته باشد که در این صورت التزام به آن جایز نیست. (حرعاملی، ۱۴۱۴، ۱۸/۱۶). دلالت این حدیث نیز بر جایز نبودن شروط مخالف با کتاب روشن است. چرا که طبق این حدیث، از قاعده المؤمنون عند شروطهم شروط مخالف کتاب استثناء شده و وفا به آنها جایز نیست.

اجماع

بطلان شرط مخالف کتاب و سنت نقل اجماع شده است (نراقی، بی تا، ۴۷) ولی باید گفت این، اجماع از نوع اجماع مصطلح علم اصول نیست بلکه به معنی تسالم و توافق است. این نوع اجماع را به اصطلاح اجماع مدرکی می‌گویند زیرا به خاطر وجود روایات اجماع حاصل شده است و دلیل مستقلی حساب نمی‌شود. یکی از معیارهای شناسایی شرط نامشروع این است که شرط مخالف با کتاب باشد. حال باید گفت که منظور از کتاب چیست؟ و آیا شامل سنت نیز می‌شود یا خیر؟ در پاسخ باید گفت که در این مورد دو قول وارد شده است قول: اول: منظور از کتاب قرآن مجید است. این گروه دلیلی که برای نظر خویش اقامه میکنند همان لزوم اتباع از ظهور لفظ است و میگویند لفظ کتاب ظهور در همان قرآن مجید دارد (ذوالمجدین، فقه و تجارت، ص ۱۸۰)

بررسی موافقت یا عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت

در بیان تفاوت معنایی بین موافقت یا عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت، باید گفت اگر منظور افقت شرط با کتاب الله باشد، در این صورت اگر شخصی در معامله‌ای شرط کند که طرف مقابل پیراهنی برای او بدوزد یا اینکه شرط کند خانه اش را به او اجاره دهد این دو شرط به دلیل اینکه در کتاب الله نیستند پس باطل اند. ولی اگر منظور عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت باشد، در این صورت شرط دوختن پیراهن و اجاره دادن خانه به دلیل اینکه با کتاب خدا مخالف نیستند، صحیح می‌باشند.

محرم حلال یا محلل حرام بودن

دومین ضابطه برای تشخیص شرط خلاف شرعی است که حلالی را حرام و یا حرامی را حلال کند. به این صورت که هرگاه طرفین به شرطی توافق نمایند که براساس آن، حکم حرامی مانند حرمت شرب خمر حلال شمرده شود و یا حکم، واجبی مانند وجوب اقامه نماز حرام گردد. بدون شک این شرط باطل و بلااثر است و بلکه به اعتقاد بعضی از فقها این امر غیر مقدور و ناممکن است زیرا تحریم حلال و تحلیل حرام در محدوده اختیارات انسان نیست و این امر در اختیار شارع است. (انصاری، ۱۴۱۵، ۳/۱۷)

همچنین اگر طرفین بر انجام فعل حرامی مانند قماربازی و یا ترک عمل واجبی نظیر دادن نفقه به عائله واجب النفقه تراضی نمایند اینگونه شروط از مصادیق شروط حلال کننده حرام و حرام کننده حلال محسوب می‌شوند.

خلاف مقتضای عقد بودن

سومین ضابطه خلاف شرعی بودن شرط خلاف مقتضای عقد بودن آن است در این خصوص باید گفت که متعاقدين در ضمن انعقاد عقد نباید به شرطی توافق کنند که با شرعی مخالفت داشته باشد. بعضی وقتها مخالفت با شرعی را به شرط مخالف مقتضای عقد تفسیر نموده اند به این ترتیب که شرط مانع تأثیرگذاری اثری که شارع برای عقد قرار داده است، باشد.

صاحب جواهر در مبحث شرط نامشروع می‌فرماید لیکن از بیان بعضی فقها از جمله فاضل (ره) در قواعد مشخص می‌شود که از مواردی که شرط مخالف شرعی محسوب می‌شود آن جایی است که شرط منافی مقتضای عقد باشد مانند شرط عدم بیع یا هبه یا آزادی بنده یا نزدیکی و

موقعه با کنیز (یعنی اینکه در ضمن عقد بیع شرط شود که یک خریدار، حق فروش مبیع با هیه کردن آزاد مبیع کردن بنده و نزدیکی کردن با کنیز خریداری شده را نداشته باشد یا اینکه اگر ثالثی مبیع را غصب نمود خریدار ثمن معامله را بتواند استرداد نماید یا امثال آن بلکه ابن زهره در غنیه فرموده است که از جمله شروط نامشروع و فاسدی که مورد اختلاف هم نیست آن است که شرط مخالف مقتضای عقد باشد مانند آنکه شرط شده باشد که خریدار مبیع را قبض نکند و یا از آن استفاده نکند و گروهی از فقها قائلند به اینکه ضابطه منافی بودن شرط با مقتضای عقد آن است که شرط مانع ترتیب اثری که شارع برای عقد از حیث علت وجودی اش قرار داده و بر آن مترتب نموده است، شود. (نجفی، ۱۳۷۸، ج ۲۳، ص ۱۹۹)

برخی از فقها دلیل بطلان شرط خلاف مقتضای عقد را نامشروع بودن این گونه شروط می دانند.

و بر این باورند که شروط مخالف مقتضای عقد به دلیل خلاف شرع بودن باطل اند. در زیر به ذکر این نظرات پرداخته می شود:

۱. شهید ثانی در مسالک (شهیدثانی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۵۲)، محقق حلی در شرایع (محقق حلی، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۳۳)، علامه در قواعد الاحکام (علامه حلی، ۱۳۸۶، ص ۱۵۲) و شهیدین در شرح لمعه (شهیدثانی، ۱۴۱۶، ۳/۵۰۵) شرط خلاف مقتضای عقد را جزو شرط نامشروع دانسته و طبیعتاً مبنای بطلان آن را مخالفت شرط با کتاب و سنت عنوان کرده اند. در مفاتیح الشرایع آمده است از جمله شروط نامشروع این است که عدم بیع یا عدم عتق یا عدم وطی یا عدم هبه و به طور خلاصه امر منافی مقتضای عقد شرط شود. (فیض کاشانی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۶۶) صاحب کتاب مفتاح الکرامه نیز که متعرض شرط خلاف مقتضای عقد شده اند در بیان ضابطه تمیز آن هر شرطی را که مقتضای عدم ترتب اثر مجعول از ناحیه شارع، عقد باشد، خلاف مقتضای قرارداد دانسته اند (حسینی عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۷۳۰) از گفتار فقهای مزبور استنباط می شود که بطلان شرط مذکور به لحاظ مخالفت آن با احکام شرعی است که متضمن وضع آثاری برای عقد است. به عبارت دیگر دلیل بطلان همان مخالفت شرط با کتاب و سنت است. صاحب جواهر پس از بیان اقوال فقها در خصوص موضوع، می گوید: «تردید در بطلان شرط منافی مقتضای عقد که موجب حصول تناقض است نمی باشد اما با اندکی تأمل روشن می شود که بطلان این شرط بر اساس ضابطه عدم مخالفت شرط با شرع عدم تحلیل حرام و تحریم حلال) است». (نجفی، ۱۴۱۵، ج ۲۳، ص ۲۰۱-۲۰۲)

مفهوم مقتضای ذات عقد از دیدگاه فقهای امامیه

فقهای امامیه درباره مفهوم مقتضای ذات عقد آراء و نظرات گوناگونی دارند. تعریف فقها از من حاد مقتضای ذات عقد را می توان به عنوان معیار تشخیص نیز تلقی نمود که ذیلاً به بیان آن پروشهای نفتی پرداخته می شود.

امور مجعول از طرف شارع

برخی از فقهای متأخر مقتضای ذات عقد را به امور مجعول از طرف شارع بر عقد بما هو عقد تعریف میکنند؛ با این بیان که چون عقد تأسیس شرع است احکام و آثار آن نیز شرعی خواهد بود. محقق کرکی مراد از مقتضای ذات عقد را اموری دانسته است که شارع برای عقد بما هو عقد جعل کرده است (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۱۴). نیز شهید ثانی و صاحب مفتاح الکرامه اموری را که با جعل شارع برای عقد بما هو عقد منافات داشته باشد منافی با مقتضای ذات عقد میدانند. طبق این دیدگاه عقود مستحدثه که شارع آن ها را جعل نکرده است باطل خواهد بود. هم چنین عقود توقیفی بوده و به جعل شارع محقق و دارای اثر می گردند در نقد دیدگاه فوق باید گفت جعل شارع نمی تواند به طور مستقیم در تعیین و تغییر مقتضیات ذاتی عقود نقش ایفا کند؛ زیرا آثار و لوازمی که شارع بر عقود بار نموده است مقتضیات شرعی بوده و اشتراط برخلاف چنین مقتضیاتی سالب اثر ذاتی عقد نیست تا مخالف مقتضای ذات عقد به شمار آید. چنانچه محقق ایروانی تأکید میکند شرط عدم اثر شرعی خارج از بحث اشتراط خلاف مقتضای ذات عقد و داخل در شرط خلاف کتاب و سنت است. "عقد بیع حقیقتی عرفی

دارد که شرع آن را امضا کرده و احکامی را بر آن بار کرده است که خارج از حقیقت عقد است. در این صورت، بطلان شرط به استناد مخالفت با شرع است و با مقتضیات ذاتی و منشئات عقود ارتباطی ندارد. از این رو اگر تعیین مقتضای ذات عقد به شرع واگذار شود، خلط بین شرط نامشروع و شرط مخالف مقتضای ذات عقد رخ داده است. (شهید ثانی، بی تا، ج ۲، ص ۲۶۹؛ عاملی، بی تا، ج ۱۴، ص ۷۲۴)

اقتضائات ذات عقد بما هو عقد

محقق نراقی مقتضای ذات عقد را اقتضائات ذات عقد بما هو عقد می‌داند و معتقد است مراد پرورش‌های نفتی از آن اموری است که عقد بذاته بر آن‌ها دلالت دارد منظور از بذاته این است که ذات عقد بما هو عقد آن را اقتضا دارد؛ یعنی متوقف بر جعل شارع نیست و ذات عقد اگر تصور شود آن نیز تصور خواهد شد؛ به گونه‌ای که اگر این امور منتفی شوند عقد لغتاً یا عرفاً و یا شرعاً منتفی خواهد شد. (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۷، ص ۳۹۲) به عنوان نمونه؛ بیع عرفاً برای نقل ملکیت به غیر در مقابل عوض است و اگر مبیع به مشتری و ثمن به بایع منتقل نگردد، عرفاً بیع محقق نشده است؛ حتی اگر یکی از این ارکان ادامه می‌دهد که نیز نباشد عقد منتفی می‌گردد؛ چون نفی جزء مستلزم نفی کل است. هموا مقتضیات عقد به بدون واسطه و با واسطه تقسیم می‌شود مقتضیات بدون واسطه مثل اموری که ذکر شد و برای مقتضیات با واسطه می‌توان به تسلط بر مبیع که به واسطه انتقال مبیع تحقق می‌یابد یا به انفساخ به سبب فسخ که از مقتضیات خیار مجلس که آن هم از مقتضیات بیع است مثال زد شبیه این بیان را محقق مراغی مطرح می‌نماید: «مقتضای ذات عقد عبارت است از چیزی که ماهیت عقد به آن بستگی داشته و به انتفای آن منتفی شود؛ خواه آن چیز از ارکان داخلی یا از لوازم و آثار خارجی عقد باشد.» (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۴۸)

این دسته از فقها ذاتیات و مقومات عقد را با مقتضا و منشئات اصلی عقد در آمیخته‌اند. در مقابل برخی معاصران از جمله محقق خوانساری امام خمینی و محقق خویی و محقق بجنوردی ذاتیات عقود را از مقتضیات ذات آن تفکیک نموده‌اند و تلقی کسانی را که شرط عدم ثمن را مخالف مقتضای ذات عقد قلمداد کرده‌اند قابل دفع می‌دانند و می‌گویند در چنین وضعی شرط عدم ثمن به معنای عدم اراده بیع است و این یعنی بیعی در بین نیست تا مقوله خلاف مقتضای ذات آن مورد بحث واقع شود. (نراقی، بی تا، ج ۲، ص ۱۵۱)

منشئات بالذات عقد

محقق نائینی مقتضیات ذات عقد را منشئات اولی و بالذات عقد معرفی می‌نماید. دیدگاه ایشان در اشکال به شیخ انصاری ذیل بحث شروط منافی با مقتضای ذات عقد این حاد است که اگر شارع اموری را بر عقد مترتب کرده است و نمی‌توان برخلاف آن‌ها شرط پرورش‌های نفتی کرد، ربطی به مقتضای ذات عقد ندارد و اگر صحیح نیست به دلیل منافات با مقتضای ذات عقد نیست؛ بلکه از جهت ممنوعیت شرع است و بین این دو مسأله خلط واقع شده است. سپس ایشان مقتضای ذات عقد را این گونه تعریف میکنند که منشئات عقدی به دو صورت میتواند باشد نخست منشئاتی که اولاً و بالذات توسط عاقد انشا گردد و م دلالت مطابقی بر آن دلالت کند؛ مثل تملیک عین در بیع و منافع در اجاره دوم منشئات تبعی و ضمنی که از مدالیل التزامی عقد است نه مطابقی آن مثل اینکه پول از پول رایج آن شهر یا کشور باشد اشتراط امور منافی با قسم اول به جهت تنافی بین عقد و شرط باطل است؛ ولی شروط منافی با قسم دوم باطل نیستند؛ چه آنکه این شروط با مقتضای اطلاق عقد مغایرند و تا جایی که به انتفای. آثار نینجامند، صحیح هستند. از این رو شرط نفروختن به شخصی خاص یا نبخشیدن به هیچ کس یا وقف نکردن بی اشکال است؛ زیرا با مقتضای ذات عقد منافات ندارد. (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۴۷)

سید یزدی در حاشیه بر مکاسب میفرماید که شرط یا با نفس عقد منافات دارد که باطل است؛ مثل شرط عدم عوض در بیع؛ زیرا عقد تحقق نمی‌یابد و یا با مقتضای عقد یعنی لوازم خارجی آن منافات دارد که در این صورت اگر شرط مربوط به اطلاق عقود باشد، باطل نیست و اگر مربوط به مطلق عقود باشد باطل است. به عنوان مثال اگر در عقد بیع شرط نشود که محل تحویل مبیع غیر از محل انعقاد عقد باشد مبیع در

همان محل باید تحویل مشتری گردد اطلاق عقد مقتضای امری است و وقتی خلاف آن شرط نمی‌شود به همان اطلاق باید اخذ کرد از این رو تعبیر می‌شود که این امر مقتضای اطلاق عقد است مگر اینکه خلاف آن شرط گردد در مقابل اگر شرطی با مطلق عقد منافات داشته باشد، اد باطل است؛ مانند اینکه در بیع شرط کنند مشتری مالک مبیع نشود. این شرط باطل است؛ فروش‌های نفتی زیرا عقد بدون مالکیت با عقد بیع منافات دارد. (یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۱۳).

معیار تشخیص شرط مخالف با مقتضای ذات عقد

شیخ انصاری دلیل بطلان شرط مخالف با مقتضای ذات عقد را دلالت التزامی «أوفوا بالعقود» بیان کرده است این امر سبب شده در تشخیص مصادیق شرط مذکور اشتباهاتی رخ نماید؛ زیرا دیگر شرط مستقلی نخواهد بود؛ بلکه یکی از اقسام شرط نامشروع محسوب می‌شود. (سبحانی، ۱۴۲۳، ص ۱۲۷). دیگر فقها به منظور رهایی از این اشکال با دقت بیشتری در این مسأله تتبع کرده و معیارهایی برای تشخیص آن ارائه نموده اند: محقق خوبی تناقض دائمی شرط با عقد را معیار تشخیص شرط مخالف با مقتضای ذات عقد معرفی می‌کند ایشان پس از گزارش کلام محقق ثانی که ملاک تشخیص در برخی مصادیق را به فقیه ارجاع داده است اشکال می‌کند که شان فقیه تشخیص و تمیز نیست؛ بلکه کشف ملاک است. سپس می‌فرماید شرط نامشروع در صورتی است که اگر حکم شرع نمی‌بود هیچ منافاتی با عقد نداشت؛ اما شرط مخالف با مقتضای ذات عقد، دائماً با مضمون عقد در تناقض است از این رو شرط منافی با مقتضای ذات عقد و شرط نامشروع هیچگاه با هم جمع نمی‌شوند؛ زیرا اگر شرط با مقتضای ذات عقد مخالف باشد، تناقض پایدار دارند؛ ولی شرط نامشروع اگر مخالفت با شرع نمی‌بود، هیچ تناقضی بین مضمون عقد و شرط برایش متصور نبود؛ مثلاً شرط عدم زوجیت در نکاح از مصادیق شرط مخالف با مقتضای ذات عقد است او در ادامه می‌فرماید ممکن است موارد دیگری نیز ثانیاً و بالعرض از مصادیق منافی با مقتضای ذات عقد به شمار رود؛ مثلاً اشتراط عدم جواز نظر به زوجه در نکاح یا عدم جواز تصرف در مبیع ثانیاً و بالعرض از مصادیق آن به شمار می‌رود در توضیح کلام ایشان میتوان گفت که معیار ارائه شده برای شرط مخالف با مقتضای ذات عقد تناقض دائمی با عقد است و معیار شرط نامشروع فقط مخالفت با کتاب و سنت است و هیچ مشکل دیگری ندارد از عبارت محقق اصفهانی در اشکال شیخ انصاری نیز میتوان چنین مطلبی را استظهار کرد (اصفهانی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۱۵۵).

معیار تشخیص شرط نامشروع

شیخ انصاری بر این باور است که برخی از احکام کتاب و سنت قابل تغییرند؛ یعنی شارع اجازه تخلف از آنها را داده است. برای مثال شارع در شرایطی خاص برای دو طرف معامله یا یکی از طرفین حق فسخ معامله را قرار داده است و یا اسقاط تمامی اختیارات را با توافق طرفین تأیید نموده است این وضعیت نشان میدهد که احکام خیار به وسیله قرارداد و شروط ضمن آن قابل تغییرند. نتیجتاً به مثل شرط اسقاط خیار عیب نمی‌توان نامشروع گفت. این تفاوت در شیوه، وضع ضرورت جداسازی احکام از یکدیگر را ایجاد نموده است. بر این اساس فقها در هنگام بحث از شرط مخالف کتاب و سنت، به بیان ضابطه‌ای برای تمیز احکام قابل تغییر از احکام غیر قابل تغییر پرداخته اند. لازم به ذکر است که اگر ای مقتضای احکام الهی همگی غیر قابل تغییر می‌بود هرگاه حکم دیگری البته خارج از دو عنوان ثانوی (ضرر و حرج) بر موضوع ثابت شود به ناچار میان دلیل حکم و جوب یا حرمت اولی و حکم دیگر تعارض واقع میشد در پایان شیخ انصاری نتیجه می‌گیرد که اگر شرط به احکام قابل تغییر تعلق گیرد التزام به آن مخالف کتاب و سنت نیست و اگر به احکام غیرقابل تغییر تعلق گیرد التزام به آن مخالف کتاب و سنت است. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۲۰۴)

این ضابطه در عین دقت، به خوبی به پاسخ مسأله اصلی نمی‌پردازد که نهایتاً کدام شرط، مخالف کتاب و سنت است و کدام نیست؟ در واقع ضابطه شیخ انصاری خود نیازمند ضابطه دیگری است که مشخص کند کدام حکم قابل تغییر است و کدام نیست.

محقق بجنوردی احکام الزامی و غیر الزامی را ضابطه قرار داده است. از این رو اگر شرط شود که عمل، حرامی اتیان یا عمل واجبی ترک گردد، قطعاً نامشروع است؛ اما اشتراط انجام یا ترک عمل مستحب یا مباح یا مکروه شرط مخالف کتاب و سنت نیست؛ چه آنکه شارع انجام یا ترک احکام غیر الزامی را منع نکرده است.

ثمره تفکیک شرط خلاف مقتضای ذات عقد از شرط مخالف شرع

به نظر میرسد یکی از ثمره‌های تمییز بین این دو شرط آن است که در شرط مخالف شرع، حرامی حلال می‌شود که به اصل، شرع حرام بوده است و حلالی حرام شده است که در شریعت مقدس، حلال است؛ در حالی که در شرط خلاف مقتضای ذات عقد معدوم کردن اثری است که به واسطه عقد ایجاد شده است؛ به عنوان نمونه اگر در ضمن عقد شرط شود که بایع برای مشتری شراب تهیه کند حرامی به سبب شرط حلال شده که به اصل شرع حرام است؛ در حالی که در شرط عدم ایجاد رابطه زوجیت در عقد نکاح آنچه به واسطه عقد انشا شده همان رابطه زوجیت است که از بین رفته است. در نهایت این ثمره حاصل می‌گردد که در شرط نامشروع صرفاً شرط به جهت تغایر با حکم شرع فاسد است؛ ولی مفسد عقد نیست؛ چه آنکه با مقتضای عقد منافاتی ندارد؛ اما در شرط مخالف مقتضای ذات عقد منافات شرط با اثر ذاتی عقد مطرح است و نتیجتاً شرط باطل و مبطل عقد است. (خویی، ۱۳۷۷، ج ۷، ص ۳۴)

معیار شناخت مقتضای عقد از دیدگاه فقها

فقها بر بطلان شرط خلاف مقتضای عقد اتفاق نظر دارند و اما تعیین مصادیق آن دارای اهمیت است و اختلافاتی در این زمینه وجود دارد. لذا تعریف و تشخیص مصادیق در ابواب مختلف فقه به جهت داشتن آثار فقهی فراوان حائز اهمیت است چون اختلاف در تعریف مقتضای عقد، موجب اختلاف در مصادیق شرط خلاف مقتضای عقد نیز شده است.

به جاست متذکر شود که در شرایط فعلی پاره‌ای از امور که مرتبط با جامعه است را با شرط ضمن عقد حل می‌کنند که در این راه مشکلاتی بروز خواهد کرد و یکی از راههای حل مشکل تفحص در همین مورد است که تا کجا و چگونه می‌توان شروطی در عقد گنجانند که برخلاف مقتضای عقد نباشد- شروطی که به مفاد آن‌ها در روابط اجتماعی نیاز است؛ چون شرط محدود کردن طلاق در روابط زناشویی. همان طور که بیان شد، مقتضای هر عقد اثر اساسی آن عقد و یا مقصود بالإصاله متعاقدين است. مقتضای عقد که لازم لاینفک عقد است گاهی بر حسب مورد با جعل شارع، به اراده متعاقدين، تصویب قانونگذار و داوری عرف ایجاد می‌شود. برخی نیز با توجه به وجود معیارهای متفاوت برای تعیین مقتضا، این امر را بر عهده فقها قرار داده اند (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۱۵). از جمله معیارهای تعیین مقتضی، جعل شارع است. بسیاری از فقهای اهل سنت معیار تعیین مقتضای عقود را جعل شارع معرفی می‌نمایند. آن‌ها بر این باورند که عقود، علل شرعیه هستند و علل سرعیه به خودی خود حاکی از هیچ حکمی نیستند، بلکه احکام به واسطه جعل شارع مقدس بر علل شرعیه مترتب می‌شوند (سرخسی، بی تا، ج ۲، ص ۲۱۲) و پدید آورنده واقعی احکام و آثار عقود، خداوند متعال است (شاطبی، بی تا، ج ۵، ص ۱۹۷) محقق کرکی نیز از فقهای شیعه می‌فرماید: «مقتضای عقد آن چیزی است که شارع مقدس آن را به منظور بهره مندی کامل متابعین یا یکی از آن دو جعل نموده است (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۱۲)

دیدگاه فقها درباره شرط مخالف با مقتضای عقد

دیدگاه فقهای امامیه

اثر مسلم یا مقصود بالإصاله عقد از دیدگاه شرع، مقتضای عقد به حساب می‌آید. برخی از فقها شرط خلاف مقتضای عقد را جزو شرط مخالف کتاب و سنت یا شروط نامشروع قرار داده اند (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۲۶۱).

انصاری در کتاب مکاسب ضمن بیان شرایط صحت شروط ضمن عقد می‌فرماید: «شرط ضمن عقد نباید با مقتضای عقد منافات داشته باشد که در غیر این صورت آن شرط به دلیل ایجاد تنافی در عقدی که مقید به این شرط است ما بین مقتضایی که نمی‌توان از آن تخلف نمود و بین شرطی که ملزم به انجام آن هستیم، صحیح نیست» (انصاری، بی تا، ج ۶، ص ۵۱).

پس هرگاه شرط، خلاف مقتضای عقد باشد و آن شرط هم از ارکان عقد باشد قطعاً آن عقد را باطل می‌نماید، مانند شرط عدم تسلیم، یا بدون پرداخت قیمت و یا عدم انتفاع از مبیع. اما اگر مکمل عقد باشد نه ارکان آن، در صحت و بطلانش اختلاف نظر وجود دارد؛ اما نظر قوی‌تر آن است که عقد صحیح باشد مانند خیار عیب، اما در اینکه آیا خیار رؤیت، خیار غبن و خیار تأخیر هم این اثر را دارند یا نه اشکال وجود دارد. هر شرطی که مقتضی عقد باشد، این شرط تأکیدی بر مقتضی عقد است. اما آنچه مقتضای عقد نباشد و مصلحتی برای یکی از طرفین عقد در آن باشد، مانند شرط رهن، استشهاد و... در این خصوص گروهی قائل به صحت شده‌اند و اگر مصلحتی برای طرفین نداشته باشد و منافی هم باشد قطعاً موجب فساد عقد می‌شود مانند اینکه شرط کند مبیع را نفروشد و اگر منافات نداشته باشد قطعاً صحیح است. اما شرط عدم تزویج و طلاق، به اجماع فقها الزام ندارد و عقد را نیز باطل نمی‌کند (ابن ابی جمهور، ۱۴۱۰، ص ۱۱۶-۱۱۵). بنابراین چنانچه شرط خلاف مقتضای ذات عقد باشد، باطل است؛ اما شرط خلاف اطلاق عقد باطل نیست. دلیل بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد این است که قصد انشای مدلول شرط، مستلزم عدم قصد انشای مدلول عقد است؛ زیرا قصد به ملکیت در نیامدن مبیع در ضمن بیع و به موجب شرط، با قصد تملیک مبیع که معنای عقد بیع است منافات دارد. بنابراین اگر طرفین بر شرطی که خلاف مقتضای ذات عقد است، توافق کنند، در حقیقت مدلول عقد را قصد نکرده‌اند. به همین علت، شرط خلاف مقتضای ذات عقد، علاوه بر آنکه باطل است، مبطل عقد نیز به شمار می‌رود؛ زیرا چنین شرطی مستلزم عدم قصد انشای عقد است.

دیدگاه فقهای اهل سنت

فقهای اهل سنت شروط ضمن عقد را به دو قسم شروط صحیح و شروط غیر صحیح تقسیم می‌نمایند. از دیدگاه آن‌ها اگر شروط ضمن عقد با مقتضای عقد سازگار باشند، صحیح و اگر با احکام شرعی مخالفت داشته باشند باطل خواهد بود فقها در مورد مسئله شروط ضمن عقد از حیث صحت و عدم صحت آن مباحثی را مطرح نموده‌اند که در این قسمت دیدگاه‌های فقهای اهل سنت در این خصوص بیان می‌شود.

دیدگاه ظاهریه: ظاهریه اصل در شروط را غیر مباح بودن آن می‌دانند و معتقدند که همه شروط باطل است، مگر آن شروطی که در قرآن کریم و سنت وارد شده باشد. ظاهریه علاوه بر شرط رهن در بیع زمان دار (بقره: ۲۸۳)، شرط تأخیر تمن تا زمان معلوم (بقره: ۲۸۲)، شرط ادای ثمن تا زمان توانایی (بقره: ۲۸۰) شرط صفت در مبیع به رضایت طرفین عقد (نساء، ۲۹)، شرط خیار شرط و... شرط مقتضی عقد مانند شرط تسلیم مبیع بر فروشنده و تسلیم ثمن بر مشتری را به این دلیل که هر آنچه مقتضای عقد است توسط شرع ثابت می‌شود را نیز به عنوان شروط صحیح مطرح نموده‌اند (ابن حزم، ۱۹۶۸، ج ۹، ص ۴۰۳؛ ابن حزم، ۱۳۴۶، ج ۵، ص ۷۷۵). بنابراین حدود الهی مذکور در آیه ۲۲۹ سوره بقره - که خداوند امر به امتثال آن‌ها نموده و مورد استناد ابن حزم است - از جمله مواردی است که خداوند ضمن احکام نکاح بیان نموده است و نه همه احکام (قرطبی، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۱۴۶).

دیدگاه شافعیه: شافعیه نیز در اینکه اصل در شرط، منع و غیر مباح است با ظاهریه اتفاق نظر دارند، با این تفاوت که دایره شروط صحیح را گسترش داده‌اند و علاوه بر اصل غیر مباح بودن شروط، دو مورد دیگر نیز اضافه نموده‌اند. اول اینکه شرط باید موافق با مقتضای عقد باشد و آن را تأیید نمایند؛ و دوم اینکه شرط متضمن معنایی از معانی نیکی باشد (زرکشی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۲۳۴؛ رملی، ۱۴۲۴، ج ۳، ص ۴۵۰) و هر شرطی که صحیح باشد نیز لازم الوفاست (خطیب شربینی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۵).

بنابراین شرطی که منجر به یک محذور و ممنوع شرعی باشد و یا اینکه مخالف با شرع باشد، صحیح نیست. پس هرگاه فروشنده بر مشتری امر غیر مشروعی را شرط کند مانند اینکه شرط کند در ظرفی که به مشتری فروخته، شراب حرام بریزد، که این گونه شروط صحیح نیستند. هم چنین شرطی که منجر به لزوم چیزی شود که شرعاً ملزم به آن نباشد. مانند اینکه هرگاه مشتری خرید، باید هر روز ده رکعت نماز نافله بخواند (رملی، ۱۴۲۴، ج ۳، ص ۴۵۶). و نیز شرطی که با مقتضای عقد منافات داشته باشد. مانند منع از انتفاع، چه به صورت جزعی باشد و یا کلی، مانند اینکه بایع بر مشتری عدم فروش، هبه و یا اجاره مکانی را که فروخته، شرط نماید که ایننوع شرط نیز موجب عدم صحت عقد می‌شود (خطیب شربینی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۱؛ رملی، ۱۴۲۴، ج ۳، ص ۴۵۰). شافعیه معتقد است که اگر مثلاً در بیع شرطی قرار داده شود که آن شرط به مقتضای عقد باشد مانند تسلیم میب و رد آن اگر دارای عیبی باشد در این صورت عقد صحیح است. به این دلیل که شرط مذکور مبین اقتضای عقد است. هم چنین اگر شرطی از نوعی باشد که در آن مصلحتی برای یکی از طرفین عقد باشد مانند شرط خیار و یا رهن و.... این عقد هم صحیح است زیرا جواز آن در شرع وارد شده است و نیاز افراد نیز آن‌ها را به این گونه مسائل فرا می‌خواند. اما اگر شرط غیر از شروطی باشد که ذکر شد و با مقتضای عقد هم منافات داشت، مانند اینکه فروشنده بر مشتری شرط کند پارچه‌ای را که از او خریداری نموده برایش لباس بدوزد، در این صورت عقد بیع باطل است (خطیب شربینی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳؛ زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۴۸۳). بنابراین از دیدگاه فقهای شافعی شروطی که با هدف اصلی عقد منافات نداشته باشد ولی تنها با مقتضای عقد مغایر باشند، جزو شروط باطل بوده و موجب بطلان عقد نمی‌شود. اما شروطی که با هدف اصلی عقد منافات داشته باشند موجب بطلان عقد نیز خواهد بود (عبد الناصر، ۱۴۱۱، ج ۱۱، ص ۲۱۹-۲۱۴؛ زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۹، ص ۶۵۴۴).

دیدگاه حنفیه

حنفیه نیز با ظاهریه و شافعیه در اینکه اصل در شرط، عدم اباحه است، اتفاق نظر دارند و با شافعیه نیز در اینکه شرط باید موافق با مقتضای عقد باشد متفق القول هستند (ابن همام، ۱۴۲۴، ج ۶، ص ۴۴۵؛ کاسانی، ۱۴۰۶، ج ۵، ص ۱۶۸) جز اینکه شافعیه در توجیه این مورد به قیاس و مصلحت استناد نموده اند و اما حنفیه بر اساس استحسان، شرط موافق با مقتضای عقد را صحیح می‌دانند (ابن همام، ۱۴۲۴، ج ۶، ص ۴۴۶) و این امر موجب گسترش دایره شروط صحیح می‌شود. بنابراین حنفیه شرطی را که در معاملات میان مردم جاری باشد ولو اینکه با مقتضای عقد موافق نباشد، به جهت استحسان از نظر عرف، صحیح می‌دانند. و وجه استحسان هم آن است که مردم با این گونه شروط آشنایی دارند و بر اساس آن معاملات خود را انجام می‌دهند و هر آنچه توسط عرف ثابت باشد، شرع نیز آن را می‌پذیرد (ابن عابدین، بی تا، ج ۲، ص ۱۳۹). از دیدگاه فقه حنفی، شرط صحیح آن است که مقتضای عقد و مطابق با شرع و عرف باشد. و شرط غیر صحیح و باطل آن است که با هدف عقد مغایرت داشته باشد. که در این صورت عقد صحیح است اما شرط لغو خواهد شد و اثری در عقد نخواهد داشت (عبد الناصر، ۱۴۱۱، ص ۱۱؛ جزیری، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۸۵). اما شروط باطل از دیدگاه حنفیه آن است که چیزی در آن شرط باشد که منجر به ممنوعیت آن از نظر شرع گردد. مانند اینکه آن شرط موافق با مقتضای عقد و یا عرف مردم که با آن معامله می‌کنند، نباشد. بنابراین شرطی که مخالفت با شرع است مانند شرطی که منجر به ربا گردد (کاسانی، ۱۴۰۶، ج ۵، ص ۱۶۹) و شرطی که منفعت یکی از طرفین عقد و یا فرد بیگانه‌ای را محقق ننماید- از آنجایی که این امر موافق با مقتضای عقد نیست و عرف معاملات مردم هم نیست- باطل است. مثلاً اینکه بایع زمینی را بفروشد به شرطی که مشتری مقداری پول را به فرد سومی قرض بدهد و یا اینکه به شرط سکونت مشتری در خانه‌ای به مدت یک سال آن را به مشتری بفروشد (سرخسی، ۱۴۰۹، ج ۱۳، ص ۱۵؛ کاسانی، ۱۴۰۶، ج ۵، ص ۱۶۹).

دیدگاه مالکیه

مالکيه با ظاهريه، شافعيه و حنفيه در اينکه اصل در شرط، عدم اباحه است، اتفاق نظر دارند جز اينکه اين گروه شرط مقتضای عقد را از جمله شرايط صحت شرط قرار نداده اند. فقهای مالکيه معتقدند هر شرطی که در آن منفعتي برای یکی از طرفین عقد باشد به شرط آنکه ناقض مقتضای عقد نباشد و موجب ضرر و زیان فاحش در تمن و یا مضمون نگردد و نیز متضمن نا آگاهی آشکار- که منجر به نزاع و درگیری شود- نباشد، صحیح است. پس اشتراط بیع خانه و استثناء سکونت در آن به مدت معین و دیگر شروطی که مقتضای عقد نیست مادامی که با مقتضای آن تناقض نداشته باشد، صحیح است (دسوقی، بی تا، ج ۳، ص ۶۵؛ خطاب، ۱۴۰۴، ص ۳۳۹). فقهای مالکيه شروطی را که با اهداف عقد منافات دارند نمی پذیرند و اگر این شروط قبل از انعقاد و ایجاد عقد باشد، مبطل عقد و اگر بعد از تکوین عقد باشد، لغو خواهد بود (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۸۸). از دیدگاه مالکيه شرطی باطل است که منجر به ایجاد اخلال در شرطی از شروط صحت عقد شود مانند شرطی که منجر به جهل، و یا ضرر و زیان در عقد، یا در ثمن و مضمون و یا وقوع فعل حرام مانند ربا شود، و نیز شرطی که مقتضای عقد را نقض نماید مانند اينکه بر مشتری شرط نماید که در مبیع تصرف ننماید و یا اينکه زوج شرط نماید که به زوجه نفقه ندهد و یا اينکه زوجه از او ارث نبرد، باطل است چرا که با این شروط مقصود عقد محقق نمی گردد (خطاب، ۱۴۳۱، ج ۴، ص ۳۷۲).

دیدگاه حنبلیه

حنابله با بقیه فقهای اهل سنت در مورد اصل در شروط ضمن عقد اختلاف نظر دارند. فقهای حنابله معتقدند که اصل در شرط اباحه است نه حظر و عدم اباحه و هیچ شرطی حرام نیست مگر اينکه شرع بر تحریم و ابطال آن نصاً و قیاساً دلالت نماید. از جمله شروطی که نزد ایشان مستثنای از اصل است عبارتند از:

- ۱- شرطی که شرع بر تحریم آن دلالت ننموده باشد؛
 - ۲- شرطی که مقتضای عقد را نقض ننماید؛
 - ۳- شرط عقد در عقد مانند اينکه خانه اش را به شرط اينکه پولی را به او قرض بدهد، اجاره دهد؛
 - ۴- اينکه در یک عقد بین دو شرط جمع نماید ولو اينکه آن دو شرط به مقتضای عقد و موافق با آن نباشند. مانند اينکه بسته های هیزمی را خریداری نماید و بر فروشنده شرط کند که آن ها را حمل نموده و خرد کند (ابن عبدالهادی، ۱۴۱۵، ص ۶۹)
- فقهای حنبلی نیز بر این باورند که اگر شرط مورد نهی شارع مقدس باشد و یا اينکه با مقتضای عقد منافات داشته باشد و با اينکه مغایر با هدف اصلی عقد باشد، آن شرط باطل خواهد بود و از آنجایی که شرط، زاید بر عقد است به این صورت که بدون شرط، عقد منعقد می گردد لذا بطلان شروط، موجب بطلان عقد نمی شود (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۸۷؛ ابن قدامه، ۱۴۱۷، ج ۷، ص ۵۵۰). حنابله در عقد بیع معتقدند که اگر شرط موجب منع خاص و یا عام مشتری از تصرف شود، در این صورت شرط و بیع باطل می شود. مانند اينکه شرط نماید که مشتری مبیع را نه بفروشد و نه هبه نماید و اگر این شرط از مشتری ساقط شود، بیع نیز جایز می گردد و اگر با بیع منفعتی را برای خودش شرط کند، مانند سکونت در خانه ای که فروخته برای مدت معلوم، در این صورت بیع و شرط هر دو جایز هستند. اما اگر با بیع شرطی را قرار دهد که منجر به وارد شدن خلل در ثمن شود مانند اينکه اگر تا سه روز ثمن را ندهی بیعی وجود ندارد، در این صورت بیع جایز، ولی شرط باطل است (زحیلی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۴۸۵-۴۸۴). از دیدگاه حنابله وجود دو شرط در یک عقد موجب بطلان عقد است و اما یک شرط، عقد را باطل نمی کند و منظور از دو شرط آن است که از مصلحت های عقد نباشد مانند اينکه مشتری لباسی را بخرد و بر فروشنده شرط نماید که آن را هم خیاطی نموده و کوتاه کند. اما اگر فقط یک شرط قرار دهد بیع جایز است (ابن قدامه، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۲۲۴).

شرط خلاف مقتضای عقد از نظر حقوقی

معیارهای شناسایی شروط خلاف شرع در قانون مدنی

در نظام کنونی حقوق ایران برای اینکه قراردادی نافذ شمرده شود کافی است چهار شرط را دارا باشد: اولاً برخلاف قانون منعقد نشده باشد ثانیاً نظم عمومی را مختل نسازد ثالثاً اخلاق حسنه و احساسات عمومی از انعقاد و اجرای آن جریحه دار نشود رابعاً در آنجا که قانون امری را به عرف محول کرده است و یا در جایی که عرف به منزله قانون محسوب میگردد نباید برخلاف عرف اشتراط به عمل آیدامامی حقوق مدنی (۴۸۴) و در صورتی که برخلاف این امور شرط شود، شرط خلاف قانون و باطل است.

در خصوص واژه نامشروع به کار رفته در بند ۳ از ماده ۲۳۲ قانون مدنی باید گفت که منحصر در مخالفت شرط با قانون نیست بلکه دامنه وسیع‌تری دارد و با توجه به ماده ۹۷۵ قانون مدنی و ماده شش قانون آیین دادرسی مدنی شامل شروط مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۳/۱۵۴) به علاوه با توجه به نظام حقوقی فعلی و لزوم مطابقت کلیه قوانین با موازین شرعی حسب صراحت اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در تفسیر لفظ نامشروع مخالفت شرط با احکام شرعی را نیز باید مدنظر داشت. در این مبحث سعی شده است تا ضابطه‌هایی را به منظور تشخیص شرط خلاف شرع در قانون ارائه شود و ضابطه‌هایی مانند خلاف قوانین امری، بودن خلاف نظم عمومی بودن، خلاف اخلاق حسنه بودن و می‌توانند در اغلب موارد در تشخیص شرط نامشروع راهگشا باشند.

شرایط شروط ضمن العقد در فقه، حقوق ایران و حقوق خارجی

همانطور که می‌دانیم برای اعتبار و نفوذ حقوقی شروط ضمن العقد شرایطی لازم است، که در این مبحث به آن خواهیم پرداخت برای اینکه بدانیم شروط ضمن العقد صحیح چه شروطی هستند ابتدا لازم است که با شروط باطل آشنا شویم چرا که به تعبیر قانون مدنی مطابق آنچه که در فقه امامیه با آن آشنا شده ایم شرط را به طور کلی در صورتی که مغایرتی با شرع مقدس نداشته باشد، به دلیل عمومی بودن برای اینکه شروط ضمن العقد صحیحاً واقع گردد رعایت چند شرط الزامی است دسته اول این شرایط مربوط به شرایطی است که ضمانت اجرای عدم رعایت آن تنها بطلان شرط است و در عقد اصلی تاثیری ندارد این شرایط در ماده ۲۳۲ ق م این موارد ذکر شده اند: (۱- شرطی که انجام آن غیر ممکن باشد ۲- شرطی که در آن نفع و سود نباشد ۳- شرطی که نامشروع باشد). دسته دوم شروطی است که عدم وجود آن نه تنها منجر به بطلان شرط است به بطلان عقد اصلی. نیز منتهی می‌شود که در ماده ۲۳۳: ق م پیش بینی شده است ۱- شرط خلف مقتضای عقد ۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود. اینکه در قسم اول از شروط باطل، از شروط باطلی نام برده شده است که مبطل عقد نمی‌باشد مبین این نکته است که عقد در مرحله انشا و به وجود آوردن خود تابع شرطی که در ضمن آن می‌باشد، می‌شود، نمی‌باشد تا در فرضی که شرط به دلیلی باطل بوده در صحت و موجودیت تاثیر گذار باشد (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۹۵).

بنابراین در مجموع ۵ شرط لازم برای صحت شروط ضمن العقد لازم است که شرح آن بامقایسه قوانین خارجی خواهد آمد همانند این تقسیم بندی در قانون مدنی فرانسه نیز به چشم می‌خورد در ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی این کشور شروط باطل شامل شرط غیر مقدور، شرط خلف اخلاق حسنه نامشروع قرار داده است (نوری، ۱۳۸۰، ص ۳۱) در بند ۲ ماده ۲۰ قانون تعهدات سوئیس شروط فاسد یا مخدوش ضمن عقد را باطل دانسته است. جنبه شباهت این دو نظام حقوقی آن است که شرط باطل در صورتی مبطل عقد نیز می‌باشد که بیان کننده اراده طرفین قرارداد باشد هر چند مثل نظام حقوق مدنی ایران به طور مشخصی اقسام شروط باطل مبطل عقد در قوانین مدنی شان مشخص نگردید اما در رویه قضایی این دو کشور این گونه رواج یافته که چنانچه بطلان شرط فاسد ضمن العقد آن قدر اساسی و مهم باشد که فقدان آن اراده حاکم بر قرارداد را دچار خدشه نماید عقد نیز باطل می‌شود؛ در نتیجه شرط باطل اطلاق نمی‌گردد و در گروه شروط باطل مبطل عقد به دیگر به آن

شروط صرفاً. مثل آنچه که در حقوق ایران به شرط خلف مقتضای ذات عقد تعبیر می‌شود، در می‌آید (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۳۶-۳۷). البته قاضی دادگاه سوئسی در برخی این اختیار را دارد بجای آنکه شرط ضمن العقد باطل رابه طور کلی از قرارداد حذف نماید، آن را با شرط دیگری که به قصد و اراده طرفین نزدیک است جایگزاری نماید (همان، ص ۱۰۸).

اولین شرط لازم برای اعتبار شروط ضمن العقد آن است که انجام شرط مقرر در قرارداد به وسیله مشروط علیه ممکن باشد و یا در صورتی که توانایی انجام آن را ندارد و مباشرت ایشان توسط شخص یا اشخاص دیگر قابل انجام باشد و در عمل به شرط مورد نظر نباشد نوعاً. توانایی انجام شرط نیز در زمان اجرای شرط ملک است نه در زمان انعقاد عقد و شرط (قاسم زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۲۱). در ماده ۱۷۲ قانون مدنی فرانسه نیز برای اینکه شرط ضمن العقد صحیح باشد باید انجام آن شرط توسط مشروط علیه قابل انجام باشد در غیر این صورت باطل است با این تفاوت که در قانون مدنی فرانسه در صورتی که شرط ضمن العقدی غیرممکن باشد، قرارداد اصلی رانیز باطل می‌کند اما در قانون مدنی ایران عدم وجود این ویژگی اگرچه به بطلان شرط منتهی می‌گردد، اما عقد را باطل نمی‌کند (نوری، ۱۳۸۰، ص ۳۱) البته باید توجه نمود که بین دو ماده ۱۱۷۲. ق م فرانسه با ماده ۹۰۰. ق.م.ف. تفاوت آشکاری وجود دارد در ماده ۹۰۰ قانون مدنی فرانسه بعد از آنکه شروط باطل را عنوان کرده در ادامه بیان نموده. که بطلان این دسته از شروط به عقد اصلی سرایت نمی‌کند و حال آنکه ماده ۱۷۲ به سرایت بطلان شروط ضمن العقد به عقد اصلی دلالت می‌نماید (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۰۷). وجود این ویژگی از بین شروط ضمن العقد صفت، فعل، نتیجه تنها در شروط فعل قابل تصور است؛ چرا که شرط صفت و یا نتیجه به دلیل اینکه وجودشان در لحظه انشای عقد معتبر است و واژه انجام که در ماده مارالذکر آمده است به دلالت التزامی ناظر به شروط فعل می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۹۶). در حقیقت قدرت به انجام یا عدم انجام شرط، ویژگی است که فقط در شرط فعل قابل تصور است شرط دیگر برای صحت شرط ضمن العقد آن است که بتوان برای شرط مقرر نفع و فایده ای.. در نظر گرفت معیار نفع و سود نیز عرفی است به عبارت دیگری برای اینکه بدانیم چه شرطی دارای نفع است باید دید که اکثریت و عقلی جامعه چنین شرطی را دارای نفع و فایده می. دانند یا خیر با این حال در برخی موارد معیار اینکه یک شرط دارای فایده عقلی هست یا خیر، به عرف و بنای خردمندان توجه نمی‌شود و گاهی همین که در اندراج یک شرط نزد طرفین عقد نفعی وجود داشته باشد (ولو عرفاً فایده‌ای بر آن مترتب نباشد) برای صحت شرط ضمن العقد کافی است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۰۳).

برای اینکه شرط ضمن العقدی کاملاً صحیح باشد می‌بایستی شرط مذکور مخالف با شرع نباشد به عبارت دیگر نامشروع نباشد بدین معنا که وقتی شرطی ضمن عقدی می‌شود بایستی مشروع قرار گرفته باشد منظور از مشروع بودن شرط آن است که: به گفته یکی از حقوقدانان منظور از مشروع بودن شرط ضمن العقد آن است که خلف قوانین امری و اخلاق عمومی نباشد (همان، ص ۳۰۴). آن است که هرچند افراد در انعقاد شروط ضمن تعهدات و این امر روشن کننده قراردادهایشان آزاد می‌باشند اما این آزادی چندان مطلق نیست و اخلاق حسنه الزام می‌نماید که شروط غیر اخلاقی غیر نافذ و فاقد اعتبار باشند. از دیدگاه افرادی دیگر منظور از شرط مشروع بودن شرط آن است که شرط مقرر در ضمن یک با حکم قانونگذار مخالف نباشد یعنی اینکه ممنوعیتی در مواد قانون برای آن وجود نداشته باشد (شهیدی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۱۰۱).

در جمع این دو نظریه باید گفت اگرچه در قیاس با نظریه دوم، نظریه اول موارد بیشتری را شامل شده است اما در حقیقت شروط خلف اخلاق حسنه و قوانین امری شامل ممنوعیت قانون می‌شود؛ چراکه چنین شروطی مورد حمایت قانونگذار قرار ندارد (ر. ک. ماده ۱۰. ق. م). شرط مشروع بودن شرط ضمن العقد در حقوق فرانسه نیز اگرچه در قانون مدنی آن مشخص نگردیده اما از آنجا که مطابق قانون آن کشور موضوع معامله باید مشروع باشد به دلالت التزامی می‌توان لزوم این شرط را دریافت (همان، ص ۱۰۲).

شرط چهارم برای صحت شروط ضمن العقد آن است که مغایر مقتضای عقد نباشد می‌دانیم که منظور از مقتضای، مقتضای ذاتی و طبیعی عقد است (نه مقتضای اطلاق عقد) و همانطور که می‌دانیم هدف از انعقاد معاملات توجه به اثری است که ایجاد آن عقد به همراه دارد بیع منعقد می‌گردد تا مالی منتقل شود حال اگر در ضمن این عقود شرطی ذکر شود که فایده و نتیجه آن معامله را بیهوده نماید و به اصطلاح حقوقدانان با جوهره و طبیعت عقد همخوانی نداشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۰۸). تراضی ایجاد شده در راستای تعارض با تراضی سابق قرار گرفته که نتیجه این تعارض، تساقط هر دوست (اذا تعارضتا تساقطا) بنابراین نه شرطی می‌ماند نه عقدی مقتضای ذات یک عقد نیز به سه قسمت است که شامل عناصر عمومی و یا اختصاصی عقد است یا عوارض لازمه ماهیت عقد یا چنانچه در جایی قانون یا قانون گذار مسئله‌ای را از مقتضیات ذات یک عقد قرارداد نباشد شرط ضمن العقد مخالف با آن به معنای خلف مقتضای ذات عقد می‌باشد برای مثال شرط خیار فسخ در عقد وقف به دلیل آنکه نشارع وقف را در زمره قربات می‌داند و می‌دانیم که شرط خیار فسخ در قربات و عبادات فاسد و مفسد می‌باشد بنابراین چنین شرط ضمن العقدی نه تنها باطل است بلکه مفسد و مبطل عقد می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، صص ۲۷۲-۲۷۳).

و در نهایت شرط پنجمی که باید رعایت گردد تا شرط ضمن العقدی صحیحاً واقع شود این است که چنانچه شرطی مجهول بوده و جهالت آن به عقد اصلی سرایت ننماید در اینکه آیا خود شرط مجهول باطل است یا خیر، قول‌های زیادی وجود دارد از نظر برخی شرط مجهول صحیح (کاتوزیان، ۱۳۸۶، اعمال حقوقی، ص ۳۱۳؛ شهیدی، ۱۳۸۶، صص ۹۲-۹۲) و گروهی نیز اعتقاد به باطل بودن آن دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۲۶۸). اما صرف نظر از این اختلافات آنچه مصرح قانونگذار است این است که هر زمان جهالت یک شرط به عقد اصلی سرایت پیدا نماید عقد و شرط هر دو محکوم به بطلان می‌باشند.

در حقوق انگلستان شروط ضمن یک قرارداد زمانی صحیح و لازم الجرا نمی‌باشند که قاطع و... کامل نباشند در نتیجه چنانچه یک شرط مبهم و ناقص باشد الزام آور نخواهد بود علت این امر آن است که وقتی یک شرط ضمن العقد کامل نباشد، این گونه تعبیر می‌شود که توافقات طرفین عقد برای به اجرا درآوردن شرط به طور موثری انجام نشده است حتی به عقیده برخی در صورتی که چنین شروطی نامعین باشند مانع از اجرای قرارداد اصلی نیز می‌شوند (براونزورد، ۱۳۸۶، صص ۱۵۴-۱۵۰). این تعبیر زمانی واقعیت خواهد داشت که ابهام شرط ضمن العقد به قرارداد اصلی نیز سرایت کرده و اجرای آن را نیز با اشکال مواجه سازد همانند شرط ناشناخته در حقوق مدنی ایران که جهل آن اجرای عقد اصلی را غیرممکن می‌نماید، از این روست که قانونگذار ایران به پیروی (از فقه امامیه چنین شرطی را باطل و مبطل عقد می‌داند)

مصادیق شروط خلاف مقتضای عقد:

الف - شرط ضمان مستاجر نسبت به عین مستاجره:

یکی از دلایل عمده که بر بطلان شرط ضمان مستاجر ذکر شده است مخالفت آن با مقتضای عقد اجاره است زیرا اقتضای اجاره و نیز امین بودن مستاجر آن است که وی در صورت تلف یا نقصان عین مستاجره اعم از این که شرط شود یا شرط نشود ضامن نخواهد بود مگر آن که تعدی و تفریط کند. پس چنانچه در ضمن عقد اجاره‌ای شرط شود که مستاجر در فرض عدم تعدی و تفریط ضامن عین مستاجره باشد چنین شرطی بر خلاف اقتضای عقد اجاره و محکوم به بطلان است (علامه حلی ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۹۲ و محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۷، ص ۲۵۸ و شهید ثانی، بی تا، ج ۴، ص ۳۳۱).

در استدلال فوق الذکر، شرط ضمان مستاجر خلاف اقتضای ذات عقد اجاره معرفی شده است اما با دقت در عقد اجاره و با توجه به ملاک‌هایی که برای مقتضای ذات عقد بیان نمودیم خواهیم دید که اقتضای عقد اجاره چیزی جز تملیک منفعت نیست و عدم ضمان مستاجر مقتضای اطلاق عقد اجاره است که بر خلاف آن می‌توان شرط نمود (بهمن پوری، ۱۳۸۷، نقد و بررسی ادله بطلان شرط ضمان مستاجر)، به همین

دلیل جمعی از فقها شرط ضمان مستاجر را صحیح دانسته و آنرا خلاف مقتضای ذات عقد نمی‌دانند همانگونه که مشهور چنین شرطی را در عاریه پذیرفته‌اند (محقق یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۴۲۲؛ عاملی، بی‌تا، ج ۷، ص ۲۵۳) می‌بینیم که در این مساله مهم و پرکاربرد در جامعه حقوقی و روابط اشخاص در معاملات شناخت مقتضای ذات عقد به چه میزان حائز اهمیت است چرا که ماهیت عقد اجاره را می‌تواند تغییر دهد از عقدی باطل به عقدی صحیح.

ب - شرط ضمان در عقد ودیعه:

ودیعه عقدی است با ماهیت تسلط مستودع بر عین بر وجه استنابه در حفظ و ضامن گردانیدن مستودع خلاف این ماهیت است چرا که مستودع، امین است و بر امانت ضمانی نیست. حضرت علی (ع) فرمودند: «لیس علی المومن ضمان» (نوری، ۱۴۰۸، ص ۱۴-۱۵) شرط ضمان در عقد ودیعه قابل پذیرش نیست و قول به بطلان آن در دیدگاه فقها به خاطر مخالفت آن با مقتضای ذات عقد ودیعه است چونکه مقتضای ذات ودیعه قرار گرفتن عین به عنوان امانت در نزد مودع است و از این جهت شرط منافی با امانی بودن ودیعه فاسد است که موجب فساد ودیعه و بطلان آن می‌شود و این دو عنوان یعنی «امانت» و «ضمان» در عقد ودیعه قابل جمع نیستند.

ج - شرط بازگشت عین موقوفه به واقف:

وقف نهادی دائمی و تاسیس پایدار است که به موجب آن عین مالی حبس و منافع آن تسبیل می‌گردد بر این اساس اشتراط خیار در آن پذیرفته نیست زیرا ماهیت آن اقتضای دوام دارد و لزوم آن مرتبط با نظم جامعه بوده و مستلزم نفع عمومی است. برخی فقها از قدام شرط بازگشت عین موقوفه را به خود واقف در زمان احتیاج پذیرفته‌اند و وقف متضمن چنین شرطی را نیز صحیح می‌دانند زیرا چنین شرطی را ناقص حبس بودن و وقف بودن عین موقوفه نمی‌دانند و آن را تابع اختیار واقف دانسته‌اند.

این نظریه پذیرش چنین شرطی را مانند حالتی می‌داند که واقف بگوید: «وقف نمودم بر فلان کس و چنانچه او بمیرد بر فلان شخص وقف باشد.» و بر این اساس وقف بر نفس یا بازگشت عین موقوفه را به خود واقف در صورت نیاز او صحیح می‌دانند (علم الهدی، ۱۴۱۵، ص ۲۲۶) اما برخی دیگر از فقها از آن جا که مقتضای عقد وقف دوام و عدم بازگشت مالکیت می‌دانند در صورتی که مالی وقف گردد و واقف در آن شرط کند که هنگام نیاز مالکیت به او باز گردد هر دوی شرط و وقف را باطل دانسته‌اند (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۵۵ و محقق حلی، ۱۴۱۰، ص ۱۵۶) با این حال برخی چنین شرطی را صحیح و نافذ دانسته‌اند (محقق کرکی، ۱۴۱۵، ج ۹، ص ۲۸).

همانگونه که در این مساله می‌بینیم در مساله فوق چنین شرطی مخالف با مقتضای ذات عقد وقف است چونکه ماهیت وقف بودن دوام و پایداری را درخود نهفته است و با چنین شرطی ماهیت عقد وقف مخالف شده و آن وقعی که هدف از تشریح وقف بوده دیگر وجود واقعی نخواهد داشت.

د - شرط عدم دخول در نکاح دائم:

بی شک هر امر سائعی را می‌توان در عقد نکاح شرط نمود اما شرط عدم دخول چطور؟ این شرط را در نکاح منقطع تقریباً پذیرفته‌اند و مخالفت جدی با آن نشده است (شیرازی، ۱۳۷۳، ص ۳۶۱) چرا که هدف اصلی در نکاح منقطع دخول نیست حتی برخی صحت شرط عدم دخول را در نکاح دائم نیز جاری می‌دانند با این استدلال که حقیقت نکاح، «مالکیت حلیت بضع» است نه «فعلیت ترتب استمتاع» (حائری مازندرانی، ۱۴۱۶، ص ۷۸۴) اما بسیاری از فقها چنین شرطی را خلاف مقتضای ذات عقد نکاح دانسته‌اند «استمتاع در نکاح از مقتضیات عقد است که شرع آن را جعل نموده است حتی اگر عرف به چنین امری حکم نکند». (میر فتاح مراغی، ۱۴۱۷، ص ۲۵۰). آن چه در این زمینه می‌توان بیان نمود این است که چنین شرطی ماهیت عقد نکاح را تغییر می‌دهد چرا که فلسفه و هدف اصلی از عقد نکاح بر آورده شدن

نیازهای جنسی می‌باشد تا آنجا که فقها تاخیر بیش از چهار ماه در نزدیکی با همسر را حرام می‌دانند. حتی در ازدواج موقت چونکه ازدواج موقت برای حالت‌هایی است که شخص نیاز شدید به امور جنسی دارد و دستش از ازدواج دائم کوتاه است و آن چه امروزه در ازدواج موقت شرط می‌شود با عنوان عدم دخول خلاف مقتضای عقد نکاح بوده و ماهیت این عقد را مبدل ساخته است. ملحق به این مورد نکاح صغیره به قصد محرمیت آن هم با شرط ضمنی عدم استمتاع است که این مورد را می‌توان از مصادیق بارز شرط تغییردهنده ماهیت عقد نکاح نامید چرا که همانگونه که بیان نمودیم جوهره عقد نکاح برای استمتاع جنسی است و در نکاح با صغیره به هیچ وجه چنین قصد و هدفی وجود ندارد بنابراین هرگز در عالم فقه چنین عقدی متولد نمی‌شود.

ه- رهن در اجاره:

رهن در فقه اسمی است که با آن مالی وثیقه دین می‌شود که اگر دین استیفاء نشد از آن مال مرهون استیفاء شود و دینی که جایز است بر آن رهن اخذ شود هر دینی است که در ذمه ثابت باشد مانند ثمن و اجرت و مهر و قرض و عوض در خلع و ارش جنابت و... (شیخ طوسی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۹۶؛ ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۴۴) وثیقه دین بودن رهن را همه فقها پذیرفته اند مطابق آن چه از مقتضای ذات عقد بیان نمودیم، روشن می‌شود که مقتضای ذات عقد رهن « وثیقه دین بودن » است یعنی باید دینی ثابت باشد تا رهن بر آن مترتب شود اما آن چه امروز در قراردادهای اجاره با عنوان رهن و اجاره مشاهده می‌شود به کلی ماهیت این عقد را متحول ساخته است چرا که منفعت در اجاره امری متصوم الوجود است و جزء جزء استیفا می‌شود.

پس چگونه می‌توان بر آن رهن گرفت چرا که دینی به وجود نیامده تا بر آن رهن گرفت به همین دلیل است که فقها رهن گرفتن بر دیه‌ای که عاقله باید بپردازد را جایز نمی‌دانند چونکه قبل از رسیدن سال دیه بر ذمه آن‌ها نمی‌آید چرا که دیه بعد از گذشت و حلول سال بر ذمه آن‌ها ثابت می‌شود (حلی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۹۶) همچنین اگر کسی را اجاره کند تا برای او عملی انجام دهد اخذ رهن بر اجیر جایز نیست چونکه رهن به مال ثابت در ذمه تعلق می‌گیرد و آن عمل هنوز در ذمه اجیر ثابت نشده است (همان، ص ۱۹۷) در نتیجه تغییر ماهیت چنین عقدی آثار آن نیز متحول شده است مثلاً منافع مال مرهونه برای راهن است مطابق آن چه که مقتضای رهن بودن است (فاضل آبی، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۵۳۹)

اما در قراردادهای امروزه اجاره که مالی به عنوان رهن دریافت می‌شود منافع مال مرهون به مرتهن می‌رسد ولی معمولاً در آن تصرف نیز می‌نماید که این تصرف نیز از آثاری است که متحول شده است چرا که اصل بر عدم تصرف هر یک از طرفین در مال الرهانه است.

و - شرط ضمان عامل در مضاربه:

مضاربه عقدی است که در آن مالک مالی را به عامل می‌دهد تا با آن تجارت و کسب نماید به قصد ربح و بر عامل ضمانتی نیست اگر که مال تلف شود یا خسارتی بر آن وارد شود (ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۲۶۶)

چرا که این مقتضای امین بودن مضارب (عامل) است یعنی مضارب امین است و ضمانتی بر او نیست و مگر در صورت تعدی یا تفریط (همان، ص ۲۶۷) این قاعده که عامل امین است و در صورت عدم ضمانتی بر او نیست در فقه پذیرفته شده است (محقق حلی، ۱۳۹۷، ج ۳، ص ۶۸۳)

اما آن چه که امروزه بانکها در عقد مضاربه انجام می‌دهند کاملاً مخالف مقتضای عقد مضاربه است چرا که مقتضای عقد مضاربه امین بودن عامل و در نتیجه عدم ضمانت او در صورت تلف یا خسران مال است (البته در صورت عدم تعدی) اما می‌بینیم که مثلاً کسی که عامل در مضاربه است و جهت عاملیت او کشاورزی یا دامداری است حتی اگر به تلف سماوی مال المضاربه تلف شود بانک حتماً او را ضامن می‌گرداند و این کاملاً مخالف با مقتضای مضاربه و امانت امین (عامل) است.

می توان شرط عدم زیان در عقد شرکت برای یکی از طرفین را ملحق به همین مورد کرد. چرا که در عقد شرکت سود تابع سرمایه است و شرکا به نسبت سهم خود در سود و زیان شرکت دارند و نفع و ضرری که از عقد شرکت حاصل می شود باید متناسب با سهم شرکا توزیع شود کما اینکه ماده ۵۷۵ قانون مدنی نیز این نکته را بیان نموده است.

سوال اساسی در این زمینه این است که آیا تابعیت سود و زیان از سرمایه از مقتضیات ذات عقد شرکت است یا خیر؟ این مساله نیز در فقه و حقوق مورد اختلاف واقع شده است و شناخت مقتضای عقد شرکت موجب تردید در صحت یا بطلان چنین شرطی گردیده است. برخی از فقها چنین شرطی را باطل و مبطل عقد شرکت می دانند: "جایز نیست که شرکا با وجود تساوی در مال در باب تقسیم سود شرط تفاضل نمایند و همچنین در صورت تفاضل در مال نیز شرط تساوی در سود جایز نمی باشد و چنانچه چنین شرطی مورد تراضی طرفین قرار گیرد شرکت باطل خواهد بود." (شیخ طوسی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۴۹) دیگران از فقها نیز باطل و مبطل بودن چنین شرطی را ذکر کرده اند. (شهید ثانی، بی تا، ج ۴، ص ۲۰۱ و طباطبایی، بی تا، ج ۱، ص ۴۹۳ و محقق حلی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۱۳۰)

در مقابل برخی دیگر از فقها با وجود اعتقاد به بطلان شرط عقد را صحیح دانسته و شرط را خلاف مقتضای عقد ندانسته اند. (این قول در مفتاح الکرامه به صاحب غنیه و ابن براج منسوب است. (حرعاملی، ۱۴۱۲، ج ۷، ص ۴۰۳) برخی دیگر چنین شرطی را با توجه به عموم ادله وفا به شرط مانند "المؤمنون عند شروطهم" صحیح دانسته اند. (فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۳۰۱ و محقق سبزواری، کفایه الاحکام، ص ۱۱۹)

همچنان که می بینیم این مساله نیز تحت تاثیر شناخت مقتضای عقد است و اگر مقتضای عقد همان باشد که گروه اول گفته اند پس شرط عدم زیان برای یکی از طرفین مخالف مقتضای ذات عقد شرکت بوده و ماهیت چنین عقدی را متبدل می سازد.

ی- بیع شرط:

بیع شرط عبارت است از اینکه خیار برای فروشنده یا مشتری در ظرف مدت معینی شرط شود. بایع یا فروشنده در صورتی می تواند از حق فسخ خود استفاده کند که ثمن یا مثل آن توسط بایع و مبیع توسط مشتری بر حسب قرارداد رد شود. در صورتی که صاحب حق فسخ در مدت مقرر از حق خود استفاده نکند، خیار وی ساقط و بیع قطعی می گردد (محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۹۲؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۳، ص ۲۰۲؛ خمینی، مستند تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۰؛ روحانی، المرتقی الی الفقه الارقی، ج ۱، ص ۲۴۵؛ فاضل آبی، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۴۵۱).

نتیجه گیری و پیشنهادها

شرط امری محتمل الوقوع در آینده که طرفین حدوث اثر حقوقی را متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع می نمایند. شرط در علم اصول به معنای هر امری که وجود آن برای تحقق امر دیگری لازم است و در اصطلاح حقوق و فقه به معنی مطلق تعهد است اعم از اینکه در ضمن عقد باشد یا مستقل از عقد. به طور کلی در تعریف شرط به معنای حقوقی و نه معنای منطقی و اصولی در فقه چنین آمده است "الشرط امر زاید علی الثمن و المثلث علی وجه التزام دون التعليق". قانون مدنی در ماده ۲۳۳ شروطی را ذکر کرده است که نه تنها خود باطل هستند بلکه موجب بطلان عقد نیز می شوند. شرط خلاف مقتضای عقد از جمله شروط باطلی است که با توجه به قصد مشترک و اراده طرفین عقد اگر اثر اصلی عقد را زایل نماید موجب بطلان عقد می گردد و در واقع در صورت بوجود آمدن تعارض بین مفاد عقد و شرط عقد باطل می شود.

آنچه که در این تحقیق به بحث و بررسی پیرامون آن پرداختیم اختصاراً چنین است.

۱- منظور از شرط در این رساله - که بارزترین مصداق شرط از لحاظ حقوقی و فقهی است، تعهدی است فرعی و تبعی که در ضمن یکی از عقود معین با نامعین درجه شده و با یکی از دو مقتضای ذات یا اطلاق عقد در تضاد باشد.

۲. مقتضا در این رساله به دو قسم؛ مقتضای ذات و مقتضای اطلاق، تقسیم شده است: الف. مقتضای ذات عقد: عبارتست از « اثر عمده و اساسی که مستقیم و بدون هیچ واسطه‌ای از عقد حاصل شده و در کلیه افراد و مصادیق آن نوع عقد موجود بوده و آنچنان با عقد ملازمه داشته باشد که رفع آن اسقاط هستی عقد محسوب شود ب. مقتضای اطلاق عقد، اثری است که از مقتضای ذات هر عقد حاصل شده و هرگاه عقد بصورت مطلق الشاء شود آن اثر را اقتضا نماید و با رفع آن جوهر و طبیعت عقد پا برجا بوده، تنها اطلاق عقد از بین می‌رود.

۳. مطمئن‌ترین منبع تعیین مقتضای ذات عقد: الف: در عقود معین: از میان چهار منبع احصاء شده برای تعیین مقتضای ذات عقد یعنی شرع، عرف، قانون و دلالت الفاظ عقود، قانون مطمئن‌ترین و مناسب‌ترین منبع تعیین مقتضا می‌باشد، به بیان دیگر، قانون که بیان کننده مقررات و ضوابط عقود است، آثار اصلی با مقتضای ذات عقد را نیز تعیین می‌کند معذالک چون خاستگاه قانون در امور مربوط به معاملات غالباً عرف می‌باشد در صورت سکوت، اجمال یا تعارض نصوص قانونی درباره مقتضای ذات عقد، به عرف غیر مدون رجوع می‌شود ب: در عقود نامعین: این عقود خود بر دو دسته اند: اول - عقود معهود در نظر عرف: هرگاه چنین عقدی منعقد شده و در قانون تنها اسمی از آن برده شده بدون اینکه در مورد مقتضیات و سایر احکام آن ذکر می‌آید، یا اصلاً نامی هم از آن در قانون برده نشده، ولی عرف خاص یا عامی در آن مورد در حال شکل‌گیری باشد. برای تعیین مقتضای چنین عقدی مسلماً باید به عرف مراجعه شود. دوم - عقود بی سابقه و موردی: اینگونه عقود که بدخواه افراد بسته می‌شود، نه در قانون ذکر می‌شود از آن‌ها صورت گرفته و نه عرف خاصی در مورد آن‌ها شکل گرفته است در چنین وضعی هرگاه طرفین به طور آشکار یا بطور ضمنی مقتضای ذات عقد خود را معین نموده باشند همان قصد مناط اعتبار خواهد بود، در غیر اینصورت، مقتضای ذات عقد با توجه به مفاد عقد و کمک عرف معین می‌گردد

۴- هرگاه میان قانون به عنوان منبع تعیین مقتضای عقد و خاستگاه آن یعنی عرف تعارض حاصل شود، یعنی قانون ثابت و استوار باقی مانده اما بستر آن یعنی عرف در حال حرکت و تکامل باشد و در نتیجه مقتضای عقد در نظر عرف تغییر نموده باشد، قانون مقدم و حاکم می‌باشد و اشخاص نمی‌توانند تغییر عرف را دستاویزی برای قانون شکنی خود قرار دهند، معذالک مقنن باید قوانین خود را با عرف و نیازهای جامعه هماهنگ سازد.

۵- مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد

سه مبنای مخالفت با شرع، اجماع و تنائی مضمون شرط با مضمون و مفاد عقد، براء، توجیه بطلان شرط و عقد ارائه شده، که از میان آن‌ها مبنای تنائی منطقی تراست زیرا، در صورت انتخاب مبنای مخالفت با شرع جانی برای استناد به شرط خلاف مقتضای ذات عقد بانی نمی‌ماند و اجماع نیز:

اولاً: بصورت کلی و همه جانبه ثابت نیست، شاید بر فروعات مسأله موردی یافت شود. ثانیاً: مسأله‌ای که تا چند قرن پس از زمان ائمه (ع) در فقه سابقه نداشته، اکنون چگونه دعوی اجماع بر آن پذیرفته است؟

۶- استثنائات وارده بر تعریف و قلمرو مقتضای ذات عقد

براساس تعریف ارائه شده از مقتضای ذات تنها آثار اصلی و بلاواسطه حاصله از عقد مقتضای ذات محسوب می‌شود و آثاری که از مقتضای ذات ایجاد می‌شود جزء مقتضیات اطلاق عند محسوب می‌شوند. معذالک براین ضابطه و قلمرو دو استثناء بشرح ذیل وارد است: الف- منع جمیع آثار و شرط ممانعت از کلیه تصرفات: دانشمندان و محققان بر این نکته اتفاق نظر دارند که هرگاه شرط ضمن عقد کلیه آثار ناشی از

مقتضای ذات عقد را بطور مطلق و دائم سلب نموده و یا مشتری از جمیع تصرفات اعم از مادی و حقوقی در مبیع منع شود، چنین شرطی در حکم شرط خلاف مقتضای ذات و باطل و مبطل عقد می‌باشد. چه، با چنین شرطی عقد بسان پوسته‌ای بی محتوی بوده و انشاء آن به‌مراه چنین شرطی عملی لغو و بیهوده است. ب- عدم تسلیم و تسلیم مطلق: هرگاه عقدی منعقد شده و در ضمن آن چنین شرط شود که مورد معامله هرگز به تسلیم خریدار داده نشود، در صورتی که منظور از این شرط، اجاره با عاریه مبیع در نزد فروشنده باشد و این امر صریح یا ضمناً از عقد فهمیده شود، شرط و عقد هر دو درست است. اما اگر منظور از عدم تسلیم مطلق محروم کردن دائمی مشتری از جمیع انحاء تصرفات و انتفاعات باشد، چنین شرطی نیز باطل و مبطل عقد است. چه عناوین اعتباری تنها وسیله رسیدن به اغراض عقلانی است، عناوینی چون بیع و مانند آن بنفسه مطلوب نبوده و متعلق اغراض واقع نمی‌شوند، بلکه آلت وصول به مبیع و ثمن هستند، این موضوع است که مقصود بالذات است. بنابراین شرط عدم تسلیم مطلق در حکم شرط عدم حصول مالکیت و خلاف مقتضای ذات عقد تلقی می‌شود.

۷- در فقه عامه، شرط خلاف مقتضای عقد اعم از ذات و اطلاق فاسد و باطل تلقی شده است. در مذهب حنفی در صورتی که عقد از جمله عقود معوض و مالی باشد، فساد شرط به عقد نیز سرایت پیدا می‌کند، ولی در مذهب حنبلی در صورتی فساد شرط به عقد سرایت می‌کند که خلاف مقصود اصلی عقد باشد. خواه عقد از عقود معارضی باشد و خواه نباشد. ضروری است که بدانیم نظر شافعی به حنفیه و نظر پیروان مالک به حنبلی‌ها نزدیک است. ایران در قسمت شروط ضمن العقد با الهام از منابع فقهی و به ویژه تحت تاثیر اندیشه‌های شیخ مرتضی انصاری تدوین شده است برای اینکه شرط ضمن العقدی صحیح باشد ملزم است که ویژگی شرطی که در قانون به عنوان شروط باطل اعم از آنکه مبطل عقد باشد یا نباشد معرفی شده اند، در آن نباشد در مقایسه بین دو نظام حقوق مدنی ایران و فرانسه شاهد آن هستیم که برخلاف قانون مدنی ایران که در فصل چهارم از باب اول را به بیان شروط ضمن العقد پرداخته است. قانون مدنی فرانسه فصل یا باب مشخصی را به بیان انواع و احکام شروط ضمن العقد مختص نکرده است. بجز آنکه در برخی از مواد پراکنده آن می‌توان موردی را پیدا کرد که به بیان شرط پرداخته است. به عبارت دیگر در قانون این کشور بدون آنکه قواعد و مقررات خاصی را در خصوص شروط ضمن العقد بیان نمایند در میان یکسری از احکام واژه شرط را نیز بکار برده اند در حقوق خارجی در حقوق فرانسه نیز اگرچه قانونگذار مدنی آن به صراحت نامی از شرط نتیجه نبرده اما با جست و جو در مواد قانون مدنی این کشور می‌توان موردی را یافت که در آن تعلیق به این شرط اشاره دارد.

مطابق نظر مشهور فقها هر شرط فاسدی مبطل نیست. اگر التزام به عقد را مستقل از التزام به شرط بدانیم و تقیید رضای معاملی به شرط را برداریم، فساد شرط به عقد سرایت نمی‌کند؛ چرا که معامله مشروط، قرارداد مرکبی است که به اجزای خود تحلیل و به دو انشاء تجزیه می‌شود. با وجود این، گاهی شرط فاسد موجب باطل شدن خود عقد می‌شود و این زمانی اتفاق می‌افتد که مدلول شرط با عقد، تنافی داشته باشد و به یکی از عناصر اصلی قرارداد آسیب بزند و بالمآل مانع تحقق عقد شود. یکی از این موارد، شرط خلاف مقتضای عقد است. مقتضا به مقتضای ذات و مقتضای اطلاق تقسیم می‌شود. باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای ذات عقد، مورد اتفاق فقهاست. قانون مدنی نیز به موجب بند ۱ ماده ۲۳۳، در این حکم تابع نظر اجماع است. اما هم‌چنان در اینکه مبنای بطلان و غرض از مقتضای عقد چیست، معیاری تعیین نکرده است. مسئله مهم تر، تمییز اقتضای ذات از اطلاق است که بنا بر اذعان بزرگانی از فقها، محتاج قوه استنباط و لطف قریحه می‌باشد. در این پژوهش ابتدا به مبانی یعنی موجبات باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد پرداخته شد که علاوه بر اجماع، شامل دلایلی چون وجود مانع ذاتی برای تحقق شرط یعنی عدم امکان تحقق قصد انشاء با وجود شرط مخالف، و نامشروع بودن چنین شرطی از باب مخالفت با کتاب و سنت یا بازگشت آن به تحریم حلال و تحلیل حرام می‌گردد. آنگاه ایرادات هر نظریه مطرح شد. در مقام دشوار اثبات موضوع تفسیر مقتضای ذات و مقتضای اطلاق و معیار تشخیص هر یک از دیگری قرار دارد که موجب اختلاف در نظرات فقهی و حقوقی شده است. در این مرحله

با احصای سه روش شناسایی از راه ارکان، اسباب و اجزاء و نیز تشخیص آثار و نظریه متفاوت و بدیع عناصر شناسی، در نهایت معیار سوم به عنوان ضابطی دقیق و مورد اطمینان برگزیده شد. پس مقتضای ذات عقد شامل عناصر عمومی یا اختصاصی تشکیل دهنده عقود، عوارض لازم ماهیت عقد مثل تعهد تسلیم مبیع یا ثمن و قانون است که چیزی را جزء ذات عقد قرار داده باشد. هر شرطی که مخالف منشآت عاقدین یا ضد یکی از موارد مذکور باشد آن شرط مخالف مقتضای عقد است. عناصر شناسی عقود، محتاج صعود به قیل ماهیات حقوقی و غوص در ژرفای شروط است.

۱. در کتب فقهی و حقوقی شرایطی برای صحت شرط آمده است و هر شرطی که فاقد یکی از شرایط صحت باشد، باطل است و عدم وجود آن شرایط موجب فساد در شرط است و شرط مخالف مقتضای عقد نیز از جمله شروط فاسد است.

۲. از آنجا که مقتضای ذات عقد، اثر و نتیجه عقد است و هدف و مقصود انعقاد عقد نیز تحقق آن اثر و نتیجه است و شرط خلاف مقتضای عقد موجب سلب اثر از عقد می‌گردد و نتیجه‌ای چون بطلان شرط و فساد خود عقد را به دنبال دارد که بر اساس ماده ۲۳۳ قانون مدنی چنین شرطی از شروط باطل و مبطل عقد به حساب می‌آید.

۳. از آنجایی که عقد به شرط وابسته نیست لذا اصولاً شرط باطل نمی‌تواند موجب بطلان عقد شود. اما گاهی برخی شروط موجب اخلال در ارکان عقد می‌شوند که این امر موجب بطلان خود عقد می‌گردد در ماده ۲۳۳ قانون مدنی این شروط معرفی شده اند.

۴. مقتضای ذات هر عقد نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین عقد به قصد حصول آن، عقد را منعقد می‌کنند. به عبارت دیگر مقتضای عقد موضوع و مضمون اصلی عقد، را تشکیل میدهد و مقصود اصلی متعاقدين است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۲۵۰). مقتضای ذات عقد چنان به ماهیت عقد وابسته و ملازم با آن است که اگر به وسیله شرط گرفته شود، جوهر عقد نیز از دست می‌رود. لذا فقها شرط خلاف مقتضای ذات عقد را باطل می‌دانند (نائینی، ۱۳۷۳، ص ۱۵۲).

۵. فقها در اینکه شرط باید با مقتضای عقد هماهنگ باشد اتفاق نظر دارند زیرا در این صورت این شرط به مثابه تأکید است (الموسوعه الفقهیه الکویتیة، ۱۴۱۲، ج ۱۲، ص ۲۶)

۶. در فقه اهل سنت، شرط خلاف مقتضای عقد اعم از شرط مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد فاسد و باطل است. فقهای حنفی و شافعی معتقدند در صورتی بطلان شرط موجب بطلان عقد می‌شود که عقد از جمله عقود معوض و مالی باشد؛ و فقهای حنبلی و مالکی نیز شرطی را موجب فساد عقد می‌دانند که خلاف مقصود اصلی عقد باشد. خواه عقد از عقود معاوضی باشد و یا نباشد.

۷. مالکیه، شافعیه و حنفیه در استثناء شرط موافق با مقتضای عقد، اتفاق نظر دارند، ولی با حنفیه در اصلی که برای صحت شرط به آن استناد می‌نمایند اختلاف نظر دارند حنفیه بر استحسان و مالکیه و شافعیه بر قیاس به صحت شرط استناد می‌کنند.

۸. مالکیه با حنفیه در استثناء شرط متعارف اتفاق نظر دارند اما در اصل صحت این شرط اختلاف دارند حنفیه شرط متعارف را به جهت استحسان به عرف صحیح می‌دانند و اما مالکیه بر اساس با اولویت چرا که شرط متعارف به طریق اولی نسبت به شرطی که بین مردم عرف نیست، صحیح است پس بنابر این این شرط را مادامی که با مقتضای عقد تناقض نداشته باشد صحیح می‌دانند.

۹. مالکیه و شافعیه در صحت شرطی که متضمن معنایی از معانی خیر باشد بر اساس عمل به قاعده مصحلت مرسله اتفاق نظر دارند.

۱۰. مذهب حنبلی نسبت به بقیه مذاهب اهل سنت وسعت بیشتری برای شروط صحیح ایجاد نموده اند. لذا هر آنچه که در مذاهب دیگر از شروطی که موافق با مقتضای عقد است و شروطی که متضمن معنای خیر و نیکی و نیز شروطی که مورد استفاده در عرف مردم است و شروطی که متضمن منفعت معقولی برای یکی از طرفین عقد باشد را صحیح می‌دانند.

۱۱. مذهب حنبلی با مذهب مالکی در شروط ضمن عقد نکاح اختلاف نظر دارد مذهب مالکی وفای به شرط را در مورد شرطی به کار می برد که متضمن منفعتی برای یکی از زوجین است اگر معلق بر طلاق و یا عتق و با تملیک نباشد و نیز با شرع و مقتضای عقد نیز تعارض نداشته باشد مذهب حنبلی نیز وفای به این شرط را واجب می داند.

تعارض منافع

در انجام مطالعه حاضر، هیچ گونه تضاد منافی وجود ندارد.

مشارکت نویسندگان

در نگارش این مقاله تمامی نویسندگان نقش یکسانی ایفا کردند.

حامی مالی

این پژوهش حامی مالی نداشته است.

فهرست منابع

- ابن ابی جمهور، محمد بن علی. (۱۴۱۰ هـ ق). *الأقطاب الفقهیة علی مذهب الإمامیة*. قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- ابن اثیر، عزالدین علی بن محمد. (۱۳۹۹ هـ ق). *النهاية فی غریب الحدیث*. بیروت: المكتبة الاسلامیه.
- ابن ادريس، محمد بن منصور حلی. (۱۴۱۰ هـ ق). *السرائر*. قم: جامعه مدرسین مؤسسه نشر اسلامی.
- ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۴۰۴ هـ ق). *من لا یحضره الفقیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن تیمیه، احمد بن عبد الحلیم. (۱۴۰۸ هـ ق). *الفتاوی الکبری*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ابن حزم، علی بن احمد. (۱۳۴۶ هـ ق). *الأحكام فی أصول الأحكام*. قاهره: مکتبه الخانجی.
- ابن حزم، علی بن احمد. (۱۹۶۸ م). *المحلی بالآثار*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ابن حمزه، محمد بن علی. (۱۴۰۸ هـ ق). *الوسيلة إلی نیل الفضیلة*. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- ابن عابدین، محمد امین بن عمر. (بی تا). *مجموعه رسائل ابن عابدین*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ابن عبدالهادی، یوسف بن حسن. (۱۴۱۵ هـ ق). *القواعد الکلیة و الضوابط الفقهیة*. بیروت: دار البشائر الإسلامیه.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. (۱۴۱۷ هـ ق). *المعنی*. قم: دار عالم الکتب.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۸ هـ ق). *لسان العرب*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ابن همام، محمد بن عبد الواحد. (۱۴۲۴ هـ ق). *شرح فتح القدر*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- اصفهانى، علامه فانی علی. (۱۴۰۳ هـ ق). *کتاب الاجار*. قم: بی نا.
- اصفهانى، محمد حسین. (۱۴۱۹ هـ ق). *حاشیة کتاب المکاسب*. قم: ذوی القربی.
- امامی خوانساری، محمد. (بی تا). *الحاشیة المانیة علی المکاسب*. قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- امامی، حسن. (۱۳۸۴ هـ ش). *حقوق مدنی* (جلد ۴). تهران: گنج دانش.
- انصاری، زکریا بن محمد. (۱۹۹۱ م). *الحدود الأنقیة و التعریفات الدقیقة*. بیروت: دار الفکر.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۳۴ هـ ق). *فرائد الاصول*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.

- انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ هـ ق). کتاب المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
- انصاری، مرتضی. (۱۲۸۱ هـ ق). مکاسب محرمة. قم: لجنة تحقیق لثراث انصاری.
- ایروانی، علی بن عبدالحسین. (۱۴۰۶ هـ ق). حاشیه المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بنی هاشمی، محمدحسن. (۱۳۹۲ هـ ش). توضیح المسائل مراجع. قم: جامعه مدرسین نشراسلامی.
- آدامز، جان ان. و براونزورد، راجر. (۱۳۸۶ هـ ش). تحلیل و نقدی بر حقوق قراردادها در انگلستان (مترجم: مهدی موسوی). تهران: میزان.
- جزیری، عبدالرحمن. و غروی، محمد. (۱۴۱۹ هـ ق). الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت. بیروت: دار الثقلین.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۷ هـ ش). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۲ هـ ش). فلسفه اعلی در علم حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۹۰ هـ ش). فلسفه حقوق مدنی. تهران: گنج دانش.
- جلالی، مهدی. (۱۳۸۹ هـ ش). حقوق خانواده ۱ (نکاح و انحلال آن). تهران: خرسندی.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۲ هـ ق). وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- حسینی، هاشم معروف. (بی تا). نظریه العقد فی الفقه الجعفری. بیروت: مکتبه هاشم.
- حسینی مراغی، میر عبد الفتاح. (۱۴۱۷ هـ ق). العناوین الفقهیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خطاب، محمد بن محمد. (۱۴۰۴ هـ ق). تحریر الکلام فی مسائل الإلتزام. بیروت: دار الغرب الإسلامی.
- حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۰ هـ ق). المختصر النافع فی فقه الامامیه. تهران: قسم الدراسات الإسلامیه فی مؤسسه البعثه.
- حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ هـ ق). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت الله لإحیاء التراث.
- حلی، حسن بن یوسف. (۱۹۸۲ م). نهج الحق و کشف الصدق. بیروت: دار الكتاب اللبنانی.
- خطیب شربینی، محمد بن احمد. (۱۴۱۸ هـ ق). معنی المحتاج الی معرفه معانی ألفاظ المنهاج. بیروت: دار المعرفه.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۳۷۷ هـ ش). مصباح الفقاهه (ترجمه: محمدعلی توحیدی تبریزی). بیروت: دار الهادی.
- دسوقی، محمد بن أحمد. (بی تا). حاشیه الدسوقی علی الشرح الكبير. دمشق: دارالفکر.
- دیانی، عبدالرسول. (۱۳۷۹ هـ ش). حقوق خانواده ۱ (ازدواج و انحلال آن). تهران: امید دانش.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۳۶۲ هـ ش). المفردات فی غریب القرآن. تهران: مرتضوی.
- رحمانی، محمد. (۱۳۸۲ هـ ش). داد و ستد خون از منظر فقهای فریقین. تهران: مجله طلوع، شماره ۷.
- رضاوای، یوسف. (۱۴۱۸ هـ ق). الحلال و الحرام. قاهره: مکتبه وهبه.
- رملی، محمد بن احمد. (۱۴۲۴ هـ ق). نهاییه المحتاج الی شرح المنهاج. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- زحیلی، وهبه. (۱۴۰۹ هـ ق). الفقه الإسلامی و أدلته. دمشق: دار الفکر.
- زرقاء، مصطفی. (۱۹۶۸ م). المدخل الفقهی العام. دمشق: دار الفکر.
- زرکشی، محمد بن عبد الله. (۱۴۲۱ هـ ق). المنشور فی القواعد. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ساطبی، ابراهیم بن موسی. (بی تا). الموافقات. عربستان: دار ابن عفان.
- سبحانی، جعفر. (۱۴۲۳ هـ ق). دراسات موجزه فی الخیارات و الشروط. قم: مرکز العالمی للدراسات الإسلامیه.

- سرخسی، محمد بن احمد. (بی تا) المبسوط. بیروت: دار المعرفة.
- سرخسی، محمد بن احمد. (بی تا) اصول السرخسی. بیروت: دار المعرفة.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد. (بی تا) الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- سیوطی، عبدالرحمن. (۱۴۰۴ هـ.ق) الدر المنثور فی تفسیر بالمأثور. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- شهید اول، محمد. (بی تا) القواعد و الفوائد. قم: کتابفروشی مفید.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۹۱ هـ.ش) حقوق مدنی ۳ (تعهدات) (جلد ۳). تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۹۳ هـ.ش) حقوقی مدنی ۴ (شروط ضمن عقد). تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶ هـ.ش) شروط ضمن عقد (جلد ۴). تهران: مجد.
- صاحب جواهر، محمدحسن. (۱۳۹۲ هـ.ق) جواهر الکلام. قم: مطبعه الحیدری.
- فتح اله، محمد. (۱۳۶۹ هـ.ش) حقوق مدنی (جلد ۴). تهران: گنج دانش.
- محقق کرکی، علی. (۱۴۲۴ هـ.ق) جامع المقاصد فی شرح القواعد. بیروت: دار التراث العربی.
- محقق حلی، نجم الدین. (بی تا) شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: موسسه النشر الاسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی. (بی تا) تحلیل و نقدی بر اصول حقوقی قراردادها. تهران: میزان.