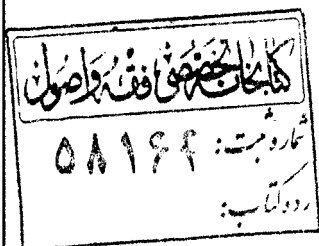


مقتضای قراردادها



تألیف:

دکتر اباذر افشار

پژوهشگر و مدرس دانشگاه



مجمع علمی و فرهنگی مجد

ارتباط با مجد

اطلاعات و اخبار حقوقی / آخرین کتاب های منتشر شده مجد / کتاب های جدید حقوقی خارجی



تلگرام



واتس آپ



اینستاگرام

تقدیم به همسر فداکار و مهربانم:
که اگر این نامه را فرجامی
و این خامه‌ی خام را ارجی است،
مرهون صبوری‌ها و همدلی‌های اوست
و
تقدیم به فرزندان سه قلوی دلبندم:
مهراد، مهدیار و مسیحا

بسم الله الرحمن الرحيم

سرشناسه : افشار، اباذر،
عنوان و نام پدیدآور : مقتضای قراردادها/ تألیف اباذر افشار؛ ویراستار زینب محمدحسینی.
مشخصات نشر : تهران: مجد،
مشخصات ظاهری : ۱۷۳ ص.
شابک : ۹۷۸-۶۲۲-۲۲۵-۴۳۲-۲
وضعیت فهرست نویسی : فیبا
موضوع : عقود و ایقاعات (فقه)
موضوع : Contracts (Islamic law)
رده بندی کنگره : BP۱۹۰
رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲
شماره کتابشناسی ملی : ۶۲۰۹۴۰۱

هرگونه تکثیر کامل یا قسمتی از کتاب بدون اجازه پدیدآورنده یا ناشر، خلاف قانون، شرع و اخلاق است.
موارد تخلف را به دفتر مرکزی «مجد» گزارش فرمایید.

مقتضای قراردادها

تألیف: دکتر اباذر افشار

ویراستار: زینب محمدحسینی

انتشارات مجد

چاپ اول : ۱۳۹۸ (بازچاپ ۱۴۰۰) تعداد: ۲۲۰ نسخه

حق چاپ محفوظ و منحصر «مجد» است.

شابک: ۹۷۸ - ۶۲۲ - ۲۲۵ - ۴۳۲ - ۲

ISBN: 978 - 622- 225- 432- 2

دفتر مرکزی مجد:

تهران، میدان انقلاب، تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۷

تلفن و دورنگار: ۶۶۴۹۵۰۳۴ - ۶۶۴۱۲۰۷۸ - ۶۶۹۶۳۳۸۶

فروشگاه: تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۹

تلفن: ۶۶۴۰۹۴۲۲ - ۶۶۴۸۶۸۷۴

www.majdpub.ir

E- mail: info@majdlaw.com

کانال رسمی انتشارات مجد در تلگرام: @majdlaw

فهرست مطالب

۹	 مقدمه
۱۳	 فصل اول: مفاهیم و کلیات
۱۳	 مبحث اول: مفهوم مقتضای ذات عقد و قلمرو آن
۱۳	 گفتار اول: مقتضا
۱۴	 گفتار دوم: مفهوم ذات، ذاتی و عرضی لازم
۱۴	 بند اول: ذات و ذاتی
۱۵	 بند دوم: عرض لازم
۱۶	 گفتار سوم: ذات عقد و مقتضای ذات عقد
۱۶	 بند اول: مقتضای ذات عقد در عبارات فقهی متقدم
	 بند دوم: مقتضای ذات عقد و تفکیک آن از ذات عقد از دیدگاه فقهی متأخر و معاصر
۱۸	
۲۴	 بند سوم: دیدگاه نهایی در تفکیک بین ذاتیات عقد و مقتضیات ذات عقد
۲۵	 گفتار چهارم: مقتضای اطلاق عقد
۲۸	 گفتار پنجم: مصلحت کامنه
۳۱	 مبحث دوم: سیر تحول تاریخی مقتضای ذات و اطلاق عقد
۳۱	 گفتار اول: در فقه امامیه
۳۳	 گفتار دوم: در حقوق ایران و کشورهای خارجی
۳۹	 فصل دوم: مناط تعیین مقتضای ذات و اطلاق عقد
۳۹	 مبحث اول: مناط تعیین مقتضای ذات و اطلاق عقد در پرتو شرع
۳۹	 گفتار اول: اقوال و ادله
۴۲	 گفتار دوم: نقد و بررسی
۴۵	 مبحث دوم: معیار دوگانگی شرط مخالف مقتضای ذات عقد با شرط مخالف شرع
۴۵	 گفتار اول: معیار تشخیص شرط مخالف با مقتضای ذات عقد
۴۶	 بند اول: تناقض دائمی شرط با عقد
۴۷	 بند دوم: تناقض و مخالفت با کتاب و سنت
۴۸	 بند سوم: دیدگاه برگزیده
۴۹	 گفتار دوم: معیار تشخیص شرط مخالف شرع
۵۲	 گفتار سوم: رابطه بین شرط خلاف مقتضای ذات عقد با شرط مخالف شرع
۵۵	 مبحث سوم: مناط تعیین مقتضای ذات و اطلاق عقد در پرتو فهم عرفی
۵۵	 گفتار اول: فهم عرفی در تشخیص مقتضای عقد

- گفتار دوم: اراده متعاقدين در کنار فهم عرفی ۶۰
- مبحث چهارم: محوریت مصلحت کامنه در تشخیص مقتضای عقد ۶۰
- گفتار اول: جایگاه مصلحت در تحقق موضوعات نوپدید فقهی ۶۰
- گفتار دوم: نقش مصلحت در شکل‌گیری مقتضیات ذات و اطلاق عقود ۶۲
- گفتار سوم: طرح نظریه مصلحت کامنه ۶۴
- گفتار چهارم: نقد و بررسی نظریه مصلحت کامنه ۶۶
- بند اول: اشکال اول به نظریه مصلحت کامنه ۶۷
- بند دوم: اشکال دوم به نظریه مصلحت کامنه ۶۸
- مبحث پنجم: تعیین مناط برگزیده در تشخیص مقتضای ذات و اطلاق عقد ۶۹
- گفتار اول: مناط برگزیده در تشخیص مقتضای ذات عقد ۶۹
- بند اول: مناط شرع، عرف و اراده متعاقدين در بوته نقد ۶۹
- بند دوم: مصلحت و ضرورت نوعیه کامنه مناط تشخیص مقتضای ذات عقد ۷۱
- بند سوم: استصحاب، مناط تشخیص مقتضای ذات عقد در صورت شک ۷۲
- گفتار دوم: مناط برگزیده در تشخیص مقتضای اطلاق عقد ۷۳

فصل سوم: سنجش بطلان و صحت عقد مشروط به شرط مخالف مقتضای ذات

- عقد ۷۵
- مبحث اول: سنجش ادله مبطلیت شرط مخالف مقتضای ذات عقد ۷۵
- گفتار اول: شرط مخالف کتاب و سنت ۷۵
- گفتار دوم: تناقض بین مضمون عقد و شرط ۷۷
- گفتار سوم: اخلال در تراضی طرفین ۷۹
- گفتار چهارم: ایجاد چهل به عوضین ۸۱
- گفتار پنجم: اتحاد شرط و عقد ۸۱
- مبحث دوم: سنجش عدم مبطلیت شرط خلاف مقتضای ذات عقد ۸۳
- گفتار اول: ادله نفی ۸۳
- بند اول: نامشروع نبودن شرط خلاف مقتضای ذات عقد ۸۳
- بند دوم: نفی دلیل تناقض ۸۴
- بند سوم: نفی انتفاء تراضی و قصد متعاقدين ۸۶
- بند چهارم: عدم ایجاد چهل به عوضین ۹۰
- گفتار دوم: ادله اثباتی ۹۲
- بند اول: دیدگاه امام خمینی(ره) ۹۲
- بند دوم: دیدگاه مرحوم خوئی ۹۴
- بند سوم: دیدگاه صاحب جواهر الکلام ۹۷

بند چهارم: اصل حاکمیت اراده.....	۱۰۵
بند پنجم: اصالت صحت در شبهات حکمیه.....	۱۰۷
بند ششم: اصل لزوم قراردادها.....	۱۱۰
بند هفتم: تراضی طرفین.....	۱۱۲
گفتار سوم: تحلیل انتقادی بر مفاد ماده ۲۳۳ قانون مدنی.....	۱۱۳

فصل چهارم: رویکردی نوین در تشخیص مصادیق اختلافی مقتضای ذات و

اطلاق عقود.....	۱۱۹
مبحث اول: مصادیق شرط مخالف ذات عقد.....	۱۱۹
گفتار اول: بیع به شرط عدم ثمن.....	۱۱۹
گفتار دوم: اجاره به شرط عدم اجرت.....	۱۲۲
گفتار سوم: شرط تغییر جنسیت در عقد نکاح.....	۱۲۴
مبحث دوم: مصادیق مقتضای ذات عقد.....	۱۲۶
گفتار اول: شرط عدم ملکیت در عقد بیع.....	۱۲۶
گفتار دوم: شرط عدم زوجیت در عقد نکاح.....	۱۲۹
گفتار سوم: شرط ضمان مستودع در عقد ودیعه.....	۱۳۰
مبحث سوم: مصادیق شرط مخالف شرع.....	۱۳۱
گفتار اول: شرط لزوم و جواز حکمی.....	۱۳۱
گفتار دوم: اشتراط خيار فسخ در عقد نکاح.....	۱۳۴
مبحث چهارم: مصادیق مقتضای اطلاق عقد.....	۱۳۸
گفتار اول: شرط عدم بیع در عقد بیع.....	۱۳۸
گفتار دوم: شرط عدم اخراج زوجه از شهر.....	۱۴۵
گفتار سوم: شرط ضمان در عقد اجاره و عاریه.....	۱۴۷
گفتار چهارم: شرط عدم استمتاع در نکاح دائم.....	۱۵۲
گفتار پنجم: شرط توارث در نکاح منقطع.....	۱۵۵
گفتار ششم: شرط لزوم و جواز حقی.....	۱۵۶
خاتمه.....	۱۵۹
فهرست منابع و مأخذ.....	۱۶۵

مقدمه

یکی از شاخص‌های مهم حضور فعال، پویا و زنده فقه در جامعه و زندگی مردم، در گرو پاسخ‌گویی فقه به نیازهای آنان است، بی‌شک یکی از مسائل متنوع و نوپدید در بخش قراردادهای وجود دارد، که بیش از همه، در معرض بایدها و نبایدهای فقهی و حقوقی است و حضور مؤثر فقه و حقوق را می‌طلبد. از این مهم‌تر، نقش و جایگاهی است که مقتضیات، آثار و لوازم عقود و شروط ضمنی آن می‌تواند در حل مشکلات اقتصادی و اجتماعی داشته باشد؛ زیرا چه بسا در حل یک مشکل اقتصادی و اجتماعی، قالب‌های متعارف عقود، پاسخ‌گو نباشند، ولی با کم و زیاد کردن یک شرط بتوان بر آن مشکل فائق آمد. این امر مستلزم شناخت مقتضیات شرعی و عرفی قراردادهای است که آیا مقتضیات و لوازم عقود، قابلیت و توانایی کاهش و افزایش را دارا هستند. به نظر می‌رسد یکی از موضوعاتی که در فقه و حقوق خصوصی، نیازمند بازخوانی و بازنگری می‌باشد، مسئله مقتضای ذات و اطلاق عقد است که هم مورد ابتلاء است و هم آثار و پیامدهای فقهی و حقوقی فراوان دارد.

به‌طور کلی کتاب حاضر بر سه محور اصلی بنا گذاری می‌شود:

- ۱) تبیین و نقادی تمایزات، ویژگی‌ها و مبانی تعیین ذات عقد، مقتضای ذات و اطلاق عقد با توجه تشتت آراء بسیار زیاد و جنجالی و در نهایت رسیدن به ضابطه و مبنای مشخص و واحد در حقوق ایران با رویکردی نو در این زمینه.
 - ۲) اتخاذ رویکردی نوین و اثرگذار برای رسیدن به راه‌حلی برای تبیین صحت عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد.
 - ۳) برخورد عملی فقها و حقوق‌دانان در تعیین مصادیق مقتضای ذات و اطلاق قراردادهای تبیین خلط و آشفتگی مباحث و تهافت رویکرد عملی با مواضع نظری فقها و حقوق‌دانان.
- توضیح اینکه:

اولاً در تعریف مقتضای ذات عقد بین فقهای امامیه سه تعریف متفاوت ارائه شده که هر کدام از تعاریف، خصوصیات، میانی و منابع وضع مقتضیات عقود را جداگانه تفسیر می‌کنند و مواضع عملی‌شان به شدت تحت تأثیر قرار می‌دهد، لذا این مسئله مورد معرکه دانشجویان فقه امامیه قرار گرفته است. در این رابطه با این پرسش اساسی مواجه هستیم که مناط تشخیص مقتضیات ذات عقود چیست؟ برخی از فقها، آن را به شرع احاله داده‌اند و براین نظرند که مؤجد احکام و آثار عقود برعهده شارع است و اراده متعقدان تنها در انشاء عقد نقش دارد، نه در ترتب آثار آن. نتیجه‌اش آن است کاهش و افزایش مقتضیات و آثار عقود در حیطه اختیار متعقدین نیست.

ارائه هریک از تعاریف سه‌گانه و دفاع از هریک از آنها نشانگر ژرف نگری و توجه دانشجویان فقه و حقوق خصوصی به مضلات و نیازهای فقهی و حقوقی جامعه بوده است؛ اما تعدد معیارها و پراکندگی استدلال‌ها و تقارب بحث شرط خلاف مقتضای ذات عقد با شرط نامشروع بر ابهامات موجود در خصوص تعیین مقتضای ذات و اطلاق عقد افزوده و هنوز راه حل قطعی در این خصوص ارائه نشده است. یکی از تلاش این کتاب، تحلیل، نقادی تعارضات، نارسایی‌ها و مزایای هریک از معیارها و گزینش جامع‌ترین آن به عنوان مرجع تعیین مقتضای عقود می‌باشد.

ثانیاً با توجه مطالب فوق‌الذکر آنچه در ماهیت مقتضای ذات و اطلاق عقد و تعیین قلمرو آنها، تشتت آرا و خلط مباحث در فقه و حقوق خصوصی مشاهده می‌شود، تشخیص خصوصیات و قلمرو مقتضای ذات عقد و تمایز آن از ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد است. به تعبیر دیگر با موشکافی قراردادها مواردی یافت می‌شود که امکان اطلاق و شمولیت مقتضای ذات بر آنها وجود دارد از جمله؛ ۱) ارکان و اجزا تشکیل دهنده عقد مانند قصد یا اهلیت متعقدین ۲) آثار اصلی و بی‌واسطه عقد مانند تملیک عین در بیع ۳) آثار فرعی لوازم عقد مانند سلطه ناشی از ملکیت یا تضمین سلامت کالا و ۴) اوامر و نواهی خارجی شارع به عنوان مثال شارع صحت عقد را منوط به ربوی نبودن بداند یا فروش انگور به قصد ساخت شراب. با استقرای اجمالی در متون فقه امامیه، آشفتگی و خلط مباحث هویدا می‌شود. برخی از فقها، دایره شمولیت مقتضای ذات عقد را آن چنان وسیع می‌دانند که عناصر داخلی و ذات عقد را جزو مقتضیات ذات عقود می‌دانند، ولی برخی معاصران از جمله صاحب جامع المدارک^۱، امام خمینی (ره)^۲، سید یزدی^۳ و مرحوم

۱. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، ص ۴۷۵

۲. خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۱، ص ۷۰-۷۳

۳. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیه المکاسب، ج ۸، ص ۳۷۴

خویی^۱ و بجنوردی^۲ ذاتیات عقود را از مقتضیات ذات آن تفکیک نموده‌اند و توهم کسانى را که شرط عدم ثمن را مخالف مقتضای ذات عقد قلمداد کرده‌اند، قابل نقد می‌دانند و اظهار می‌دارند در چنین وضعی شرط عدم ثمن به معنای عدم اراده بیع است، بلکه بالاتر بیعی در بین نیست تا خلاف مقتضای ذات آن مورد بحث واقع شود. سید یزدی اظهار می‌دارد: الشرط الخامس ان لا يكون منافيا لنفس العقد كان يشترط عدم العوض في البيع^۳ با عنایت به اهمیت این بحث و تشتت آراء فقها و پیچیدگی آنها، در شناخت قلمرو مقتضیات ذات و اطلاق عقود و نبود ضابطه خاصی در این زمینه و تأثیر نمود عینی آن در عملکرد فقها و حقوق‌دانان در برخورد با مصادیق کاربردی آن در قراردادهای مختلف، رسیدن به معیار خاصی در تحدید قلمرو مقتضیات ذات و اطلاق عقود و تبیین ویژگی‌های هر یک، ضروری به نظر می‌رسد.

ثالثاً اختلاف نظر جنجالی به مبانی بطلان شرط مخالف مقتضای ذات عقد در بین دانشیان فقه بر می‌گردد. برخی باطل و مبطلیت آن را براساس شرط نامشروع توجیه می‌کنند. برخی دیگر براساس ایجاد جهل به عوضین و برخی به دلیل وجود تنافی بین مضمون عقد و شرط و برخی اخلال در ارکان عقد و برخی اجماع فقها را دلیل بطلان عقد می‌دانند. جالب‌تر آنکه صاحب جواهر نظریه متفاوتتری را ارائه می‌دهد: «الرجوع إلى ما سمعته من الكلية المنصوصة التي يندرج فيها جميع ما يشك في جوازه، فيكون ذلك حينئذ هو المدار؛ و هو المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» که هرکدام نظریه مبتلا به ایرادات مفصلی است که مورد بحث و نقد قرار می‌گیرند. حقوق‌دانان درصدد برآمدند که از راه اصل حاکمیت اراده و اصل صحت و لزوم قراردادها به توجیه آن بپردازند. آنچه در اینجا قابل طرح است اینکه آیا شرط، شرع‌ساز است یا صرفاً جزو ملزومات است. به تعبیر دیگر آیا شرط می‌تواند چیزی را حلال و حرام بکند یا اینکه تنها اثر شرط این است مشروط علیه را الزام به انجام و ترک کاری بکند؟ به عنوان نمونه اگر در ضمن عقد بیع کنیز شرط شود که مشتری حق فروش و هبه آن را ندارد در این صورت اگر گفته شود شرط، تأسیس حکم شرعی می‌کند. در نتیجه شرط خلاف مقتضای ذات عقد بیع می‌شود و حرام؛ ولی اگر گفته شود تأسیس حکم شرعی فقط به دست شارع است، شرط فقط سببی برای وادار کردن به فعل است، در این صورت قبل از شرط، حق

۱. خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۱۸۷

۲. بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۱۸۷

۳. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۲

فروش و حق هبه، فی نفسه عمل حلالی است، پس شرط باطل و خلاف مقتضای ذات عقد نیست. در این زمینه به جرأت می‌توان گفت تهافت شدیدی در مواضع نظری و عملی فقها و حقوق‌دانان وجود دارد. از این رو در کتاب حاضر به تحلیل و واکاوی رویکرد فقها و حقوق‌دانان در مواجهه با مقتضای ذات و اطلاق قراردادها پرداخته شده است.

در آخر از زحمات مدیر انتشارات حقوقی مجد جناب آقای دکتر سیدعباس حسینی نیک که اینجانب را در چاپ کتاب یاری نمودند، کمال تشکر و قدردانی را می‌نمایم.

اباذر افشار

اول اسفندماه ۱۳۹۸

فصل اول: مفاهیم و کلیات

مبحث اول: مفهوم مقتضای ذات عقد و قلمرو آن

در این مبحث به تبیین و تحلیل مفهوم ذات، ذاتی و عرضی لازم، مقتضای ذات عقد در عبارات فقهی متقدم، مقتضای ذات عقد و تفکیک آن از ذات عقد و مصلحت کامنه پرداخته می‌شود.

گفتار اول: مقتضا

واژه مقتضا اسم مفعول باب افتعال از ماده «قضى» است. معنای لغوی اقتضاء، دلالت کردن و طلب کردن است^۱، مدلول و مطلوب اساسی و مقصود اصلی هر عقد که متعاقدين به منظور دستیابی به آن، عقد را منعقد می‌سازند، اصطلاحاً «مقتضای عقد» نامیده می‌شود. واژه «اقتضا» با چند واژه دیگر از جمله: «ایجاب» و «استلزام» نیز تقارب و نزدیکی دارد که بایستی از آن‌ها متمایز گردد. با این وجود این واژه‌ها بعضاً با اندک تسامحی به جای یکدیگر استعمال می‌شوند. وجوب پیدا کردن امکان را ایجاب گویند؛^۲ اما استلزام، عبارت است از امتناع انفکاک میان ملزوم و لازم، به نحوی که وجود ملزوم بدون لازم قابل تصور نیست.^۳ نتیجه‌ی این تمایز قابلیت انفکاک مقتضا از مقتضی و هم‌چنین عدم تبدیل امکان مقتضا به وجوب، به صرف وجود مقتضی خواهد بود؛ بنابراین مقتضی برای به وجود آوردن مقتضا حالت ایجاب و استلزام ندارد، بلکه پیدایش مقتضا متوقف بر حالات و کیفیات خاصی است که این کیفیات و حالات «شرط» و «عدم مانع» نام دارند. به تعبیر دیگر مقتضی علتی است که مُعدّ به وجود آوردن مقتضا است، ولی مانعی آن را از

۱. قیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۱ ص ۱۴۷.

۲. ابوالقاء، ایوب بن موسی، الکلیات، معجم فی المصطلحات و الفروق اللغویه، به کوشش عدنان درویش و محمد

مصری، ص ۱۲.

۳. همان، ص ۱۵۹.

تأثیر بازداشته است. به عنوان مثال به صرف وجود عقد بیع ملکیت حاصل نمی‌شود، بلکه وجود اکراه مانعی است که باید مرتفع گردد. اینکه چه معنا و مفهومی از مقتضا در مباحث فقهی و حقوقی موردنظر است خود محل بحث است. اگر مقتضا را لازمه عقد تلقی شود؛ یعنی آن شیء که وجودش برای وجود عقد ضروری است و تا آن شیء نباشد عقد نیز وجود نخواهد داشت و اگر مقتضا را مفهوم و مدلول عقد دانسته شود؛ یعنی آن چیزی که از عقد نتیجه می‌شود و استنباط ذهنی از عقد می‌باشد.

گفتار دوم: مفهوم ذات، ذاتی و عرضی لازم

بند اول: ذات و ذاتی

حد در اصطلاح منطقی به شیء به ذاتیات آن تعریف می‌شود.^۱ ذات شیء نیز چیزی است که شیء را از غیر آن متمایز می‌سازد.^۲ به عبارت دیگر تعریف جامع و مانع منطقی از ماهیت و ذات هر چیز تعریفی است که علاوه بر جنس مشتمل بر فصل نیز باشد؛ بنابراین هرگاه از امتیاز ذاتی یک ماهیت با سایر ماهیت‌ها سخن به میان آید، فصل و ما به الامتیاز آن از سایر انواع ذکر می‌شود. همان‌گونه که صفت نطق ممیز انسان از سایر ماهیاتی است که در حیوانیت با انسان شریک‌اند.

ذاتی در منطق در دو معنی به کار رفته است:

۱- ذاتی در باب تصورات (کلیات خمس) و آن عبارت است از مفهومی که ماهیت شیء بوده و خارج از آن نباشد که مراد جنس، نوع و فصل است.

۲- ذاتی در باب برهان که منظور از آن، هر مفهومی است که از ذات انتزاع شود، خواه سبب قوام و جزء ماهیت ذات باشد و یا آنکه از اعراض ذاتی به حساب آید و بر موضوع و ذات حمل شود.^۳

به نظر می‌رسد که در عقود، ذاتی به معنای اخیر مصداق داشته باشد به عبارت دیگر هر رکن و عاملی که وجود و قوام عقد الزاماً به آن وابسته بوده و با فقدان آن ماهیت عقد به ورطه‌ی نابودی کشانده شود، جزء ذات عقد محسوب می‌شود، خواه آن عامل ذاتی باشد و خواه عرض لازم. حقوق دانان نیز همین معنای ذاتی را مورد تأکید قرار داده و می‌گویند؛

۱. ابوالقاء، ایوب بن موسی، *الکلیات، معجم فی المصطلحات و الفروق اللغویه*، به کوشش عدنان درویش و محمد

مصری، ص ۳۹۲

۲. جرجانی، علی بن محمد، *کتاب التعریفات*، ص ۱۰۷

۳. مظفر، محمد رضا، *المنطق*، ص ۳۲۶

هم ذاتی و هم عرض لازم در خارج ذهن در منشأ انتزاع به عنوان عنصر پدیده‌ی معین حقوقی دخالت دارند، ولی عرض مفارق از تعریف عناصر یک ماهیت حقوقی خارج است.^۱ برخی از حقوق دانان به عنوان مثال برای عقد بیع چهارده عنصر برشمرده و آن‌ها را در زمره‌ی عناصر ذاتی عقد بیع به حساب آورده‌اند.^۲

ذات هر عقد صرف‌نظر از ارکان و اجزاء تشکیل‌دهنده‌ی آن مقتضیاتی دارد که این مقتضا به عنوان عیار سنجش میزان مخالفت عقد با شرط ضمن آن و در نتیجه تعیین صحت و بطلان آن‌ها به کار می‌رود، به عبارت دیگر هرگاه بخواهیم میزان تغایر شرط و عقد را بررسی نمائیم بایستی از عیار مقتضای عقد استفاده کنیم، از این‌رو هرگاه تضاد میان شرط با مقتضا به حدی باشد که جمع میان عقد و شرط امکان‌پذیر نباشد، شرط را خلاف مقتضای ذات و در نتیجه باطل و مبطّل و هرگاه این تضاد به میزانی باشد که امکان جمع میان آن دو میسر باشد، شرط را خلاف مقتضای اطلاق عقد و در نتیجه صحیح محسوب می‌شود.

بند دوم: عرض لازم

در علم منطق، اعراض در مقابل ذاتیات، قرار می‌گیرند. «ذاتی آن است که از حقیقت موضوع، خارج نیست و قوام موضوع به آن است؛ یعنی اگر نباشد ماهیت موضوع، محقق نمی‌گردد؛ حال تفاوتی نمی‌کند که این ذاتی تمام ماهیت موضوع باشد؛ مانند حمل انسان بر زید و عمرو؛ یا جزئی از آن باشد مانند حمل ناطق بر انسان؛ نفس ماهیت یا بخشی از آن ذاتی نامیده می‌شود».^۳

«عرضی آن است که خارج از ذات موضوع است که بعد از قوام گرفتن موضوع با جمیع ذاتیاتش بر آن حمل می‌شود؛ مانند ضاحک که بر انسان حمل می‌شود».^۴ عرضی لازم: «آنچه عقلاً از موضوع، غیرقابل انفکاک است مانند صفت فرد برای عدد سه و حرارت برای آتش»^۵ بنابراین تفاوت بین عرضی لازم و ذاتی در آن است که ذاتی ناشی از اجزاء ماهیت موضوع است، درحالی که عرضی لازم، نتایج از اجزاء ماهیت موضوع است. در رابطه با ذات عقد و مقتضای ذات عقد نیز عرضی لازم مقتضیات ذاتی عقد تلقی می‌شوند

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دائرة المعارف علوم اسلامی، منطق حقوق*، ص ۱۵۲۹.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، ص ۴۶۳

۳. مظفر، محمد رضا، *المنطق*، ص ۹۳

۴. همان، ص ۹۵

۵. همان، ص ۱۰۳

و عناصر عمومی و اختصاصی که اجزاء تشکیل‌دهنده‌ی قرارداد هستند، ذاتی عقد تلقی می‌شوند.

گفتار سوم: ذات عقد و مقتضای ذات عقد

منظور از ذات و ذاتی در عقد در اصطلاح منطقیان، ویژگی‌ها و عناصری است که شیء از اشیاء دیگر متمایز می‌سازد^۱، به تعبیر دیگر آنچه در حدود ماهیت بوده و با رفع آن، ماهیت منتفی گردد، ذاتی نامیده می‌شود؛ بنابراین ذاتیات عقد، ویژگی‌ها و اموری است که قوام و دوام ماهیت عقد به آن است، به‌طوری که اگر این قوام خدشه‌دار شود، عقد از بین می‌رود.

بند اول: مقتضای ذات عقد در عبارات فقهای متقدم

مقتضای ذات عقد، اثری است که به‌طور بی‌واسطه از طبیعت و ذات عقد حاصل می‌شود و مقصود و غرض از تشریع هر عقد دست‌یابی به همین اثر و مقتضا است. هر عقد برای تحقق هدف و غایتی منعقد می‌گردد، آن هدف و غایت عبارت است از نتیجه و اثری که هر عقد به دنبال دارد، اثر و نتیجه‌ای که مقصود متعاقبین از انعقاد عقد است، مقتضای ذات عقد تلقی می‌شود. در تعریف مقتضای ذات عقد گفته شده است: «اثری که هدف اصلی عقد را تشکیل می‌دهند، مانند انتقال مبیع و ثمن در عقد بیع که هدف اساسی آن است.»^۲

به کار بردن ذات عقد در مقتضای ذات عقد، مفید این معنا است اثری که به جوهر و ماهیت عقد اختصاص دارد، ذاتی آن است و قابل تجزیه از عقد نیست، همان‌طور که شیرینی را نمی‌توان از شکر سلب کرد، مقتضای ذات عقد نیز از عقد، جدانشدنی است و هرگاه این اثر از عقد سلب شود، دیگر از عقد چیزی باقی نمی‌ماند و عقد باطل می‌شود، مقتضای ذات عقد، علت غایی عقد است، اساساً عقد به این دلیل پدید آمده است تا این اثر را به وجود آورد و بدون این اثر، عقد کاملاً بی‌معنا خواهد بود. عقد بیع به وجود آمده است تا نیاز اجتماع به انتقال ملکیت را مرتفع سازد حال اگر این غایت از بیع سلب شود، چیزی از آن باقی نخواهد ماند.

۱. جرجانی، علی بن محمد، کتاب التعریفات، ص ۱۰۷.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۶۷۷.

در این قسمت به برخی از عبارات فقهای متقدم اشاره می‌گردد که در ذیل بحث شروط قراردادهای آن را ذکر نموده‌اند. شیخ طوسی در کتاب المیسوط فی فقه الامامیه در بخش الشرط فی البیع می‌نویسد که اقسام شرط چهار دسته است:

دسته اول شروطی است که موافق با مقتضای عقد باشد، در این صورت این شرط تأکیدی است.^۱ تأکید بودن شرط در این صورت را شهید اول در القواعد و الفوائد نیز آورده است.^۲ وجه تأکید بودن نیز این است که خود عقد، اقتضای آن را داشته و از مقتضیات آن به شمار می‌رود و دلیلی بر ذکر آن نیست. از این عبارت به دلالت التزامی می‌توان استنباط کرد که شرط مغایر با مقتضای عقد، شرطی است که با مقتضای عقد منافات دارد. مرحوم حلبی می‌فرماید که برخی از شروط فاسد هستند، ولی مفسد نیستند؛ البته عدم مفسدیت اختلافی است به خلاف فاسد بودن که هیچ اختلافی در آن وجود ندارد و از آن دسته شروط فاسد شرط مخالف با مقتضای عقد می‌باشد ایشان مثالی که ذکر می‌کنند این است مثلاً شرط شود طرف بیع، مبیع را قبض نکند یا از آن منتفع نشود.^۳

مرحوم قطب‌الدین بیهقی نیز فرموده است که اگر شرطی موافق با مقتضای عقد باشد جایز است.^۴ مفهوم مخالف کلام ایشان این است که شرط نباید مخالف با مقتضای عقد باشد؛ یکی از ملاک‌های ایشان برای صحت شروط، عدم مخالفت با مقتضای عقد است و اگر شرطی این چنین بود، جایز است. محقق حلی در شرح کتاب النهایه شیخ طوسی در فقره‌ای که مربوط به یکی از شروط نکاح است از آن بحث می‌کند. ایشان در شرح کتاب نکت النهایه عبارتی از مرحوم شیخ در خلاف را ذکر می‌کند که فرموده است «اگر مرد شرط کند که زن را از شهرش خارج نکند، عقد صحیح است و شرط باطل». سپس وجه فتوای شیخ را این‌گونه توجیه می‌کنند که دلیل بطلان این شرط مخالف با مقتضای عقد می‌باشد؛ زیرا مقتضای عقد نکاح، تسلط زوج بر زوجه از جهت استمتاع و اسکان است و این شرط مخالف با مقتضای عقد بوده و مخالف با کتاب و سنت نیز خواهد بود.^۵ به نظر می‌رسد اختلاف اصلی و پرچالش، بر سر مصداق‌شناسی شروط مخالف با مقتضای ذات عقد می‌باشد. به عنوان مثال؛ محسوب شدن تسلط زوج بر اسکان زوجه از مقتضیات عقد نکاح مسئله‌ای است که قابل تأمل و بحث جدی می‌باشد. مسئله‌ای که ارائه‌ی معیار واحد

۱. شیخ طوسی، محمد بن حسن، المیسوط فی فقه الإمامیه، ج ۲، ص ۱۴۹.

۲. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، القواعد و الفوائد، ج ۲، ص ۲۵۸.

۳. ابن زهره، حمزه بن علی، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، ص ۲۱۶.

۴. کیدری بیهقی، محمد بن حسین، إصباح الشیعة بمصباح الشریعة، ص ۲۲۴.

۵. محقق حلی، جعفر بن حسن، نکت النهایه، ج ۲، ص ۳۲۹.

و منضبط برای تعیین مقتضیات عقود را بسیار دشوار می‌کند. علامه حلی نیز در بحث شروط فاسده آن‌ها را به سه دسته تقسیم‌بندی کرده و می‌فرماید که شروط فاسد بر سه دسته هستند که یکی از آن‌ها شرطی است که منافات با مقتضای عقد داشته باشد^۱، البته علامه حلی در تذکرة الفقهاء نیز بر همین مطلب اشاره کرده و به عنوان مثال فرموده است که اگر شخصی کنیزی خرید به این شرط که او را وطی نکند، این شرط باطل است، چون با مقتضای عقد که مالکیت خریدار است، منافات دارد.^۲

این گوشه‌ای از عبارات فقه‌های متقدم در بحث از مقتضای عقد بوده است؛ اما همان‌طور که بیان شد فقه‌های متقدم در این باب توضیح مفصلی نداده‌اند که مراد از مقتضای عقد چیست؟ و همین امر سبب اختلاف شده است. مرحوم خویی در بحث شرط پنجم از شروط بیع در مصباح الفقاهه می‌فرماید که فقها چون معیار درست و واضحی برای آن بیان نکرده‌اند در برخی از موارد، شرطی را از مصادیق شرط مخالف با مقتضای عقد می‌دانند و در برخی موارد دیگر همان شرط را مخالف با مقتضای کتاب و سنت دانسته‌اند^۳ ایشان بعد از این اشکال و اعتراض شروع به تبیین و تعریف مقتضای عقد پرداخته و معیار تفکیک آن از شرط مخالف شرع را بیان می‌کند که خواهد آمد.

بند دوم: مقتضای ذات عقد و تفکیک آن از ذات عقد از دیدگاه فقه‌های متأخر و معاصر

فقه‌های متأخر و معاصر در مورد اینکه معنا و مفهوم آن چیست آراء و نظرات گوناگونی دارند. تعریف فقها از مقتضای ذات عقد را می‌توان به عنوان معیار تشخیص نیز تلقی کرد؛ البته اگر مبدأ اتخاذ این مبانی موردبررسی قرار گیرد موضوع به صورت کامل منتق می‌شود و این مسئله مهم در فصل دوم به تفصیل بیان می‌شوند.

الف) امور مجعول از طرف شارع بر عقد بما هو عقد

محقق کرکی در جامع المقاصد می‌فرماید مراد از مقتضای ذات عقد، اموری است که شارع برای عقد بما هو عقد جعل کرده است.^۴ از دیدگاه شهید ثانی و صاحب مفتاح

۱. علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۲۶۷

۲. علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، ج ۱۰، ص ۲۴۷.

۳. خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۳۶

۴. محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۴۱۴

الکرامه، اموری که با جعل شارع برای عقد بما هو عقد منافات داشته باشد، منافی با مقتضای ذات عقد می‌باشد.^۱ در مقابل برخی فقها، قائل به عرفی بودن معاملات و امضای آن توسط شارع می‌باشند.^۲ از این رو، در خصوص احکام و آثار مجعول دو مبنا وجود دارد. برخی معتقد هستند از آنجا که عقد به تأسیس شرع می‌باشد، احکام و آثار آن نیز شرعی خواهد بود؛ اما در مقابل عده‌ای بر این باورند که عقود مجعول عقلاً می‌باشد که به تأیید شارع رسیده است و احکام و آثار آن نیز عقلایی خواهد بود که مورد امضاء شارع قرار گرفته است.

ب) اقتضائات ذات عقد بما هو عقد

برخی از فقها، اجزای اصلی و عناصر سازنده عقد را در زمره مقتضیات ذات عقد به شمار می‌آورند؛ عناصری که قوام عقد بدان وابسته بوده و فقدان آن‌ها، نابودی ماهیت عقد را به دنبال دارد.^۳ مرحوم عبد الفتاح مراغی بر این باور است که: «مقتضای ذات عقد عبارت است از چیزی که ماهیت عقد به آن بستگی داشته و به انتفاء آن منتفی شود خواه آن چیزی از ارکان داخلی یا از لوازم و آثار خارجی عقد باشد.»^۴

مرحوم نراقی در تعریف مقتضای ذات می‌فرماید: مراد از آن اموری است که عقد بذاته بر آن‌ها دلالت دارد. منظور از بذاته این است که ذات عقد بما هو عقد، اقتضای آن را دارد یعنی متوقف بر جعل شارع نیست و ذات عقد اگر تصور شود، آن امر نیز تصور خواهد شد به گونه‌ای که اگر این امور منتفی شوند، عقد لغتاً یا عرفاً و یا شرعاً منتفی خواهد شد. مثل اینکه بیع عرفاً برای نقل ملکیت به دیگری در مقابل عوضی است، لذا اگر مبیع به مشتری یا ثمن به بایع منتقل نگردد، عرفاً بیع محقق نخواهد شد حتی اگر یکی از این ارکان نیز نباشد عقد منتفی می‌گردد؛ چون نفی جزء مستلزم نفی کل می‌باشد. سپس ایشان می‌فرماید مقتضیات عقد به بدون واسطه و باواسطه تقسیم می‌شوند. مقتضیات بدون واسطه مثل اموری که ذکر شد و برای مقتضیات باواسطه می‌توان تسلط بر مبیع که به

۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۲۶۹؛ عاملی غروی، جواد بن

محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۱۴، ص ۷۲۴

۲. خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۱، ص ۷۰

۳. حسینی مراغی، عبد الفتاح بن علی، العناوین الفقیه، ج ۲، ص ۲۴۸؛ نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی

بیان قواعد الأحکام، ص ۱۵۱

۴. حسینی مراغی، عبد الفتاح بن علی، العناوین الفقیه، ج ۲، ص ۲۴۸: «المراد بمقتضیات ذات العقد ما يتحقق ماهیه

العقد و صحته بها؛ و بانتفاعها بقوت الماهیه، سواء كان ذلك من الأركان الداخلية أو من اللوازم و الآثار الخارجیه»

واسطه انتقال مبیع تحقق می‌یابد یا انفساخ به سبب فسخ که از مقتضیات خیار مجلس که آن هم از مقتضیات بیع می‌باشد، مثال زد.^۱ نراقی در ضمن تعرض به مقتضای عقد و برشمردن اقسامی از آن، دربارهٔ مقتضای ذات عقد می‌فرماید: «إن مقتضى العقد إمّا مقتضى ذاته من حيث هو من غير احتياج الشارع ذلك مترتباً عليه، وهو كل أمر لا يتحقق العقد بدون، بحيث لو انتفى ذلك المقتضى لانتفى العقد، لغةً أو عرفاً أو شرعاً».^۲

از منظر ایشان، مقتضای ذات عقد نه از نوع ترتب اثر بر عقد، بلکه از نوع توقف ذات بر ذاتی است؛ به گونه‌ای که انتفای آن، انتفای ذات عقد را به همراه دارد و لذا همان ذاتیات عقد مسمی به مقتضاست که مناسبت سنجش صحت و سقم شرط واقع می‌شود.^۳ بی‌تردید ماهیت هر شیء، متکون از ذاتیات آن شیء است و تحقق آن در گرو تحقق تمامی امور ذاتی است، به نحوی که با فقدان هر یک از آن‌ها عقد وجود خارجی پیدا نمی‌کند و اگر شرطی با یکی از ارکان تشکیل‌دهندهٔ عقد مخالف باشد، ابطال آن معامله به استناد شرط خلاف مقتضای ذات صحیح است. به عبارتی دیگر، شرطی که منشأ اخلال به بعضی ارکان تشکیل‌دهندهٔ عقد شود، مانع از تحقق خارجی عقد گردیده، در این صورت، سخن از صحت و بطلان، سالبه به انتفای موضوع خواهد بود؛ زیرا شرطی که مخالف با محور اصلی عقد باشد، مانع از تحقق قصد و عدم تمشی جدّ و در نتیجه فقدان تحقق إنشاء و منشأ می‌شود و با لحاظ فقدان تحقق انشاء و منشأ، سخن از فساد ناتمام است؛ چون صحت و فساد فرع بر اصل وجود است، شیء برخوردار از اصل وجود متصف به صحیح و فاسد می‌شود و معدوم محض قابل انصاف به صحت و فساد نخواهد بود.

افزون بر آنکه در نظریهٔ فوق، میان شرط خلاف ذات و شرط خلاف مقتضای ذات خلط شده است؛ زیرا این درست است که قوام هر ذاتی و از جمله ذات عقد، به ذاتیات آن است و هرگاه شرطی با ذاتیات مزبور در تضاد باشد، خلاف ذات آن عقد به شمار می‌آید، لکن محط اصلی بحث در خصوص شرطی است که درج آن در معامله، با مقتضای ذات یعنی آثار و لوازم ذات و نه خود ذات در تخالف باشد. به تعبیری دیگر، طرح شرط مخالف مقتضای ذات عقد صرفاً زمانی معقول است که عقد امکان انعقاد و منشأ اثر واقع شدن را داشته باشد، به طوری که با فرض انعقاد، مستدعی ایجاد تمام آثار باشد و حال آنکه شرط

۱. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام فی بیان قواعد الأحكام*، ص ۱۵۱

۲. همان، ص ۱۵۱

۳. صابری، حسین «و دیگران»، «تبیین مقتضای عقد و قاعده سیاق با نگاهی ویژه به شرط توارث در عقد منقطع».

آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۳۹۷، دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد، ص ۹

ضمن عقد با آن آثار در تنافی باشد و این امر تنها در فرضی میسر است که افزون بر وجود مقتضی که عبارت از مقومات و ارکان داخلی شیء است، مانع نیز مفقود بوده تا منشأ اثر ولو به نحو مدلول التزامی باشد. به دیگر سخن، در فرض عدم تحقق ارکان مقوم عقد و به تبع آن عدم امکان تحقق مفهوم عقد، مقتضی وجود ندارد تا مسبب اثر و مقتضا باشد و با فقدان مقتضا چگونه می‌توان خلاف مقتضای ذات را مستمسک جهت بطلان شرط قرار داد؟!۱

لذا مجالی برای تمسک به شرط مخالف مقتضای ذات باقی نخواهد ماند؛ زیرا عقد مقتضی اثر که خود فاقد موجودیت است، توانایی موجودیت بخشیدن به هیچ مقتضایی ندارد تا شرط مخالف با چنین مقتضای تکوین نیافته‌ای فاقد اعتبار باشد.^۱ به تعبیری، فاقد شیء نمی‌تواند معطی شیء باشد و به تبع آن شیء هستی نیافته نمی‌تواند ملاک جهت صحت یا بطلان واقع شود. در نتیجه، تعبیر از شرط خلاف مقتضای ذات به ارکان مقوم عقد، فاقد توجیه منطقی خواهد بود.

ج) منشئات عقد اولاً و بالذات

مرحوم نائینی مبنای دیگری برای معرفی مقتضیات عقد بیان می‌کنند. دیدگاه ایشان در اشکال به مرحوم شیخ انصاری در ذیل شرط پنجم از شروط بیع یعنی عدم اشتراط شرط منافات با ذات عقد، این است که اگر شارع اموری را بر عقد مترتب کرده است و نمی‌توان برخلاف آن‌ها شرط کرد، ربطی به مقتضای ذات عقد ندارد و اگر صحیح نیست به دلیل منافات با ذات عقد نیست، بلکه از جهت ممنوعیت شارع می‌باشد و بین این دو مسئله خلط واقع شده است. سپس ایشان مقتضای ذات عقد را این‌گونه تعریف می‌کنند که منشئات عقدیه به دو صورت می‌تواند باشد:

صورت نخست اینکه امور نشأت گرفته از عقد، اولاً و بالذات توسط عاقد إنشاء گردد و عقد به دلالت مطابقیه بر آن دلالت داشته باشد، مثل تملیک عین در بیع و تملیک منافع در اجاره.

صورت دوم اینکه امور نشأت گرفته از آن به صورت تبعی و ضمنی بر آن دلالت داشته باشد به گونه‌ای که از مدالیل التزامی عقد باشد نه مطابقی آن مثل اینکه پول از پول رایج آن شهر یا کشور باشد، در این صورت اشتراط امور منافی با قسم اول باطل است، چون تنافی بین عقد و شرط حاکم می‌باشد، ولی شروط منافی با قسم دوم باطل نیست

این قسم شروط مغایر با اطلاق عقد نام گرفته و نافذ هستند، البته به شرطی که منجر به انتفاء جمیع آثار نشود باطل نیستند؛ از این رو شرط عدم بیع به شخص خاصی یا عدم هبه به هیچ کسی یا عدم وقف آن اشکال ندارد، چون منافات با ذات عقد با توجه به تعریفی که ارائه شد ندارد.^۱

د) لوازم ذاتی متولد از عقد

سید یزدی در حاشیه بر مکاسب می‌فرماید که شرط یا منافات با نفس عقد دارد که باطل است؛ مثل اینکه شرط عدم عوض در بیع شود، چون عقد تحقق نمی‌یابد و یا منافات با مقتضای عقد یعنی لوازم خارجی آن دارد که در این صورت اگر شرط مربوط به اطلاق عقود باشد باطل نیست. ولی اگر مربوط به مطلق عقود باشد باطل است.^۲ به عنوان مثال اگر در عقد بیع شرط نشود که محل تحویل مبیع غیر از محل انعقاد عقد می‌باشد، مبیع در همان محل باید تحویل مشتری گردد. دلیل این امر آن است که اطلاق عقد مقتضای امری است و وقتی خلاف آن شرط نمی‌شود به همان اطلاق باید اخذ کرد. در مثال نیز وقتی ذکر نمی‌شود که محل تحویل مبیع غیر از محل انعقاد عقد است باید در همان محل بیع، مبیع تحویل مشتری گردد. از این رو تعبیر می‌شود که این امر به اقتضای اطلاق عقد می‌باشد مگر اینکه خلاف آن شرط گردد. در مقابل اگر شرطی با مطلق عقد منافات داشته باشد باطل است مثل اینکه در بیع شرط کنند که طرف مقابل مالک مبیع نشود این شرط باطل می‌باشد، چرا که عقد بدون مالکیت با عقد بیع منافات دارد.

در اینجا باید گفت مقتضای ذات عقد، لوازم ذاتی متولد از عقد است که به سبب عقد حاصل می‌شود و تحقق آن با نفس عقد لازم می‌آید، نه آنکه احکام خارج لاحق به عقد که بعد از عقد بر آن مترتب می‌شود نیز مقتضا محسوب شود. به صورت کلی ایشان مثل محقق اصفهانی^۳، مرحوم خویی^۴ و امام خمینی^۵ بین ذاتیات عقد و مقتضیات ذات عقد و مقتضیات اطلاق عقد و احکام و آثار آن تفکیک قائل شده‌اند.

۱. نائینی، محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، ص ۱۱۱ و ۱۱۲

۲. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیة المكاسب، ج ۲، ص ۱۱۳

۳. اصفهانی، محمدحسین، حاشیة کتاب المكاسب، ج ۵، ص ۱۵۴

۴. خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۴۰

۵. خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۵، ص ۲۷۹

ه) مضمون عقد انشائی

امام خمینی (ره) بعد از اشکال به مثال‌هایی که فقها در رابطه با مقتضای ذات عقد بیان کرده‌اند می‌فرماید مراد از مقتضای ذات عقد، اموری است که نقل انشائی آن را اقتضاء دارد و اقتضائات نقل حقیقی اعتباری که مترتب بر انشائی است که به آن ملحق می‌شود. مثل شرط عتق عبد یا شرط وقف ملک پس از بیع چون اقتضای بیع مالکیت است و این شرط‌ها منافات با مضمون عقد بیع - مالکیت - دارد.^۱ همان‌طور که بیان شد ایشان بین مقومات و ذاتیات عقد با مقتضای ذات عقد تفاوت قائل می‌شود و می‌فرماید که بدون ماهیات عقدی تحقق نمی‌یابد؛ به عنوان نمونه اگر کسی شرط عدم عوض کند، دیگر عقدی محقق نمی‌شود. مرحوم خویی نیز همین نظر را دارند ایشان می‌فرمایند که هر عقدی اقتضائاتی دارد اگر شرطی منافات با آن داشته باشد شرط مخالف با مقتضای ذات عقد تلقی می‌گردد. مثل اینکه شخصی خانه‌اش را به دیگری بفروشد و شرط کند که خودش خانه را مالک باشد و یا حیوانی را به دیگری اجاره دهد و شرط کند که منفعت آن را مالک نشود.^۲ این تفکیک از طرف سید یزدی و محقق اصفهانی نیز صورت گرفته است.^۳ سید یزدی و محقق اصفهانی نیز از این جهت که بدون ماهیات، عقدی محقق نمی‌گردد با مرحوم امام خمینی و مرحوم خویی هم‌نظر هستند؛ اما تعبیر آن‌ها در مورد مقتضای عقد، کمی متفاوت به نظر می‌رسد.

دکتر لنگرودی چند ایراد بر این تعریف از مقتضای ذات عقد که «موضوع اصلی است که عقد به خاطر ایجاد آن واقع می‌شود و به خواست طرفین یا احکام^۴ مترتب بر آن، لازمه ماهیت عقد است» وارد می‌کند:

اولاً مقتضای عقد از امور قائم به شخص معین نیست، بلکه قائم به مصالح عرفی است.

ثانیاً مقتضای عقد، لازمه ماهیت عقد نیست، بلکه عین ماهیت عقد است.

ثالثاً مقتضای عقد، ناشی از حکم قانون‌گذار نیست. قانون‌گذاران پیروان عرف عادت‌اند: عرف‌ها قبل از قانون‌گذاران، موجود بوده‌اند. سیاهان بومی استرالیا قبل از ورود انگلیسی‌ها

۱. همان، ج ۵، ص ۲۷۹.

۲. خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۴۰.

۳. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۳.

۴. دخالت دادن حکم در موضوع، عمده اشکال است.

به آن قاره، عرف معاملات خود را داشته‌اند بدون حضور قانون‌گذاران؛ اعراب عصر جاهلیت هم‌چنین بوده‌اند.

رایعاً مقتضای هر عقد به طور نوعی، همان قدر متقین از عناصر آن است. این در حالی است که برخی برایین باورند: جوهر سنخ هر عقد را جز به یاری قوانین نمی‌توان بازشناخت.^۱

بند سوم: دیدگاه نهایی در تفکیک بین ذاتیات عقد و مقتضیات ذات عقد

با توجه به معنای ارائه‌شده از مقتضای ذات عقد این‌گونه می‌توان جمع‌بندی کرد که فقهای متقدم دقتی در تفکیک بین ذاتیات عقد و مقتضیات ذات عقد و احکام عقد نداشته‌اند و به صورت کلی بیان کرده‌اند که شرط اگر با مقتضای عقد مخالفت داشته باشد باطل است؛ اما بعد از مرور زمان و مشکلاتی که به سبب همین عدم تفکیک بروز پیدا کرد دانشمندان علم فقه درصدد تعریف مقتضای ذات عقد برآمدند که اختلاف تعابیر و تعاریف نشان از تشتت و اختلاف آراء در تبیین آن دارد.

تعریف نگارنده از مقتضای ذات عقد، آن مقتضیاتی است که عقد به سبب آن‌ها به وجود آمده است و امور لاینفک عرفی آن هم ملحق به همین امر می‌شوند. توضیح آنکه هر عقدی برای پاسخ‌گویی به نیازی تحقق یافته است همان نیاز و ضرورت که سبب تکنون و تحقق عقد شده است مقتضای عقد نام دارد حال این مقتضای عقد لوازم لاینفکی هم می‌تواند داشته باشد؛ به عنوان نمونه بیع برای تملیک ثمن و مئمن است، اما تصرف از اموری است که در نظر عرف منفک از مالکیت نیست، این‌ها نیز از مقتضیات عقد به شمار می‌روند. از این‌رو اگر شرطی منافات با ذاتیات عقد داشته باشد باطل و مبطل عقد است. این دقتی که از معاصران در تفکیک این امور مطرح شده است دقیق و مطلوب است؛ اما بر طبق دیدگاه مشهور در شرط مخالف مقتضای ذات عقد، در اصل حقیقت این شرط تفاوت چندانی واقع نمی‌شود. چون به هر حال این شرط باطل است حال چه بسا عقدی به سبب این شرط تحقق نیابد و یا اینکه با مضمون آن مخالف باشد؛ درحالی‌که بنا بر وجوهی در فصل سوم این کتاب ثابت خواهیم کرد در شرط مخالف مقتضای ذات عقد برخلاف دیدگاه مشهور صرفاً شرط باطل است، اما مبطل و مفسد عقد نیست.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، قوه قدسیه به ضمیمه رساله موضوع شناسی و رساله، ص ۳۵

گفتار چهارم: مقتضای اطلاق عقد

اطلاق، مصدر باب افعال از ماده‌ی «طلق» به معنای آزاد کردن و رها کردن است.^۱ هرگاه مفهومی در جنس خود شیوع و اطراد داشته باشد، لفظی که بر چنین معنا و مفهومی دلالت نماید در اصطلاح اصولیون «مطلق» نامیده می‌شود؛^۲ مانند لفظ «رجل» به عبارت دیگر مطلق بر معنایی دلالت دارد که آن معنا به‌طور طبیعی بر افراد خود شمول دارد و شمول آن بر افراد جنس خود همانند انطباق کلی بر مصادیق آن است.^۳ منظور از مقتضای اطلاق در علم حقوق این است که در انعقاد عقد، پاره‌ای از آثار و تعهدات تبعی و فرعی وجود دارند که چنان با ماهیت عقد عجین نگشته‌اند و بدون آن‌ها عقد جوهر و طبیعت حقوقی خود را از دست بدهد، بلکه تنها به منظور تکمیل آثار و تعیین چگونگی اجرای تعهدات مندرج در عقد مقرر شده‌اند، هرگاه عقد به‌طور مطلق و بدون تصریح در مورد این‌گونه امور منعقد شود عقد خودبه‌خود آن امور را اقتضا می‌نماید اما طرفین اختیار دارند که برخلاف آن تراضی نمایند، همانند نقد بودن ثمن. صاحب جواهر در این زمینه چنین اظهار می‌دارد: ضابطه در هر شرطی که تعلیق عقد بر آن صحیح نمی‌باشد شرط خارج از مقتضای عقد است. اگر شرطی موافق با مقتضای عقد باشد به این معنا که خود عقد اقتضای آن را دارد و نیاز به ذکر نیست و اگر شرط نشود ضرری ندارد چون خود عقد بیانگر آن واقعیت است به صورت شرط نه به معنای آن مثل اینکه گفته شود اگر از بذل رجوع کنی از طلاق رجوع می‌کنم، چرا که این شرط در هر طلاق خلعی شرط است و نیازی به شرط یا عدم آن نمی‌باشد. همچنین اگر گفته شود به شرطی که رجوع برای من در عده ثابت باشد و امثال این شروط.^۴ در حقوق ایران، قواعد تکمیلی جانشین اراده‌ی متعاقدين به هنگام سکوت بوده و مقتضای اطلاق عقد را تشکیل می‌دهند.

۱. فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ص ۲۵۳.

۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الاصول، ص ۲۴۳.

۳. نائینی، محمدحسین، فوائد الاصول، ج ۲ ص ۵۶۴.

۴. صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۳، ص ۴۹: «الضابط فی کل شرط لا یصح تعلیق العقد علیه هو الشرط الخارج عن مقتضى العقد، فلو شرط ما هو مقتضاه - بمعنی آن مضمونه یتناوله العقد و إن لم یشرط - لم یضر و کان ذلک بصورة الشرط لا بمعناه، کقوله: إن رجعت فی البذل رجعت فی الطلاق، فان ذلک أمر ثابت مترتب علی صحة الخلع شرط أم لم یشرط و کذا قولها: علی أن لی الرجوع فیہ فی العدة و نحو ذلک»

ظاهراً اصولیان در مورد دو لفظ مطلق و مقید اصطلاح خاص و جدیدی ندارند، بلکه آن دو را در همان معنای لغوی استعمال نموده‌اند.^۱ براساس «اصاله الاطلاق» هرگاه متکلم به کسی بگوید «اکرم محمداً» می‌دانیم که محمد دارای احوال مختلفی از قبیل سلامت و مرض، شادمانی و غمگینی، علم و جهل و غیره است؛ و حکم یعنی اکرام به هیچ یک از حالات یاد شده مقید نیست.^۲ منظور از مطلق در اینجا لفظی است که دلالت بر ماهیت مطلقه خود بدون هیچ گونه قید و شرطی نماید.^۳ هرگاه عقدی به طور مطلق و بدون هیچ گونه قیدی منعقد شود همه‌ی آثاری که لازمه چنین عقدی است، قابل اجرا خواهد بود و اگر در ضمن عقد، شرطی ذکر شود که در ظاهر با اطلاق عقد تعارض داشته باشد، در چنین وضعی در اصطلاح اصولیان مطلق بر مقید حمل خواهد شد.^۴

از آنجا که عقود متضمن امور متنوعی اعم از مقتضیات ذات و اطلاق می‌باشند، مقتضیات ذات عقد، آمرانه و غیرقابل تخلف هستند و هرگونه شرطی برخلاف آن‌ها بنیان عقد را متلاشی خواهد نمود.

اینک باید به بررسی اموری پرداخت که عقد در حال اطلاق، آن‌ها را اقتضا دارد، سپس این مسئله واکاوی شود که هرگاه شرط ضمن عقد، مقتضیات عقد مطلق را منتفی سازد، عقد جوهر واقعی خود را از دست داده و در نتیجه هستی عقد به نیستی و زوال می‌گراید یا اساساً در چنین وضعی می‌تواند به حیات خود ادامه داده و شرط نیز پابرجا باشد.

مراد از اطلاق عقد اموری است که به سبب مطلق بودن عقد بر آن مترتب می‌گردد؛ به عبارت دیگر اگر عقد مطلق باشد و مقید نباشد مقتضای اموری است که بر اطلاق آن حمل می‌شود؛ مانند اینکه ثمن در بیع باید از امور رایج و پول ملی باشد، مگر اینکه متعاقدين خلاف آن را شرط کنند که در این صورت به شرط باید عمل شود. از این رو اگر در عقد ذکر نشود و یکی از دو طرف معامله مطالبه ثمن به پول غیر رایج بکند کلام او مسموع نیست چون اقتضای اطلاق عقد خلاف مطلب او را ثابت می‌کند.^۵ یکی از فرق‌های اقتضای ذات عقد با اطلاق عقد در این است که مقتضیات ذات عقد را نمی‌توان

۱. مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، ج ۱، ص ۱۵۷؛ نائینی، محمدحسین، فوائد الاصول، ج ۱، ص ۵۶۲.

۲. مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، ج ۱، ص ۱۵۷.

۳. مکارم شیرازی، ناصر، موسوعة الفقه الاسلامی المقارن، ج ۱۵، ص ۸: «ان المطلق هو ما دل علی الماهیه بلا قید»

۴. مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، ج ۱، ص ۱۷۴.

۵. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، ص ۴۷۵.

به خلاف آن شرط کرد و ذکر آن فقط مؤکد است و نقشی ندارد، ولی مقتضیات اطلاق عقد را به خلاف آن می‌توان قید زد.^۱

اغلب بحث‌های دانشیان فقه در مورد لوازم عقد بر محور این پرسش استوار می‌گردد که هرگاه، شرط ضمن عقد تمام یا پاره‌ای از لوازم عقد را سلب نماید، مقتضای عقد در نتیجه عقد ضرورتاً منتفی خواهد شد یا نه؟ به تعبیر دیگر همان‌گونه که تجاوز به حریم عقد و از بین بردن مقتضا و اثر اصلی حاصله از آن باعث فروپاشی و زوال هستی عقد می‌شود، آیا خدشه در آثار حاصله از مقتضای اطلاق عقد نیز زوال و نیستی ماهیت حقوقی را به دنبال خواهد داشت یا خیر؟ تحریر محل نزاع اساساً بدین تقریب است که آیا آثار و نتایج دور و نزدیکی که با واسطه یا وسائط متعدد از عقد حاصل شده‌اند مقتضای ذات عقد یا در حکم آن محسوب و احکام و مقررات مربوط به مقتضی بر آن‌ها مترتب می‌شود، یا این‌که پس از قوام و دوام یافتن عقد و به بار نشستن اثر اصلی آن، از بین رفتن پاره‌ای از آثار دور و نزدیک هیچ‌گونه تأثیری در عقد ندارد؟ داوری در این مورد مستلزم تحلیل بیشتر موضوع می‌باشد.^۲

حاکمیت اراده‌ی انسان‌ها ایجاب می‌کند که متعاملین اختیار نسبتاً کاملی در تنظیم قرارداد و تأمین منظور خود به نحو دلخواه داشته باشند، چون قراردادها برحسب معیارهای ارائه شده مخلوق اراده‌ی متعاملین است، بنابراین منطق حقوقی فارغ از هر نوع مصلحت دیگری حکم می‌کند که طرفین قرارداد بتوانند آزادانه و با توافق یکدیگر، هر نوع شرط و قیدی را که مناسب می‌دانند، مشروط بر این‌که مخالف نظم عمومی و قوانین آمره نباشد بر تعهدات خود بیفزایند.

از سوی دیگر، تحلیل حق مالکیت و نتیجه‌ی مهم آن یعنی اصل تسلیط ایجاب می‌کند، همین که مالی به ملکیت فردی در آمد، مالک نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف اعم از اداره، استعمال و یا انتقال و اعراض و اتلاف را داشته باشد. محدود ساختن اراده‌ی انسان‌ها و حق اعمال سلطه‌ی آن‌ها بر اموال خود به جز به هنگامی که با قوانین آمره و دستورات شارع در تعارض باشد، روابط حقوقی افراد را با تزلزل و آشفتگی مواجه می‌سازد.

اجمال موجود در تمیز مقتضیات از یکدیگر به تنوع تفسیرها منتهی شده و استحکام معاملات خدشه‌دار می‌سازد. می‌دانیم که عقود مستقیماً آثار عمده‌ای را ایجاد می‌کند و آثار

۱. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۲، ص ۷۴

۲. اسلامی‌پناه، علی، «تعارض تعهدات اصلی و فرعی در قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه

تهران)، شماره ۵۲، تابستان ۱۳۸۰، تهران، ص ۲۴

اصلی به نوبه‌ی خود آثار دیگری را ایجاد می‌نماید و این سلسله آثار زنجیروار به یکدیگر پیوسته‌اند. عقد آثار دسته‌ی نخست را به بار آورده، آثار نخست آثار دسته دوم را به بار آورده و آثار دسته‌ی دوم آثار دسته‌ی سوم را و... این تسلسل تا بی‌نهایت ادامه خواهد یافت ولی موضع فقها و حقوق‌دانان درباره‌ی این آثار باید مشخص گردد که مرز مقتضای ذات در کدام یک از مراحل مشخص خواهد شد، به عبارت دیگر در این مسیر بی‌منتها کشتی مقتضای ذات در کدامین نقطه لنگر انداخته و متوقف خواهد شد. چه این امر یعنی تعارض شرط با آثار به بار آمده از عقد حتی در دورترین آثار با عقل سلیم و ثبات معاملات مطابقت ندارد، به علاوه با گام نهادن در این راه دیگر معلوم نیست که در کجا باید از حرکت باز ایستاد؛ بنابراین بهتر است که حرکت مقتضیات ذات عقد را در همان مرحله آثار مستقیم و بی‌واسطه حاصله از عقد متوقف نمود و آثار دیگری را به‌طور پی‌درپی از مقتضیات ذات حاصل می‌شود یعنی لوازم عقد را جزء مقتضای اطلاق عقد محسوب کرد تا از دست رفتن هر اثر که به نحوی با عقد مرتبط باشد بی‌جهت دست‌آویز بی‌ثباتی و تزلزل بنیان عقود نگردد، با این استدلال لوازم عقد در زمره‌ی مقتضیات اطلاق عقد قرار خواهند گرفت و شرط خلاف آن‌ها لطمه‌ای به هستی عقد وارد نمی‌سازد.

همان‌طور که گفته شد مقتضای ذات عقد، اثری است که از عقد جدایی‌ناپذیر است و انفکاک آن از عقد موجب زوال و نابودی عقد می‌گردد، اما مقتضیات و آثاری وجود دارد که با تحقق عقد محقق می‌گردند، اما این‌گونه نیست که از عقد جدایی‌ناپذیر باشند، بلکه جدا شدن این آثار از عقد آسیبی به عقد وارد نمی‌سازد، بنابراین متعاقدين با شرط ضمن عقد از این آثار صرف‌نظر کنند و عقد را بدون این آثار منعقد نمایند، اما در صورتی که برخلاف این آثار شرط نشود با انعقاد عقد این آثار به وجود می‌آیند و پس از تحقق عقد وفای به این آثار واجب و الزامی خواهد بود؛ به عنوان نمونه مطابق ماده‌ی ۲۸۱ ق.م. «مخارج تأدیه به عهده‌ی مدیون است، مگر این که شرط خلاف شده باشد.» بنابراین یکی از مقتضیات و آثار اطلاق عقود به‌طور کلی این است که متعهد و مدیون مسئول مخارج تأدیه‌ی دین است مگر آنکه برخلاف این اطلاق شرط شود.

گفتار پنجم: مصلحت کامنه

مصلحت در لغت از ریشه (ص-ل-ح) گرفته شده است. ابن فارس در معجم مقاییس اللغة و ابن منظور در لسان العرب آن را مقابل فساد تفسیر نموده‌اند؛ اما در اصطلاح

تعاریف متعددی برای آن بیان شده است. غزالی در المستصفی آن را این گونه معرفی می‌کند: مصلحت عبارت است از جلب منفعت و دفع ضرر و مراد از آن‌ها مقاصد شارع می‌باشد که مهم‌ترین آن‌ها حفظ دین و نفس و نسل و عقل و مال است را به عنوان مقاصد بیان می‌کند.^۱ میرزای قمی در قوانین الاصول مصلحت را جلب منفعت و دفع ضرر معنا می‌کنند.^۲

مراد از مصلحت در این مقام منافع اجتماعی حاصل از تحقق عقود جدید است که با توجه به ملاک میرزای قمی یا غزالی، مصلحتی در تحقق عقود جدید با ضوابط مشخص وجود دارد، چون در تحقق آن منفعت دنیوی حاصل شده و مقاصد شارع در مورد امور معیشت و اقتصاد جامعه تدارک خواهد شد.

واژه کامنه از ریشه (ک-م-ن) می‌باشد. صاحب مقایس اللغه معنای آن را مخفی شدن بیان کرده است؛^۳ ولی برخی دیگر از لغت‌شناسان آن را مخفی شدن در مکانی که گمان مخفی شدن در آنجا وجود ندارد، ذکر نموده‌اند.^۴ «کامنه» نیز اسم فاعل از واژه «کمن» می‌باشد و مراد از آن امری است که در نهاد چیزی واقع شده باشد به صورتی که به راحتی قابل تشخیص نیست و کشف آن محتاج دقت نظر و بررسی می‌باشد.

با تتبع در کتب فقهی و اصولی مشخص می‌گردد واژه «مصلحت کامنه» ابتدا در عبارات فقها و اصولیان در ابواب مختلف عبادات و معاملات و نیز مباحث مختلف اصول فقه ذکر گردیده است. به‌طور مثال برخی از دانشیان اصول در ضمن علت جعل حکم بیان کرده‌اند که «مصلحت کامنه» در افعال تقدم طبعی بر احکام دارند. به عبارتی مصلحت کامنه علت جعل حکم ذکر شده است^۵ یا اینکه برخی دیگر مصلحت کامنه در عمل خاصی را داعی اصلی برای انجام فعل یا ترک آن قلمداد کرده‌اند،^۶ اما چنانچه در این کتاب ذکر خواهد شد نظریه مصلحت کامنه‌ای که برای تشخیص مقتضای قراردادها مطرح گردیده است، نوع خاصی از مصلحت است که درصد اثبات این امر است که مصالح در عقود، امر ثابت و لایزال نیست، بلکه به عوامل بستگی دارد که ممکن است متغیر باشند. به تعبیر دیگر ابداع‌کننده این نظریه مدعی است که مصلحت کامنه یا مُلْزَمَةٌ

۱. غزالی، محمد بن محمد، المستصفی فی علم الاصول، ج ۱، ص ۶۳۶

۲. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، القوانين المحکمة فی الاصول، ج ۳، ص ۲۰۸

۳. ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقایس اللغه، ج ۵، ص ۱۳۶

۴. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، ج ۵، ص ۲۸۷

۵. صافی، لطف الله، بیان الاصول، ج ۲، ص ۴۶

۶. مدرسی یزدی، عباس، نماذج الاصول فی شرح مقالات الاصول، ج ۲، ص ۱۱۶

قراردادها، مصلحتی است که طبیعت و جوهره عقد بر آن استوار است؛ مصلحت کامنه زیربنای همه خصوصیات خاص عقود معین و قواعد عام در قراردادها و باعث تفکیک و شکل‌گیری نظام قراردادها شده است؛ به عنوان مثال مصلحت کامنه عقد بیع و معاوضه یا نکاح به لزوم آن اقتضاء دارد.^۱ بنابر این نظر مجرای اعمال مصلحت امور مبنایی و انتزاعی و نه مصداقی است. درک لزوم یا جواز هر عقد بر مبنای مصلحت کامنه این‌طور است که اگر بیع لازم دانسته می‌شود، به دلیل محتوای آن است که اهمیت لزوم را ترجیح می‌کند، این مصلحت در نکاح به قدری بالاست که حتی امکان شرط خیار را از خود نفی می‌کند، در مقابل عقود جایزی همچون وکالت وجود دارد که در خود عقد جایز صرف اراده طرفین نمی‌تواند آن را لازم نماید.

دکتر لنگرودی در این زمینه چنین اظهارنظر می‌فرماید: لزوم یک عقد، محتاج به احراز مصلحت لازم است که من آن را مصلحت کامنه نام داده‌ام. جواز یک عقد، نیاز به دلیل ندارد، زیرا مطابق آزادی اراده متعاقدين است تا با همان آزادی اراده (که در فقه به اصل نفوذ مراضات تعبیر شده است) که عقد را منعقد نموده‌اند، بتوانند شانه از زیر بار عقد، خالی کنند،^۲ ولی اگر مصلحتی در نهاد عقدی باشد که اقتضاء لزوم و بقاء بر عقد را داشته باشد، عاقدین براساس آن مصلحت و التزام به آن مصلحت، حق حل عقد را از خود سلب می‌کنند.^۳

مصلحت کامنه در پاره‌ای از عقود (بیع، نکاح و بیمه) اقتضاء لزوم را دارد و در پاره‌ای از عقود، اقتضاء جواز دارد؛ مانند ودیعه. در عقود لازمه هم آن مصلحت، شدت و ضعف دارد و مقول به تشکیک است: در نکاح شدت دارد، بنابراین شرط خیار را بر نمی‌تابد. در بیع، آن شدت را ندارد لذا شرط خیار را بر می‌تابد. اگر نظر متمسکین به «بناء عقلا» در اصالة اللزوم در عقود، همین مصلحت کامنه بود قطعاً از تصریح، مضایقه نمی‌کردند، ولی چون به آن تصریح نکردند، واضح است که با نظریه مصلحت کامنه آشنا نبوده‌اند.^۴ پس نظریه مصلحت کامنه، نظریه جدیدی است که لااقل می‌تواند آن «بناء عقلاء» را از حالت ابهام و ذهنی خارج کند و استناد به آن را در دسترس همگان قرار دهد. فقهای امامیه نیز تأیید

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائرة المعارف عمومی حقوق، ج ۴، ص ۳۷۹

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش جدید در مقدمه عمومی علوم حقوق، ص ۱۱۴

۳. همان، ص ۱۵۲

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصرشناسی (المعجم المعاصر فی علم العناصر)، ص ۵۱۶

می‌کنند جمیع معاملات بر مصالحی که مستتر در آنهاست، وضع شده‌اند و اگر آن جوهره رعایت نشود، اصلاً عقد و معامله‌ای هم صورت نمی‌گیرد.^۱

مبحث دوم: سیر تحول تاریخی مقتضای ذات و اطلاق عقد

گفتار اول: در فقه امامیه

اغلب قوانین عقود، احکام امضائی هستند. یکی از این آثار و احکام موضوع مقتضای عقد است که تاریخ پیدایش آن مقارن با پیدایش عقود و معاملات است. پیدایش و تکامل تاریخی مقتضیات عقود همراه با فراز و نشیب‌هایی بوده است. عقود ماهیت‌های اعتباری هستند که قبل از زمان شارع، بین انسان‌ها متداول بوده و شارع نیز همان ماهیت‌های عرفی را امضاء نموده است. این وضعیت حاکی از آن است که هم‌زمان با پیدایش عقود، مقتضیات و آثار اصلی آن‌ها نیز پدید آمده و انسان‌ها نیز با توجه به آن آثار، عقود را منعقد می‌کرده‌اند، این امر بیانگر قدمتی پیش از ظهور اسلام برای مقتضیات عقود است.^۲ بدین ترتیب این مرحله که از مدت‌ها قبل از زمان تشریع آغاز گشته بود، در زمان شارع نیز به همان صورت تداوم یافت و افزونی و یا کاستی در آن پدید نیامد. به نظر می‌رسد مقتضای عقد با همین عبارات در روایات وارد نشده است و این عبارات در ابتدا در کتبی مانند «حیات ابن عقیل و فقهه» و «الکافی فی الفقه» و «المبسوط» که متعلق به قرن چهار و پنج هجری هستند مطرح شده است. به تعبیر برخی محققان بررسی تاریخ فقه شیعه از زمان غیبت کبری امام عصر (عج) تا قرن دوم و سوم حاکی از آن است فقهای شیعه به دلیل نداشتن روش علمی منظم در این دوره به‌طور جدی مبادرت به استنباط و اجتهاد و تحقیق و بسط و توسعه مسائل و موضوعات فقهی ننموده‌اند؛ بلکه مهم‌ترین کار فقهای این دوره بیان احکام از راه ظواهر نصوص قرآن و حدیث بوده و از این محدوده پا را فراتر نمی‌نهادند.^۳ فقه در این دوره تنها محدود به نقل احادیث بود و کار فقیه نیز تنها درک و فهم معانی بوده تا تفریع و تطبیق و اجتهاد. با این همه عدم طرح این مسئله توسط دانشمندان این دوره را نباید بر آنان خرده گرفت؛ زیرا از آنجا که این امور همانند اغلب موضوعات باب تجارت در آن زمان بدین گستردگی نبوده، بنابراین تحقیق و تحلیل

۱. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۲، ص ۳۴۴.

۲. اسلامی‌نیا، علی، شرط خلاف مقتضای عقد در حقوق ایران و مقایسه‌ی آن با فقه عامه، ص ۴۱.

۳. جناتی، محمد ابراهیم، ادوار اجتهاد، ص ۶۴.

وسیعی را نیز اقتضا نداشته است. البته پابندی این گروه از دانشمندان به احکام شرع به نظر می‌رسد که سبب اعتقاد آنان به این مطالب شده باشد که مقتضیات عقود را ناشی از جعل شارع دانسته و در نتیجه هرگونه شرط خلاف مقتضیات عقود را در واقع شرط خلاف شرع تلقی نموده و باطل می‌دانستند. از این رو در آثار و کتب فقهی این دوره ذکری از این شرط به میان نیامده است.

از زمان ابن زهره حلبی در متون این دوره شرط ضمن عقد به صراحت بیان شده است: دانشمندان این دوره نیز تنها به ذکر ساده و اجمالی از این شرط بسنده نموده‌اند و چندان تحلیلی از شرط خلاف مقتضای عقد ارائه ننموده‌اند، بلکه حتی علیرغم تصریح به شرط خلاف مقتضا در آثار این دانشمندان همچنان مبنای بطلان آن را خلاف شرع بودن آن می‌دانستند.^۱ این مرحله بعضاً تا قرون اخیر نیز امتداد داشته است چه‌بسا در حیطه زمانی مرحله بعدی فقهایی پیرو نظریه دانشمندان مرحله سابق می‌باشند؛ اما از زمان علامه حلی (قرن هفتم و هشتم)، دو تحول چشمگیر در شرط خلاف مقتضای عقد پدید آمده است. اولاً جایگاه موضوع شرط خلاف مقتضای عقد که پیش از این در بحث خیار شرط بوده به مبحث شروط ضمن عقد که جایگاه مستقلی یافته است، تغییر مکان یافته است. ثانیاً تحلیل و بررسی پیرامون شرط خلاف مقتضای عقد با دقت و ظرافت و تحمل بیشتری همراه بوده و کامیابی نویسندگان در جزئیات و فروع مسئله رونق خاصی یافته است. بحث در خصوص ضمانت اجرای شرط خلاف مقتضای عقد هم‌چنین تسری یا عدم تسری فساد این شرط به عقد، مبنای بطلان این شرط، شرایط تعیین مقتضا و آثار و نتایج درج چنین شرطی از ویژگی‌های این دوره است.

علامه‌ی حلی در کتاب قواعد الاحکام شرط منافی با مقتضای عقد را به عنوان یکی از اقسام شروط مطرح می‌نماید.^۲ همین‌طور شهید اول در کتاب الدروس خود به عنوان شرط باطل و مبطل عقد از شرط خلاف مقتضای عقد بحث می‌کند؛^۳ به همین ترتیب سایر فقها از جمله شهید ثانی، محقق کرکی، محقق اردبیلی، ملا احمد نراقی، شیخ انصاری، محقق نائینی و... به این موضوع پرداخته‌اند.

از این رو سیر تحول بحث شرط خلاف مقتضای عقد نشان می‌دهد که در ادوار اولیه تاریخ فقه شیعه، شرط خلاف مقتضای عقد در مباحثات فقیهان امامیه جایگاهی نداشته است پس از آنکه در ادوار بعدی این بحث مطرح گردید، همچنان آن را از توابع و فروع

۱. ابن زهره، حمزة بن علی، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، ص ۱۴۶

۲. علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۹۰

۳. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة، ج ۳، ص ۲۱۴.

شرط خلاف شرع می‌دانستند و در مرحله بعد از مراحل تکامل این بحث، گرایش به جدایی این شرط از شرط نامشروع رونق یافت، با این همه به دلیل سابقه‌ی ذهنی اندیشمندان متأخر و انس آنان با شیوه بحث پیشینیان پیرامون مسائل فقهی این بزرگان نیز بعضاً در توجیه مباحث خویش به شیوه‌ی آنان تأسی نموده‌اند.

گفتار دوم: در حقوق ایران و کشورهای خارجی

بدون شک در حقوق کشورهای خارجی مقتضای عقد با آثار و احکام مربوطه مطرح نیست و اساساً در بسیاری از قوانین خارجی مانند قانون فرانسه نظریه‌ی عمومی برای شرط ضمن عقد وجود ندارد دلیل آن این است که در حقوق فرانسه هر تعهدی الزام‌آور است چه در ضمن عقد باشد چه در غیر آن. به همین جهت دشوار است که رابطه عقد و شرط در چهارچوبی منطقی و روشن ارائه شود و احکامی که در آن‌ها دیده می‌شود صرفاً به شرط تعلیقی^۱ است.^۲ رویه‌ی قضایی و نظریه‌های حقوقی کوشیده است تا این نقص را جبران کند. یکی از وجوهی که اخیراً در حقوق فرانسه دیده می‌شود، این است که مفاد شرط نباید در مخالفت با عمومیت عقد^۳ باشد. این شرط عبارت دیگری از شرط مخالف مقتضای عقد در فقه امامیه و حقوق ایران است. مثال در مورد شروط رافع مسئولیت این مبنا در بعضی از آراء دادگاه عالی فرانسه مورد لحاظ قرار گرفته است.^۴ مع‌الوصف در حقوق مزبور همانند فقه همیشه این بحث وجود داشته است که آیا بطلان شرط به عقد نیز سرایت می‌کند یا تنها شرط فاسد را از شمار تعهدات طرفین خارج می‌کند؛ زیرا از یکسو می‌توان گفت تراضی تجزیه‌ناپذیر است رضا بر مبنای اندیشه و ارزیابی تمام تعهدات و شروط مندرج در عقد به وجود می‌آید؛ بنابراین حذف یک یا چند شرط و باقی گذاردن سایر شروط تعادل اقتصادی معامله را برهم می‌زند و عقد مطلوب را به موجودی ناخواسته تبدیل می‌کند. ناچار برای رعایت مفاد تراضی و حفظ اقتصاد قراردادی بایستی فساد شرط را به عقد نیز سرایت داد. از سوی دیگر این نکته را نمی‌توان انکار کرد که اهمیت تمام شرایط در ساختمان عقد یکسان نیست. بسیاری از آن‌ها جنبه فرعی و تبعی دارند و انگیزه اصلی در انعقاد عقد، قرار نمی‌گیرند و تحلیل تبانی طرفین نشان می‌دهد که قطع نظر از

1. condition

۲. جان. ان. آدامز و راجر براونزورد، تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان، ترجمه سید مهدی موسوی،

ص ۱۳۱

3. contrat du généralité la à Contraire

۴. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، ج ۴، ص ۱۱۴

وجود و عدم شرط، درباره مفاد عقد به توافق رسیده‌اند. پس روا نیست که بطلان چنین شرط کل تراضی را در هم بریزد و عقد را فاسد کند.^۱ منطق حکم می‌کند که در این باره باید راه حل متناسب با نقشی که شرط در تحقق تراضی دارد برگزید ولی همینجا آغاز دشواری‌هاست. معیار تمیز شروطی را که قید عقد به شمار می‌آیند و از آن جداشدنی نیستند، چگونه باید تعیین کرد؟ کدام شرط را باید فرعی و فساد آن را بی‌اهمیت شمرد؟ حقوق کشورهای مختلف در این خصوص معیارهای متفاوتی را اتخاذ کرده‌اند. در قانون مدنی فرانسه دو ماده متعارض نسبت به اثر شرط باطل در قراردادها به چشم می‌خورد که یکی درباره بخشش‌ها و قراردادهای رایگان است و دیگری حکمی نسبت به عقود معوض است: به موجب ماده ۹۰۰ ق.م: «در هر تصرف رایگان بین زندگان یا به موجب وصیت، شروط نامقدور و خلاف قانون و اخلاق، در حکم شروط ننوخته به شمار می‌آید». برعکس در ماده ۱۱۷۲ آمده است: «هر شرط مربوط به امر ناممکن یا خلاف اخلاق حسنه یا نهی شده به وسیله قانون باطل است؛ و قرارداد وابسته به آن را باطل می‌کند». متن ماده عام و ناظر به همه تعهدهای قراردادی است. منتها چون ماده ۹۰۰ درباره تصرفات رایگان حکم خاص دیگری ندارد ناچار باید آن را ناظر به عقود معوض دانست. از سوی دیگر حکم ماده ۱۱۷۲ نیز در نظر دادگاه‌ها خشن و غیرمنطقی می‌نمود. آیا گزاف و افراط نیست که عقد معوضی، بدین بهانه که شرط نامشروع در آن است به کلی ابطال شود، درحالی که شرط تنها جنبه فرعی دارد؟^۲

رویه قضایی که در آغاز ماده ۹۰۰ را ویژه بخشش‌ها و ماده ۱۱۷۲ را ناظر به عقود معوض می‌دانست و بدین وسیله تعارض دو ماده را از بین می‌برد، رفته رفته این دوگانگی را بیهوده یافت و بر آن شد نظامی همگون را جانشین آن سازد. سپس از نظریه سبب استفاده کرد و اعلام داشت که هرگاه شرط باطل در قراردادی سبب محرک و قاطع^۳ اراده باشد، عقد را نیز فاسد می‌کند، خواه عقد رایگان باشد یا معوض و برعکس شرط باطلی که سبب غایی و قاطع اراده نباشد از عقد حذف می‌شود و در حکم شرط نانوشته است، هرچند

۱. عابدی، محمدتقی، شرط خلاف مقتضای عقد، ص ۳۴

۲. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۲۳۱؛ مازو، به نقل از دروس حقوق مدنی، ج ۲، بخش اول (تعهدات) جاب ششم بوسیله فرانسوا شایا، شماره ۳۲۹- مارتی و رینو، ج ۲، شماره ۲۱۱ و ۷۵۰- مالوری واین (Aynes)، حقوق مدنی، تعهدات، شماره ۳۷۲، گستن، تعهدات قرارداد، شماره ۸۷۸

3. La cause Impulsive et determinant

که در قرارداد معوض باشد.^۱ بنابراین حکم مواد فوق بر پایه طبیعت معوض یا رایگان بودن عقد انشاء نشده است، بلکه مبنای آن وصف اساسی یا فرعی بودن شرط است. در رویه قضایی، بطلان بخشی از قرارداد(شرط) در صورتی امکان دارند که آن بخش رکن سازنده معامله(مانند ثمن در بیع) نباشد. بعضی از نویسندگان، درعین حال که نتایج عملی رویه قضایی را تأیید می کنند، شیوهی استدلال و بنای مربوط به جمع مواد ۹۰۰ و ۱۱۷۲ را به شدت نکوهش می کنند.^۲ به نظر آنان ماده ۱۱۷۲ ق.م. ناظر به شروط تعلیقی است که تحقق آثار عقد منوط به وقوع آن ها می شود و طبیعی است که بطلان شرط تعلیق باعث بطلان همه قرارداد می شود. رویه قضایی بیهوده کوشیده است که بر قلمرو ماده ۱۱۷۲ افزوده و آن را شامل همه شروط مندرج در قرارداد کند؛ و آنگاه در مقام جمع آن با ماده ۹۰۰ با دشواری روبرو شود که به نظریه سبب پناه برد.

در ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی فرانسه نیز برای اینکه شرط ضمن عقد صحیح باشد می بایستی انجام آن شرط توسط مشروط علیه ممکن باشد در غیر این صورت باطل است با این تفاوت که در قانون مدنی فرانسه در صورتی که شرط ضمن عقدی غیر ممکن باشد، قرارداد اصلی را نیز باطل می کند.^۳ البته باید توجه نمود که بین دو ماده ۱۱۷۲ ق.م فرانسه با ماده ۹۱۱ قانون مدنی فرانسه تعارض آشکاری وجود دارد.^۴ در ماده ۹۱۱ 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 نمی کند. حال آنکه ماده ۱۱۷۲ به سرائت بطلان شروط ضمن عقد به عقد اصلی دلالت می نماید.^۵ در بسیاری از موارد رویه قضایی فرانسه ترجیح داده برای پرهیز از سردرگمی شروط تبعی را از شروط اساسی که برای طرفین جنبه محرک و مؤثر در تصمیم گیری داشته را مشخص کرده و لیستی از آن ها ارائه دهد و یا در سایر موارد تصریح کند به اینکه آیا شرط به خصوص فقط در زمره شروط نانوشته است یا اینکه بطلان به عقد نیز سرایت می کند. برای مثال، در مورد شروط عدم مسئولیت در قراردادهای بیع در جایی که یک طرف قرارداد، فرد حرفه ای و طرف دیگر مصرف کننده

۱. شعبه عرایض دیوان کشور فرانسه، ۲۸ دسامبر ۱۹۳۸؛ لالوز ۱۹۳۹، ۱۳۲ شعبه مدنی دیوان، ۲۱ نوامبر ۱۹۳۲؛ دالوز هفتگی، ۱۳۹۳، ۱۹۰.

۲. سیملر (Simler) بطلان جزئی اعمال حقوقی، رساله دکتری استراسبورگ با مقدمه ای از ویل، ۱۹۶۹ (به نقل از کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۲۳۳)

۳. همان، ج ۳، ص ۲۳۳

۴. همان، ج ۳، ص ۲۳۴.

۵. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، ج ۴، ص ۱۲۷

باشد، قانون‌گذار فرانسوی ترجیح داده که ضمن اعلام بطلان این شروط نسبت به عدم سرایت بطلان آن‌ها به عقد نیز اظهارنظر کند. از این‌رو در چنین موردی، عقد باطل نمی‌شود؛ بلکه فقط شرط باطل از پیکره عقد منفک و به دور انداخته می‌شود، بدون اینکه به مفاد عقد لطمه‌ای وارد سازد. در سایر موارد باید دید آیا شرط مزبور دارای ویژگی محرک و قاطع در تصمیم طرفین بر انعقاد قرارداد بوده است یا خیر.^۱

حقوق ایالات متحده آمریکا و انگلیس دارای پیشینه و مبانی مشترک است. در حقوق آمریکا نیز مهم‌ترین مسئله این است که آیا اسقاط شرط فساد از عقد و تنفیذ بخش درست آن با مفاد و هدف قرارداد تعارض دارد و امری را تحمیل می‌کند که مورد تراضی نبوده است یا جدا شدن بخش فاسد به پیکره عقد صدمه نمی‌زند؟ به بیان دیگر، آیا تحلیل عقد به دو پیمان نافذ و فاسد امکان دارند یا اجزاء عقد چنان به هم تابیده که هیچ تعهدی جدای از دیگر التزامها توان زیستی را ندارد؟ در مرحله دوم نیز باید دانست که آیا باقی نهادن بخشی از پیمان غیراخلاقی را که آشکارا جنایت و رذالت را ترویج می‌کند، نظم عمومی می‌پذیرد یا در زایل ساختن تمام آن حساس است؟

هیچ کدام از این دو سؤال، راه حل عام و قاطع ندارد. قاعده این است که تحلیل عقد و تنفیذ بخش سالم امکان دارد، مگر اینکه در اثر این تفکیک مفاد و هدف عقد دگرگون شود یا با نظم عمومی و اخلاق حسنه مخالف باشد.^۲ یکی از حقوق دانان آمریکایی، با استفاده از یک متن نیمه رسمی قاعده تجزیه عقد را چنین خلاصه کرده است: «اگر قرارداد حاوی شرط نامشروعی باشد که مرکز تراضی دو طرف محسوب نمی‌شود و آن شرط آمیخته با فساد اخلاقی مهمی نباشد، بخش نامشروع عقد نادیده گرفته می‌شود و بقیه آن قابل اجراست».^۳ برای شروط تجزیه‌ناپذیر، می‌توان شرط کیفری نامشروع و شرطی را که برخلاف قانون و تجاوز از بهایی است که مصرف‌کنندگان باید بپردازند، به عنوان مثال آورد. همچنین، هرگاه انجام کاری در برابر دو تعهد باشد که یکی قانونی و دیگری نامشروع است، مانند پرداخت هزار دلار و ورود قاچاق کالایی به داخل کشور، تعهد نامشروع، باطل است و دیگری قابل تنفیذ، مگر اینکه بخش نامشروع جنایت یا خلاف اخلاق درجه بالا باشد، مانند کشتن انسان.^۴

۱. همان، ج ۴، ص ۱۴۲

۲. جان. ان. آدامز و راجر براونزورد، تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان، ص ۱۳۲

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۲۳۱ به نقل از کالاماری و پریلو، قراردادها، ص ۸۷۴

۴. عابدی، محمدتقی، شرط خلاف مقتضای عقد، ص ۳۹

در حقوق انگلیس، برای جلوگیری از بطلان بی‌رویه قراردادهای گفته‌اند: شرط فاسد باعث بطلان عقد نمی‌شود، مگر اینکه معلوم شود قید تراضی است و انگیزه قاطع اراده قانون‌گذار در حقوق امریکا نیز تقریباً چنین است.

از مجموعه آنچه که در خصوص مقررات حاکم بر قراردادهای در حقوق کشورهای خارجی در باب اثر بطلان شرط گفته شد این است که حقوق دانان فرانسوی پس از تردید و تلاش فراوان بدین نتیجه کلی رسیده‌اند که بطلان شرطی به فساد عقد می‌انجامد که جهت محرک و انگیزه قاطع اراده طرف عقد باشد و بتوان وصف اساسی یا جوهری برای آن قائل شد. در سایر موارد که شرط چهره فرعی دارد می‌توان شرط را از عقد حذف کرد و چنین انگاشت که از اصل نبوده است. این ضابطه نادرست نیست، ولی ناقص و مبهم است. ناقص است، زیرا احتمال دارد که شرط مجهولی که باعث جهل به یکی از دو عوض معامله می‌شود، در نظر طرفین عقد اساسی نباشد، لیکن به شرایط صحت عقد از دیدگاه قانون صدمه بزند. مبهم است، از این جهت که تمییز شرط اساسی و فرعی به سادگی امکان ندارد و خود معمایی است که برای گشودن آن بایستی در جستجوی معیار دیگری بود.

قانون مدنی ایران با تقسیم‌بندی شروط فاسد، به دو گروه باطل و مبطل به شرح ماده ۲۳۲ معیار مطمئن و روشن‌تری از آنچه که حقوق کشورهای خارجی ارائه نموده‌اند، مقرر داشته است و به موجب آن شرطی را که با مقتضای ذات عقد مخالفت نماید و یا شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود، مبطل عقد و مؤثر در آن دانسته است. هرچند در فقه بر این امر تأکید شده است که شرط غیرمقدور نیز گاه ممکن است، مانند شرط مجهول به نامقدور بودن موضوع بیانجامد. مضافاً اینکه باید معیار مقبولی جهت تمیز آثار اساسی عقد از غیر آن جعل شود که در فصول بعدی معیار و ضابطه تعیین مقتضای عقد و ارائه راهکار جهت اصلاح ماده ۲۳۳ ق.م.ا ارائه می‌گردد.

فصل دوم: مناط تعیین مقتضای ذات و اطلاق عقد

با تتبع و بررسی متون فقهی مشخص می‌شود که بین فقهای امامیه در تشخیص و مناط تعیین مقتضای ذات و اطلاق عقد مورد اختلاف واقع شده است تا آنجا که شیخ انصاری با تأکید بر سختی ضابطه تشخیص مقتضیات عقد، در مقام انتقاد از محقق کرکی برآمده و با اذعان به کمال تبحر ایشان در فقه، بر سپردن تمییز مصادیق و معیارهای آن به نظر فقیه، خرده گرفته^۱ و همین پیچیدگی در بیان موضوع را منجر به تعارض فتاوا در برخی از مصادیق شرط خلاف مقتضای ذات و اطلاق عقد که منجر به اختلاف تعبیر در این خصوص شده و مباحث فراوانی را از حیث اعتبار و عدم اعتبار آن برانگیخته است. از این رو در این فصل به تبیین و تحلیل مناط تعیین مقتضای ذات و اطلاق عقد در پرتو شرع، عرف و مصلحت کامنه و معیار دوگانگی شرط مخالف مقتضای ذات عقد را با شرط مخالف نامشروع می‌پردازیم:

مبحث اول: مناط تعیین مقتضای ذات و اطلاق عقد در پرتو شرع

مناط و ضابطه یک امر عبارت است از معیار و ملاکی که با تمسک به آن به عنوان یک قاعده‌ی کلی می‌توان به جزئیات و مصادیق آن امر پی برد.

گفتار اول: اقوال و ادله

یکی از راههایی که برای تشخیص مقتضای عقد، جعل شارع است. بدین معنا که کسی که مقتضای عقد را معین می‌کردند، شارع مقدس است، اوست که تعیین می‌کند عقد، مولد چه اثری است، اثری که اهمیت آن در عقد به اندازه‌ای است که فقدان آن، عقد را باطل می‌نماید. بدین ترتیب برای تشخیص مقتضای عقد باید به کتاب، سنت و اجماع مراجعه نمود و مقتضیات عقود را از این منابع استخراج کرد. از این رو برخی از دانشیان فقه

۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین، المکاسب، ج ۶، ص ۴۹

بر این باورند که اراده متعاقدين تنها در تكوين و ايجاد عقد مؤثر است، ولی احكام و آثار عقود و همچنین شرايط ايجاد و تكوين آن را شارع معين و مشخص می‌نماید؛ به عبارت دیگر پایه‌ها و مبانی را که عقد بر آن استوار می‌شود و همچنین آثار و مقتضیات عقود را شارع مقرر نموده است. هرگاه کلیه ارکان محقق شده و تمامی شروط و قیود آن موجود شوند عقد محقق می‌شود و آثار آن به بار می‌نشیند. میرعبدالفتاح مراغی در این زمینه براین باور است که شارعی که معتبر است، مقتضا را در هر عقدی اعتبار نموده است و برای تنفیذ شرط کافی است که مخالف چنین اعتباراتی نباشد.^۱ به این دلیل که شارع مقدس، منشأ جعل همه‌ی احكام و الزامات است و قراردادهای بین انسان‌ها را به رسمیت شناخته است و فرمان «أوفوا بالعقود» داده و به انسان، امر کرده است که به عقود و پیمان‌های خود، وفادار باشد و عهد و پیمان خود با دیگران را نقض نکند؛ شارع عقود مختلف را نافذ شمرده و برای هر عقدی احکامی قرار داد؛ آثار عقود مختلف را تعیین کرد و منبع تمامی الزامات شرعی است؛ به عبارت دیگر، مقررات مربوط به عقود و قراردادها و آثار، احکام، لوازم و شروط هر عقدی، توسط شارع مقدس، تعیین می‌شود؛ بنابراین برای تشخیص مقتضای ذات عقد باید به کتاب و سنت مراجعه نمود و آنچه به عنوان مقتضای ذات عقد، قرار داده شده است استخراج کرد و شروط خلاف این آثار را به عنوان شرط خلاف ذات مقتضای عقد، باطل دانست.

علامه‌ی حلی ضابطه تعیین مقتضای عقد را جعل شارع، می‌دانسته است ایشان در کتاب قواعد الاحکام پس از مطرح نمودن مبحث شروط و بیان شروط باطل، شرط خلاف مقتضای ذات عقد را مطرح می‌کند: «شرط ممکن است مخالف مقتضای عقد باشد؛ مانند آنکه بایع بر مشتری شرط کند آنچه خریده است، نفروشد یا بنده‌ای که خریده است، آزاد نکند یا با کنیزی که خریده، نزدیکی نکند یا مشتری بر بایع، شرط کند که اگر مبیع، توسط غاصب، غصب شد؛ مشتری به بایع، رجوع کند و ثمن خود را پس بگیرد، کلیه‌ی این شروط باطل هستند.»^۲

۱. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العاوین الفقهیه*، ج ۲، ص ۲۹۰: «ویمکن إدراج هذا القسم من الشرط... فی عنوان (الشرط المخالف للكتاب والسنة) باعتبار أن الشرط المقتضى لتغير حياة العقد أو لعدم ترتب آثاره اللازمة عليه أو لجهالة العوض المشروط فيه العلم شرعاً، يكون مخالفاً لما دلّ من الأدلة على اعتبار ذلك كله من الكتاب والسنة»

۲. علامه حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، ج ۲، ص ۲۳۱: و اما أن ینافی مقتضى العقد: كما لو شرط أن لا یبیعه، أو لا یعقه، أو لا یعقا، أو لا...، أو أن غصبه غاصب رجع علیه بالثمن، أو أن یعقده الولاء للبائع، فهذه الشروط باطله.

علامه‌ی حلی برای توضیح مفهوم مقتضای عقد و شرط خلاف مقتضای عقد به ذکر همین چند مصداق اکتفا می‌کند و توضیح بیشتری نمی‌دهد؛ اما آنچه مخاطب را متوجه می‌سازد که ایشان مبنای مقتضای ذات عقد را جعل شارع می‌داند، عبارتی است که پس از کلام فوق به آن اشاره می‌نماید: «ضابطه آن است که هر شرطی مخالف شرع باشد یا موجب مجهول گشتن ثمن یا مثنی گردد باطل است و اقوی آن است که بیع نیز باطل است.»^۱

از این کلام علامه می‌توان دریافت ایشان مبنای بطلان شرط را دو عامل می‌داند ۱- مخالفت با شرع ۲- آنکه شرط موجب چهل نسبت به مبیع یا ثمن گردد؛ بنابراین شرط خلاف مقتضای ذات عقد را به خودی خود باطل نمی‌داند و علت بطلان آن را مخالفت این شرط با شرع می‌داند.^۲ در نتیجه، به نظر می‌رسد ایشان شرط خلاف مقتضای ذات عقد را از اقسام شرط خلاف کتاب و سنت می‌داند.

از فحوای کلام غالب فقه‌های متقدم امامیه و تصریح عده‌ای از فقها، استنباط می‌شود که مقتضای عقد را اثری می‌دانند که شارع مقدس آن را برای عقد، تعیین کرده است و در صورتی که عقد، فاقد این اثر باشد و متعاقدين خلاف این اثر شرط کنند، عقد، مقتضای خود را از دست داده و شرط باطل می‌گردد. محقق کرکی در این زمینه چنین بیان می‌دارد: مقتضای عقد چیزی است که شارع مقدس آن را به منظور بهره‌مند شدن کامل متبایعین یا یکی از آن دو جعل نموده است.^۳ و یا در جای دیگر می‌فرماید: «منظور از منافی مقتضای عبارت است از عدم ترتب اثری که شارع برای ماهیت عقد قرار داده است، به‌گونه‌ای که عقد آن اثر را اقتضا نماید و آن اثر مقتضایی است که عقد به خاطر آن به

۱. بحرانی، یوسف بن احمد، الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۱۹، ص ۶۶: «و الضابط أن کل ما ینافی المشروع، أو یودی الی جهالة الثمن أو المثنی فأنه باطل و الاقوی بطلان البیع أيضا». همان

۲. نویسنده‌ی کتاب الحقائق الناطره در تبیین کلام علامه حلی چند مصداق از مصادیق خلاف مقتضای عقد ذکر می‌کند و آن‌ها مخالف کتاب و سنت می‌داند «منی کان مخالفا للکتاب و السنه، فانه یبطل أيضا کاشترط عدم وطی الامه، أو شرط وطی البائع أباه بعد العقد مره أو أزید و اشترط أن لا یبیعه أو لا یعتقه أو لا یهب». همان، ج ۱۹، ص ۶۶

۳. محقق کرکی، علی بن حسین عاملی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۴۱۲: «و المراد بما یقتضها العقد: ما وضعه فی نظر الشارع علی ان یکون مفیدا لها، کالملک فی البیع للمشتري و الثمن للبائع و هذا هو المقصود الاصلی» نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، ص ۵۲، «لما کان الاصل عدم ترتیب شی من الآثار علی عقد او ایقاع الامع دلیل فاللزام للاقتصار فی انواع الآثار و وجوها علی ما یثبت ترتبع شرعا و مالم یثبت فیحکم بعدم ترتبه.»

وجود آمده است: مانند انتقال عوضین به متعاقدين و دادن اختيار تصرف مطلق به آنها در عقد بيع.^۱

از اين رو، اين دسته از فقها بر اين باورند كه ملاك در مقتضای عقد و شرط خلاف مقتضای آن، فقط كتاب، سنت و اجماع است و عرف نمی تواند در شناسایی مقتضای عقد و شرط خلاف مقتضای عقد، نقشی داشته باشد، زیرا فقط، شرطی را می توان مخالف مقتضای عقد دانست كه شارع مقدس بر مخالفت آن، تصریح کرده باشد و صرف اینکه حكم امضایی (عرف یا عقل) چیزی را خلاف مقتضای عقد به شمار آورد، نمی توان آن شرط را خلاف مقتضای عقد و در نتیجه باطل دانست.

گفتار دوم: نقد و بررسی

به نظر می رسد مشخص كردن مقتضای ذات عقد، تعیینی نیست كه گفته شود شرع مشخص کرده یا عرف یا امر دیگری در آن مداخلیت داشته باشد، بلکه برحسب ضرورت و مصلحت نوعیه به صورت تكوینی، آثار ذاتی عقد هستند كه لاجرم در نتیجه عقد به وجود می آیند. توضیح اینکه معاملات حقایق و ماهیات عرفی بوده كه برحسب ضرورتها و نیازهای بشری به وجود آمدند؛ به طور مثال مردم نیاز به ملكیت داشته اند، از این رو، عرف جامعه عقد بيع را به وجود آورده یا مردم نیاز به ملكیت داشته اند، عقد اجاره را تأسیس کرده و شارع نیز این رویه متداول عرفی را مورد تأیید قرار داده است.^۲ احكام امضایی، امور اعتباری هستند كه عرف و عقلا آنها را اعتبار کرده اند، همانند ملكیت و زوجیت و دیگر منشآت عقود. به تعبیر دیگر این احكام، احكامی هستند كه قبل از تشریع احكام توسط شارع، در بین مردم، متداول بوده و نظام اجتماعی و معیشت مردم، حول محور این معاملات، شكل گرفته بود و شارع مقدس بعضی از این احكام را امضا و تأیید کرده است؛ مانند آنكه خداوند متعال در قرآن، بيع را حلال نموده و به پای بندی به عقود، فرمان داده است و امثال این موارد كه دلایل آن در كتاب و سنت موجود است؛ باید اذعان

۱. محقق كركی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۴۱۴؛ المراد، ب (بنافی مقتضی العقد): ما یقتضی عدم ترتب الاثر الذی جعل الشارع العقد من حیث هو هو بحیث یقتضیه و رتبه علیه، علی ان اثره و فائده التي لاجلها وضع كالتقال العوضین الى المتعاقدين و اطلاق التصرف لهما فی البيع.

۲. كرباسی، محمد ابراهیم، منهاج الاصول (تقریرات آقا ضیاء عراقی)، ج ۱، ص ۸۹؛ حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیة، ص ۲۴۹، «ان المدار فی المعاملات علی ما هو طریقته الناس غالباً و لم یصدر من الشارع فی هذا الباب سوی جعل شروط و بیان موانع»؛ همان، ص ۲۳۶: «ان العقود لیست من المخترعات الشرعیة بل انما هی امور مجعوله مقراره عند العقلا علی نحو ما یحتاجون الیه فی امر معاشهم و نظام امورهم.»

داشت که ملکیتی که به واسطه‌ی عقد بیع به وجود می‌آید و زوجیتی که به‌وسیله‌ی انعقاد عقد نکاح انشاء می‌گردد و سازگاری و تسالمی که توسط عقد صلح موجودیت می‌یابد و یا تملیک منفعتی که در عقد اجاره به وجود می‌آید، تأسیس شرع و عرف نیست، بلکه از امور حقیقی جدایی‌ناپذیر عقد است. لاجرم برحسب ضرورت مصلحت نوعیه، عقد منتهی به آن‌ها می‌شود. مُنشأ، اسم مفعول، به معنای انشاء شده و ایجاد شده و همان مقصود مُنشئ (انشاء کننده) است. واژه مُنشأ که در اصطلاح حقوقی به معنای امر ایجاد شده یا انشاء شده استعمال می‌شود، در اصطلاح فلسفی تحت عنوان معلول شناخته می‌شود. معلول در اصطلاح فلسفی به آن امری اطلاق می‌شود که بدون در نظر گرفتن علت، دارای وجود و ظهور نمی‌شود؛ به عبارت دیگر، معلول از حیث نسبتش با علت است که وجود می‌یابد و اگر ذاتی مستقل از علت در نظر گرفته شود، معدوم و ممتنع خواهد بود.^۱ معلول چنانچه در وجود و ظهور خود دارای علتی تامه باشد، بلافاصله پس از آن به وجود می‌آید، اما چنانچه این علت، علت تامه نباشد، معلول نیز تا تحقق کامل علت، به وجود نخواهد آمد. عقد با مقتضای ذات، رابطه علی و معلولی دارند. این رابطه در واقع رابطه انشاء و مُنشأ است. انشا و مُنشأ قابلیت انفکاک از یکدیگر را ندارند. پس مقتضای ذات عقد نیز جداناپذیر از ماهیت عقد می‌باشند. عقود به واسطه‌ی اعتبار عقلا و امضای شارع به وجود آمده است و از امور اعتباری تلقی می‌گردد؛ اما مُنشأ ذاتی عقد نتیجه ماهیت و جوهره اصلی عقد است و شرع و عرف توأمان به‌طور غیرمستقیم و با واسطه اعتبار و انشا عقد دخالت دارند. به نظر می‌رسد آنچه دانشیان فقه و حقوق در این زمینه به بیراهه رفتند خلط موضوع ماهیات و ذاتیات عقد با مقتضا و مُنشئات عقد می‌باشد. ماهیات عقود، تأسیس شرع نیست، بلکه امور عرفی هستند و عرف نقش اساسی در شکل‌گیری آن‌ها ایفا می‌کند و کار شرع صرفاً تأیید یا رد آن می‌باشد؛ اما مقتضای ذات عقد، جزو مُنشئات و لاینفک عقد هستند؛ مانند شیرینی در شکر. در نتیجه مقتضای ذات عقد، طبق مناط مصلحت و ضرورت نوعیه به‌طور تکوینی معلول عقد هست و معلول هم از علت قابل جداسازی نیست. بر فرض تنزل از مطلب و پذیرش دخالت مستقیم ضابطه شرع و عرف اگر تعیین مقتضای ذات عقد را محول به شرع شود، خلط بین شرط مخالف شرع با شرط مخالف مقتضای ذات عقد رخ می‌دهد و اگر تعیین مقتضای ذات عقد را به عرف عملی جامعه محول شود موجب انقلاب و دگرگونی ماهیت عقود می‌شوند. عرف جامعه در اثر گذشت زمان، دچار تحول و دگرگونی می‌شود؛ ولی مقتضیات و مُنشئات ذاتی لاینفک

۱. حیدری، سیروس؛ تقدسی، عبدالله، «تبیین فلسفی عقد معلق»، مجله مطالعات حقوقی، بهار ۱۳۹۵، دوره هشتم،

عقود با گذشت زمان ممکن نیست دچار تحول و دگرگونی شوند. شاید منظور محقق نایینی که در تعریف مقتضای ذات و اطلاق عقد اظهار داشته است: «مدلول مطابقی لفظی عقد را مقتضای ذات و مدلول التزامی عقد را مقتضای اطلاق آن دانسته‌اند»^۱، اشاره به مطلبی هست که ما بیان کردیم؛ به عبارت دیگر ایشان آنچه را که متعاقدين صریحاً در عقد قید و ذکر نمایند، مدلول مطابقی و در نتیجه مقتضای ذات عقد می‌دانند؛ و آنچه را که به‌طور ضمنی و التزامی از عقد دانسته شود مقتضای اطلاق عقد تلقی می‌نمایند. مبنای این اندیشه به ناگزیر به یک بحث علی و معلولی باز می‌گردد که بر طبق آن بین الفاظ و معانی آن‌ها ذاتاً و با قطع نظر از جعل و وضع آن‌ها مناسبت و علاقهای مفروض می‌دانند که طبعاً و فطرتاً هر کس از شنیدن لفظ به معنای آن منتقل می‌شود؛ به عبارت دیگر همان‌طوری که دلالت دود بر وجود آتش یک دلالت ذاتی است، صرف وجود لفظ نیز برای حصول دلالت بر معنا کافی است.^۲ شاید بتوان عبارت مرحوم نائینی را بر این معنا حمل نمود که منظور وی از دلالت مطابقی همان مُشئآت ماهیت اصلی عقد است که مثلاً در پاسخ به این سؤال از ماهیت بیع، تملیک عین به عوض معلوم گفته می‌شود، با این همه قیود «صراحتاً» و «مدلول لفظی مطابقی» در عبارت وی مانع این تفسیر است و ایراد بر تعریف همچنان باقی است.

ناگفته نماند پذیرش جعل شارع در قالب اوامر و نواهی به عنوان ملاک تشخیص مقتضا و دخالت مستقیم قانون‌گذار در بیان لوازم و آثار، در تنافی با پذیرش اصل حاکمیت اراده است که سرنوشت قرارداد و آثار و احکام آن را بر عهده اراده مشترک طرفین می‌گذارد؛ بنابراین شارع بدون اینکه دخالت مستقیم در بیان لوازم و آثار قرارداد داشته باشد، تنها به عنوان هادی و ناظر در خصوص ذکر موانع اساسی انعقاد قرارداد نقش ایفا می‌کند و چون شأن شارع به عنوان رادع و نافی روش‌های ناصحیح در باب معاملات

۱. نائینی، محمدحسین، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، ج ۲، ص ۱۱۲؛ فان المنشآت العقدیه تارة ینشأها العاقد اولا وبالذات و یدل العقد علیه مطابقه مثل تملیک الاعیان فی البیع و المنافع فی الاجاره و الحرری ینشأها العاقد تبعاً و ضمناً بحیث یعد من مدالیل العقد التزاماً. مثل کون العوض نقدالید او کون ما انتقلعنه صحیحاً. او غیر ذلک من الامور اللتی یتضمنه العقد و یدل علیه بالدلاله الائتماریه فان کان مرجع الاشتراط الی ما ینافی الاول فهو مناف لمقتضی العقد... و ان کان مرجعه الی قل التزامات الضمنیه التبعیه... فقد حرفت انها من مقتضیات اطلاقه.

خوئی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، ج ۳، ص ۱۹؛ ان الفاظ الایجاب و القبول انما تدل بدلاله المطابقیه علی تملیک المشتري ماله المباع؛ جزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، ج ۲، ص ۲۲۶؛ معنی کون العقد لا یقتضیه انه لایفهم من صیغته بدون ذکره؛ حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیة*، ص ۲۴۹؛ «ان مقتضیات الذات مبادل علیها الفاظ العقود من لفظ البیع».

۲. مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، ج ۱، ص ۹.

است، نه بیان و اثبات روش‌های صحیح، در نتیجه رجوع به شارع جهت تشخیص مقتضا مشکل‌گشا نخواهد بود. بلکه اوامر و نواهی مطرح‌شده از سوی شارع در این خصوص، تلازم با مقتضا ندارد. غایت آنکه شرط خلاف آن در ضمن عقد، خلاف شرع به شمار می‌آید، بی‌آنکه خلاف مقتضا قلمداد شود.^۱

واگذاری تشخیص مقتضای اطلاق عقد به شرع نیز با اشکال روبروست؛ بلکه عرف ضابطه‌مند مبنای تشخیص آن می‌باشد. مقتضیات و آثار اطلاقی عقود با گذشت زمان ممکن است دچار تحول و دگرگونی گردد که در مباحث بعدی این فصل به تفصیل راجع به آن بحث خواهیم کرد.

مبحث دوم: معیار دوگانگی شرط مخالف مقتضای ذات عقد با شرط مخالف شرع

گفتار اول: معیار تشخیص شرط مخالف با مقتضای ذات عقد

تشخیص مقتضای ذات عقد از اموری است که در عبارات فقهای متقدم معیاری برای آن مشخص نشده است تا جایی که برخی از فقها موردی را مصداق شرط مخالف با شرع و همان مورد را مصداق شرط مخالف با مقتضای ذات عقد بیان کرده‌اند. عدم تنقیح این مسئله از اموری است که مورد اعتراض برخی از فقهای معاصر نیز قرار گرفته است.^۲ شیخ انصاری دلیل بطلان شرط مخالف با مقتضای ذات عقد را دلالت التزامی «أوفوا بالعقود» بیان کرده است. این امر سبب شده است که در تشخیص مصادیق این شرط اشکالات و اشتباهاتی به وجود بیاید، چرا که در این صورت این قسم نیز از اقسام شرط مخالف با شرع خواهد بود؛ همان‌طور که برخی از محققان اشکال کرده‌اند که اگر دلیل بطلان این قسم «أوفوا بالعقود» باشد دیگر شرط مستقلی نخواهد بود، بلکه یکی از اقسام شرط مخالف با کتاب و سنت می‌باشد.^۳ به سبب همین اشکال فقهای متأخر و معاصر با دقت بیشتری این مسئله را مورد دقت و بررسی قرار داده‌اند و معیارهایی برای تشخیص ارائه نموده‌اند. شاید اشکال شود که فایده تفکیک و تشخیص چیست و اساساً چه نیازی به این

۱. صابری، حسین «و دیگران»، «تبیین مقتضای عقد و قاعده سیاق با نگاهی ویژه به شرط توارث در عقد منقطع»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۳۹۷، دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد، ص ۱۲

۲. خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۴۱

۳. سبحانی، جعفر، الرسائل الاربع، ج ۳، ص ۱۲۷

مسئله وجود دارد؟ جواب این است که دلیل بطلان اگر تناقض باشد آثاری دارد و ممکن است به سبب تغییر برخی از قیود تناقض مرتفع شود و اشتراط آن بلااشکال گردد؛ اما در صورت نهی شرع از چنین اشتراطی، آن آثار مرتفع نمی‌شود؛ به عنوان مثال اگر در عقد بیع شرط شود که مالک تا یک سال تصرف نکند و این شرط را از مصادیق شرط مخالف با مقتضای ذات عقد دانسته و به دلیل تناقض باطل دانست. در این صورت ممکن است گفته شود تصرف در یک زمان خاص هرچند مخالف با مقتضای ذات عقد است، اما چون تصرف دائمی منتفی نیست، بیع را صحیح دانسته و این گونه اشتراط را بلااشکال بدانند؛ اما اگر خلاف شرع باشد دیگر نمی‌توان گفت که این شرط صحیح است. مثل این است که گفته شود این شرط حرام اگر زمانش تا یک سال باشد، اشکال ندارد، ولی اگر دائم العمر باشد باطل است. از این رو تفکیک این دو ضروری است.

بند اول: تناقض دائمی شرط با عقد

مرحوم خوئی، تناقض دائمی شرط با عقد را، معیار تشخیص شرط مخالف با مقتضای ذات عقد معرفی می‌کند. ایشان بعد از نقل کلام محقق ثانی که ملاک تشخیص در برخی مصادیق را به فقیه ارجاع داده‌اند، اشکال می‌کنند که شأن فقیه تشخیص و تمییز نیست، بلکه کشف ملاک است. سپس می‌فرمایند شرط نامشروع در صورتی است اگر حکم شرع نمی‌بود، هیچ منافاتی با عقد نداشت؛ اما شرط مخالف با مقتضای ذات عقد، شرط دائماً با مضمون عقد در تناقض می‌باشد. از این رو شرط منافای با مقتضای ذات عقد و شرط نامشروع هیچ وقت باهم جمع نمی‌شوند، زیرا اگر شرط مخالف با مقتضای ذات عقد باشد، تناقض پایدار دارند، ولی شرط نامشروع اگر مخالفت با شرع نمی‌بود، هیچ تناقضی بین مضمون عقد و شرط برایش تصور نیست؛ مثلاً شرط عدم زوجیت در نکاح از مصادیق شرط مخالف با مقتضای ذات عقد است. سپس در ادامه می‌فرماید که ممکن است موارد دیگری نیز ثانیاً و بالعرض از مصادیق منافای با مقتضای ذات عقد به شمار رود؛ به عنوان نمونه اشتراط عدم جواز نظر به زوج در نکاح یا عدم جواز تصرف در مبیع ثانیاً و بالعرض از مصادیق آن به شمار می‌رود.^۱ در توضیح کلام ایشان می‌توان گفت که معیار ارائه شده برای شرط مخالف با مقتضای ذات عقد، تناقض دائمی با عقد می‌باشد و معیار شرط نامشروع فقط مخالفت با کتاب و سنت است و هیچ مشکل دیگری ندارد؛ از عبارت مرحوم

۱. خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۴۱.

اصفهانى در اشكال به شيخ انصارى نيز مى توان چنين مطلبى را استظهار كرد.^۱ ممكن است اشكال شود در فرضى اشتراط عدم جواز تصرف، تناقضى رخ نمى دهد. جواز تصرف غير از ملكيت است؛ هر چند از لوازم آن به شمار مى رود. به ديگر سخن براى بطلان موارد بالعرض دليل تناقض تطبيق نمى يابد. در جواب اشكال مى توان گفت نفى مطلق تصرف در واقع نفى ملكيت به لسان ديگر است و عرف اين شرط را به منزله عدم ملكيت تلقى مى كند و اين دو را منفك از هم نمى بيند.

بند دوم: تناقض و مخالفت با كتاب و سنت

سيد يزدى در ضمن قاعده كلى مى فرمايد شرط يا منافى با نفس عقد است مثل شرط عدم عوض در بيع و يا منافى با لوازم آن مى باشد. اين لوازم ممكن است ملازم با اطلاق عقد (مقتضای اطلاق عقد) يا ملازم با عقد مطلق (مقتضای ذات عقد) باشد. لوازم عقد مطلق يا عرفى است يا شرعى و هر يك از اين ها يا با بدون واسطه هستند يا با واسطه؛ اين چهار صورت مربوط به اطلاق عقد است و اشتراط خلاف آن باطل نمى باشد.

لوازم مطلق عقد (مقتضای ذات عقد) نيز يا عرفى است يا شرعى و در هر دو فرض نيز يا با واسطه است يا بدون واسطه؛ اين صور نيز يا مثل مقوم عقد هستند يا حكم عرفى يا شرعى غير منفك آن به شمار مى روند؛ مثلاً طلاق لازم شرعى نكاح به شمار مى رود و از آن منفك نمى شود؛ ولى با فرض عدم آن نيز عقد قابل تصوير مى باشد. (اين هشت صورت مربوط به مطلق عقد مى شود) سپس تصريح مى كند كه اين هشت قسم با قسم اول كه شرط در آن منافى با نفس عقد بوده است باطل مى باشد. دليل بطلان تمامى اين ها اولاً اجماع در تمامى فروض است. علاوه بر اجماع دليل بطلان شرطى كه منافى با نفس عقد باشد، عدم تحقق عقد است چون در حقيقت به تناقض منجر مى شود. همچنين اگر شرط مذكور منافات با مقوم عرفى يا با بدون واسطه داشته باشد، به دليل تناقض باطل است. موارد شش گانه ديگر نيز يا مغاير با لوازمى است كه شارع آن ها را جعل کرده و شرط مذكور مخالف با كتاب و سنت است يا لوازم عرفى است كه شارع آن ها را امضا کرده است و اشتراط شرط مخالف با آن مغاير با كتاب و سنت تلقى مى گردد؛ اما دليل تناقض در هيچ يك از صور شش گانه جارى نمى شود؛ حتى در جايى كه مقوم شرعى باشد چون حقيقت عرفيه محفوظ است و تصرف شارع در حقيقت به تخطئه عرف در مصداق بر مى گردد

۱. اصفهانى، محمد حسين كمپانى، حاشية كتاب المكاسب، ج ۵، ص ۱۵۵.

خلاصه آنکه شروط منافی اطلاق عقد صحیح؛ ولی شروط مغایر با ذات عقد و همچنین شروط منافی با مقتضای ذات عقد باطل هستند. همه این صور به دلیل اجماع و برخی دیگر علاوه بر اجماع به دلیل تناقض و برخی دیگر به دلیل مخالفت با کتاب و سنت باطل می‌باشد.^۱

از عبارت سید یزدی می‌توان فهمید که ایشان ملاک تشخیص را تلازم عرفی یا شرعی می‌دانند که از عقد منفک نمی‌شود. فرق ملاک سید یزدی با مرحوم خویی واضح است. ملاک سید یزدی تلازم عرفی یا شرعی با عقد است و این‌گونه نیست که همیشه منجر به تناقض شود، ولی ملاک مرحوم خویی تناقض می‌باشد.

بند سوم: دیدگاه برگزیده

از دیدگاه نویسنده، شرط مخالف با مقتضای ذات عقد به دو صورت می‌تواند تحقق داشته باشد. صورت اول به نحوی است که مستقیماً با منشأ عقد مخالفت و مغایرت داشته باشد. به عنوان نمونه؛ در ضمن عقد اجاره، شرط عدم ملکیت منافع لحاظ گردد. صورت دوم اینکه مستقیماً با اثر عقد منافات ندارد؛ اما به نحوی است که از لوازم لاینفک آن اثر به شمار می‌رود. به عنوان نمونه یکی از متعاقدين شرط کند که طرف مقابل در مبیع یا ثمن تصرف نکند. تصرف اثری است که به واسطه ملکیت ثابت می‌شود اما به‌گونه‌ای است که از لوازم لاینفک عرفی به حساب می‌آید. ذکر این نکته ضروری است که نفی تمامی تصرفات با اثر عقد منافرت دارد؛ اما نفی تصرف خاص مانند فروش یا سکونت در منزل یا دیگر تصرفات خاص با آن تلازم ندارد.

بعد از ذکر این دو صورت می‌توان گفت شرط مخالف مقتضای ذات عقد به این دلیل که منتهی به تناقض پایدار می‌گردد، باطل است. مهم‌ترین عاملی که فقها آن را علت بطلان شرط و عقد در مورد شرط خلاف مقتضای ذات عقد می‌دانند، عامل تنافی و تناقض بین مضمون عقد و شرط است. بدین ترتیب هر عقد، مقتضای اثری است که تعلق آن اثر، غرض و هدف پیدایش عقد است، حال در صورتی که شرطی در عقد مطرح گردد که آن اثر را نفی کند، به معنای آن است که طرفین عقد از یک‌طرف وجود عقد را اراده کرده‌اند و از طرف دیگر عدم آن را خواسته‌اند؛ نهایتاً این دو اراده در مقابل هم صف‌آرایی می‌کنند که موجب بروز تناقض می‌شود. بایع نمی‌تواند هم بیع را اراده نماید و هم خواستار عدم مالکیت مشتری بر مبیع باشد.

۱. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۲.

در جمع‌بندی نهایی می‌توان گفت که نظر مرحوم خوئی در این مقام دقیق به نظر می‌رسد و ملاک کشف تناقض دائمی است و این ملاک در آثار لاینفک نیز وجود دارد که توضیح آن گذشت.

گفتار دوم: معیار تشخیصی شرط مخالف شرع

معیار تشخیص شروط مخالف احکام الهی از شرط مخالف مقتضای ذات عقد از مسائل چالشی و اختلاف‌برانگیز بین فقها و حقوق‌دانان می‌باشد. شیخ انصاری بر این باور است که کتاب و سنت دارای احکامی هستند که قابل تغییر هستند؛ یعنی شارع مقدس اجازه تخلف از بعضی از احکام را داده است. برای مثال در وضعیت‌های خاصی، شارع برای دو طرف معامله یا یکی از طرفین حق فسخ معامله را قرار داده است. در جایی دیگر شارع اسقاط تمامی خيارات را با توافق طرفین تأیید نموده است؛ و این نشان می‌دهد که احکام وضع شده در مورد خيارات به وسیله‌ی قرارداد و شروط ضمن آن قابل تغییر هستند. نتیجتاً به شرط مبتنی بر اسقاط خيار عیب نمی‌توان نامشروع گفت. این تفاوت در نحوه‌ی وضع احکام الهی ضرورت تفکیک احکام الهی را از یکدیگر حادث نموده است. براین اساس فقها در هنگام بحث از شرط مخالف کتاب و سنت، به بیان ضابطه‌ای برای تمییز احکام قابل تغییر از احکام غیرقابل تغییر پرداخته‌اند. البته لازم به ذکر است که اگر احکام الهی همگی غیرقابل تغییر می‌بودند دیگر هرگاه حکم دیگری (البته خارج از دو عنوان ضرر و حرج) بر موضوع ثابت شود، به‌ناچار میان دلیل حکم وجوب یا حرمت اولی و حکم دیگر تعارض واقع خواهد افتاد.^۱ در پایان شیخ انصاری نتیجه می‌گیرد که اگر شرط، بر موردی تعلق گیرد که از قبیل قسم اول باشد، التزام به آن مخالف کتاب و سنت نیست و اگر شرط بر موردی تعلق گیرد که از قبیل قسم ثانی باشد، التزام به آن مخالف کتاب و سنت است.^۲ در واقع ضابطه‌ی ارائه شده توسط شیخ انصاری مبنی بر اینکه اگر شرط مخالف احکام قابل تغییر باشد، باطل و در غیر این صورت صحیح است. ضابطه‌ی دقیقی است، اما این ضابطه به‌خوبی به جواب مسئله‌ی اصلی نمی‌پردازد که نهایتاً کدام شرطی مخالف کتاب و سنت است و کدام نیست؟ در واقع این ضابطه‌ی شیخ انصاری خود نیازمند ضابطه‌ی دیگری است که مشخص کند کدام حکم الهی قابل تغییر است و کدام نیست. آیت‌الله بجنوردی ضابطه‌ی تشخیص شرط مخالف کتاب و سنت را در این می‌داند که شرط با

۱. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، ج ۶، ص ۲۰۴.

۲. همان، ج ۶، ص ۲۰۵.

آنچه شارع ثابت نموده منافق باشد و یا اینکه شرط، مثبت چیزی باشد که شارع آن را نفی نموده است، پس اگر شرط شود که عمل حرامی انجام گردد یا عمل واجبی ترک گردد، این شروط قطعاً مخالف کتاب هستند. برای اینکه ارتکاب فعل حرام و ترک عمل واجب از چیزهایی است که شارع آن را نفی و منع نموده است؛ اما اگر انجام یا ترک عملی که واجب یا حرام نباشد (چه اینکه مستحب باشد یا مباح یا مکروه) شرط گردد، چنین شرطی مخالف کتاب و سنت نیست. برای اینکه شارع انجام و یا ترک احکام غیر الزامی را منع نکرده، پس چنین شروطی مخالف آنچه شرع ثابت کرده و یا مثبت آنچه شرع منع نموده است، نمی‌باشند.^۱ در احکام وضعی آنچه شارع به لحاظ حال شخص و رعایت حال وی وضع نموده است (چه برای آن شخص و یا اشخاص متعدد) شخص مسلط بر آنهاست، مانند باب حقوق؛ بنابراین شرط اسقاط چنین احکامی که توسط کتاب و سنت وضع شده است، مخالف کتاب و سنت محسوب نمی‌شود، برای اینکه وضع و رفع آن به دست صاحب حق قرار داده شده است. اگرچه از طرف شارع، جعل شده باشد، مانند اغلب اختیارات. در مقابل دسته اول، احکام دیگری وجود دارد که جعل آن از طرف شرع برای رعایت حال شخصی نیست بلکه جعل آن مانند جعل سایر احکام به تبع مصالح و مفاسدی که در متعلقات آن هست صورت گرفته که بر دو قسم می‌باشند.

اول: آنچه که شرط از اسباب وجودی آن نمی‌باشد. به طور مثال طهارت که به شیوه‌ی خاصی حاصل می‌گردد و نمی‌توان با شرط نمودن آن را حاصل نمود. پس شرط وجود و یا عدم اعمالی که از این قبیل باشند در هر حالی باطل است. برای آنکه اولاً غیرمقدور است، ثانیاً با آنچه که شرع جعل نموده است، مخالف می‌باشد.

دوم: غیر از این‌ها، مواردی است که امر مباحی برای همیشه ترک شود یا اینکه انجام عمل مباحی برای همیشه شرط گردد. ظاهراً چنین شروطی نمی‌بایست تحریم حلال و مخالف کتاب و سنت باشد؛ زیرا ترک آنچه واجب نیست، جایز شرعی است.

مرحوم احمد نراقی نیز در بیان نحوه‌ی تشخیص شروط مخالف کتاب و سنت عنوان می‌کند که مراد از شرط مخالف کتاب و سنت این است که حکمی برخلاف آنچه که در کتاب و سنت به طور عموم و یا به طور خصوص ثابت گشته، واقع گردد و تفاوتی نمی‌کند که حکم از احکام طلبی باشد یا وضعی، همان‌طور که در کتاب و سنت ثابت است که طلاق در اختیار مرد باشد و نمی‌توان شرط نمود که طلاق در اختیار او نباشد و ثابت است که «الناس مسلطون علی اموالهم» پس نمی‌توان شرط نمود که شخصی بر اموالش سلطنت نداشته باشد و ... سپس ایشان عنوان می‌کنند که شرط نمودن اینکه مشتری

۱. بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ص ۲۲۹ و ۲۳۰



برای مدتی معلوم در مبیع تصرفی ننماید، مخالف کتاب و سنت نمی‌باشد، زیرا تصرف مشتری در مبیع همانند مثال‌های قبلی و به محکمی آن مثال‌ها ثابت نشده تا شرط عدم تصرف، مخالف کتاب و سنت باشد؛ زیرا که آنچه در کتاب و سنت ثابت شده جواز تصرف است و امر مخالف با آن عدم جواز تصرف است. لذا اگر شرط عدم جواز شود باطل است، اما اگر شرط عدم تصرف شود این شرط مخالف کتاب و سنت نیست، زیرا آنچه در کتاب و سنت ثابت شده صرفاً جایز بودن تصرف است و لذا شرطی که جایز بودن تصرف را منع نماید باطل است.^۱ اگر گفته شود که در کتاب و سنت ثابت شده که تصرف مشتری در مبیع جایز است و شرط عدم تصرف مشتری در مبیع برای مدتی معین، مستلزم عدم جواز تصرف می‌باشد، می‌گوییم خیر چنین نیست؛ زیرا این شرط مستلزم عدم جواز تصرف نیست. در این شرط، مشروط، عدم تصرف است نه عدم جواز آن.^۲ بنابراین فاضل نراقی، شرط مخالف کتاب و سنت را شرطی می‌داند که دربرگیرنده‌ی حکمی تکلیفی یا وضعی می‌باشد که آن حکم با حکم کتاب و سنت مخالفت دارد.

در مورد دیدگاه مرحوم نراقی این اشکال مطرح است که طبق ضابطه‌ی مدنظر ایشان، شرط نمودن عدم جواز تصرف مشتری حتی برای مدتی معین، حکمی برخلاف کتاب و سنت محسوب می‌شود و حال آنکه صحت چنین شرطی در نزد اکثر فقها پذیرفته شده است. حال از مجموع معیارهای ارائه شده توسط فقهای امامیه می‌توان معیارهای زیر را برای تشخیص شروط مخالف کتاب و سنت از شرط خلاف مقتضای ذات عقد ارائه نمود: به‌طور کلی شرطی غیرمشروع و مخالف کتاب و سنت محسوب می‌شود که با آن دسته از احکام کتاب و سنت که غیرقابل تغییر هستند، مخالفت داشته باشد. پس شرط خلاف احکام قابل تغییر کتاب و سنت، شرطی مشروع، صحیح و لازم الوفا می‌باشد.

اگر شرط، مخالف یکی از احکام حرمت و وجوب باشد، بی‌شک چنین شرطی باطل و نامشروع است. مثلاً شرط ترک نماز یا شرط نوشیدن شراب مسکر؛ اما اگر شرط مخالف یکی از مباحات (احکام غیر از محرمت و واجبات) علی‌الاصول مخالف کتاب و سنت محسوب نمی‌شود. چون حوزه‌ی مباحات، متعلق به خواست و اختیار انسان است؛ اما هرگاه شرط ترک مباح به‌گونه‌ای منعقد گردد که موجب تحریم حلال گردد، مخالف کتاب و سنت محسوب می‌شود و ضابطه در اینجا این است که شرط ترک مباح نسبت به مصداق یا مورد خاصی از مباحات آن هم نه برای مدت زمان مجعول یا به‌طور دائمی، بلکه برای

۱. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام فی بیان قواعد الأحکام*، ص ۴۷

۲. همان، ص ۴۷

مدتی مشخص، صحیح و مشروع محسوب می‌شود؛ اما شرط ترک نوعی امر مباحی برای همیشه غیر مشروع و باطل می‌باشد.

در مورد احکام وضعی نیز، بایستی گفت که احکام وضعی به دو صورت هستند یا اینکه آن احکام در مورد وضعیاتی است که شارع مقدس آن‌ها را تحت اختیار و سلطنت انسانی قرار داده است که شرط خلاف چنین احکامی، مشروع و صحیح می‌باشد؛ اما برخی از احکام به گونه‌ای هستند که تغییر در وضعیت آن‌ها خارج از اختیار و توانایی انسان است. لذا شرط خلاف آن‌ها، شرط مخالف کتاب و سنت و لذا باطل می‌باشد.

گفتار سوم: رابطه بین شرط خلاف مقتضای ذات عقد با شرط مخالف شرع

به نظر می‌رسد وجه تمیز 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؛ درحالی که در شرط خلاف مقتضای عقد حلالی حرام می‌شود که به واسطه‌ی عقد حلال شده است؛ به طور مثال اگر در ضمن عقد، شرط شود که بایع برای مشتری شراب تهیه کند، در اینجا شرط، حرامی را حلال کرده که به اصل شرع حرام است؛ درحالی که در شرط عدم بیع آنچه به واسطه‌ی عقد حلال شده است که همان حق فروش مبیع است حرام شده است. در این رابطه، بین فقها بحثی وجود دارد با این عنوان که آیا شرط خلاف کتاب و سنت، شرط محلل حرامی است که به اصل شرع، حرام است و محرم حلالی است که به اصل شرع، حلال است یا آنچه توسط عقد به وجود می‌آید را نیز در برمی‌گیرد؟ پاسخ این سؤال را به راحتی نمی‌توان داد، چنانکه در برخی کتب فقهی، پیرامون آن بحث شده است و عده‌ای از فقها، قائل به آن هستند که منظور از حلال و حرام، حلال و حرام به اصل شرع است؛ صاحب جواهر الکلام در این زمینه چنین اظهار می‌دارد: «مشخص نیست که مراد از حلال و حرام آن چیزی است که با اصل شرع، ثابت می‌شود (قبل از آنکه عقدی منعقد شود) و آنچه توسط عقد، ایجاد می‌گردد مشمول حکم حرام و حلال نیست با آنکه حلال و حرام، اعم است از آنچه به اصل شرع ثابت شده است و آنچه توسط عقد ایجاد می‌گردد؛ اگر قول اول را برمی‌گزینیم این قول منافی قول فقها است مبنی بر اینکه شرط بایع بر مشتری مبنی بر عدم فروش مبیع را باطل می‌دانند، چون اگر عقد در نظر گرفته نشود در شرع مقدس، مانعی وجود ندارد که چیزی، ملک کسی باشد و آن را نفروشد و هبه نکند؛ و اگر قول دوم پذیرفته شود اشکالی که به آن مترتب است این است که منافی آن چیزی است که فقها به آن اذعان دارند، بلکه در کتاب مسالک الافهام در مورد آن ادعای اجماع وجود دارد که شرط عدم انتفاع از مبیع برای

مدت معین صحیح است یا شرط اسقاط خیار مجلس و خیار حیوان و امثال آن بلا اشکال است، وانگهی روایاتی وجود دارد که فروش کنیز به شرط عدم فروش و عدم هبه را صحیح می‌داند؛ درحالی که این شروط (عدم بیع و عدم هبه) مستلزم حرمت بیع و هبه بعد از شرط است. حال آنکه بیع و هبه به واسطه‌ی عقد حلال شده بود، بلکه ظاهر روایات، نشان‌دهنده‌ی جواز شرط منع از کارهایی ورای این دو نیز هست به استثنای ارث^۱، اما اشکال دیگری که بر قول دوم مترتب است آنکه شرط منع از هبه به این علت، باطل است که آنچه به واسطه‌ی عقد، حلال شده است حرام می‌کند و اگر حلیت و جواز هبه در مورد عقدی باشد که در آن، شرط عدم هبه مطرح نشده و در صورت شرط، جواز زایل می‌گردد.^۲ این مسئله در مورد هر شرطی مطرح است. هر عقد مطلقاً تا زمانی که قید نخورده باشد و مشروط نشده باشد موجب جواز تصرفات دایره‌ی اطلاق عقد می‌گردد، چون شرط منافای اطلاق عقد است... نظر ما بر آن است که قول اول مرجح است چون صفت حلیت یا حرمت قبل از عقدی مطرح است که واجد شرط است؛ عقد موجب حلیت و حرمت نیست که شرط، آن را حرام کند یا حلال، بنابراین مقصود، تحریم آن چیزی است که به اصل شرع، حلال است یا برعکس، مانند شرط محرومیت ارث در مورد کسی که وارث است یا شرط شرب خمر یا عمل زنا و مانند آن؛ بنابراین قاعده آن است که شرط جایز، شرطی است که قبل از اشتراط در ضمن عقد، برای مشروط علیه جایز باشد و مقتضای این جواز اشتراط، آن است که شرط عدم بیع و عدم هبه یا عدم وطنی جایز است»^۳.

با وجود آنکه صاحب جواهر، قول اول؛ یعنی تحریم حلال و تحلیل حرام به اصل شرع را مرجح می‌داند، اما به نظر می‌رسد نظر کسانی که قائل به باطل بودن شرط عدم بیع و عدم هبه هستند برخلاف این باشد، به جهت آنکه اگر ایشان را قائل به قول دوم ندانیم، پس به چه دلیل باید شرط عدم بیع و عدم هبه را باطل بدانند. علامه‌ی حلی شرط عدم بیع را به این جهت باطل می‌داند که شرط عدم بیع با روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» منافات دارد^۴، یعنی شرط عدم بیع، شرطی است که آنچه به واسطه‌ی عقد حلال شده، حرام می‌کند، ضمن آنکه صاحب جواهر نیز در عبارات خود به این امر اشاره می‌کند

۱. این روایات نشان‌دهنده‌ی آن هستند که قول دوم بی اعتبار است و صرفاً حلال و حرامی مورد نظر است که به واسطه‌ی اصل شرع تشریح گشته‌اند.

۲. جواز و حلیت تا زمانی است که شرطی برخلاف آن وجود نداشته باشد.

۳. صاحب جواهر، محمد حسن بن یاقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۳، ص ۲۰۱.

۴. حلی، حسن بن یوسف، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ص ۹۰.

که پذیرش نظر اول با قول فقها، مبنی بر بطلان شرط عدم بیع و عدم هبه منافات دارد اما با توجه به اینکه او شرط عدم بیع را باطل نمی‌داند، نظر اول را برگزیده اما فقهایی مانند علامه‌ی حلی، شهید ثانی و... شرط عدم بیع را باطل می‌دانند.^۱ بنابراین می‌توان محتمل دانست که ایشان نظر دوم، یعنی این نگرش که تحریم حلال و تحلیل حرام، اعم است از حلالی که به اصل شرع ثابت شده و آنچه به واسطه‌ی عقد ایجاد می‌گردد؛ بنابراین در نهایت این نتیجه حاصل می‌گردد که از نظر کسانی که جعل شارع را در پدید آمدن مقتضای عقد، مؤثر می‌دانند تفاوت شرط خلاف کتاب و سنت و شرط خلاف مقتضای عقد در آن است که شرط خلاف کتاب و سنت، شرطی است که آنچه به واسطه‌ی شرع، حلال شده است حرام کند یا آنچه به واسطه‌ی شرع حرام شده حلال نماید مانند شرط ترک واجب و فعل حرام؛ اما شرط خلاف مقتضای عقد، شرطی است که در آن آنچه به واسطه‌ی عقد حلال می‌شود به وسیله‌ی شرط حرام شود؛ البته اینکه فقها نظر دوم را پذیرفته‌اند، برداشتی است که احتمال خلاف آن نیز وجود دارد اما آنچه به عنوان قدر متیقن می‌توان بیان کرد اینکه: تفاوت بین شرط خلاف کتاب و سنت و شرط خلاف مقتضای عقد، آن است که در شرط خلاف کتاب شرط، بدون لحاظ عقد و آنچه به واسطه عقد، ایجاد می‌شود خلاف شرع است، اما در شرط خلاف مقتضای عقد، منافات شرط با اثر عقد مطرح است؛ مثلاً شرط عدم استمتاع مطلق دارا باشد نکاح به این دلیل خلاف مقتضا است که اثر عقد نکاح، جواز استمتاع است و این شرط با اثر عقد نکاح مخالف است یا در شرط عدم بیع که خلاف مقتضای عقد پنداشته می‌شود شرط با اثری که به واسطه‌ی عقد به وجود آمده است منافات دارد و به‌طور کلی شرط خلاف مقتضای عقد با اثر عقد در ارتباط است درحالی که شرط خلاف کتاب و سنت بالمعنی الاخص ارتباطی به اثر عقد ندارد، مانند شرط ترک نماز ضمن عقد بیع اگرچه هر دو به منافات با شرط منتهی می‌گردد.

با توجه به مطالب بیان‌شده در مورد شرط مغایر با مقتضای ذات عقد معیار تشخیص آن که تناقض دائمی بود و همچنین مطالب ذکر شده در مورد شرط مخالف با شرع و معیار آن که مخالفت با احکام الزامی است، می‌توان گفت که رابطه بین این دو شرط عموم و خصوص من وجه می‌باشد. برای روشن شدن کامل مدعا سه مثال باید بیان گردد. دو مثال که بیانگر وجوه افتراق و یک مثال برای بیان وجه اشتراک. مثال اول که شرط مغایر با مقتضای ذات است، اما شرع از آن نهی نکرده است مثل بیع بدون حصول ملکیت. این شرط طبق معیار بیان شده نه ترک واجبی است و نه ارتکاب حرامی لذا منهی‌عنه شرع

۱. همان، ص ۹۵؛ شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۱۰۸.

نمی‌باشد و فقط با مقتضای ذات عقد بیع منافات دارد. مثال دوم که شرط مخالف با مقتضای ذات عقد نیست اما مخالف با شرع می‌باشد بیع مشروط به ارتکاب فعل حرامی مثل شرب خمر است؛ اما مثال سوم که هم مغایر با شرع و هم مغایر با مقتضای ذات عقد می‌باشد بیع قرآن به شرط حصول ملکیت برای کافر است در این مثال این شرط هم منهی‌عنه شرع می‌باشد و هم مغایر با مقتضای ذات عقد است، چرا که ملکیت آن که مقتضای ذات عقد است برای شخص حاصل نمی‌گردد. از طرفی مالک کردن کافر بر قرآن نیز کار حرامی است. به صورت کلی فروش کالایی به شخص دیگر مشروط به اینکه شخص ثالث مالک آن شده و کار مخالف با شرعی با آن انجام دهد. شرط مخالف با شرع و مقتضای ذات عقد است.

چنانچه حتی قائل باشیم که شرط خلاف مقتضای عقد از جمله شروط نامشروع به حساب می‌آید چگونه باید بپذیریم که در چنین حالتی عقد متضمن آن محکوم به بطلان است، مگر نه این است که بسیاری شروط نامشروع وجود دارند که به اتفاق آرای تمامی فقها فقط باطل هستند و تأثیری در صحت عقد ندارند (هرچند که در بعضی موارد نیز بعضاً قائل به بطلان عقد هستند) پس چگونه ممکن است شرط خلاف مقتضای عقد را که در حکم شرط نامشروع دانسته‌اند، فی‌البداهه محکوم به مبطلیت کنیم؟ قانون مدنی صراحتاً در ماده ۲۳۲، شرط نامشروع را باطل، ولی عقد متضمن آن را صحیح اعلام نموده است و دیگر جایی برای اعلان بطلان عقد در چنین حالتی وجود ندارد پس به طریق اولی شرط خلاف مقتضا را اگر در حکم شرط خلاف شرع بدانیم دیگر صحبت از بطلان عقد امری غیر عقلایی جلوه خواهد کرد. از این رو معلوم می‌شود به دلیل بیان موضوع و احکام شرط نامشروع در ماده ۲۳۲ قانون مدنی، بحث این که شرط خلاف مقتضای عقد از جمله شروط نامشروع بوده و موجب بطلان عقد می‌شود، فاقد دلیل موجه قانونی می‌باشد چرا که چنین شرطی نهایتاً و به‌تنهایی شرطی باطل می‌باشد و تأثیری در صحت و نفوذ عقد نخواهد داشت.

مبحث سوم:

مناط تعیین مقتضای ذات و اطلاق عقد در پرتو فهم عرفی

گفتار اول: فهم عرفی در تشخیص مقتضای عقد

عرف عبارت است از فهم یا رفتار عموم مردم جامعه. صاحب جواهر در تعریف عرف می‌نویسد: ظاهر از واژه عرف، آنگاه که به صورت مطلق به کار رود، عرف عام است و با

آن، حقیقت لغویه ثابت می‌گردد.^۱ در این عبارت، مقصود او از عرف عام روشن نیست؛ اما در جای دیگر چنین اظهارنظر می‌کند: اوامر، انصراف دارند به چیزهای معهود و شناخته شده، یعنی آنچه در دست مردم است.^۲ بنابراین، می‌توان گفت: مقصود از عرف در کتاب جواهر، هر چیزی است که در میان مردم، به عنوان یک عادت و امر، شناخته می‌شود. به دیگر سخن، عرف مردم، چیزی است که نوع مردم، آن را می‌فهمند و متفاهم آنان است.

فهم عرفی، چه به لحاظ مفهوم و چه به لحاظ دشواری‌های تعریفی، ارتباط تنگاتنگی با عرف دارد. اگرچه در اصول فقه تصریحی به تفاوت میان عرف و فهم عرفی نشده است، اما با توجه به اینکه عرف به عرف عملی و عرف قولی تقسیم گردیده است و همچنین با توجه به کاربرد فهم عرفی در کتب فقهی، می‌توان گفت فهم عرفی بیشتر به معنای شناخت عرف از لغات و عبارات شارع، استفاده شده است.^۳ به این ترتیب، فهم عرفی در زمینه‌ی تفسیری به کارگرفته شده است، حال آنکه عرف بیشتر به رویه‌ها و رفتارهای عملی نظر دارد. به تعبیر دیگر می‌توان گفت عرف پدیده‌ای اجتماعی است حال آن که فهم عرفی، تصویر این پدیده‌ی بیرونی در ذهن فهم‌کننده‌ی آن است.

مقتضای عقد نیز اثری است که عقد به جهت تحقق آن اثر شکل گرفته است، بنابراین به‌نوعی می‌توان گفت علت‌های پیدایش عقد، مقتضای آن است که بدون آن عقد معنایی ندارد و در واقع هدف وسیله‌ای است برای وصول به آن هدف، عقود و ایقاعات در بستر جوامع شکل گرفته‌اند، مردم برای رفع اشتباهات خود، قراردادهایی بین خود تنظیم کردند که به واسطه‌ی این قراردادها نیازها و اغراض مردم جامعه مرتفع می‌گردید. شارع مقدس بسیاری از این عقود و ایقاعات را مورد تأیید قرار داد و از برخی از آنان نهی نمود، برای تحقق عقود با همان مقتضیات، مورد تأیید واقع گشت، البته شرایطی به آن افزوده شد، اما رکن و پایه اصلی عقد باقی مانده عقود اقتضاگر آثاری هستند که به جهت آن‌ها به وجود آمده‌اند، بنابراین برای تشخیص این آثار باید به موطن پیدایش آن‌ها مراجعه نمود و این

۱. همان، ج ۱، ص ۱۸۹: «انَّ العرف اذا اطلق ظاهر فی ارادة العرف العام و به تثبت الحقيقة اللغویة.»

۲. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۹، ص ۲۶۳: «انَّ الاوامر تنصرف الی المعهود المتعارف و هو الموجود فی أیدی الناس.»

۳. به عنوان نمونه: شیخ انصاری در بیان دلایل حجیت استصحاب: «إنَّ الأحکام تدور مدار الأسماء. أن مقتضى ظاهر دلیل الحكم تبعية ذلك الحكم لاسم الموضوع الذي علق عليه الحكم فی ظاهر الدلیل، فیراد من هذه القضية تأسيس أصل، قد يعدل عنه بقریة فهم العرف أو غیره. انصاری، شیخ مرتضی، *قرائد الاصول*، ج ۳، ص ۳۰۲؛ امام خمینی در کتاب البیع در خصوص اصل لزوم در عقود: «فالأیة الکریمة تدل لزوم العمل بالعقد، ولزوم ذلك بحسب الفهم العرفی أن العقود لازمة»؛ خمینی، سید روح الله، *کتاب البیع*، ج ۴، ص ۱۸

موطن، مکانی نیست جز جامعه و آنچه حکایت‌گر فهم و تشخیص جامعه است عبارت است از عرف به این ترتیب برای تشخیص مقتضای ذات عقد باید به عرف مراجعه نمود، پایگاهی که در آن، قراردادهای به وجود آمده‌اند؛ بنابراین همان پایگاه، تشخیص می‌دهد اثر ذاتی عقد که عقد به جهت تحقق آن شکل گرفت و نبود آن موجب نبود عقد است. جمعی از فقها عرف را به عنوان مرجع تشخیص مقتضای عقد پذیرفته‌اند، برخی از آنان به این امر تصریح کرده‌اند و بعضی صراحتاً اجازه‌ای به این معنا نداشته‌اند اما از فحوی کلام آنان می‌توان به نظر آنان پی برد.

محقق نائینی پس از آنکه پرداختن به مسائل مربوط به آثاری که شرع بر عقد مترتب می‌داند مربوط به مسئله‌ی قبل، یعنی شرط خلاف کتاب و سنت می‌شمارد بحث در مورد مقتضای عقد را مختص آثاری می‌داند که عرف و عادت بر منشآت عقد، مترتب می‌داند و در واقع مرجع مسائل مربوط به مقتضای عقد را عرف ذکر می‌کند «اما حق آن است که این بحث (مقتضای عقد) را مختص آثاری بدانیم که به حسب عرف و عادت، بر آنچه به وسیله‌ی عقد به وجود می‌آید مترتب می‌گردد. بحث، اولاً: مختص آثاری است که مقتضای ذات عقد هستند به گونه‌ای که اگر این آثار نباشند انشاء عقد، امری لغو و بیهوده است. ثانیاً آثاری که مقتضای اطلاق عقد است به گونه‌ای است که اشتراط عدم این گونه آثار، اطلاق عقد را قید می‌زند اما منافی مقتضای عقد نیست، این رفع اطلاق به گونه‌ای است که مقتضای عقد حفظ می‌شود.»^۱ از این دسته از فقها صرفاً شروطی مصداق شرط مخالف مقتضای عقد به شمار می‌آیند که برخلاف مقتضیات عرفی عقد باشند؛ زیرا معاملات غالباً ساخته و پرداخته عرف در راستای الزامات زندگی است. بر همین اساس برای تعیین اثر هر عقد باید به عرف مراجعه نمود؛ بنابراین چون عرف مؤسس اصل عقد به شمار می‌آید و اصل عقد را هم به لحاظ آثار آن تأسیس نموده است، پس همان معرف آن آثار به عنوان مقتضا می‌باشد.

هر عقد، اثر و مقتضایی دارد که حاصل شدن و تحقق این اثر، هدف متعاقدين از انعقاد عقد است و در صورت زوال این اثر، گویا عقدی باقی نمانده است. حال ممکن است تصور شود در صورتی که غرض متعاقدين از انعقاد عقدی، اثری باشد که عرفاً آن اثر به عنوان اثر اصلی و غرض شایع به شمار نیاید؛ مانند تاجری که غرض او از خرید چیزی فروش آن است و... سود به واسطه‌ی آن. حال در اینجا آیا می‌توان قابلیت فروش مبیع را مقتضای بیع و در نتیجه شرط عدم فروش را به جهت مخالفت آن با مقتضای عقد باطل دانست؟ پاسخ آن است که خیر منظور از غرض اصلی، مفهوم نوعی آن است و این عرف و عادت

است که غرض اصلی و اثر ظاهر عقد را تعیین می‌کند؛ بنابراین مقاصد شخصی نمی‌تواند ملاک واقع شود. محقق نایینی در این زمینه اظهار می‌دارد: «و شاید نظر مشهور بر عدم صحت شرط عدم بیع و عدم هبه در ضمن عقد به این علت باشد (آن‌ها جواز بیع و هبه‌ی مبیع را اثر ظاهر بیع می‌شمارد) اما این نظر، نیکو به نظر نمی‌رسد؛ زیرا نسبت ملکیت مبیع و جواز فروش آن به مثابه اثر ظاهر نیست، بلکه ممکن است در بعضی کالاهای، نسبت به بعضی اشخاص این گونه باشد. برای بعضی اشخاص قابل فروش بودن مبیع اثر اصلی خرید یک کالا باشد مانند تجار و بازرگان آنکه اجناس را به قصد فروش آن می‌خرند، اما ملاک و معیار بر مبنای اشخاص خاص نیست بلکه معیار آن چیزی است که عقد، نوعاً برحسب عرف و عادت اقتضا می‌نماید. از این قبیل است شرط خودداری از آمیزش در عقد نکاح (آمیزش اثر ظاهر عقد نکاح نیست)؛ همان‌طور که در این زمینه روایتی وارد گشته است.»^۱

شارع مقدس در تشخیص غالب موضوعات به فهم عرفی از آن موضوع، احاله داده؛ مگر آنکه خود تعریف جدیدی از آن موضوع ارائه دهد. در مورد عقود و ایقاعات نیز به همین ضرورت عمل شده است و پاره‌ای از احکام و شرایط بیان شده و در مابقی موارد فهم عرفی کافی دانسته شده است؛ بنابراین برای شناخت موضوعی که مورد حکم شارع واقع شده است، همیشه هم نمی‌توان به شرع مراجعه نمود، به جهت آنکه در غالب موارد شارع مقدس، مطابق عرف، سخن گفته است و خود تعریف جدیدی از آن موضوع ارائه نداده؛ مقتضای عقد به عنوان اثری که مقوم یک موضوع است و عقد، بدون آن در میان مردم معنا و مفهوم خود را از دست می‌دهد به تبعیت از موضوع، مطابق فهم عرفی تعیین می‌شود. محقق اصفهانی در این زمینه اظهار می‌دارد: «همانا عنوان مخالفت با کتاب و سنت با شرط عدم لازم همراه است نه عدم مقوم، چرا که شأن کتاب بیان لوازم و احکام است؛ و گرنه حقیقت بیع از مجعولات تشریعی نیست؛ بلکه موضوعی است برای مجعولات تشریعی.»^۲ این بیان مرحوم کمپانی در خلال مباحث مربوط به شرط خلاف مقتضای عقد، مورد بحث قرار گرفته است، وی اساساً شأن شارع را بیان لوازم و احکام می‌داند و پرداختن به مسائلی مانند مقتضای عقد که از مقومات عقد است را خارج از مجعولات تشریعی ذکر می‌کند، مسئله‌ی مقتضای عقد موضوعی است که به حقیقت و ماهیت عقد، مربوط می‌شود این مسئله از مسائلی نیست که شارع به آن پرداخته باشد، بلکه موضوعی است که مجعولات تشریعی بر آن حمل می‌گردد؛ بنابراین مقتضای عقد نیز مانند بسیاری از

۱. علی‌دوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۱۱۴.

۲. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، ص ۱۵۵.

موضوعات دیگری که شارع مقدس آن‌ها را به همان صورت عرفی پذیرفته و در مورد آن‌ها احکام و شرایطی وضع کرده است به همان صورت عرفی مورد پذیرش شارع قرار گرفته؛ بنابراین برای تشخیص آن باید به عرف مراجعه کرد. ضمن آنکه مقتضای ذات عقد موضوعی است که حقیقت عقد بر پایه‌ی آن استوار است و در صورتی که این پایه فرو ریزد کل عقد فرو می‌ریزد؛ مثلاً اگر اثر عقد بیع، تملیک عین نباشد، دیگر نمی‌توان به آن بیع گفت و همین امر در مورد سایر عقود صادق است؛ مقتضای عقد، مقوم عقد است، اگر شارع مقتضای عرفی عقود را تغییر می‌داد حقیقت عرفی به حقیقت شرعیه تبدیل می‌شد مانند اتفاقی که برای الفاظی چون صلات و زکات افتاد؛ حقیقت عرفیه‌ی این الفاظ قبل از آنکه این الفاظ در معانی شرعی استعمال شوند، چیز دیگری بود صلوٰه به معنای دعا بود و زکات به معنای رشد، اما استعمال این الفاظ در معانی شرعی رفته رفته حقیقت عرفی آن‌ها را تغییر داد؛ اما در مورد عقود و معاملات چنین اتفاقی نیفتاد و الفاظ آن‌ها بر حقیقت عرفی خود باقی ماندند، حال که حقیقت عرفی عقود و معاملات تغییر نکرده است به معنای آن است که مقتضای آن‌ها حقیقت عرفی خود را داراست و برای تشخیص آن باید به عرف مراجعه نمود.^۱

به عقیده دانشیان فقه، شارع مقدس ادله‌ی معاملات را به عرف واگذار نموده و خود غالباً در آن دخل و تصرف نکرده و همان چیزی را مورد امضاء قرار داده که از نظر عرف و عقلاً مصداق عنوان معامله می‌باشد.^۲ بنابراین امضائی دانستن احکام و مقررات و آثار و مقتضیات مستلزم اعتقاد به عرفی بودن آثار و مقتضیات عقود است: به تعبیر دیگر چون منبع ایجاد عقود و معاملات عرف و عادت جامعه است، آثار مقتضیات عقود نیز بازتاب تفکرات همان جامعه می‌باشد و شارع رفتار عرف را امضاء و تنفیذ نموده است،^۳ لذا برای تعیین مضمون توافق و آثار و مقتضیات و لوازم عقد باید به عرف مراجعه شود. فقههای امامیه نیز در خصوص مقتضیات عقود این اندیشه را برگزیده‌اند.^۴

۱. منصوری، محمد، ضوابط تشخیص مقتضای ذات عقد در حقوق ایران و فقه امامیه (مطالعه‌ی موردی: عقد صلح).

ص ۷۸.

۲. افشار، حسن، کلیات حقوق تطبیقی، ص ۱۲۰.

۳. گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، ج ۲، ص ۱۴۹.

۴. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *الاعنایین الفقهیه*، ص ۲۴۹: و المراد بمقتضیات ذات العقد ما یتحقق ماهیت العقد و صحتہ بها و بانتفاؤها تفوت الماهیه. سواء كان ذلك من الارکان الداخلیه او من اللوازم و الآثار الخارجیه و المرجع فی معرفه هذه الاشیاء العرف فی بعض المقامات بل اکثرها.

گفتار دوم: اراده متعاقدين در کنار فهم عرفی

عرف ناظر به مفاد تراضی، سنجۀ شناسایی آثار و لوازم غیرقابل انفصال از عقد به عنوان مقتضای اختیار می‌شود. چنانچه محقق نائینی در این خصوص با تقسیم منشآت عقد به دو دسته چنین اظهار می‌دارد: «فإن المنشآت العقدية تارة ينشئها العاقد أولاً وبالذات ويدلّ العقد عليه مطابقة... وأخرى ينشئها تبعاً وضمناً بحيث يعدّ من مداليل العقد التزاماً... ويدلّ عليه بالدلالة الالتزامية».^۱ از میان این دو نوع آثار، تنها آثار نوع اول را به عنوان مقتضای ذات تعیین می‌نماید.^۲ حسب نظر ایشان آنچه را که متعاقدين اولاً و بالذات اراده کرده‌اند، مقتضای ذات عقد است و بر همین اساس جهت تشخیص مقتضای انشای طرفین نیز مدنظر واقع می‌شود. شاهد آنکه در ادامه، اثر ظاهر از عقد را که تمام غرض و مقصود متعاقدين از انعقاد قرارداد، وصول به آن است نیز به عنوان مقتضای قلمداد می‌نماید؛ به گونه‌ای که سایر آثار را نسبت به آن از قبیل «ضمّ الحجر إلى جنب الإنسان» معرفی می‌کند که خاصیت چندانی ندارند.^۳

مبحث چهارم: محوریت مصلحت کامنه در تشخیص مقتضای عقد

گفتار اول: جایگاه مصلحت در تحقق موضوعات نوپدید فقهی

دیدگاه فقه‌های امامیه این است که احکام ریشه در مصلحت دارد و هر حکمی که در فقه جعل یافته به سبب مصالحی است که در آن وجود دارد.^۴ مصلحت موجود در احکام ممکن است مربوط به ذات فعل باشد. مثل اینکه نماز دارای مصلحت ذاتی است. گاهی نیز مصلحت به سبب ذات آن عمل نیست و چه‌بسا در برخی موارد عمل به آن سبب مفسده نیز بشود اما به سبب مصلحت نوعیه‌ای که بر آن مترتب می‌باشد آن حکم جعل گردیده است. مثل عمل به خبر واحد که مصلحت نهفته در ذات عمل نیست، بلکه برای حفظ نظام این مصلحت جعل شده است. از این‌رو بین مصلحت نهفته در ذات فعل با مصلحت به سبب بناء عقلاء فرق وجود دارد که یکی از وجوه تمایز آن این است که در

۱. نائینی، محمدحسین، منیة الطالب، ج ۲، ص ۱۱۲.

۲. همان، ص ۱۱۲.

۳. همان، ص ۱۱۳.

۴. خونی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۱، ص ۲۱.

مصلحت نوعیه عقلائیه شرط پذیرش آن بناء عقلاء است؛ اما در مصلحت نهفته از ذات فعل این امر شرط نمی‌باشد.^۱ نقش مصلحت منحصر در احکام اولیه نیست و اساساً فهم این نکته اثر عملی چندانی ندارد.

آنچه که نکته‌ی بسیار اساسی به شمار می‌رود، نقش مصلحت در احکام ثانویه است. احکام ثانویه یعنی احکامی که بر موضوعات به لحاظ عروض عناوین جدید حمل می‌شود.^۲ اگر در زمان و شرایط خاصی موضوعاتی با شرایط خاصی به وجود آمد فقه طبق مصلحت‌ها و مفسده‌های آن موضوع حکم را تبیین می‌کند؛ به عنوان نمونه موضوع شرب توتون در زمان میرزای شیرازی مفسده تسلط کفار بر مسلمانان را داشت که با تشخیص ولی فقیه زمان حکم حرمت آن ابلاغ شد. هرچند که عهد و توافقی هم با کفار و اجانب امضا شده بود، ولی مصلحت فعلی مسلمین اقتضای این را داشت که ولی فقیه با حکم ولایی، حکم صالح به منافع مسلمین را بیان کند.^۳

اگر مصلحت عمومی اقتضای تحقق موضوع جدیدی از عقود را داشته باشد، آن عقد محقق می‌گردد و فقیه با استعانت از ادله‌ی عمومی معاملات و تمسک به قوانین عام آن موضوع جدید را بررسی می‌کند و آن عقد تحقق می‌یابد. هدف از ذکر مصلحت در احکام اولیه و ثانویه این بود که مصلحت سبب تکون احکام اولیه و ثانویه است و به طریق اولی اگر مصلحت جامعه اقتضای این را داشته باشد که برای تسهیل امور مربوط به معاملات عقد جدیدی وضع گردد هیچ محذوری در آن وجود ندارد. از این روست که مراکز فقهی حکم معاملات را به صورت علمی بررسی می‌کنند؛ و در برخی از موارد نیز فقه حکم مسائل را از چند صد سال قبل بیان کرده است. فروش منی از اموری است که امروزه در دنیای معاصر تحقق دارد. همین مسئله چند صد سال پیش محل بحث و گفت‌وگو بوده است. عمده بحث آن است که ثابت گردد فقه شیعی انعطاف منحصر به فردی دارد و چنانچه برخی توهم کرده‌اند این گونه نیست که در شرایط بسته‌ای احکام خود را جعل کرده باشد و یا اینکه از قواعد عقلائیه پیروی نمی‌کند و یا اینکه محدود به ۱۵۰۰ سال باشد؛ بلکه فقه شیعی قواعد عقلائیه و معاملات عرفیه را امضا کرده است.^۴ همین امر موجب می‌شود که بتوان ادعا کرد که عمر برخی از قواعد فقهی به طول عمر آدمی روی

۱. فخلعی، محمد تقی، «چستی حکم عقلاء و نسبت آن با حکم عقل»، مجله فقه و اصول، شماره ۸۴، ۱۳۸۹، دانشگاه فردوسی مشهد، ص ۱۱۴.

۲. سبحانی، جعفر، الرسائل الاربع، ج ۳، ص ۹۰.

۳. خلخالی، سید محمد موسوی، حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه، ص ۲۳۶.

۴. جزایری، سید محمد جعفر، هدی الطالب فی شرح المکاسب، ج ۱، ص ۳۰۵.

کره‌ی خاکی است که بر عمومی‌ترین قوانین عقلائیه منطبق می‌باشد و همچنین اگر در مواردی عقلاء حکمی داشته باشند در صورت عدم معارضه با قوانین فقهی آن امر نافذ است مثلاً در سؤالی که از برخی مراجع در مورد بیمه شده است، این‌گونه جواب دادند که بیمه از عقود مستحدثه بوده و در عرف عقلاء معمول است و اگر شرایط عامه‌ی عقود را داشته باشد نافذ است.^۱ شارع مقدس این دوراندیشی را داشته و قواعد عمومی برای این امر جعل کرده است که با پیشرفت و پیدایش نیازهای جدید معاملاتی فقه شیعه هیچ‌وقت عاجز از جواب نبوده است؛ بلکه جلوتر از همه‌ی پیشرفت‌ها قواعد منطقی را جلوی پای بشریت گذارده است.

مصلحت اصلی‌ترین رکن احکام است چه در احکام اولیه و چه در احکام ثانویه و چه در تشخیص احکام موضوعات جدید و چه در همسو شدن با موضوعات جدید که طبق نیازهای جدید پدید گشته است. از مباحث گذشته این نتیجه حاصل شد که فقه با نیازهای جامعه حرکت می‌کند و فقها متقدم نیز بر این امر تأکید داشتند که اگر مصلحت اقتضای پدیداری عقود جدید داشته باشد و آن‌ها را به وجود آورد فقه برای تسهیل امور اجتماعی و برطرف کردن آن‌ها راهکار دارد و ازجمله این موضوعات امور مربوط به مباحث معاملات می‌باشد؛ البته ناگفته نماند بحثی بین فقها وجود دارد که برخی از آنان قائل به این هستند که عقود منحصر به زمان صدر اسلام می‌باشد و عقود جدید شرعی نیستند نظر اکثر فقها متقدم بر مطابق همین حکم بوده است. به‌عنوان مثال صاحب جواهر در مورد عقد مغارسه (کاشتن درخت) که از عقود متأخره محسوب می‌شود، می‌فرماید که این عقد باطل است چون اصل بر فساد می‌باشد^۲، ولی اکثر محققان معاصر مخالف با این نظریه هستند،^۳ البته این‌گونه هم نیست که اگر نظر انحصار عقود در زمان صدر اسلام را بپذیریم نتوانیم مشکلات مربوط به معاملات در عصر حاضر را حل نماییم. بلکه این قابلیت طبق پذیرش آن نظریه نیز وجود دارد اما سهولت نظریه مقابل را ندارد.

گفتار دوم: نقش مصلحت در شکل‌گیری مقتضیات ذات و اطلاق عقود

بیان شد که رفع نیازهای اجتماعی در بُعد معاملات از جمله مسائل بسیار ضروری محسوب می‌شود. یکی از این مسائل که باید حقوق اسلامی بدان پاسخگو باشد ارائه

۱. مکارم شیرازی، ناصر، استفتائات جدید، ج ۳، ص ۵۴۵

۲. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۱۴، ص ۹۳

۳. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۰، ص ۱۴۴

راهکارهای قوی برای برطرف کردن این نیازها است؛ به عبارت دیگر مصلحت برطرف کردن نیازهای ضروری مردم اقتضای وجود قوانینی دارد که با آن بتوان این نیازها را مرتفع ساخت. با توجه به مطالب بیان شده در مورد مصلحت و منزلت آن در منظومه فقه شیعی و همچنین مطالب ذکر شده در مورد نظرگاه اسلام درباره عقود جدید که مشمول ادله‌ی معاملات هستند، بیان می‌کنیم که اگر در جامعه ضرورت اقتضای تشکل عقود جدید را داشته باشد مصلحت پاسخگویی به نیازهای جامعه باعث می‌شود که معاملات جدید تحقق یابند.

عقد جدیدی که پدید می‌آید مثل تمامی عقود دیگر دارای مقتضیات ذاتی و اطلاق می‌باشد. به عنوان مثال اگر عقد بیع به وجود آمد نقل ملکیت از بایع به مشتری از مقتضیات ذاتی آن به شمار می‌رود که به تصریح فقها اگر شرط شود که بیع صورت بگیرد به شرط اینکه ملکیت منتقل نیابد درست نیست چون به مقتضای عقد مخالف می‌باشد. همچنین این عقد به وجود آمده اقتضائات اطلاق هم دارد. مثل اینکه اگر عقد بیع صورت گرفت و شرط نشود که کالا در یک شهر دیگر تحویل داده خواهد شد، اطلاق بیع اقتضای این را دارد که آن کالا در همان شهر تحویل داده شود. مقتضای ذاتی عقد به وجود آمده همان نیاز و ضرورتی است که به سبب آن عقد تکون یافته است؛ یعنی مقتضای ذات عقد همان نیاز است. به عنوان مثال اگر در شرایط فعلی مجبور باشیم وکالت را به صورت عقد لازم منعقد کنیم که از آن به وکالت بلاعزل نیز تعبیر می‌شود نیازی نیست که همیشه برای لزوم عقد وکالت آن را در ضمن شرط عقد لازم بیایند؛ همان‌طور که برخی از فقها به آن تصریح کرده‌اند،^۱ بلکه می‌توان عقد جدیدی برای وکالت به وجود آورد که ماهیت آن بر لزوم تحقق یافته است و تحقق عقود جدید بنابر نظر محققین از فقها اشکال ندارد؛ البته مشروط به آنکه تحت ضوابط شرع باشد. لذا اصل تشکیل عقود جدید بلا اشکال است.^۲

برخی از فقها کتاب مستقلی در این زمینه به رشته‌ی تحریر درآورده و در آن تصریح کرده‌اند که عقود مشروع منحصر به معاملاتی که در نصوص وارد شده نمی‌باشد، بلکه هر عقد جدیدی که در زمان متأخر از صدر اسلام منعقد شود مثل عقد بیمه و سرقفلی تا جایی که با قواعد عامه معارضه نکند و دلیلی برخلاف آن وارد نشود، این معاملات صحیح هستند. وجه صحت معاملات تمسک به اطلاقات ادله مثل «أو فوا بالعقود» (مأئده: ۱) و آیه

۱. عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۲۱، ص ۲۸۰؛ صیمری، مفلح بن حسن،

غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام، ص ۱۴۸

۲. خمینی، سید روح الله، *کتاب البیع*، ج ۱، ص ۷۰

«وَ أَخَذَنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا» (نساء: ۲۱) و همچنین آیه «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» (نساء: ۲۹) می‌باشد.^۱

در نظرگاه این فقها آنچه که مهم است تحقق عرفی بیع است و اگر عرفاً بیع تحقق یابد، مشمول ادله‌ی لزوم عقود مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌گردد؛^۲ البته نکته‌ی بسیار مهم و دقیقی که وجود دارد این است که این عقد وکالت لازم عقد جدیدی است نه اینکه ماهیت عقد وکالت جایز گذشته تبدیل به لزوم شده باشد. لذا احکام مخصوص به وکالت جایز در مورد عقد لازم به‌هیچ‌عنوان جاری نیست؛ البته برخی از فقها قائل به این هستند که عقود جدید باطل می‌باشد. یکی از ادله‌ی بطلان عقود جدید از نظر آن‌ها این است که عقود معاوضی از امور توقیفیه بوده و متوقف بر اذن شارع است.^۳ دلیل دیگر آن‌ها نیز این است که اصل در معاملات فساد است و اگر در معامله‌ای شک شود که صحیح است یا فاسد؛ اقتضای اصل بر فساد آن دلالت دارد، چون اصل بر فساد است.^۴

گفتار سوم: طرح نظریه مصلحت کامنه

دکتر جعفری لنگرودی یکی از تقسیمات اصلی مصالح را به این صورت تشریح می‌کنند: مصالح بر دو قسم است:

قسم اول: مصلحت عملی که صددرصد مصلحت کامنه است و آن مصلحتی است که مجرای عمل حقوقی در زمان حدوث عقد یا ایقاع با عنایت به آن مصلحت، وارد کار می‌شود. این مصلحت خود دو صورت دارد:

الف) مصلحت خصوص مورد

ب) مصلحت نوعی که ویژه خصوص مورد نیست مانند مصلحت کامنه در عقد بیع یا عقد نکاح و قرارداد بیمه و عقد اجاره و مساقات و مزارعه.

قسم دوم: مصلحت نظری که ویژه فقها و حقوق‌دانان است که دروس یا تألیفات یا مقالات ارائه می‌کنند. ایشان مصلحت نظری را قبول ندارند و آن را بدین صورت مورد نقد قرار می‌دهند:

۱. حسینی حائری، سیدکاظم، فقه العقود، ج ۱، ص ۲۷۲

۲. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان، ص ۱۴۲

۳. شهید نانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۵، ص ۷۲

۴. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۷، ص ۹۳

اولاً بحث مصلحت نظری به صورت قضایای کلیه است که دارای وجود ذهنی هستند، لذا وجود خارجی ندارند. در این مقام تجریدگرایی آفتی عظیم است؛ به طور مثال می‌گویند: همه اصناف عقد اجاره لازم است و یا همه اقسام عقد عاریه جایز است و حال اینکه جای بحث و تأمل بسیار است. به نظر می‌رسد معتقدان آن از عهده استدلال برنیامده‌اند.

ثانیاً قضایای نظری خالی از اشتباه نیست و حال آنکه در مصلحت عملی جایی برای نفوذ اشتباه نیست؛ لذا از موقعیت ممتازی برخوردار است.

ثالثاً در مورد مصلحت نظری اختلافات بین صاحبان نظران بروز می‌کند، چنانکه در رهن مستعار، سبق و رمایه و جعاله اختلافات دامنه‌دار وجود دارد و اگر کسی اهل اجتهاد باشد می‌تواند در آن‌ها اجتهاد کند تا بعداً شارحان قانون مدنی از نتیجه کار آنان بهره‌مند شوند.^۱ بیان شد که مصلحت نقش اساسی در تکون احکام و معاملات داشته است و همین مصلحت سبب شکل‌گیری مقتضیات ذاتی و اطلاقی عقود شده است. در صورت شک درباره‌ی لزوم یا جواز باید مقتضیات ذاتی آن بررسی گردد. اگر اقتضای عقدی مثل بیع بر لزوم باشد و شک در جواز آن به سبب شک در وجود خیار فسخ شود، اقتضای ذاتی آن یعنی لزوم استصحاب می‌شود.

مصلحت کامنه یعنی اینکه اولاً در نهاد عقد آن مصلحت وجود دارد. ثانیاً مخصوص آن مورد نیست و نوعیه می‌باشد. نظریه پرداز مصلحت نوعیه قائل به این است که تمسک به این مصلحت لزوم یا جواز عقد را تعیین تکلیف می‌کند. به عنوان مثال در صورت شک در لزوم یا جواز، اگر مصلحت کامنه اقتضای لزوم داشته باشد عقد لازم؛ و اگر اقتضای جواز داشته باشد، جایز است. در صورت شک در وجود خیار در بیع لازم، حکم به لزوم بیع می‌شود، چون مصلحت کامنه در عقد بیع اقتضای لزوم دارد. برای لزوم یا جواز عقود، به مصلحت استناد نشده است، بلکه به اموری استناد شده که درون یک فرهنگ خیالی مداربسته جای دارد، مانند بنا عقلاء و استصحاب. در حالی که این‌ها اساس درست ندارد؛ زیرا عمر این ادله از هزار و پانصد سال (عمر فقه) تجاوز نمی‌کند. حال آنکه قبل از ظهور شرع، سایر ملل (مانند روم و هند) هم عقود داشتند. مسلماً درباره لزوم آن‌ها تدابیری اندیشیده بودند.^۲ پس باید استدلال بر لزوم یا جواز عقود، مستند به امری باشد که فراگیر ازمنه و امکانه این جهان باشد، آن امر از نظر من مصالح عاقدین است؛ آنان غالباً مصلحت خود را در لزوم یا عدم لزوم عقد تشخیص می‌دهند؛ کیست که نداند نکاح یا بیع لازم

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائرة المعارف عمومی حقوق، ج ۴، ص ۳۷۰

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصرشناسی (المعجم المعاصر فی علم العناصر)، ص ۱۴۶

است؟ کیست که نداند ودیعه و وکالت و عاریه جایز است؟^۱ لذا این چنین پیشنهاد می‌دهند که راه حل منحصر کار این است که: اولاً مصلحت کامنه را به رسمیت شناخت و بی دلیل آن را انکار نکرد؛ مصلحت کامنه مانند چراغی است که راه تشخیص مصالح را روشن می‌کند؛ نه تنها در عمل مفید است، بلکه در مباحث نظری هم مانع مجردگرایی‌های اشتباه‌آمیز و لغزش‌ها است. ثانیاً در مقام کارهای نظری و اظهارنظر درباره لزوم یا جواز عقود و ایقاعات از فروغ مصلحت کامنه مدد گرفت آن وقت آسان تر می‌توان نسبت به لزوم عقود ذیل اظهارنظر کرد: (۱) لزوم عقد شرکت مدنی و تجاری (۲) لزوم عقد مضاربه (۳) لزوم هرگونه عقد مغاینه (۴) لزوم عقد قرض (۵) لزوم عقد معاوضه و (۶) لزوم مہایات.^۲ اگر از مصلحت کامنه تبعیت نمود نیاز نیست: اولاً برای لازم گردانیدن وکالت، آن را به طور صوری و ظاهرسازی ضمن عقد خارج لازم درآورد.^۳ ثانیاً نیز نیاز نیست که برای لازم گردانیدن وکالت شیوة «ارادۀ بدون مرجع»^۴ را به کار بست.

مبتکر نظریه ارادۀ بدون مرجع در واقع پشت به مصلحت کامنه کرده است و تابع مصلحت نظری است. نقص‌های کار در مصلحت نظری یکی و دو تا نیست و کافی است که در بحث لزوم و جواز بیع معاطات تتبع و تأمل شود که نشان بارزی از شیوة کار اکثریت و اقلیت در تشخیص مصالحی است که لزوم یک عقد (به معنی اعم کلمه) بر آن متکی است؛ آثار ضعف در آن شیوه در همین مثال به خوبی پیدا است. قانون مدنی هم در این مسئله سکوت محض کرده است و فرار را بر قرار ترجیح داده است.^۵

گفتار چهارم: نقد و بررسی نظریه مصلحت کامنه

فقه شیعی برای تعیین تکلیف مکلفان بر مدار حجیت می‌چرخد. استصحاب یکی از ادله‌ای است که شرع مقدس آن را بیان فرموده است و لزوم تمسک به آن برای اثبات مقتضیات عقود در صورت شک بر هیچ شخصی پوشیده نیست.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ص ۳۴۲

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه عمومی حقوق برپایه اصالت عمل: تئوری موازنه، ص ۱۸۸

۳. ماده ۶۷۹ق.م؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائره المعارف عمومی حقوق، ج ۱، ش ۳۲۱-۳۲۲

۴. همان، ج ۱، ش ۳۲۲ تا ۳۲۹

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ص ۲۵۲

بند اول: اشکال اول به نظریه مصلحت کامنه

اشکال اساسی این است که مصلحت کامنه با مقتضیات ذات عقد چه فرق اساسی دارد؟ برای واضح شدن مطلب در مورد فرق بین مقتضیات ذات عقد با مصالح کامنه توضیح مختصری ارائه می‌شود. عقود اموری اعتباری هستند که به سبب برطرف کردن نیازها منعقد شده‌اند در این بین نیاز نقش اصلی و محوری را دارد. مصلحتی که سبب پیدایش بیع شده، نقل ملکیت بوده و سببی که باعث ایجاد عقد اجاره شده نقل منافع بوده است؛ بنابراین اگر بیعی باشد بدون اینکه نقل ملکیت در آن تحقق یابد، بیع نیست و اگر اجاره‌ای باشد که نقل منافع در آن صورت نگیرد، عقد اجاره نیست. در این بین مقتضیات ذات عقد برپایه مصالح نوعیه شکل می‌گیرد و این مصالح نوعیه هستند که آن‌ها را به وجود می‌آورند. هر عقدی، آن مصلحت نوعیه‌ای را که عقد به خاطر آن پدید گشته است، برطرف می‌کند و فقها و حقوق‌دان‌ها از آن به مقتضای ذات عقد تعبیر می‌کنند؛ به‌عنوان مثال مصلحت نوعیه بیع، نقل ملکیت به صورت لزوم است و مقتضای ذات عقدی بیع بر نقل ملکیت به صورت لزوم دلالت دارد.

با توجه به مطالب فوق، سؤال این است که مصلحت کامنه در عقد بیع چیست؟ با توجه به عبارات نظریه‌پرداز، مصلحت کامنه در عقد بیع همان نقل ملکیت به صورت لزوم است؛ یعنی همان مصلحت نوعیه که عبارت بود از نقل ملکیت به صورت لزوم، سبب تكون و پدیداری عقد بیع شد و عقد بیع به مقتضای ذات بر نقل ملکیت به صورت لزوم دلالت کرد. از طرفی مقتضای مصلحت کامنه در عقد بیع نیز همان نقل ملکیت به صورت لزوم است؛ یعنی سه امر در اینجا واحد هستند. مصلحت نوعیه و مقتضای ذات عقد و مصلحت کامنه. مثل اینکه نیاز سبب شود که ماده‌ی شوری تولید گردد و آن را نمک نام‌گذاری کند. ذات این ماده به سبب برطرف کردن نیاز به عامل شوری پدید گشته است. مصلحت تكون نمک برای شوری است و ذات آن که متشکل از امور شور کننده است. تكون یافته است. مصلحت کامنه در این ماده نیز شوری است؛ البته نویسنده به این مطلب توجه دارد که اقتضای شوری نمک، ذاتی و از قبیل مصلحت نهفته در ذات است نه بناء عقلاء اما از باب تمثیل، تشبیه به امور عقلائیه شده است. این در صورتی است که مصلحت نوعیه در نهاد عقل را امری سیال ندانیم که با تغییر زمان و فرهنگ تغییر نمی‌یابد، اما اگر مصلحت کامنه را امری سیال بدانیم که با تغییر شرایط، آن مصالح نیز دگرگون می‌شود، اشکال انقلاب ماهیت عقود وارد است.

بند دوم: اشکال دوم به نظریه مصلحت کامنه

از عبارت‌های مبتکر نظریه مصلحت کامنه این‌گونه برمی‌آید که ایشان مصلحت کامنه را امری سیال می‌دانند که در این صورت اشکال دیگری وارد است.

برای روشن شدن مطلب یعنی اینکه مصلحت کامنه امری سیال باشد، مثالی بیان می‌کنیم. مصلحت کامنه‌ی عقد وکالت تا زمانی بر جواز دلالت داشته است، ولی تغییر شرایط سبب شده که مصلحت کامنه‌ی آن بر لزوم دلالت داشته باشد اگر مراد از مصلحت کامنه این باشد، اشکالی که وارد است این است که عقد وکالت سابق که بر جواز دلالت داشت با عقد وکالت فعلی که بر لزوم دلالت دارد موضوع واحدی نیستند، بلکه ماهیتاً دو عقد شده و احکام خاص خود را خواهند داشت؛ به‌عنوان مثال اگر شارع مقدس برای عقد وکالت جایز احکامی را جعل کرده باشد، نمی‌توان آن‌ها را به عقد وکالت لازم فعلی تسری داد، چون موضوعاً تغییر یافته‌اند.

یکی از ایرادات ایشان تجردگرایی و نظری بودن راهکار فقها است. اساساً اگر کسی هم بخواهد در امور مربوط به معاملات فقط نظری بحث کند، کار بسیار سخت و مشکلی است، چون ماهیت عقود بر اساس واقعیت‌های حقیقی عرفیه شکل یافته است و امری که چنین شد در مقام بررسی اگر کسی بخواهد این شئون را نادیده بگیرد، کار بسیار مشکلی است، یعنی نظری کردن این مباحث دشوار است.

بله برخی از مسائل مربوط به صیغ عقود ممکن است که ایراداتی داشته باشد که موارد قلیلی را شامل است، اما مسائل کثیره‌ای در بحث معاملات وجود دارد که کاملاً مطابق با واقعیت‌های عینی است. یکی از این مباحث تشخیص عقود لازم از جایز است و یا مسائل مربوط به عقد مضاربه و وکالت که بانک‌های فعلی کشور در مقام عمل برای شرعی شدن عقود از مباحثی که فقها مطرح کرده‌اند، بهره می‌گیرند، اگر این مباحث فقط نظری باشد، نباید کارآیی عملی داشته باشد، درحالی‌که این‌گونه نیست. پیش‌فروش‌ها، عقد بیمه، سرقفلی، عقد نسیه، شرایط وام‌های بانکی و ... از مصادیقی است که احکام آن در کلمات فقها آمده است؛ اما مشخصاً همین مبحث تشخیص عقد لازم از جایز و تمسک به ذات عقد و استصحاب آن به‌ظاهر نظری است، اما در مقام عمل اگر شخصی بیعی انجام داد و مدعی شد که اختیار فسخی بر آن قرار داده شده بود و به همین سبب دارای تزلزل است، در صورت شک، ذات عقد آن را که دال بر لزوم است، استصحاب کرده و در مقام عمل حکم به عدم جواز عقد داده می‌شود. این ثمره عملی است که از راه‌حل‌های نظری حاصل گشته است و کارکرد عملی دارد. خلاصه آنکه نظریه مصلحت کامنه، راه

ناقصی برای حل است و حجت شرعیه نمی‌باشد و تکمیل آن در عبارات فقها بیان گردیده است.

مبحث پنجم: تعیین مناط برگزیده در تشخیص مقتضای ذات و اطلاق عقد

اختلاط معیارها و مصداق‌ها و پراکندگی استدلال‌ها و نزدیکی بحث شرط خلاف مقتضای ذات عقد با شرط مخالف ذات عقد و شرط منافی با کتاب و سنت بر ابهامات موجود در خصوص مناط مقتضای ذات و اطلاق عقد افزوده به نظر می‌رسد تاکنون راه‌حل قاطعی در این خصوص توسط دانشیان فقه و حقوق ارائه نشده است، اما آنچه به عنوان یکی از دستاوردهای مهم کتاب حاضر می‌باشد ارائه جدید در مورد مناط تعیین مقتضای عقد به تفکیک مقتضای ذات و اطلاق عقود می‌باشد. از این‌رو در این مبحث با توجه به اینکه ضابطه و مناط تعیین مقتضای ذات عقد با اطلاق عقد متفاوت می‌باشند در دو گفتار به ارائه آن می‌پردازیم:

گفتار اول: مناط برگزیده در تشخیص مقتضای ذات عقد

بند اول: مناط شرع، عرف و اراده متعاقدين در بوته نقد

اولاً جعل شارع نمی‌تواند به‌طور مستقیم در تعیین و تغییر مقتضیات ذاتی عقود نقش ایفا کند، زیرا آثار و لوازمی که از ناحیه شارع بر عقود بار شده است، مقتضیات شرعی بوده و اشتراط برخلاف چنین مقتضیاتی، سالب اثر ذاتی عقد نیست تا خلاف مقتضای ذات عقد به شمار آید. چنانچه محقق ایروانی تأکید می‌کند: «شرط عدم اثر شرعی خارج از بحث اشتراط خلاف مقتضای ذات عقد است، اما داخل در شرط خلاف کتاب و سنت می‌باشد.»^۱ از این‌رو شرع به عنوان منبعی آگاه از مصالح و مفاسد احکام، مقرراتی را در کنار احکام عرفی که به‌طور مثال منجر به ربا نشود که در این صورت بطلان اعمال حقوقی به استناد مخالفت با شرع بوده و ارتباط با مقتضیات ذاتی و آثار عقود ندارد.

۱. ایروانی، علی، حاشیه‌المکاسب، ج ۲، ص ۶۵: «شرط عدم الأثر الشرعی له فهو خارج عن المقام [أی اشتراط خلاف مقتضی العقد] داخل فی شرط خلاف الکتاب والسنة»

ثانیاً درست که فهم عرفی یکی از مهم‌ترین منابع شناخت موضوعات است و عقود با توجه ضرورت‌های اجتماعی در بستر عرف جامعه شکل گرفته و عقود امر اعتباری از سوی عقلای عالم است که به تأیید شرع رسیده است و تشخیص ماهیت و مفهوم آن‌ها به عهده‌ی عرف است، اما در به‌طور مستقیم در تعیین و تغییر مقتضای ذات عقود نمی‌تواند نقش ایفا کند؛ از این‌رو مناط فهم عرفی نیز معیار قاطعی نیست و در تشخیص مقتضای ذات عقد دچار اشکالاتی است که منجر به تأسیس فقه جدید می‌شود. به تعبیر اشکال اساسی این است که اگر تعیین مقتضای ذات عقد را به عرف جامعه محول کنیم موجب انقلاب و دگرگونی ماهیت عقود می‌شوند. عرف جامعه در سر مرور زمان، دچار تحول و دگرگونی می‌شود؛ ولی مقتضیات و آثار ذاتی لاینفک عقود با گذشت زمان ممکن نیست دچار تحول و دگرگونی شوند. پس اگر مراد از عرف که مناط تعیین و تغییر مقتضای ذات عقد تلقی می‌شود این باشد اشکالی که وارد است این است که عقد سابق با عقد فعلی موضوع واحدی نیستند بلکه ماهیتاً دو عقد شده و احکام خاص خود را خواهند داشت به‌عنوان مثال اگر عقد وکالت جایز آثار ذاتی داشته باشد نمی‌توان آن‌ها را به عقد وکالت لازم فعلی تسری داد چون موضوعاً تغییر یافته‌اند. از این‌رو قائل شدن به عرف سبب انقلاب در ماهیات و ذاتیات عقود می‌گردد. از این‌رو عرف را نمی‌توان به عنوان معیاری جامع در جهت تعیین مقتضیات ذات عقود پذیرفت. بلکه امروزه بسیاری از عقود فاقد هرگونه ریشه عرفی بوده و تنها بر مبنای ضرورت‌ها و نیازهای جامعه ایجاد شده‌اند. همچنین با توجه به اصل حاکمیت اراده و پذیرش آن توسط قانون در عرصه قراردادها اراده طرفین می‌تواند پدیده‌های جدیدی را ایجاد کند که مصداقی در عرف نداشته باشد. به‌علاوه، قانون محدودکننده عرف است و با تبیین چارچوب آن، هر عرف مخالف را کنار می‌زند پس نمی‌توان با اتکا بر عرف مقتضای ذات یک عقد را تعیین کرد.

ثالثاً راه حل مصلحت کامنه که از سوی دکتر لنگرودی مطرح شده نیز اگر منظور همان مصلحت نوعیه در مقتضای ذات منعقد شده باشد مسئله‌ی جدیدی نیست؛ بلکه فقها به آن اشاره کرده‌اند و اگر امری سیال و غیرثابت باشد که در طول زمان دگرگون می‌گردد راه تشخیص مقتضای ذات عقد نمی‌تواند باشد، زیرا موجب انقلاب ماهیت عقود می‌گردد رابعاً تأثیر اراده طرفین به‌تنهایی یا به استعانت از عرف در تشخیص مقتضای ذات عقد نیز جهت تشخیص آن ناتمام است؛ زیرا اصل حاکمیت اراده در عقود، موجب آن است که آثار ذاتی عقود توسط اراده مشترک طرفین به‌گونه‌ای پایه‌ریزی شود که مسبوق به سابقه نباشد و ماهیت عقد قبلی به کلی از بین برود و عقد جدیدی را به وجود بیاورد که با ماهیت عقد قبلی منافات داشته باشد.

خامساً برخی حقوق دانان نیز تأکید کرده‌اند که به تعاریف قانون از عقود مختلف برای تشخیص ذات عقد توجه شود.^۱ طبیعی است اگر مراد ایشان منحصر دانستن شیوه تشخیص مقتضای ذات عقد به روش مزبور باشد، نظر اینان قابل انتقاد خواهد بود؛ زیرا درباره عقود معین، تعاریف قانون‌گذار ضرورتاً بیانگر همه حقیقت و جوانب ذاتی یک عقد نیست، کما اینکه تعریف قانون‌گذار در مواردی نظیر معاوضه^۲ و اجاره^۳ نمی‌تواند برای تشخیص مقتضای ذات کافی باشد. از سوی دیگر، ملاک مزبور درباره عقود غیرمعین نیز قابل استفاده نیست؛ زیرا عقود مزبور تعریف قانونی ندارند؛ برای نمونه یکی از قراردادهای نامعین، قرارداد انتشار^۴ است که در متون قانونی ایران (نه در قانون مدنی و نه در قوانین راجع به حمایت از پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری) تعریفی از آن نشده و احکام آن تبیین نگردیده است، پس چگونه می‌توان صرفاً با اتکا بر قانون مقتضای ذات آن را استنباط نمود؟^۵

بند دوم: مصلحت و ضرورت نوعیه کامنه مناط تشخیص مقتضای ذات عقد

به نظر می‌رسد مقتضیات ذات عقد بر پایه مصالح نوعیه شکل می‌گیرد و این مصالح نوعیه هستند که آن‌ها را به وجود می‌آورند. هر عقدی، آن مصلحت نوعیه‌ای را که عقد به خاطر آن پدید گشته است، برطرف می‌کند و فقها و حقوق‌دان‌ها از آن به مقتضای ذات عقد تعبیر می‌کنند. به عنوان مثال مصلحت نوعیه بیع، نقل ملکیت به صورت لزوم است و

۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی: شروط ضمن عقد، ج ۴، ص ۱۱۴.

۲. ماده ۴۶۴ قانون مدنی: «معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی می‌دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد».

۳. ماده ۴۶۶ قانون مدنی: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر، مالک منافع عین مستأجره می‌شود. اجاره‌دهنده را موجر و اجاره‌کننده را مستأجر و مورد اجاره را عین مستأجره گویند».

۴. البته توجه به این نکته مفید است که قرارداد انتشار (le contrat d'édition) در برخی نظام‌های حقوقی مانند نظام حقوقی فرانسه تعریف و مقررات ویژه دارد. در نظام حقوقی ایران به رغم وجود مقرراتی در زمینه حمایت از حقوق ادبی و هنری و به رغم پذیرش انتقال حقوق مادی مترتب بر خلق اثر، درباره قراردادهای واگذاری حقوق مادی مزبور از جمله قرارداد انتشار، مقرراتی تا کنون توسط قانون‌گذار وضع نگردیده است (برای بحث تفصیلی درباره‌ی قرارداد انتشار رک: محسنی، سعید؛ قبولی درافشان، سید محمد مهدی، «بررسی فقهی حقوقی ماهیت قرارداد انتشار»، مجله فقه و اصول، بهار ۱۳۹۲، شماره ۹۲، دانشگاه فردوسی مشهد، ص ۱۰۱ به بعد).

۵. قبولی درافشان، سید محمد مهدی؛ ثانی، امیر یوسف، «شروط مبطل پیش بینی شده در ماده ۲۳۳ قانون مدنی و امکان توسعه آن»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد، ص ۱۶۰.

مقتضای ذات عقدی بیع بر نقل ملکیت به صورت لزوم دلالت دارد. مقتضای ذاتی عقد به همان نیاز و ضرورتی است که به سبب آن عقد تکون یافته است؛ یعنی مقتضای ذات عقد همان نیاز، ضرورت اصلی و لاینفک است. این ضرورت و مصلحت نوعیه در نهاد عقد امری سیال نیست که با تغییر زمان و عرف عمومی جامعه تغییر کند و قابلیت انفکاک از ماهیت عقد ندارد؛ مانند اینکه نیاز و ضرورت سبب شود که ماده‌ی شیرینی تولید گردد و اسم آن را شکر نامگذاری کنند، ذات این ماده به سبب برطرف کردن نیاز به عامل شیرینی پدید گشته است. مصلحت نوعیه شکل‌گیری شکر برای شیرینی است و ذات آن که متشکل از امور شیرین‌کننده است، تکون یافته است. اگر شرایط فعلی اقتضاء کند وکالت به صورت عقد لازم منعقد گردد، نیازی نیست که همیشه برای لزوم عقد وکالت، آن را در ضمن شرط عقد جایز آورد؛ همان‌طور که برخی از فقها به آن تصریح کرده‌اند، بلکه می‌توان عقد جدیدی برای وکالت به وجود آورد که ماهیت آن بر لزوم تحقق یافته است و تحقق عقود جدید بنابر نظر فقها اشکال ندارد؛ البته مشروط به آنکه تحت ضوابط شرع باشد. بنا براین اصل تشکیل عقود جدید بلااشکال است.

بند سوم: استصحاب، مناط تشخیص مقتضای ذات عقد در صورت شک

مصلحت برطرف کردن نیازهای اجتماعی مردم سبب تحقق عقود جدید است که نقش اساسی در شکل‌گیری مقتضیات ذاتی و اطلاقی عقود جدید دارد. اگر شرایط اقتضاء کند با توجه به قواعد عمومی قراردادها، عقود جدیدی شکل می‌گیرند، چرا که بر آن است که عقود مستحدثه مشمول ادله‌ی معاملات هستند. یکی از این مصلحت‌ها مصلحت پاسخگویی به نیازهای جامعه در بحث معاملات می‌باشد. از این رو مقتضای ذات عقد برای پاسخگویی به آن نیاز شکل می‌گیرد و مقتضای اطلاقات عقد نیز با توجه به شرایط عرف در مقابل آن عقد جدید تحقق می‌یابد. از آنجا که بستر لازم برای تکون عقد جدید، نیاز خاصی بوده، همان تشکیل‌دهنده ذات عقد نیز می‌باشد. در صورت شک درباره‌ی لزوم یا جواز باید آن نیاز که بستر ساز تحقق عقد گردیده است، بررسی شود. به عنوان نمونه اگر برحسب مصالح عرفیه وکالت لازمه‌ای پدید آید که ذات عقد آن دلالت بر لزوم داشته باشد، در صورت شک به سبب وجود خيار فسخ، اقتضای ذاتی آن یعنی لزوم را استصحاب می‌شود؛ البته مصلحت‌های موجود در عقود منحصر به منافع اجتماعی نیست و ممکن است دیگر منافع و مزایا را داشته باشد.

گفتار دوم: مناط برگزیده در تشخیص مقتضای اطلاق عقد

ضابطه تشخیص مقتضای اطلاق عقد، عرف به تنهایی یا اراده اشخاص به تنهایی و یا عرف در کنار اراده اشخاص است؛ زیرا آثار اطلاق عقد قابلیت انفکاک از عقد را دارا هستند و نبود آن‌ها خللی در ماهیت عقد نمی‌کند با عرف عقلای جامعه و مصلحت کامنه و اراده طرفین قابلیت تعیین و تغییر را واجد می‌باشند. از این رو به نظر می‌رسد محذور انقلاب ماهیت عقود که توسط عرف، مصلحت کامنه و اراده اشخاص در صورت تعیین و تغییر مقتضای ذات عقد اتفاق می‌افتاد در مقتضای اطلاق عقد رخ نمی‌دهد؛ بنابراین با عرف عملی جامعه و اصل حاکمیت اراده طرفین می‌توان دست به تعیین و تغییر مقتضای اطلاق عقد زد. اغلب قوانین موضوعه به‌ویژه معاملات مبتنی بر عرف جامعه است، بنابراین مهم‌ترین مناط تعیین مقتضیات اطلاق عقود، عرف می‌باشد، اما به هنگامی که عرف جامعه در قالب مقررات قانونی و نقاب قانون به خود بگیرد، دیگر همان عرف سابق نیست، بلکه عرف تدوین شده در قالب قانون مقدم خواهد بود با این همه در صورت ابهام، اجمال و یا سکوت قوانین موضوعه در باب مقتضیات اطلاق عقود باید به عرف غیر مدون مراجعه شود. حقوق دانان نیز این عقیده را تأیید نموده و می‌گویند: اگر آثار و لوازم عقد ناشی از حکم قانون‌گذار باشد و نقش تراضی محدود به انتخاب نمونه قانونی و قرار گرفتن در آن موقعیت شود، بی‌گمان مرجع تمیز مقتضای عقد قانون است و نیازی به احراز قصد مشترک و رجوع به عرف نیست.^۱

به حکم اصل حاکمیت اراده آزادی افراد در انعقاد قرارداد به هر شکل و جواز کلیه تصرفات در اموال به هر نحو به عنوان اصل و قاعده پذیرفته شده و محدودیت‌ها را باید در موارد استثنایی جست‌وجو کرد. اصل حاکمیت اراده در قراردادها، اصل تحقق قرارداد و همه‌ی آثار و حقوق و تعهدات ناشی از آن (به جز آثار ذات عقد) با رعایت شرایط قانونی وابسته به اراده انشاء کنندگان آن است و هرگز قراردادی به شخصی که آن را اراده نکرده است، تحمیل نخواهد شد. بر این اساس افراد در تصرفاتی که در نفس و مال خود می‌کنند و در التزاماتی که بر عهده‌ی خود می‌پذیرند، آزاد هستند به‌گونه‌ای که می‌توانند اجزاء و مقتضیات عقود را کم‌وزیاد کنند، به شرط آن که اولاً این کار در حدود احکام شرعی باشد و ثانیاً با جوهر معامله در تناقض نباشد. پس در پوشش اصل حاکمیت اراده نمی‌توان اثر ذاتی عقد را خنثی نمود. در نتیجه‌ی این اصل اولاً افراد در انعقاد یا عدم انعقاد عقد، در انتخاب طرف عقد و در تعیین محتوای عقد آزادند و قراردادها اصولاً رضایی بوده و با هر

لفظ یا فعلی که دلالت بر مقصود کند محقق می‌شوند ثانیاً طرفین قرارداد ملزم به رعایت مفاد آن بوده و اثر قرارداد (ایجاد حق یا تکلیف) تنها در رابطه‌ی طرفین مؤثر است و در مقابل ثالث قابل استناد نخواهد بود. محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده را باید در یکی از سه عامل قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه جست‌وجو کرد.

اما شرع به‌تنهایی و به‌طور مستقیم ملاک تشخیص مقتضای اطلاق عقد نخواهد بود؛ زیرا از سوی شارع، جعل مستقیمی در خصوص آثار و مقتضیات اطلاق عقد صورت نپذیرفته است تا جعل شارع، مناط تشخیص واقع شود، بلکه حتی در صورت تعلق جعل شارع به آثار و مقتضیات به نحو مستقیم، شرط خلاف مجعول شرعی، شرطی نامشروع و غیرقابل نفوذ است، نه آنکه استناد فقدان نفوذ به چنین شرطی از باب خلاف مقتضا باشد.

فصل سوم: سنجش بطلان و صحت عقد مشروط به شرط مخالف مقتضای ذات عقد

مبحث اول: سنجش ادله مبطلیت شرط مخالف مقتضای ذات عقد

مبنای مبطلیت شرط خلاف مقتضای ذات عقد در میان فقهای امامیه مورد اختلاف بوده و برای توجیه باطل و مبطل بودن آن مبانی مختلفی را برگزیده‌اند.

گفتار اول: شرط مخالف کتاب و سنت

عده‌ای از فقها مبنای باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای ذات عقد را خلاف شرع بودن آن معرفی می‌نمایند؛ با این توضیح که ادله‌ای که از جانب شرع رسیده است؛ مثل دلیل «أوفوا بالعقود» و غیره مفید آن است که عقد نباید از مقتضای خود تخلف ورزد، پس اگر به واسطه‌ی شرط مقرر شود که عقد از مقتضای خود تخلف ورزد، خلاف ادله‌ی وفای به عقد بوده و در نتیجه باطل و مبطل است.

در این نظریه به نظر می‌رسد صرف مخالفت با شرع سبب بطلان عقد نمی‌گردد، بلکه از آنجا که صاحبان این نظریه، شرط را بخشی از ثمن می‌دانند، بطلان آن را به هر علت سبب بطلان عقد می‌دانند. در این باره از عبارات مذکور در جواهر الکلام چنین اندیشه‌ای به دست می‌آید: «لکن يظهر من جماعة منهم الفاضل في القواعد ان من المخالف للمشروع اشتراط ما ينافي مقتضى العقد، كشرط عدم البيع او الهبة او العتق او الوطى...»^۱ که این طرز تلقی از شرط خلاف مقتضا را به عده‌ای از فقها از جمله علامه حلی نسبت می‌دهد و حکم چنین شرطی را نیز در ادامه آورده است: «بل في الغنية من الشروط الفاسدة بلاخلاف، أن

۱. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۱۹۹.

یشترط ما یخالف مقتضی العقد، مثل أن یقبض المبیع ولا یتنفع به»^۱ در این بین، عبارت میرفتاح مراغه‌ای جالب توجه است که در بیان «شروط الاربعة الفاسدة»^۲ آورده است: شرط خلاف مقتضای ذات عقد را می‌توان از جمله شروط خلاف کتاب خدا و سنت به حساب آورد. چون احکام و آثار عقد به نوعی مورد توجه شرع قرار گرفته پس هرگونه مخالفت با آن‌ها موجب مخالفت با احکام الهی و سنت معصومین (علیهم السلام) است که حسب نظر میرفتاح «من جمله المبطلات للعقد: اشتراط الشرط الفاسد فیها، فانه مفسد للعقد»^۳

علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء نیز شرط خلاف مقتضای عقد، ذیل شرط خلاف کتاب و سنت آورده است: هر شرط منافی با مقتضای عقد، باطل است، مانند آنکه مشتری، کنیزی را بخرد به شرط آنکه بایع همچنان، ضامن مبیع باشد و در صورت تلف به خسارت وارده از مال بایع باشد.^۴ معنای آن، این است که هرگاه خسارتی بر مبیع، وارد شود بایع، ضامن آن خسارت باشد و همین طور اگر بایع بر مشتری شرط کند که آن را نفروشد یا او را آزاد نکند یا با او نزدیکی نکند؛ همانا این شروط، باطل هستند به دلیل منافات آن‌ها با مقتضای عقد همانا مقتضای عقد، ملکیت مشتری بر مبیع است و پیامبر (ص) فرمودند: «الناس مسلطون علی اموالهم...»^۵

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد علامه در انتهای کلام خود، مقتضای ذات عقد بیع را ملکیت مشتری می‌داند و شرط خلاف آن را به این علت، باطل می‌داند که با روایت

۱. همان، ص ۱۹۹.

۲. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقہیہ*، ص ۲۹۰: «الثانی: هو الشرط المخالف لمقتضی العقد...» و «یمكن ادراج هذا القسم من الشرط - بل القسم السابق ایضاً - فی عنوان «الشرط المخالف للكتاب و السنة» باعتبار ان الشرط المقتضى لتغير هيئة العقد او لعدم ترتب آثار اللازمه علیه او لجهالة العوض المشروط فيه العلم شرعا یكون مخالفا لما دلّ من الادله علی اعتبار ذلك کله من الكتاب و السنة»

۳. همان، ص ۳۶۲

۴. علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، ج ۱۰، ص ۲۴۶: یکی از آثار عقد بیع آن است که با انعقاد عقد بایع ضامن ثمن می‌گردد و مشتری ضامن مبیع، به این معنا که در صورت تلف مبیع خسارت آن به عهده‌ی خود مشتری است و بایع در این زمینه چیزی به عهده ندارد و در صورت تلف ثمن تلف از مال بایع است، حال در صورتی که مشتری شرط کند بایع پس از انعقاد بیع هم چنان ضامن مبیع باشد این شرط خلاف مقتضای عقد است.

۵. علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، ج ۱۰، ص ۲۴۷: قد بینا ان کل شرط ینافی مقتضی العقد فانه یکون باطلا، مثل ان یشتری جاریة به شرط ان لا خسارة علیه و معناه أنه متى خسر فیها فضا منه علی البائع؛ و کذا لو شرط علیه ان لا یبعها علی إشکال، أو لا یعقها علی إشکال، أو لا یطها، فإن هذه الشروط باطله، لمنافاتها لمقتضی العقد، فإن مقتضاء ملک المشتري و النبي صلی الله علیه و آله قال: «الناس مسلطون علی اموالهم»

«الناس مسلطون علی اموالهم» مخالف است. مفهوم این عبارت، آن است که علامه شرط خلاف مقتضای عقد را به این علت باطل می‌داند که مخالف کتاب و سنت است و برای بطلان آن مبنای مستقلی قائل نیست. پس همان‌طور که مشاهده شد شرط خلاف مقتضای ذات عقد به‌نوعی از شروط خلاف شرع محسوب گردیده است. شیخ انصاری در بیان دلیل بطلان شرط مخالف شرع چنین اظهار می‌دارد: «شرط منافی مقتضای عقد با کتاب و سنت که دال بر عدم تخلف عقد از مقتضای آن است مخالفت دارد. از این رو، چنین شرطی از مصادیق شرط خلاف کتاب می‌شود. به همین جهت است که علامه در تذکره گفته است: «شرط عدم بیع مبیع، منافی مقتضای ملکیت آن است و با گفته رسول الله (ص) مبنی بر اینکه الناس مسلطون علی اموالهم مخالفت خواهد بود.»^۱ پس معلوم می‌شود که برخی از فقها، شرط خلاف مقتضا را به عنوان شرط نامشروع تلقی و عقد را نیز محکوم به بطلان نموده‌اند.

گفتار دوم: تناقض بین مضمون عقد و شرط

یکی دیگر از دلایلی که برای بطلان عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد ارائه گردیده است، برقراری تناقض بین عقد و شرط می‌باشد؛ بدین ترتیب که عقد مقتضایی دارد و شرط نیز مدلولی؛ در صورت شرط خلاف مقتضای ذات عقد، مدلول عقد و مدلول شرط در برابر هم قرار می‌گیرند و نقیض یکدیگر می‌گردند؛ بدین معنا که وجود یکی مساوی نفی دیگری است، مانند روز و شب که نمی‌توانند در یک زمان یکجا جمع شوند این دو مقتضا نیز نمی‌توانند یکجا جمع شوند، در نتیجه یکی از این دو باید باطل و بی‌اثر باشد و دیگری ترجیح داده شود و نافذ بماند اما از آنجا که ترجیح یکی از این دو ترجیح بلامرجح است، هر دو بی‌اثر و باطل می‌گردند.^۲

اغلب محققان در کنار مبنای مخالفت با شرع و یا به‌طور انحصاری همین مبنا را برای بطلان شرط انتخاب نموده‌اند.^۳ در حقیقت مهم‌ترین و منطقی‌ترین مبنای بطلان شرط

۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، ج ۶ ص ۵۳؛ ان الشرط المنافی مخالف الكتاب و السنة الدالین علی عدم تخلف العقد عن مقتضاء فاشترط ملکیت، فیخالف قوله صلی الله علیه و آله: (الناس مسلطون علی اموالهم).

۲. داودآبادی، علیرضا، *نقش شرط در دگرگونی مقتضای عقد در فقه امامیه در حقوق ایران*، ص ۷۵

۳. کاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریرالمجله*، ج ۱، ص ۷۷؛ انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، ج ۶، ص ۴۴؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۹۰؛ صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام*، ج ۲۳، ص ۲۰۱؛ نائینی، محمدحسین، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، ج ۲، ص ۱۱۱؛ اصفهانی، محمدحسین، *حاشیة کتاب المکاسب*، ج ۵، ص ۱۵۳؛ یزدی، سیدمحمد کاظم، *حاشیة المکاسب*، ج ۲، ص ۱۱۲.

خلاف مقتضای ذات عقد تنافی است که میان عقد و شرط بروز می‌نماید. به تعبیر دیگر عمده وجه بطلان شرط به هنگام تنافی با مقتضای عقد همان امکان اجتماع صحت عقد با صحت شرط و عدم امکان اخذ به دلیل اوفوا بالعقود با اخذ به دلیل وجوب وفای به شرط است، برخی از محققان از این تنافی به قصد تحقق نقیضین تعبیر نموده‌اند.^۱ مقصود از این تعبیر این است که قصد انشاء شرط مستلزم عدم قصد انشای عقد است، زیرا مفاد عقد مالکیت خریدار را مقرر می‌دارد و مفاد شرط عدم مالکیت وی را افاده می‌نماید، پس قصد مفاد هر یک مستلزم عدم قصد مفاد و مدلول دیگری است، بنابراین وفای به چنین عقدی امکان‌پذیر نیست.

صاحب جواهر الکلام در این زمینه می‌فرماید: تردیدی در بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد نیست؛ زیرا شرط با اثر عقد در تناقض است؛ مانند این که در بیع شرط کنند که خریدار پس از خرید مالک مبیع نشود، باطل است.^۲

شیخ انصاری درباره شرط خلاف مقتضای عقد چنین اظهار می‌دارد: «مورد پنجم این است که شرط منافاتی با مقتضای ذات عقد نداشته باشد وگرنه چنین شرطی صحیح نخواهد بود به دو جهت، جهت اول اینکه در عقدی که مقید به این شرط است بین مقتضای آن عقد که تخلف ناپذیر است و بین شرطی که مستلزم عدم تحقق مقتضای آن عقد است، تنافی رخ خواهد داد؛ بنابراین با تقید عقد به چنین شرطی، وفای به این عقد محال خواهد بود»^۳

همان‌گونه که از عبارات شیخ انصاری برمی‌آید بطلان شرطی که با عقد منافات دارد، معلوم است، لکن باز هم جواب قطعی به مسئله داده نشده است و هر دو ادعای صحت و بطلان عقد در کنار هم آورده شده است و همان‌گونه که می‌توان عقد را باطل دانست، می‌توان آن را هم صحیح دانست، با این وصف مشخص می‌گردد وجود تنافی بین عقد و

۱. بجنوردی، حسن، *التواعد الفقهیه*، ج ۳، ص ۲۶۷: «فهذا يرجع القصد تحقق النقیضین، فیکون مثل هذا العقد باطلا قطعا، فضلا عن بطلان الشرط.»

۲. صاحب جواهر، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*؛ ج ۲۳، ص ۲۰۱: لا ریب فی بطلان منافی مقتضی العقد یعنی عوده علیه بالنقض، کاشترط عدم الملك فی المبیع.

۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، ج ۶، ص ۵۴: «الشرط الخامس: أن لا یكون منافیا لمقتضی العقد وإلا لم یصح، لوجهین: أحدهما: وقوع التنافی فی العقد المقید بهذا الشرط بین مقتضاه الذی لا یتخلف عنه و بین الشرط الملزم لعدم تحققه، فیسحیل الوفاء بهذا العقد مع تقیّده بهذا الشرط، فلا بدّ إما أن یحکم بتساقط کلّهما، وإما أن یقدّم جانب العقد، لأنّه المتبوع المقصود بالذات، والشرط تابع، وعلى کلّ تقدیر لا یصح الشرط.»

شرط یکی از دلایل قائل شدن به بطلان عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد مطرح گردیده است.

فقه‌های دیگری نیز به دلیل تنافی عقد و شرط با یکدیگر، هر دوی آن‌ها را محکوم به بطلان نموده^۱ و علت را عدم تحقق عقد به علت عدم اراده‌ی طرفین در تحقق عقد دانسته‌اند و با علم به این که شرط به تبع عقد محقق شده است صرف بطلان شرط را کافی ندانسته‌اند، چون عقیده دارند هردوی عقد و شرط از ابتدا با اراده‌ی طرفین به وجود آمده‌اند و چون هر دو در راستای قصد طرفین می‌باشند، لذا دلیلی بر ترجیح یکی بر دیگری نیست و بطلان شرط موجب از بین رفتن اراده و قصد مشترک طرفین شده از تحقق عقد نیز جلوگیری می‌کنند، از این رو حکم بر بطلان عقد مشروط در چنین وضعیتی داده‌اند. بنا بر توضیحات فوق، شرط خلاف مقتضای ذات عقد، تناقض را پدید می‌آورد و تناقض سبب بطلان شرط و عقد می‌گردد.

گفتار سوم: اخلال در تراضی طرفین

عده‌ای از فقها براین باورند که شرط ضمن عقد در راستای اراده طرفین و حسب تراضی آن‌ها در عقد ذکر می‌شود و چنانچه به علت این که خلاف مقتضای ذات عقد باشد، محکوم به بطلان گردد، عقد را هم به علت از بین رفتن مطلق تراضی باطل می‌کند.^۲ در نظرگاه این دسته، چون تراضی متعاملین بر اندراج شرط در عقد تعلق گرفته و شرط از حیث ایجاد مانند عقد تابع قصد و رضای مشترک طرفین می‌باشد، پس بطلان شرط نتیجه‌ای به غیر از بطلان عقد به همراه نخواهد داشت و نمی‌توان فقط شرط را باطل دانست و عقد را نگه داشت، چون مبنای وجودی هر دوی آن‌ها یکی است و وقتی که شرط در اثر بطلان از بین رفته تلقی شود، تراضی و اراده مشترک طرفین نیز مخدوش می‌گردد و در اینجا چاره‌ای جز بطلان عقدی که اراده کاملی در ایجاد آن وجود نداشته است، نخواهیم داشت. محقق کرکی در توضیح دیدگاه علامه حلی مبنی بر این که «اقوی بطلان بیع مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد است» بیان داشته است: «ای: إذا شرط شیئاً منافياً یبطل العقد المتضمن للشرط كما یبطل الشرط و وجه القوه؛ ان التراضی لم یقع الا علی المجموع من حیث هو مجموع، فاذا امتنع بعضه انتفی متعلق التراضی،

۱. محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ص ۴۱۵.

۲. همان، ص ۴۳۱.

فیکون الباقي تجارت لا عن تراض و هو الصح»^۱ که با دقت در عبارات محقق کرکی معلوم می‌شود ایشان عقیده دارد، چون تراضی به مجموع عقد و شرط با یکدیگر تعلق گرفته است و انتفای یکی از آن‌ها باعث انتفای متعلق تراضی خواهد شد و بحث «تجارت عن لا تراض» پیش می‌آید نهایتاً منجر به ایجاد غرر در عقد و بطلان آن می‌گردد. آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»^۲ صراحتاً بر تراضی اشخاص در جایی که قصد دست یازیدن به اموال یکدیگر را دارند، تأکید نموده است و عموم و اطلاق آن بیانگر این مطلب است که در کلیه قراردادها بایستی عنصر تراضی ملحوظ و محقق باشد تا بتوان با جمع سایر شرایط، تحقق عقد را اعتبار کرد. حال صحبت بر سر این است که چه اجرایی از عقد در تراضی که محصول اعمال اراده و اعلام آن حسب مذاکرات و عبارات مندرج در عقد است، تأثیر به‌سزایی دارند که از بین رفتن آن‌ها موجب اخلال در تراضی می‌شود؟ براساس عبارات علامه حلی و محقق کرکی و نیز بعضی فقهای دیگر من جمله میرزای قمی که بیان داشته: «ان العقود تابعة للقصد هو العقد مع الشرط لا منفردا و لا بشرط فطل المقصود لانتفاء جزئه و قصد الكل لا يكفي في قصد الجزء فاذا لم يكن الجزء مقصودا منفردا فلم يحصل له حكم...»^۳ مشخص می‌شود تأثیر شرط بر عقد آن چنان است که در صورت بطلان آن، تراضی در عقد از بین می‌رود و به دنبال آن عقد نیز یکی از ارکان اساسی خود را از دست داده، محکوم به بطلان خواهد شد.^۴ حال چنانچه بپذیریم که از یک‌سو، در اثر بطلان شرط، تراضی موجود طرفین در انعقاد عقد، به دلایلی از بین می‌رود و از سوی دیگر اراده‌ای که به وجود آورنده عقد و شرط در عرض یکدیگر بوده، در اثر بطلان شرط مختل می‌گردد، پس دیگر جای بحثی راجع به بطلان عقد در چنین حالتی باقی نخواهد ماند، چرا که خود قانون مدنی نیز در ماده ۱۹۰ به صراحت قصد و رضای طرفین را یکی از ارکان اساسی صحت معاملات قید کرده است و بدیهی است در صورتی که عقدی فاقد این عنصر اساسی باشد، دیگر جایی از اعتبار نخواهد داشت و بطلان چنین عقدی بی آنکه مورد شبهه واقع شود، واضح و مبرهن خواهد بود و در موضوع بحث و با توجه به مطالب فوق‌الذکر با استناد به قانون مدنی و آیه شریفه بیان شده و با پذیرش این که بطلان شرط،

۱. همان، ص ۴۳۲

۲. سوره مبارکه نساء، آیه ۲۹.

۳. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، ص ۳۰.

۴. شکیبانیان، محمدعلی، توجیه صحت عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد، ص ۴۷

عقد را از شمول «تجارت عن تراض» خارج و معامله را مشمول «تجارت لا عن تراض» خواهد کرد، بایستی حکم به بطلان عقد در چنین شرایطی نمود.

گفتار چهارم: ایجاد جهل به عوضین

یکی دیگر از عمده دلایل دیدگاه بطلان عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای عقد، ایجاد جهل به عوضین می‌باشد به نحوی که این جهل به عوضین موجب غرری شدن معامله می‌شود و به استناد روایات و احادیث چنین عقدی نیز باطل می‌باشد عبارت معروف «للشرط قسطاً من الثمن» بیانگر این است که شرط جزئی از ثمن است و بدیهی است با از بین رفتن آن مقداری از ثمن نیز از بین می‌رود و چون این مقدار از ثمن معلوم نیست پس ثمن معامله مجهول می‌گردد و این خود باعث به وجود آمدن «غرر» در معامله و تبدیل معامله صحیح به معامله غرری می‌شود و شکی در بطلان معامله غرری نیست.^۱ در بیان موضوع مورد بحث باید گفت چون شرط خلاف مقتضای عقد موجب جهل به عوضین (حداقل ثمن) می‌شود و در پی آن بحث معامله غرری پیش می‌آید، لذا حسب گفته فقهای قائل به این نظریه باید گفت که عقد مشروط در چنین وضعیتی محکوم به بطلان است و شکی نیز در آن وجود ندارد.^۲ پس در خصوص بطلان معامله غرری و عقد بیعی که یکی از عوضین آن مجهول باشد، شکی باقی نمی‌ماند؛ زیرا اگر بطلان شرط را به بیع تسری نشود، دیگر چه دلیلی وجود دارد که طرفین بر سر قید یا عدم قید شرط در ضمن عقد چانه‌زنی کنند و هیچ آدم عاقلی هم نمی‌پذیرد که طرفین بی‌جهت و برای هیچ، هزینه و وقت خود را با اندراج شرط در عقد، از بین ببرند، لذا اگر شرط از بین برود، ثمن نیز نامعلوم می‌گردد، چون شرط جزئی از آن است و معامله غرری شده و محکوم به بطلان است.

گفتار پنجم: اتحاد شرط و عقد

برخی از محققان معاصر بر این باورند که حسب مبانی فقه امامیه، توافق طرفین وقتی الزام‌آور است که به تأیید شرع برسد و به دیگر سخن، اصل حاکمیت اراده با توجه به

۱. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، ص ۳۱۲: «نهی النبی عن بیع الغرر»، «فی بطلان بیع الغرر مما لا کلام فیه»

۲. انصاری، مرتضی، *المکاسب*، ج ۶، ص ۲۸۷: «و لا تأمل ایضاً فی ان الشرط الفاسد لاجل الجهالة یفسد العقد لرجوع الجهالة فیه الی جهالة احد العوضین فیکون البیع غرراً.»

امضای شرع از طریق «المؤمنون عند شروطهم» و یا «أوفوا بالعقود» پذیرفته شده و چنین نیست که حاکمیت اراده طرفین، ذاتی و بدون تأیید شرع الزام‌آور باشد. تأیید شرع نسبت به اراده‌های اتخاذ شده، محدود است به اینکه مخالف با مقررات و احکام شرعی نباشد. حال در چنین قراردادی که مقید به شرطی شده که مدلول و مقتضای قرارداد منافات دارد دو توافق صورت گرفته: یکی اصلی و دیگری تبعی که مفاد توافق و اراده تبعی، عدم عمل به توافق اصلی است.^۱ بنابراین، چنانچه توافق تبعی جداگانه تشکیل شده بود، نه در ضمن عقد، باید به دلیل مخالفت آن با حکم شرع، مبنی بر الزام به ایفای عقد اصلی، قائل به بطلان توافقی تبعی و صحت اصلی می‌شود، ولی چون این دو توافق به گونه‌ای با یکدیگر تلفیق شده‌اند که گویا یک اراده و یک توافق شده و نهادهی واحد را تشکیل داده‌اند، لذا تأیید چنین نهادهی امکان‌پذیر نیست. به دیگر سخن، امر به وفا به چنین توافقی همانند آن است که شخصی به دیگری بگوید: مربع سه گوشه ترسیم کن! که بی‌تردید، امری نامعقول و تکلیفی ناممکن است؛ بنابراین، چنین شرطی، هم باطل و هم مبطل است.

به نظر می‌رسد قواعد حاکم بر شروط ضمن عقد تفاوت ماهوی با قواعد عمومی قراردادها ندارند و شروط تبعی دقیقاً از همان موازین و قواعدی تبعیت می‌کنند که بر شروط مستقل حاکم است. اگر برای صحت شرط ضمن عقد گفته می‌شود باید خلاف مقتضای ذات عقد نباشد، همان است که در شروط مستقل، یعنی قراردادهای عام گفته می‌شود باید خلاف شرع و یا خلاف کتاب و سنت نباشد (ذیل ماده ۱۰ ق.م). زیرا شرط خلاف مقتضای ذات عقد با حکم شرعی الزام شرع نسبت به عقد منافات دارد و لذا باطل و کأن لم یکن است.^۲ مبطل بودن شرط ضمن عقد خلاف مقتضا به خاطر ترکیب اتحادی دو اراده عقدی و شرطی و غیرقابل ایفا ساختن و در نتیجه نامعقول شدن الزام وفا به عقد است.^۳ نتیجه این تحلیل آن است که چنانچه طرفین در خارج از عقد، شرطی منعقد کنند که منافای با مدلول عقد باشد، به علت آن که خلاف شرع است، باطل است، ولی به علت آن که با عقد، مرکب واحدی را تشکیل نداده، مبطل عقد نخواهد بود.

۱. محقق داماد، سیدمصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ص ۱۳۷

۲. همان، ص ۱۳۷

۳. شکیبانیان، محمدعلی، توجیه صحت عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد، ص ۵۷

مبحث دوم: سنجش عدم مبطلیت شرط خلاف مقتضای ذات عقد

مسئله‌ای که در متون فقهی و حقوقی سابقه‌ی بحث تحت عنوانی مستقل برای آن مشاهده نشده، فرض عدم بطلان عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد می‌باشد. طرح چنین بحثی هرچند با قوانین فعلی به‌ویژه ماده ۲۳۳ قانون مدنی مغایر است؛ لکن تلاشی انتقادی و در راستای نیل به اهداف این پژوهش است. ازاین‌رو در این مبحث اثبات می‌نماییم برخلاف نظر مشهور فقها، شرط منافی با مقتضای ذات عقد باطل، اما عقد صحیح می‌باشد. به تعبیر دیگر فساد شرط تأثیری در مفسد بودن عقد ندارد. ازاین‌رو در وهله اول به نقد ادله مفسد بودن عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد پرداخته سپس ادله اثباتی و ایجابی در این زمینه ارائه می‌شود:

گفتار اول: ادله نفی

در این گفتار سعی بر آن شده تا با بهره‌گیری از آثار فقهی و حقوقی به نقد مبطلیت شرط خلاف مقتضای ذات عقد به‌ویژه دو مبنای عدم قصد انعقاد معامله و تعارض واقعی میان شرط و عقد پرداخته و از این رهگذر بطلان را مختص به شرط دانسته و عقد را از معرض زوال نجات داده شود.

بند اول: نامشروع نبودن شرط خلاف مقتضای ذات عقد

در مبحث دوم فصل دوم این کتاب به تفصیل در مورد معیار دوگانگی شرط نامشروع نبودن و شرط خلاف مقتضای ذات عقد سخن رانده شد و نتیجه این شد شرط خلاف مقتضای ذات عقد با اثر عقد در ارتباط است و مشمول حکم حرام و حلال نیست؛ درحالی که شرط مخالف شرع ارتباطی به اثر عقد ندارد، مانند شرط ترک نماز ضمن عقد بیع. چنانچه براین باور باشیم که شرط خلاف مقتضای ذات عقد از جمله شروط نامشروع به حساب می‌آید باید بپذیریم که در چنین حالتی عقد متضمن آن محکوم به صحت است، مگر نه این است که فقط شروط نامشروع به اتفاق آرای تمامی فقها و حقوق دانان باطل هستند و تأثیری در بطلان عقد ندارند، پس بر فرض مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد، نامشروع بودن چنین شرطی باشد، چگونه ممکن است شرط خلاف مقتضای ذات عقد را که در حکم شرط نامشروع دانسته‌اند، فی‌البداهه محکوم به مبطلیت کنیم؟ ماده ۲۳۲ قانون مدنی صراحتاً، شرط نامشروع را باطل، ولی عقد متضمن آن را صحیح اعلام

نموده است و دیگر جایی برای اعلان بطلان عقد در چنین حالتی وجود ندارد. در نتیجه به طریق اولی شرط خلاف مقتضای ذات عقد را اگر مصداق شرط خلاف شرع بدانیم، دیگر صحبت از بطلان عقد امری غیر عقلایی جلوه خواهد کرد. از این رو معلوم می‌شود به دلیل بیان موضوع و احکام شرط نامشروع در ماده ۲۳۲ قانون مدنی، بحث این که شرط خلاف مقتضای ذات عقد از جمله شروط نامشروع بوده و موجب بطلان عقد می‌شود، فاقد دلیل موجه قانونی می‌باشد، چرا که چنین شرطی نهائماً و به تنهایی شرط باطل می‌باشد و تأثیری در بطلان عقد نخواهد داشت.

بند دوم: نفی دلیل تناقض

تناقض بین مدلول عقد و مضمون شرط به عنوان مبنای بطلان عقد مطرح شده است. با این توضیح که در نتیجه‌ی درج شرط خلاف مقتضای ذات، مضمون عقد نافی مضمون شرط و مضمون شرط نافی مضمون عقد بوده که در این حالت تعارض حاصله منجر به تساقط عقد و شرط خواهد شد. بر این اساس اگرچه طرفین قصد تحقق عقد را داشته‌اند، اما به جهت تعارض، آنچه قصد شده، واقع نشده است (ما قَصِدَ لَمْ يَقَعْ) چرا که تحقق هر دو عقد و شرط در چنین حالتی معقول نخواهد بود و به ناچار حکم به سقوط هر دو خواهیم داد. در عین اتخاذ چنین مبنایی برای بطلان عقد، برخی از فقها ضمن حکم به بطلان شرط، در بطلان عقد تردید نموده‌اند و احتمال صحت عقد را بعید ندانسته‌اند. چنانکه مرحوم شیخ انصاری در مقام تبیین بطلان شرط و عقد می‌فرماید: یکی از دلایل بطلان چنین شرطی این است که در عقدی که مقید به چنین شرطی شده، میان مقتضای ذات عقد که از آن تخلف نمی‌کند با شرطی که ملزم به عدم تحقق مقتضای ذات عقد است تنافی و تعارض پدید می‌آید...؛ بنابراین ناچار یا به تساقط هر دو عقد و شرط حکم می‌شود یا آن که عقد مقدم بر شرط می‌شود؛ زیرا عقد متبوع و مقصود بالذات بوده، ولی شرط تابع آن است و در هر دو صورت چنین شرطی صحیح نیست^۱ برخی دیگر نیز با بیانی نزدیک به سخن فوق احتمال صحت عقد و منحصر نمودن بطلان به شرط را داده‌اند.^۲ مرحوم ایروانی در مقام بررسی دلیل اول مرحوم شیخ انصاری مبنی بر عدم وجوب وفای به عقد و شرط می‌فرماید: در شرط خلاف مقتضای ذات، عدم شمول اوفوا

۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، ج ۶، ص ۴۴

۲. اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، ج ۵، ص ۱۵۵؛ معروف حسنی، هاشم، *نظریه العقد فی الفقه*

بالعقود قطعی است، اما نسبت به عقد در خروج آن از شمول اوفوا بالعقود شک وجود دارد؛ بنابراین به عموم آن برای حکم به صحت عقد تمسک می‌شود، مگر اینکه گفته شود عقد و شرط فردی واحد از عام هستند و هنگامی که اوفوا بالعقود شامل شرط نشود، شامل عقد هم به طور منفرد نمی‌شود.^۱ در واقع علی‌رغم اتخاذ مبنای تناقض برای توجیه بطلان عقد و شرط می‌توان جانب عقد را ترجیح داده و شرط متناقض با عقد را حذف نمود.

بر این اساس می‌توان گفت در صورتی که شرط صریحاً یا التزاماً با مقتضای ذات عقد مخالف باشد، چنین شرطی فاسد بوده و اثری بر شرط فاسد مترتب نخواهد بود و با فرض عدم اثر بر چنین شرطی و حذف آن از پیکره‌ی عقد، تناقضی نیز در بین نبوده و با این بیان شرط صرفاً لقلقه‌ی زبان بوده و وجود آن مانند عدم آن می‌باشد.^۲

از سوی دیگر در بسیاری از مصادیقی که ذیل عنوان مخالفت با مقتضای ذات عقد مطرح شده‌اند با اندک مذاقه می‌توان تعارض حاصله را مرتفع نموده و میان عقد و شرط جمع نمود. به این صورت که در پاره‌ای موارد، تعارض میان مدلول شرط و عقد ظاهری بوده و با مراجعه به عرف و استمداد از ابزار تفسیر می‌توان تعارض را حل نمود. در این حالت تعارض غیرمستقر بوده و چنین مصادیقی تخصصاً از موضوع شرط خلاف مقتضای ذات عقد خارج خواهند بود. در واقع به علت فقدان شرایط تعارض، تضادی وجود ندارد تا صحبت از بطلان عقد و شرط به میان آید. به علاوه برخی فقها، مطلقاً و بدون تفکیک میان شروط فاسد و مفسد، قائل به عدم سرایت فساد شرط به عقد شده‌اند^۳ که بر مبنای اتخاذ این دیدگاه نیز می‌توان شرط را از عقد حذف نموده و عقد را از بطلان نجات داد. برخی نیز ضمن تصریح به اختلاف در بطلان عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات، صراحتاً به عدم فساد حکم نموده‌اند.^۴ حتی فقهایی که ترازی را در اثر بطلان شرط نابود شده فرض کرده نیز در بیان موضوع مردد هستند. به طوری که مرحوم علامه حلی که از طرفداران سرایت فساد شرط به عقد می‌باشد در مقام پاسخ به مسئله عبارت «و الأقوی بطلان البیع ایضاً» را استعمال نموده که مؤید احتمال اقوا مخالف است.^۵ همین امر بیانگر

۱. ایروانی، علی، حاشیه مکاسب، ج ۲، ص ۶۵

۲. بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۱۹۲: «فلو قلنا بفساد الشرط وعدم لزوم ترتیب الاثر علیه فلا تناقض فی البین، فی کلا المثالین - ای لا صریحاً و لا بالدلاله الالتزامیه - لان الشرط بناء علی هذا یکون صرف لقلقه لسان و وجوده کعدمه.»

۳. شیخ طوسی، محمد بن حسن، المبسوط، ج ۲، ص ۱۴۹

۴. ابن زهره، حمزه بن علی، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، ص ۲۱۶

۵. علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۹۰

این است که نظرات مخالفی مبنی بر صحت چنین عقدی محتمل می‌باشد.^۱ بنابراین در بسیاری از موارد تعارض میان عقد و شرط قابل حل بوده و با اندک تأملی می‌توان میان عقد و شرط جمع نمود و از طرف دیگر در جایی که تعارض مستقر و غیرقابل حل باشد می‌توان شرط را که مقصود فرعی طرفین است از پیکره‌ی عقد حذف نمود و عقد را که مقصود اصلی متعاقدين است حفظ کرد تا هدف آنان از انعقاد عقد تأمین شود.

بند سوم: نفی انتفاء تراضی و قصد متعاقدين

اگرچه فقهایی که شرط خلاف مقتضای ذات عقد را باطل دانسته و بطلان آن را به عقد متضمن آن نیز سرایت داده‌اند، یکی از دلایل ادعای خود را از بین رفتن تراضی حاصله در عقد به علت وجود تنافی بین شرط و عقد و بطلان شرط و از بین رفتن جزئی از اراده‌ی طرفین می‌دانند. شکی نیست که قصد و رضای طرفین یکی از شرایط اساسی صحت معاملات است و عقدی بدون اراده و رضای طرفین وجود نخواهد داشت؛ ولیکن آیا حقیقتاً از بین رفتن شرط خلاف مقتضای ذات عقد به علت این که باطل تلقی می‌گردد، قصد و رضا را از معامله سلب می‌کند یا خیر؟

تراضی حاصله در مذاکرات متعاملین که پشتوانه‌ی بررسی و دقت در کشف سود و زیان حاصله از عقد را برای هر یک از طرفین قرارداد به همراه دارد، نمی‌تواند به صرف بطلان شرط، مخدوش و یا از بین رفته تلقی گردد، اگرچه ادعای قائلین به بطلان عقد به علت بطلان شرط در نتیجه‌ی از بین رفتن تراضی را بپذیریم، این اشکال بزرگ مطرح می‌شود که اگر قصد و رضای طرفین بر مجموع عقد و شرط تعلق گرفته و در صورت بطلان شرط، اراده و رضای معاملی طرفین مورد تعرض و خدشه واقع می‌شود، پس چطور در شروط صحیح چنین اتفاقی نمی‌افتد؟ مگر نه این است که در صورت متعذر شدن اجرای شرط صحیح، مشروط له حق فسخ معامله را دارد، پس چگونه است که در صورت متعذر شدن شرط خلاف مقتضای ذات عقد، بایستی حکم به بطلان عقد بدهیم؟ چطور در جایی که عقد مشروط به شرط صحیح باشد اراده و قصد و رضا را می‌توانیم تقسیم کنیم و در صورت از بین رفتن شرط، باقی مانده تراضی را قبول داشته باشیم و حتی در صورت قبولی مشروط له، حکم به نفوذ عقد بدهیم و اصلاً از خدشه و تعرض به تراضی و قصد از شروط باطل در ضمن عقد آمده است بایستی حکم به از بین رفتن تراضی و عدم تحقق عقد بدهیم؟ مبنای هر دو صورت مسئله یکی است و فرقی میان آن دو نیست اگر عقد به

۱. داودآبادی، علیرضا، نقش شرط در دگرگونی مقتضای عقد در فقه امامیه و حقوق ایران، ص ۸۵

عنوان کلیت مورد نظر طرفین که حقیقتاً برای انعقاد آن پیش قدم شده‌اند را با داشتن جمیع شرایط صحت معامله، تحقق یافته و معتبر بدانیم، پس دلیلی ندارد که وجودش را ناپود کنیم، به صرف اینکه شرطی که تابع آن عقد است از در مخالفت با عقد درآمده است، اگر شرط حیاتش را از عقد می‌گیرد چگونه است که وجود عقد را منوط به تحقق و اعتبار شرط بدانیم؟^۱ حتی بعضی از فقهای که تراضی را در اثر بطلان شرط، ناپود شده فرض کرده‌اند نیز در بیان موضوع مردد هستند کما این که خود علامه حلی نیز برای پاسخ به مسئله از عبارت «و الأقوی بطلان البیع ایضاً»^۲ استفاده نموده و نه اینکه به‌طور کلی و صددرصد اظهار کرده باشد و حتی از آن فراتر محقق کرکی که در مقام شرح قواعد علامه حلی بوده است نیز پس از این که منظور علامه حلی را در خصوص موضوع بیان کرده و «وجه قوت» را از بین رفتن مقداری از تراضی و پیش آمدن بحث «تجارت لا عن تراض» ذکر کرده عبارت «ولا الأصح» را در پایان حکم خودش آورده است که باز هم بیانگر نظریه‌ی مخالف دیگری می‌باشد. همان گونه که در ادامه آورده است: «و لا یحتمل - ضعیفاً - الصحه لان التراضی قد تعلق بکلیهما، فاذا امتنع احدهما بقی الآخر و لیس بشیء، لان التراضی بالمجموع لا بكل منهما»^۳ که خود بیانگر این است که نظرات مخالفی مبنی بر صحت چنین عقدی وجود دارد. هر چند به قول ایشان نظریه‌ی ضعیفی باشد؛ ولیکن نکته در همین جاست، مگر نه فقه و حقوق، علم نظریات مختلف است، پس چرا نتوان به قول ضعیف‌تر استناد کرد، همان گونه که در بسیاری موارد حتی خود قانون‌گذار قول غیر مشهور را معتبر و مورد حکم قرار داده است. اگرچه دلیلی که ضعف آن را محقق کرکی بیان داشته، چندان هم ضعیف نیست و در تأیید مطلب، سخن شیخ انصاری آورده می‌شود: «... لان المدلول العقد هو وقوع المعاوضة بین الثمن و المثلن غایه الامر کون الشرط قیداً لاحدهما یکون له دخل فی زیاده العوض و نقصانه و الشرع لم یحکم علی هذا العقد الا بامضائه علی النحو الواقع علیه فلا یقابل الشرط به جزء من العوضین و لذا لم یکن فی فقهه الا الخيار بین الفسخ و الامضاء مجاناً کما عرفت»^۴ ایشان بعد از بیان حکم مفسد بودن شرط خلاف مقتضای ذات عقد و شرط مجهول، صحت عقد متضمن این دو شرط را احتمال می‌دهد و دلیل این احتمال ضعیف را تعلق قصد و تراضی به عقد و شرط

۱. شکیانی، محمدعلی، توجیه صحت عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد، ص ۶۶

۲. علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۹۰

۳. محقق کرکی، علی بن حسین عاملی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۴۱۴.

۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین، المکاسب، ج ۵، ص ۲۸۸.

به طور مستقل می‌داند. به این نحو که با انتفاء یکی (شرط) دیگری (عقد) باطل نمی‌شود.^۱ پس مشخص شد که نه تنها تراضی از بین نمی‌رود، بلکه اصولاً شرط در مقام جزیی از عوضین قرار ندارد که بطلان آن تراضی حاصله را از بین ببرد و تراضی در راستای هدف مشترک طرفین در انعقاد عقد برای برخوردار شدن از مایملک طرف مقابل صورت پذیرفته است و نقش شرط نهایتاً قیدی برای یکی از دو عوضین است و تأثیری در خود عوضین و قصد رضای موجود در عقد ندارد. از سوی دیگر چطور می‌توان قائل به این شد که پاره‌ای از ثمن (بنا به فرض مدعیان از بین رفتن تراضی) این همه تأثیر در عقد دارد که همه‌ی آن شرایط اساسی صحت معامله را از بین برده و خود مؤثر در وجود می‌شود مگر نه این است که شرط در راستای همین تراضی به وجود آمده است پس چگونه می‌تواند به وجود آورنده‌ی خود را از بین ببرد؟

سخن شیخ انصاری مفهم این مطلب است که در صورت بطلان شرط، همه‌ی ارکان عقد سر جای خود باقی خواهند ماند و فقط حق فسخ عقد برای مشروط له ایجاد خواهد شد هرچند که می‌تواند بدون دریافت چیزی (به علت این که استحقاق آن را ندارد) تن به عقد داده و مفاد آن را به اجزاء گذارد، پس دیگر صحبت از بین رفتن تراضی معنا نخواهد داشت؛ البته شیخ انصاری ضمن بیان این مطلب که شرط فاسد موجب فساد عقد نمی‌شود، شرط مجهولی که موجب چهل به عوضین می‌شود را به جهت تحقق غرر در عقد، مفسد عقد می‌داند و به طور کلی هر شرطی که موجب تحقق محذوری دیگر، در تعهد اصلی می‌شود را مفسد عقد دانسته است و این قاعده را که فساد شرط موجب فساد عقد نمی‌شود را فرع بر این می‌داند که فساد شرط موجب تحقق خلل در ارکان و شرایط صحت عقد نشود و گرنه چنین شرطی را مفسد عقد می‌داند و مثال می‌زند به اینکه در عقد بیع شرط شود، مشتری چوبی را که می‌خرد، تبدیل به بت سازد و چنین شرطی را به جهت نامشروع شدن موضوع قرارداد، مبطل عقد می‌داند.^۲ گرچه این اوامر و نواهی شارع به نحوی با عقد در ارتباط هستند، ولی صرف ارتباط و تعلیق برای مقتضای ذات محسوب کردن امری در عقد کفایت نمی‌کند، از این رو این شرایط را از مصادیق شرط خلاف مقتضای ذات محسوب کردن صحیح نیست، زیرا بحث مقتضیات ذاتی عقود که اموری مصلحت نوعیه کامنه در نهاد عقد هستند با اوامر و نواهی که شارع بعضاً برای حفظ مصالح جامعه و فرد مقرر می‌دارد هیچ ارتباط و تلازمی ندارد؛ مانند ممنوعیت بیع سلاح به دشمنان اسلام یا ممنوعیت اجاره دادن مسکن برای کارهای منافی عفت می‌باشند.

۱. محقق کرکی، علی بن حسین عاملی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، صص ۴۱۵ و ۴۱۶

۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، المکاسب، ج ۶، صص ۹۰-۹۳

سؤال‌ی که در خصوص این اوامر و نواهی مطرح می‌شود به این نحو است که هرگاه در ضمن معامله شرطی ذکر شود که مفاد امر یا نهی شارع را نقض نماید چه تأثیری در معامله خواهد داشت، وضعیت در مورد شرط نیز همانند وضعیت معامله‌ای است که برخلاف اوامر و نواهی شارع منعقد شده باشد؛ یعنی هرگاه نهی به ارکان معامله تعلق گرفته باشد و شرطی برخلاف آن در قرارداد درج شود چنین شرطی باطل است و هرگاه نهی به امور خارجی غیر از ارکان تشکیل دهنده عقد تعلق گرفته باشد شرط خلاف آن معتبر و نافذ خواهد بود. بطلان شرط به هنگام تعلق آن به ارکان عقد نیز مستند به مخالفت آن با مقتضای ذات عقد نیست، بلکه بطلان عقد مستند به شرط مخالف ذات عقد و نابسامانی عناصر و ارکان تشکیل دهنده عقد است.^۱ مثالی را که حقوق‌دانان در این زمینه نقل می‌کنند این است که به موجب قانون منع ازدواج کارمندان وزارت امور خارجه با اتباع بیگانه مصوب دی ماه ۱۳۴۵ ازدواج کارمندان این وزارتخانه با اتباع بیگانه و یا کسانی که قبلاً بر اثر ازدواج به تابعیت ایران درآمده‌اند ممنوع شده است، این قاعده صرفاً دارای جنبه سیاسی است و از نظر مصلحت دولت وضع شده است، زیرا ازدواج کارمندان وزارت امور خارجه با بیگانگان ممکن است زیان‌هایی برای کشور به بار آورد.^۲ بنابراین این گونه ممنوعیت‌ها چون به ارکان قرارداد تعلق نگرفته است بر عقدی که با تخلف از آن‌ها منعقد شده است، تأثیری نمی‌گذارد. حقوق‌دانان نیز بر همین اندیشه تأکید داشته و می‌گویند عنصری را که قانون بر نهاد قراردادی می‌افزاید با آثار قانونی آن نهاد تفاوت دارد، عنصر ماهوی از ارکان وقوع عقد است، درحالی که آثار قانونی بر قرارداد واقع شده بار می‌شود. پس نباید آن را عنصر عقد شمرد و شرطی که برخلاف آن اثر شود، خلاف حکم قانون است نه مقتضای ذات عقد.^۳

در مسالک الافهام شهید ثانی مؤید دیگری برای توجیه صحت عقد بیان شده است: در صورت ورود ضرر، چنانچه تحمل خسارت بر خریدار شرط شود، شرط مزبور باطل است یا خیر، دو قول وجود دارد که صحیح‌ترین آن قول به بطلان عقد است، چون متعلق تراضی عقد و شرط من حیث المجموع است که با بطلان جزئی از آن مجموع، تراضی نیز از بین می‌رود و باقی مانده نیز مشمول تجارت عن تراض خواهد بود؛ اما وجه صحت بیع، این است که رضایت به هر کدام، به‌طور مستقل می‌گیرد و اگر یکی منتفی شود، دیگری

۱. اسلامی‌پناه، علی، «تعارض تعهدات اصلی و فرعی در قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه

تهران، شماره ۵۲)، تابستان ۱۳۸۰، تهران، ص ۲۱

۲. صفایی، سید حسین، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۱۰۶.

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۸۱.

باقی می‌ماند. قول اخیر به شیخ طوسی منتسب است و این دو نظر در هر بیعی که متضمن شرط فاسد است، جاری می‌شود.^۱

به نظر می‌رسد فرض عدم تعلق قصد انشاء به انجام معامله به‌طور کلی خارج از شمول شرط خلاف مقتضای ذات عقد خواهد بود، چرا که قصد انشاء از عناصر تشکیل‌دهنده عقد بوده و در فرض عدم قصد انعقاد معامله اصلاً عقدی محقق نخواهد شد تا صحبت از مقتضا و اثر آن به میان آید. در این حالت عقد اصلاً محقق نمی‌شود؛ بنابراین در صورتی که متعاملین قصد تحقق معامله را نداشته باشند، یا ماهیت حقوقی ایجاد نشده و یا به واسطه‌ی تعلق قصد آنان به ماهیت حقوقی دیگری، باید قائل به وقوع عقد جدید شد. در هر حال موضوع خارج از شمول شرط خلاف مقتضای ذات عقد خواهد بود.

بند چهارم: عدم ایجاد جهل به عوضین

بسیاری از فقها که بطلان شرط را به عقد مشروط به آن سرایت داده‌اند قائل به این بوده‌اند که در صورت بطلان شرط به علت خلاف مقتضای ذات عقد بودن آن، مقداری از ثمن که نامعلوم است از بین رفته و کلیت ثمن مخدوش می‌گردد و مبیع در مقابل آن شرطی که از بین رفته تلقی گردیده است، ما به ازایی ندارد و با بیان این مطلب که «ان للشرط قسطاً من الثمن» حکم به بطلان عقد مشروط در چنین وضعیتی داده‌اند، چرا که به قول آن‌ها شرط جزء و قسمتی از ثمن است که با از بین رفتن آن مقداری از ثمن از بین می‌رود و چون مقدار آن معلوم نیست، لذا باعث غرری شدن معامله گردیده و بحث «تجاره لاعن تراض» پیش می‌آید؛ بدین نحو که تراضی و توافق متعاملین در میزان ثمن از بین رفته و دیگر تراضی در خصوص قیمت وجود ندارد و این امر موجب جهل به عوضین شده و بدیهی است که جهل به عوضین موجب بطلان عقد می‌گردد. گرچه در بدو امر استدلال آن‌ها معقول به نظر می‌آید، ولیکن با اندک تأملی به موضوع نگریسته شود مشخص می‌گردد که شرط هیچ‌گاه و به‌هیچ‌وجه جزء و پاره‌ای از ثمن نمی‌باشد، به‌بیان دیگر شرط، ثمن نمی‌باشد چه کل آن و چه جزء آن و تلقی اینکه شرط جزئی از ثمن است خلاف منطق و اصول کلی حقوقی است، چرا که عقد با اراده و قصد و رضای طرفین یا فرض کلیه شرایط صحت معاملات منعقد گردیده است و اراده و تراضی طرفین بر مبادله‌ی میان مبیع و ثمن واقع شده است و شرط هر چند که تأثیر در اضافه یا کم شدن میزان ثمن دارد، ولی خود ثمن نمی‌باشد که با بطلان و از بین رفتن آن مقداری از

۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام، ج ۳، ص ۲۷۳

ثمن نابود گردیده و جهل به عوضین پیش آید، همان گونه که خیلی از عوامل ممکن است در میزان ثمن تأثیر داشته باشند و هیچ گاه به عنوان جزئی از ثمن قرار نگرفته اند؛ مثل سفید یا سیاه بودن اسب مورد معامله و شکل و شمایل کالای خریداری شده هر چند که ممکن است باعث زیادتى و یا نقصان در میزان ثمن گردد. از میان فقهای امامیه، نظر میرفتاح در کتاب العناوین مؤید این مطلب است.^۱

نکته قابل توجه این است که بیان میرفتاح در خصوص اوصاف مبیع می باشد، لکن در بحث جهل به عوضین، از بین رفتن وصفی که تأثیر در زیادى یا کاستى ثمن دارد با از بین رفتن شرطی که مؤثر در میزان ثمن است تفاوتی ندارد، چرا که در هر دو صورت مقداری از ثمن از بین می رود و به علت نامعلوم بودن مقدار آن، جهل به عوضین حادث می گردد که موجب بطلان عقد می شود که منشأ صدور چنین حکمی هم حدیث «نهى النبى عن بيع الغرر» و معامله غرری است که در هر دو صورت وضعیت یکسان است. در نتیجه دلیلی وجود ندارد که میان از بین رفتن وصف و شرط (که نهایتاً منجر به فقدان قسمتی از ثمن می شوند) تفاوتی قائل شد. حکم قضیه در هر دو مورد یکی است، خواه آن قسمت از بین رفته، وصف بیع باشد یا شرط ضمن عقد، همان طوری که با دقت در عبارات میرفتاح مراغه ای نیز مشخص می گردد که شرط صفت مثل شرط ضمنی می باشد و از بین رفتن آن، موجب ایجاد خیار فسخ برای مشروط له می گردد.

به هر حال چه بپذیریم که شرط خلاف مقتضای ذات عقد موجب جهل به عوضین می شود و چه نپذیریم، جهل به عوضین تأثیری در حکم قضیه نخواهد داشت، چون حکم بطلان عقد مشروط به شرطی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می شود، موضوع بند دوم ماده ۲۳۳ قانون مدنی است که منصرف از موضوع مورد بحث ما است و اگر قرار باشد که بطلان عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد را به علت این که از بین رفتن شرط موجب جهل به عوضین می شود، مورد حکم قرار دهیم، دیگر نیازی به بند دوم ماده ۲۳۳ قانون مدنی نمی بود و اصولاً بحث تفاوت در نوع موضوعات ماده ۲۳۳

۱. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیة، ص ۲۱۵: «لکن الظاهر من الاصحاب الاتفاق علی ان الاوصاف بانفسها غیر مقابله بالمعوض بحیث یکون من الثمن بازائها، بل المعوض عبارة عن جوهر الشيء و مادته و اما اعتباراته و اوصافه فهی موجه الزیاده القیمه و نقصانها، لا انها ایضاً جزئ من المعوض؛ و لذلك نصوا علی ان فوات الاوصاف لا یوجب التبعض فی الصقّه، بل یوجب الخیار نظراً الی لزوم الضرر، لکنه لم یفت من المعوض جزء حتی یقسط من العرض شیء فی مقابله و مجرد اختلاف القیمه باختلافها لا یوجب کونها جزءاً من العوض» و در ادامه نیز آمده است: «... و لهذا لوفات وصف الصحه و ظهر معیبا تخیر العاقد ایضاً و ان لم یقیده فی العقد، لان الصحه بعد قیام هذا الأصل تصیر كالشرط الضمینی و فواته یوجب الخیار».

قانون مدنی معنا پیدا نمی‌کرد. به هر حال با توجه به مجموع مطالب فوق‌الذکر و حتی با قبول ایجاد جهل به عوضین در صورت از بین رفتن شرط خلاف مقتضای ذات، حکم به بطلان عقد مشروط در چنین وضعیتی بسیار سخت است و محل اشکال خواهد بود، چرا که حکم چنین فرضی سوای از بحث است و حکم قانون فقط جایی اعتبار دارد که در محل خودش بیان شده باشد و اصولاً حکم قانون بر محمول خودش واقع می‌شود نه بر غیر آن.

گفتار دوم: ادله اثباتی

بند اول: دیدگاه امام خمینی (ره)

امام خمینی در بحث «شرایط صحت شرط» به تبیین شرط مخالف مقتضای ذات عقد پرداخته شده است.^۱ نکته مهمی که از این عبارات به دست می‌آید این است که صحبت از صحت یا بطلان شرط فقط جایی معنا پیدا می‌کند که اصل صحت و تحقق عقد را مورد قبول واقع شود و این ادعا که قصد به عقد و شرط با یکدیگر و در عرض یکدیگر صورت گرفته است، خارج از موضوع بحث است، چون همان‌گونه که از عنوان بحث هم مشخص است صحبت بر سر مخالفت شرط با مقتضای عقد است، پس تحقق عقد را قبول داریم و صحبت از صحت شرط ارتباطی با اسباب و شرایط لازم برای صحت عقد ندارد و بحث بر سر این است که آیا شرط با ماهیت و ارکان عقد مخالفت دارد یا خیر؟ نتیجه اینکه حضرت امام خمینی (ره) در ضمن بیان شرایط صحت شروط ضمن عقد که عنوان داشته نباید شرط مخالف با مقتضای عقد باشد، قائل به این شده که عقد محقق شده و صحت یا بطلان عقد ربطی به عقد محقق ندارد؛ در ادامه مطلب به دست می‌آید که شروطی از قبیل اینکه «به تو فروختم به شرط اینکه تو قبول نکنی» و یا اینکه «تو را

۱. خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۵، ص ۲۷۹: «الخامس أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد وقد اضطربت كلماتهم في بيان هذا الشرط و وقع الخلط في مورد البحث و ذكروا أمثلة خارجة عن محطه؛ و التحقيق: أن البحث عن شروط صحة الشرط، إنما هو بعد الفراغ عن الشروط أو الأسباب، التي هي دخيلة في تحققه و وجوده، فالقول: باعتبار معقوليّة تعلق القصد بالعقد و الشرط معاً و التفصيل في ذلك أجنبی عن مورد البحث. كما أن مقتضى العنوان «هو عدم كون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد» أن يكون البحث عن مخالفته لماهية العقد و أركانه، أو مخالفته للأحكام المترتبة على ذات العقد، أو للأحكام المترتبة على المعقود عليه إلّا في بعض الموارد التي سنشير إليها خارجاً عن محط الكلام ثم انه لا بد من البحث عن الشروط المخالفة التي قد يتفق اشتراطها من المتعاملين ولو أحياناً، فمثل «بعتك بشرط ان لا تقبل» او «زوجتك بشرط ان لا تصير المرأة زوجتك» و نحوهما مما لا يقع في الخارج لا وجه للبحث عنه»

به ازدواج درآوردم به شرط اینکه زن، همسر تو نگردد» و مثل آن در عالم خارجی واقع نمی‌شوند و دیگر دلیلی نیز برای بحث در مورد آن‌ها وجود ندارد؛ و در ادامه بحث آورده است: «عنوان عقد، مراد و مطلوب طرفین نیست، بلکه وسیله‌ای است برای رسیدن آن‌ها به ثمن و مبیع که مقصود و هدف مشترک و نهایی متعاقدين است.^۱ به دیگر سخن آن رابطه‌ای که طرفین خواهان آن هستند، اصالت و اعتبار دارد نه عنوانی که بر روی رابطه حقوقی خود گذاشته‌اند از نظر حقوقی چه انتخاب درستی کرده باشند چه نادرست.

ایشان در ادامه از شرطی که همه فقها قبل از وی آن را باطل و مبطل عقد دانسته‌اند به عنوان شرط صحیح نام برده و عنوان نموده‌اند: عقد نکاح را حتی با شرط اینکه مرد نتواند از همسرش لذت جنسی ببرد و مضاجعت و مقاربت کند، صحیح دانسته و شرط را هم صحیح می‌داند و دلیلش را هم عقلایی بودن چنین شرطی و منفعت شخص از آن عقد و شرط می‌داند که آن‌ها را به انعقاد چنین عقدی ترغیب نموده است.^۲ از این‌رو مشخص می‌شود که مقتضای ذات عقد نه آن چیزی است که بعضی فقها و بعضی دانشیان حقوقی گفته‌اند؛ بلکه آن هدف و مقصود نهایی و مشترک طرفین است که مقتضای ذات عقد می‌باشد و تا جایی که هدف و خواسته آن‌ها تأمین شده باشد، عقد حکمی غیر از صحت نخواهد داشت؛ و در بیان اینکه آیا شرط باطل موجب بطلان عقد می‌شود یا خیر. براین باور است که انشاء عقد و تراضی حاصله ارتباطی با قرار مستقل طرفین تحت عنوان شرط ندارد و شرط قرار مستقلاً است که طرفین آن را وضع و جعل کرده‌اند و نمی‌تواند آنچه را که واقع شده است مقید سازد و وضعیت و تأثیر قید نیست که مبیع را مثلاً قبل از اینکه مورد قصد و رضا و انشاء طرفین واقع شود، مقید سازد و اینکه شرط را به عنوان یک قرار مستقل در عقد می‌آورند هر چند بی‌ربط با قصد آنان در عالم لبی نباشد ولیکن هیچ ارتباطی با انشاء عقد و تراضی حاصله در عقد ندارد. به عبارتی دیگر عقد محقق شده بی‌تأثیر از شرط ضمن آن می‌باشد چه شرط صحیح باشد و چه شرط باطل؛^۳ نهایتاً چنین اظهارنظر می‌نماید: «و مقتضی ما مرنا مراراً فی ماهیه العقد و الشرط

۱. خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۵، ص ۲۸۵: «إذا من الواضح ان عنوان البیع و نحوه لبس بنفسه مطلوباً و متعلق للأغراض، بل آله للوصول إلى المبیع و الثمن مما هو المقصود (بالذات...)»

۲. همان، ج ۵، ص ۲۸۸: «و اما شرط عدم الاستمتاع بالجنسیه بقول مطلق، فالظاهر صحته لترتب بعض الاحکام الشرعیه و الاغراض العقلانیة علی التزویج، کالمصاهره مع بیت شریف شرعاً او عرفاً، او حصول المحرمیه او غیر ذلک مما یتعلق به الاغراض»

۳. همان، ج ۵، ص ۳۶۴: «هل الشرط الفاسد موجب لفساد العقد حسب القواعد ام لا؟ لا إشکال فی أن محط البحث، ما إذا تحقق العقد و الشرط و أنشئ کل منهما جذاً، فالعقد أو الشرط الذی لم یتعلق به القصد و کان مجرد صورة إنشاء،

الذی فی ضمنه هو عدم مفسدیه حسب القواعد لان العقد بتمام ماهیته انشیء بايجاب البایع قبل ايجاب الشرط و...»^۱ که دقیقاً بیانگر عدم سرایت بطلان شرط به عقد می باشد و عقد را سوای از شرط ضمن آن صحیح و نافذ می داند. با نظر به مراتب فوق، مشخص گردید امام خمینی (ره) تلقی تازه ای از شرط خلاف مقتضا داشته و شرط را نیز قید عقد نمی داند و در نهایت صحت و بطلان شرط را بی تأثیر در صحت و بطلان عقد می داند و ماحصل بحث این است که چنانچه به دلیلی از دلایل شرط باطل اعلام شود، عقد به معنای کلیت تحقق یافته، متأثر از بطلان شرط نخواهد بود و چنین عقدی صحیح و نافذ می باشد و در بیان انواع شروط باطل که آیا تأثیر در عقد دارند یا خیر؟ نامی از شرط خلاف مقتضای عقد آورده نشده است، لذا ما هم دلیلی بر این که حکم اعلام شده از سوی ایشان شامل شرط خلاف مقتضای ذات عقد نمی شود، نداریم پس آن هم باید داخل در حکم اعلامی دانسته و حسب اطلاق و عموم گفته امام خمینی رفتار نماییم.

بند دوم: دیدگاه مرحوم خویی

مرحوم خویی (ره) نیز در بحث شروط ضمن عقد با تتبع و دقت نظر به این مسئله پرداخته و شرط مخالف مقتضای ذات عقد را مبطل عقد نمی داند^۲ و براین باور است که

→ خارج موضوعاً، سواء كان ذلك لأجل عدم إمكان القصد إلى المتنافيين، كما إذا كان الشرط مخالفاً لمقتضاه مع الالتفات إليه. أم لأجل لزوم الاستحالة، كما قيل في بعض الفروض، أو لكونه غير عقلائي؛ بوجه يؤدى إلى اللعب والعيب؛ وكذا محل البحث، ما إذا لم يكن في البين، موجب لفساد العقد، سوى فساد الشرط؛ وبالجمله: الكلام ممحض في فساد العقد بفساد الشرط من حيث هو ومقتضى ما مرّ منّا مراراً في ماهية العقد والشرط الذى فى ضمنه، هو عدم مفسدیه حسب القواعد؛ لأنّ العقد بتمام ماهیته أنشیء بإيجاب البایع قبل إيجاب الشرط وفى هذا الظرف يكون تمام الثمن. مقابل تمام المبيع بلا شبهة ولا يحتمل التقسيط وإن كان الشرط دخيلاً فى القیم، ككثير من الأوصاف والإضافات. فالقول: بالبطلان من ناحية تقسيط الثمن ولزوم الغرر والجهالة فى غير محله. نعم لا اشكال انه لو لا الشرط المذكور لا وقع العقد نوعاً، لكنه غير الوقوع على النحو الخاص، فالعقد وقع على الثمن والمثمن بلا تقييد، كالعقود التى لا شرط فيها بحسب الوجدان والعرف والشرط قرار مستقل فى مقام الجعل والقرار لا يرتبط فى ظرفه بشىء ولا يقيد ما وقع مطلقاً وليس حال الشرط حال القيد المتصل بالمبيع قبل تمام الانشاء، كقوله بتك الفرس العربى او الثوب الحرير بل الانشاء البيعى بتمام جهاته نم قبل الشرط بلا توقف على شىء و الانشاء الشرطى انشاء الشرطى انشاء جديد و قرار مستقل و ان كان بينهما نحو ربط فى عالم اللب مما لا دخل بمقام الانشاء و التراضى المعتبر فيه»

۱. خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۵، ص ۳۵۹

۲. خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۴۹: «القول فى حکم الشرط الفاسد و لوجه التى استدلل بها على فساد العقد بفساد الشرط ثلاثة الأول ان الشرط قسطاً من الثمن... ان الثمن لا يقع فى مقابل الشرط ابدًا صحیحاً كان الشرط ام

چنین شرطی موجب جهل به عوضین نمی‌شود و حال آن مثل حال وصف است و در صورت تخلف از وصف، مشروط له حق خیار فسخ دارد، نه این که حکم به بطلان عقد شود. به نظر آیت‌الله خویی(ره) دلایل کسانی را که فساد شرط را به عقد نیز سرایت می‌دهند، سه مورد است که اولاً اینکه می‌گویند شرط جزئی از ثمن است که ایشان جواب می‌دهد ثمنی در مقابل شرط وجود ندارد چه شرط صحیح باشد و چه باطل، چرا که اصل مبیع در مقابل اصل ثمن قرار می‌گیرد.^۱ در این بین شرط جزئی از ثمن نمی‌باشد، یعنی این که ثمن و مبیع است که در مقابل هم و بر اساس هدف و تراضی مشترک طرفین قرار می‌گیرند و شرط در این خصوص مداخلیتی ندارد.

ثانیاً از بین رفتن ثمن موجب جهل به عوضین نمی‌شود، زیرا وضعیت شرط همانند وصف است و با تعدر آن همان گونه که در وصف نیز چنین است مشروط له حق فسخ خواهد داشت فلذا دلیل دوم آن‌ها نیز مخدوش است.

ثالثاً دلیل سوم قائلان بر سرایت بطلان شرط به عقد را که ادعا کرده‌اند در صورت بطلان شرط بحث «تجاره لا عن تراض» پیش می‌آید را رد کرده و عنوان نموده است که علم به قیمت (ثمن) مجموع مبیع و شرط برای صحت معامله کافی است. لازم نیست بداند چه مقدار از مبیع در مقابل شرط قرار دارد و رضای معاملی را به حسب انشاء کافی می‌داند و شرط را مؤثر در تحقق عقد نمی‌داند و در ادامه آورده است که رضا معاملی حسب انشاء معلق بر وجود شرط در خارج نمی‌باشد و اگر چنین باشد معامله باطل است، چون تعلیق در عقد موجب بطلان عقد است، ولی اگر فرض کنیم که تعلیق در عقد صحیح باشد باز هم معامله باطل است. برای این که در ما نحن فیه معلق علیه حاصل نشده است، در نتیجه عقدی هم وجود نخواهد داشت و در اینجا هیچ فرقی میان شروط صحیح و شروط باطل نیست و چه تعلیق را مبطل عقد بدانیم (به لحاظ عدم تحقق معلق علیه) عقود در چنین وضعیتی باطل می‌باشند؛^۲ پس همان گونه که مشخص می‌شود

→

فاسدا و انما يقع المال فی مقابل ذات المبیع. نعم، الشروط مما یوجب زیاده اقیمه لا انها تقع فی مقابل المال و من هنا قلنا ان الشرط اذا تعدر ثبت للمشروط له الخیار فقط و لیس له مطالبه المشروط علیه ما یقابل الشرط من الثمن و لیس هذا الا من جهة ان الشرط قید خارجی یوجب زیاده القیمه و لا يقع بازائه شیء من المال، هذا اولاً»

۱. خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه: «ثالثاً:.... فکذا فیما نحن فیه ان العلم بقیمه مجموع المبیع و الشرط یکفی فی صحت المعامله و لا یشرط فی حصتها معرفه، ما یخص المبیع من الثمن...»

۲. همان، ص ۳۵۵: «و حاصله ان الرضی المعاملی عند الانشاء لم یعلق علی وجود الشرط فی الخارج و الا لکانتم المعامله باطله لانه من التعلیق المبطل و لو فرضنا صحه التعلیق ایضا تكون المعامله باطله فیما نحن فیه لعزم حصول ما

«رضای معاملی» معلق بر وجود شرط در خارج نمی‌باشد و ایجاد شرط در جایی است که عقد تماماً محقق شده است و چنین عقد منعقد شده‌ای، قابل احترام است؛ و بعداً در جواب این که اگر شخصی بداند شرطش مورد حمایت قانون و شرع قرار نمی‌گیرد تن به معامله نمی‌دهد، یعنی شرط را جزء دواعی عقد آورده است که ربطی به «رضای معاملی» ندارد و آیه «أحلّ الله البيع» به لحاظ عموم و اطلاق آن موجب التزام متعاقدين بوده و بطلان معنایی ندارد؛^۱ در نهایت در خصوص این که آیا فساد شرط به عقد نیز سرایت دارد ایشان فرموده است فساد شرط ابدأ در عقد سرایت نمی‌کند و عقد به حسب قواعد (قاعده صحت و لزوم عقد) محقق شده و نفوذ و لزوم دارد و روایات و اخباری چند هم این نظریه را تأیید می‌نماید.^۲ از این رو بنابر با تتبع در مطالب فوق‌الذکر معلوم می‌گردد آیت‌الله خویی نیز صحت عقد را بی‌تأثیر از بطلان شرط می‌داند و اگرچه دقیقاً از شرط خلاف مقتضای ذات عقد و تأثیر آن بر عقد صحبتی نکرده است، ولی چون کل شروط باطل و تأثیر آن‌ها را بر عقد مدنظر داشته و به بیان موضوع پرداخته است و شرط خلاف مقتضای ذات را از جمله شروط باطل آورده است، پس حکم کلی بیان شده راجع به عدم سرایت بطلان شرط به عقد متضمن آن، شامل شرط خلاف مقتضای ذات عقد هم خواهد شد.

→

علق علیه علی الفرض و المعلق نیقی عند عدم المعلق علیه لا محاله و هذا من غیر فرق بین الشروط الصحیحه و الفاسده و لازمه بطلان العقود و الایقات عن الاشتراط مطلقاً لاند تعلیق او عند عدم حصول المعلق علیه اذا قلنا بصحه التعلیق مثلاً و مطلب مهم‌تری که در ادامه آمده چنین است: «و حیث ان العقود و الایقات لا تبطل عند اشتراط شیء فی ضمنهما او عند عدم حصول الثمرلها فنستکشف من ذلک ان الرضا المعاملی لم یعلق علی وجود الشرط فی الخارج و الالتزام بايجاد لما کان حاصلًا عند المعامله و هما یعلمان به وجود فلا یكون التعلیق علی مثله مبطلاً و من الظاهر ان الالتزام بايجاد الشرط فی المقام حاصل لانه التزام به علی الفرض و تكون المعامله تامه و متحققه و کون ذلک امراً محرماً لم یضه الشارع مطلب آخر غیر مربوط بحصول المعلق علیه للمعامله کما هو ظاهر»

۱. همان، ص ۳۵۶: «والوجه فی ذلک ان تخلف الدواعی لا ربط بالرضا المعاملی ایداً فالرضی موجود لتتحقق ما علق علیه و هو الالتزام و شمله عموم احل الله بیع و غیره من العمومات و معه لا وجه للبطلان»

۲. خونی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ص ۳۵۸: «الصحيح ان الشرط الفاسد لا یوجب فساد المشروط ایداً وفاقاً للمحققین من المتأخرین کالعلامه و الشهدین و المحقق الثانی خلافاً لبعض المتقدمین کالشیخ و من تبعه و الوجه فی ذلک ان الشرط غیر راجع الی تعلیق اصل المعامله بوجود و الا لکانت المعامله باطله فی نفسها کان شرطها فاسداً ام لم یکن» و در ادامه: «و الی هنا تحصل ان العقد لا یفسد عند فساد شرطه و لا وجه لفساد العقد ایداً مع اقتضاء العمومات صحته لانه بیع و عقد و هو صحیح علی طبق القاعده و تعضد القاعده جمله من الاخبار فی صحه العقد عند فساد شرطه و لولا هذه الاخبار ایضاً کنا تحکم بصحه العقد و عدم سراهه الفساد من الشرط الیه هنا»

بند سوم: دیدگاه صاحب جواهر الکلام

صاحب جواهر براین باور است هر شرط باطلی که مستلزم انتفاء شرطی از شرایط عقد یا وجود مانعی برای آن است، سبب بطلان عقد خواهد بود.^۱ از این عبارت صاحب جواهر مناط روشنی به دست می‌توان به دست آورد و آن را به عنوان قاعده‌ای کلی مطرح کرد تا هرگاه متعاقدین تصمیم به اندراج شرطی در ضمن عقد داشته باشند، به پیامد چنین شرطی آگاه بوده و از روی غفلت آن را در عقد درج نکنند تا قهراً بطلان عقد را به دنبال داشته باشد. آن ضابطه برگرفته از کلام فقهاء، از این قرار است که: «هرگاه شرطی در ضمن عقد درج شود که به نحوی از انحاء موجب ایجاد اختلال در شرایط اساسی و معتبر عقد و یا یکی از عوضین عقد، شود و یا ارکان عقد را از بین ببرد، چنین شرطی مفسد عقد خواهد بود از قبیل شرط نامقدوری که موجب نامقدور شدن یکی از عوضین عقد شود» اما مقتضای ذات عقود داخل در این تعریف نمی‌شوند. البته این برداشت برحسب کلام فوق صاحب جواهر است و گرنه در جای دیگر بی‌تردید قائل به بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد نیست.^۲ همچنان که در جای دیگر می‌فرمایند: مقتضای عموم المومنون عند شروطهم و همه عبارات فقهای گویای این مطلب هستند که شرط منافی مقتضای ذات عقد باطل است نهایت چیزی که می‌توانیم قبول کنیم این است که اگر عدم مالک شدن و یا نقص در مالکیت را شرط کنند، این شرط باطل است به مثابه آن است که شرط کنند که اساساً خریدار در مبيع تصرف نکند، این شرط نیز باطل است.^۳

صاحب جواهر در جای دیگر گفته است سخن در این است که آیا در بیع، شرط باطل موجب بطلان بیع نیست یا هست؟ اختلاف نظر است: اسکافی و شیخ و قاضی و ابن ادریس و ابن سعید و آبی به طوری که از برخی از آنان حکایت شده است، دیدگاه اول را

۱. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۱۶؛ بل کل شرط باطل يستلزم انتفاء شرط من شرائط العقد المعلومه، او وجود المانع بطلان العقد معه.

۲. همان، ج ۲۳، ص ۲۰۱؛ لا ريب في بطلان منافي مقتضى العقد بمعنى عوده عليه بالنقص، كاشتراط عدم الملك في المبيع.

۳. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۱؛ وكيف كان فقد عرفت الضابط في الشرائط السائغة وغيرها وأنه لا يخرج عنه إلا بدليل كما هو مقتضى عموم قوله عليه السلام «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (الوسائل الباب ۶ من أبواب الخيار الحديث ۱-۲). و إن ما طفحت به عباراتهم من البطلان المنافي لمقتضى العقد، أقصى ما يمكن تسليمه فيه اشتراط أن لا يملك و نحوه مما يعود عليه بالنقص و قد يلحق به مثل أن لا يتصرف به أصلاً.

انتخاب کرده‌اند که شرط باطل موجب بطلان عقد نیست.^۱ از ابن زهره نیز موافقت با ایشان (با دیدگاه اول) نقل شده است، صاحب ریاض نیز شرط مخالف مقتضای عقد و یا مخالف کتاب و سنت را باطل و مبطل عقد نمی‌داند و برای اثبات آن به اجماع استدلال کرده است. ابن متّوجّ هم در شرط فاسدی که غرض عقلانی ندارد؛ به عنوان نمونه شرط کنند که همهی غذا را بخورد یا لباسی را بپوشد و مانند آن این شرط را باطل و مبطل عقد نمی‌داند.

دیدگاه دوم که شرط باطل و مبطل عقد است. مختار علامه و فرزند او فخرالدین و شهیدین و علین و ابوالعباس و مقدس اردبیلی و محقق سبزواری به طوری که از برخی از آنان نقل شده است، می‌باشد. ابن زهره در خصوص شرط غیرمقدور مثلاً شرط کنند که فوراً رطب را تمر گفته بدون خلاف این‌گونه شرط‌ها هم فاسد و هم مفسد عقد می‌باشند. ظاهر برخی از فقها از جمله محقق حلی توقف کرده‌اند، نگفته‌اند مبطل است و یا مبطل نیست. گویا نظریه اول که شرط باطل، مبطل عقد نیست به خاطر عموم ادله صحت بیع و اجماعی که از غنیه نقل شده است خالی از قوت نیست.^۲ روایت صحیح حلبی که مشایخ ثلاثه (کلینی، صدوق، طوسی) آن را نقل کرده‌اند نیز دلیل گفته صاحب جواهر می‌باشد. از امام صادق (ع) نقل شده که بریره شوهری داشت که غلام بود و بریره هم کنیز بود عایشه بریره را خرید و آزادش کرد و رسول خدا (ص) بریره را فرمود آزاد است اگر خواست نزد شوهرش بماند و اگر خواست از او جدا شود. فروشندگان بریره بر عایشه شرط کرده بودند که ولایت بریره با فروشندگان بوده باشد رسول خدا (ص) فرمود: *الولاء لمن اعتق*؛ ولایت او با کسی است که او را آزاد کرده است. در این روایت با این‌که شرط باطل بود، ولی حضرت نفرمودند که عقد نیز باطل است.^۳ مانند این روایت خبر عیص بن قاسم است.

۱. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۱: *إنما الكلام في صحة البيع المشتمل على الشرط الفاسد و بطلانه؛ فالأول خيرة الإسكافي و الشيخ و القاضي و العجلي و ابن سعيد و أبي إله على ما حكى عن بعضهم*
۲. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۲: *و عن ابن زهرة موافقتهم و الرياض و في خصوص الشرط المخالف لمقتضى العقد أو للسنة، محتجا عليه بالإجماع و ابن المتوجّ في الشرط الفاسد الذي لا يتعلق به غرض، كما لو شرط أكل الطعام بعينه أو لبس ثوب و نحوه و الثاني خيرة الفاضل و ولده و الشهيدین و العلین و أبي العباس و الأردبیلی و الخراسانی علی ما حکى عن بعضهم و واقفهم أبو المکارم فی خصوص غیر المقدور من الشرط، كأن يشترط عليه أن يجعل الرطب تمرًا بل قال: «إنه فاسد مفسد بلا خلاف» و ظاهر جماعة منهم المصنف التوقف و كان الأول لا يخلو من قوة، للعموم و إجماع الفقيه.*
۳. صاحب جواهر، محمد حسن، *جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام*، ج ۲۳، ص ۲۱۲: *و صحیح حلبی الذی رواه المشایخ الثلاثة عن أبي عبد الله عليه السلام «أن بريرة كانت عند زوج لها و هي مملوكة فاشترتها عائشة فأعتقها، فخيرها رسول الله صلى الله عليه و آله و قال: إنشأت تقر عند زوجها و إن شئت فارقت و كان موالها الذين باعوها شرطوا على عائشة أن لهم ولائها، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله الولاء لمن أعتق».*

این دو روایت را اخباری که در نکاح آمده و دلالت دارند که شرط باطل ولی عقد صحیح است تأیید می‌کنند، مانند روایت محمد بن قیس و خبر وشاء که از نهاییه المرام نقل شده که سید محمد صاحب مدارک گفته این روایت دلالت می‌کند که با فاسد بودن شرط، عقد فاسد نمی‌شود. اگر کسی بگوید دو روایت صحیح که می‌گویند اگر شرط باطل بود عقد فاسد نیست، این موافق مذهب اهل سنت است که همه‌جا شرط را باطل و عقد را صحیح می‌دانند، می‌گوییم این دیدگاه ناموجه است، زیرا اهل سنت نیز در این مسئله اختلاف دارند.^۱

روایتی که محمد بن سلیمان الدهلی در این باره نقل می‌کند شنیدنی است او می‌گوید: عبدالوارث بن سعید به من نقل کرد و گفت وقتی وارد مکه مکره شدم سه نفر از علمای کوفه را آنجا دیدم: ابوحنیفه، ابن ابی لیلی و ابن شبرمه. رفتم پیش ابوحنیفه گفتم درباره کسی که بیعی انجام داده و در آن شرطی شرط کرده است چه می‌گویی؟ گفت بیع باطل و شرط هم باطل است آدم پیش ابن ابی لیلی و از او سؤال کردم گفت بیع صحیح است و شرط باطل است. آدم نزد ابن شبرمه و از او سؤال کردم گفت هر دو بیع و شرط صحیح است. برگشتم نزد ابوحنیفه به وی گفتم دوستان با تو مخالفت می‌کنند، گفت می‌دانم آنان چه می‌گویند، ولی عمر بن شعیب از پدرش و از جدش نقل می‌کنند که حضرت رسول (ص) از بیع شرط نهی فرمودند پیش ابن ابی لیلی آدم و به او گفتم دو نفر از دوستان با تو مخالف هستند گفت نمی‌دانم آنان چه می‌گویند، اما هشام بن عروه از پدرش از عایشه نقل می‌کند گفت: وقتی کنیزم بریره را خریدم، فروشنده‌ها ولایتش را در معامله شرط کرده بودند که مال آنان بوده باشد حضرت فرمودند ولایت مال آزاد کننده است و بیع را صحیح دانسته ولی شرط را باطل نمودند. راوی می‌گوید نزد ابن شبرمه آدم و گفتم دو تا از رفیقانت در این مسئله با تو مخالف هستند. گفت نمی‌دانم آنان چه می‌گویند ولی مشعر بن حمار بن زیاد از جابر بن عبدالله انصاری نقل می‌کند که پیامبر (ص) در مکه از من شتری خریداری کرد پس از آن که پولش را به من داد با آن حضرت شرط کردم که مرا به مدینه ببرد پیامبر هم بیع و هم شرط را امضاء فرمودند.^۲

۱. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۲؛ و مثله صحیحة عیص بن القاسم مؤیدین بما ورد فی النکاح من الأخبار الدالة علی صحة عقده و فساد الشرط فیہ کصحیحة محمد بن قیس یل و خبر الوشاء الذی اعترف فی المحکی من نهاییه المرام بدلاته علی عدم فساد العقد بفساد الشرط و حمل الصحیحین الأولین علی ما عند العامة من بطلان الشرط مطلقا مع صحة العقد، یدفعه وقوع الخلاف عندهم فی ذلک...

۲. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۳؛ محمد بن سلیمان الدهلی قال: «حدثنا عبد الوارث بن سعید قال: دخلت مكة زاهدا الله شرفا فرأيت فيها ثلاثة كوفيين، أحدهم أبو حنيفة و ابن أبي لیلی و ابن شبرمة، فصرت إلى أبي حنيفة فقلت: ما تقول فيمن

روایت صحیح حلبی و عیص بن قاسم را به تقیه حمل کردن با اختلافی که مفتیان اهل سنت با یکدیگر در این مسئله با یکدیگر در این مسئله دارند صحیح نیست؛ بلکه آنچه که ابن ابی لیلی روایت می‌کند که بیع صحیح و شرط باطل است. این دو روایت صحیح را تأیید می‌کند هرچند از آن هم استشمام می‌شود که در سایر شروط بیع هم باطل است. همچنین روایت بریره را که ابن زهره در غنیه به صورت مرسله نقل کرده است دو روایت مزبور را تأیید می‌کند، بلکه روایت بریره نزد عامه و خاصه مستفیض نقل شده است و این روایت برای مطلوب ما کفایت می‌کند و این که احتمال دیگری ممکن است داشته باشد، این احتمال ظهور روایت را که مناط احکام شرعی است از بین نمی‌برد. به علاوه شرط در تراضی طرفین نقش مهم‌تر از ثمن و مثنی نمی‌تواند داشته باشد. اگر ثمن باطل بود (پول تقلبی است) یا یکی از چند مبیع باطل بود (مال دیگری است)، بیع باطل نمی‌شود، حتی اگر نظر خریدار مجموع آن‌ها بود، بیع باطل نیست. در نهایت برای خریدار برای جلوگیری از ضرر خيار فسخ ایجاد می‌شود، در اینجا هم می‌توان گفت اگر خریدار یا فروشنده از بطلان شرط اطلاع نداشت، خيار دارد و می‌تواند آن معامله را فسخ کند و شاید هرکس از فقها که معتقد به صحت بیع و بطلان شرطانند هر چند صریحاً نگفته‌اند چون معلوم بوده عقیده داشتند که هر یک از متعاملین که از باطل بودن شرط بی‌اطلاع بودند و از آن لحاظ متضرر می‌شوند، خيار فسخ آن معامله را دارند.^۱

→

باع بیعا و شرط شرطاً فقال: البیع فاسد و الشرط فاسد فأتیت ابن ابی لیلی فسألته فقال: البیع جائز و الشرط باطل، فأتیت ابن شبرمة فسألته فقال: البیع و الشرط جائزان، فرجعت إلى ابی حنیفة، فقلت له: إن صاحبیک قد خالفک فقال: لست أدری ما قال، حدثنی عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبی صلی الله علیه و آله نهی عن بیع و شرط، فأتیت ابن ابی لیلی فقلت له: إن صاحبیک قد خالفک، فقال ما أدری ما قال، حدثنی هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنها قالت: لما اشتریت بريرة جاریتی شرط علی موالها أن أجعل ولانها لهم إذا اعتقتها، فجاء النبی صلی الله علیه و آله و سلم و قال: الولاء لمن أعتق، فأجاز البیع و أفسد الشرط، فأتیت ابن شبرمة فقلت له: إن صاحبیک قد خالفک، فقال: لست أدری ما قال، حدثنی مشعر بن محارب عن جابر بن عبد الله قال: إبتاع النبی صلی الله علیه و آله منی بعیراً بمكة فلما تقدنی الثمن، شرطت أن یحملنی إلى المدينة، فأجاز النبی صلی الله علیه و آله البیع و الشرط»

۱. صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۳، ص ۲۱۴: فحملها علی التقیة مع هذا الاختلاف كما ترى، بل ما رواه ابن ابی لیلی مؤید لهما و إن توهم منه البطلان فی سائر الشرائط، كما أنه يؤیدهما أيضا ما أرسله فی الغنیة: من خبر بريرة «۱» بل الظاهر أنه من المستفیض بین العامة و الخاصة و هو ظاهر فی المطلوب و احتماله أمراً آخر لا یرفع الظهور الذی هو مناط الأحکام، کل ذلك مضافاً إلى أن مدخلية الشرط فی الترضی لا تزيد علی مدخلية الثمن و الثمن و بطلان العقد فی أبعاضها لا یسری إلى بطلان الآخر حتی فیما كانت الهيئة الاجتماعية

ادعای اینکه شرایط در معاملات شرط تراضی طرفین است؛ یعنی بدون شرط طرفین تراضی نکرده‌اند، پس وقتی شرط باطل می‌باشد، معامله نیز باطل است، این ادعا صحیح نیست، زیرا هر نوع تعلیق عقد چه برای لزوم و چه صحت و چه رضا موجب بطلان عقد است با این که اگر شرط، برای لزوم عقد بوده با بطلان شرط، بیع باطل نمی‌شود، بلکه از لزوم می‌افتد و قابل فسخ می‌شود در حقیقت برای لزوم شرط گذاشته‌اند، یعنی خیار شرط کرده‌اند و بدیهی است نظر طرفین در شرط آن نبوده و همچنین صحت و رضایت طرفین نیز وابسته به شرط مزبور نیست. لذا از فخرالدین حکایت شده که گفته است: به این شرطها مجازاً شرط می‌گویند چون این شرطها تابع عقد هستند عقد سبب آن‌هاست نه اینکه شرط سبب عقد است، عقلاً نیز صحیح نیست که شرط سبب عقد باشد، چون در این صورت مشکل دور پیش می‌آید، بنابراین شروط ضمن عقد از صفات بیع است. صاحب جواهر می‌فرماید: اشکال گفته محقق ثانی این است که اگر شروط اثر عقد بوده باشد، در این صورت لازم می‌آید که اثر عقد متعلق به انجام شروط بوده و خود عقد مؤثر نبوده باشد، در این صورت عقد باطل است، مگر این که بگوییم که شرط مالکیتی را که اثر عقد به وجود می‌آورد، مقید می‌کند و این مالکیت مقارن اثر عقد است و با اثر عقد به وجود می‌آید و از نوع تعلیق نیست که موجب بطلان عقد شود. این هم اشکال دارد، چون این هم خود شرط نیست که حضرت فرموده‌اند: المومنون عند شروطهم بلکه آن حکم شرط است. بدیهی است در ضمن شرط که انجام فعل شرط شده است آن فعل مال مشروط له نیست، بلکه نتیجه آن مال مشروط له است.^۱ این مجازگویی که به نتیجه شرط، شرط می‌گوییم علاوه بر این که برخلاف قصد متعاقدين است بهتر از این نیست که بگوییم منظور از شرط کردن همان‌طوری که معنای لغوی شرط است، الزام است و

→

مطلوبه و ملحوظه، بل أقصاء ثبوت الخيار للتضرر و لا بأس بالتزامه هنا مع الجهل بالفساد، بل لعل القائلين ببطلان الشرط خاصة يلتزمون بذلك و إن لم يصحوا به و لعله لمعلومية.

۱. صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۳، ص ۲۱۵؛ و دعوی آن الشرائط فی العقود ملحوظ فيها معنی الشرطية یدفعها معلومية بطلان التعليق فيها، سواء كان للزوم أو الصحة أو للرضا، مع أن مقتضى الأول انتفاؤه بانتفائه لا الصحة و مرجعه إلى اشتراط الخيار بشرط و لو سلم صحته، فمن المعلوم عدم إرادته كمعلومية عدم صحة التعليق عليه فی الآخرين و لذا حکى عن فخر المحققين أنه قال: إن كون هذه شروطاً مجازاً، لأنها تابعة للعقد و العقد سبب فيها، فلا يعقل كونها شرطاً له و إلا دار، بل هي من صفات البيع، تختلف الأغراض باختلافها، لكن فی جامع المقاصد لا محصل لهذا الكلام، فإنها شروط للبيع الذي هو انتقال المبيع من البائع إلى المشتري، لا شروط العقد و قد عرفت فيما سبق أن البيع ليس هو نفس العقد؛ حتى لو كان نفس العقد امتنع كونها مشروطاً له، بل للانتقال الذي هو أثره و كيف يعقل أن هذه الشروط شروط للعقد الذي هو الإيجاب و القبول.

فخرالدین نیز به این معنی اشاره کرده است و منظورش این است که وقتی عقد سبب لزوم شرط است دیگر معقول نیست که شرط، شرط لزوم عقد باشد هر چند بابت تأثیری که محقق ثانی گفتند چه خود شرط، شرط لزوم باشد یا چه اثر شرط، شرط لزوم باشد: فرقی ندارد در هر دو صورت دور لازم می‌آید به علاوه تأثیر عقد به خاطر ادله شرعی (آیات و روایات) است؛ بنابراین چون اثر عقد، دستور شرع است هیچ کس غیر از شارع نمی‌تواند اثر عقد را به شرطی مقید کند. از خود ادله شروط نیز استفاده نمی‌شود که شروط اثر عقد را مقید می‌کنند،^۱ بلکه ادله شروط که با روایات اهل بیت (علیهم‌السلام) برای ما ثابت شده است در رد اهل سنت است که برخی مانند ابوحنیفه می‌گفتند که هم شرط و هم عقد باطل است و ابن ابی لیلی می‌گفته شرط باطل است این روایت می‌گوید هر چیزی را که مؤمنین در ضمن عقد لازم ملتزم شده‌اند باید به آن عمل نمایند.^۲

ابن فهد حلی در کتاب المذهب البارع که شرح مختصر نافع محقق است در جواب دور که گفته‌اند اگر با باطل شدن عقد، شرط نیز باطل شود، دور لازم می‌آید، ابن فهد در جواب آن مطلبی را گفته که به مطلب مورد بحث برمی‌گردد. در تقریر دور گفته‌اند لزوم و صحت شرط، فرع بر صحت بیع است. اگر بیع صحیح بود شرط هم صحیح و هم لازم الوفاست و اگر صحت بیع هم متوقف بر صحت شرط بود دور لازم می‌آید ابن فهد در جواب آن گفته: صحت شرط در حقیقت شرط صحت بیع نیست تا دور لازم بیاید بلکه از صفات بیع است و هر شرطی که جایز و انجام آن مقدور است اگر در ضمن عقد لازم آن را شرط بکنند لازم‌الاجرا می‌شود مانند این است که در مبیع صفت کمال شرط کنند و اگر شرط جایز نبود با شرط کردن آن عقد نیز باطل می‌شود.^۳ علت باطل شدن عقد از این جهت نیست که چون شرط باطل شده پس عقد هم باطل می‌شود. شرایط صحت بیع اموری است مانند بلوغ و عقل و رشد متعاملین که در ابتدای کتاب تجارت گفته شده است. معنای گفته اخیر مذهب همان است که گفته‌اند: متعاملین با این شرط راضی به معامله شده‌اند، وقتی شرط باطل است و عمل نمی‌شود، پس برای عقد هم رضایت نیست و تجاره عن تراض به آن گفته نمی‌شود، در این صورت عقد باطل است، زیرا رضایت اجماعاً شرط صحت هر عقدی است.

صاحب جواهر می‌فرماید: گفته‌های مذهب البارع نیز ایراد دارد، زیرا بنا به گفته ایشان به شرط جایز هم اگر مشروط علیه نخواست عمل کند، عقد باطل می‌شود، صرف‌نظر از

۱. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۵

۲. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۵

۳. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۵

این ایراد، باید گفت که رضایت طرفین در معامله مقید به شرط نیست، بلکه همراه با شرط است مثلاً اگر یکی غلامی خرید و شرط کرد که آن غلام باید باسواد باشد بعداً معلوم شد که با سواد نبود یا دو غلام را یکجا خرید سپس معلوم شد که یکی از غلامان مال دیگری است و مالکش اجازه نداد همان طوری که جمعی از فقها در این مسائل گفته‌اند که بیع صحیح است. از عبارات جامع المقاصد معلوم می‌شود که صحت بیع در این مسائل اجماعی است هرچند برای مشروط له خیار ایجاد می‌شود با این که خریدار به غلام با سواد راضی شده بود، ولی غلام با سواد نبود و به جفت غلامان راضی شده بود که یکی فقط برای او مانده است.^۱ بلکه در جامع المقاصد گفته فرق گذاشتن میان آن‌ها مشکل است و ادعای این که اگر اوصاف و دو تا (چند تا) بودن را اگر مانند شروط قید معامله قرار بدهند، در صورت تخلف آن، معامله باطل است، ولی اگر به صورت قید شرط نکنند فقط برای ذی‌نفع خیار عقد پیدا می‌شود.^۲

صاحب جواهر می‌فرماید: این گفته سفسطه و بدون معناست، مانند این ادعاست که برخی گفته‌اند: علت باطل شدن شرط این است که در مقابل مقداری از ثمن هست، زیرا با شرط ثمن کم‌وزیاد می‌شود، پس وقتی شرط باطل است مقدار مقابلش از ثمن باطل می‌شود و آن مقدار که باطل شده معلوم نیست سبب می‌شود که باقیمانده از ثمن هم مقدارش مجهول شود، لذا به علت مجهول شدن، معامله با باطل شدن شرط باطل می‌شود.^۳

صاحب جواهر می‌فرماید: این هم درست نیست چون می‌دانیم و معلوم است که ثمن بر شرایط تقسیم نمی‌شود شروط مانند اوصاف هستند که در مقابل آن‌ها ثمن قرار نمی‌گیرد، ولی ثمن با آن اوصاف زیاد و کم می‌شود بالاخص از جامع المقاصد نقل شد.^۴ بلکه وقتی شرط باطل است می‌گوییم که ذی‌نفع خیار دارد، چون شرط نیز مانند وصف معامله وقتی از بین رفته است طرف متضرر شده و بابت آن خیار دارد و ذی‌نفع می‌تواند معامله را به هم بزند و در داشتن خیار به علت بطلان شرط فرقی میان اقسام شروط باطل نیست خواه باطل بودن شرط به لحاظ غیرمقدور بودنش است یا به علت‌های دیگر.^۵

۱. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۶

۲. صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۳، ص ۲۱۶

۳. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۷

۴. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۷

۵. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۷

ابن زهره در غنیه فقط در شرط غیرمقدور خلاف شرط را باطل می‌داند، ولی صاحب جواهر بدون خلاف بودن آن را نمی‌داند از ایضاح نافع هم اجماع نقل شده و گفته فتوای فقها همین است. چه مقصود اصلی از معامله همین شرط فاسد بوده و بیع فرع بر آن بود یا بالعکس بیع اصلی بود شرط باطل فرع بود چه شرط باطل غرض عقلایی نداشته باشد؛ مانند خوردن گوشت کوبیده یا طوری دیگری باشد باطل شدن شرط عقد هم باطل است. از تذکره نقل شده که گفته است اگر شرط غیرمقدور بود خود شرط باطل است و به نظر می‌رسد موجب بطلان عقد نیست.^۱ بله اگر شرط به علت مجهول بودن باطل شود و مجهول بودن شرط موجب جهالت به یکی از عوضین (ثمن یا مبیع) گردد به جهت بطلان شرط باطل نیست، بلکه به خاطر مجهول بودن باطل است؛ بلکه هر شرط باطلی که موجب از بین رفتن یکی از شرایط صحت عقد و یا موجب پدید آمدن مانعی برای عقد شود، آن شرط و آن عقد هر دو باطل است و شاید شرطی که موجب نقض عقد شود، از این باب است، اما در سایر شروط اقوی همان است که قبلاً گفته شد.^۲

از مطالب گفته شده دلیل بطلان عقد با بطلان شرط و جواب آن معلوم شد و ضعیف‌ترین دلیلشان این است که وقتی شرط باطل است اگر شک بکنیم که بیع صحیح است یعنی نقل و انتقال انجام شده یا نه؟ اصل عدم انتقال است، پس با بطلان شرط، عقد هم باطل است در جوابشان باید گفت علاوه بر ادله‌ای که گفتیم با بودن ادله صحت بیع (أحل الله البیع و أوفوا بالعقود) نوبت به جاری کردن اصل نمی‌رسد.

از مجموع گفته‌های صاحب جواهر مخصوصاً مطالبی را که در رد سخنان جامع المقاصد گفته شد روشن می‌شود که بحث فقها باید در شرط مطلق باشد یعنی شرطی که معلوم نیست صحت عقد وابسته به آن هست یا نیست؛ اما اگر معلوم شد که منظور از شرط مجرد الزام و التزام به چیز دیگری است در این صورت مسلم که بطلان شرط هیچ تأثیری در بطلان عقد نخواهد داشت. هم چنانکه اگر معلوم شود که صحت عقد وابسته به صحت شرط است لامحاله با باطل شدن شرط عقد هم همان طوری که محقق ثانی گفتند باطل می‌شود، البته اگر قبول کنیم که شرط چنین است که تحقیقات این پژوهش چنین نشان نمی‌دهد، پس بحث فقها در شرطی است که معلوم نیست نظر متعاملین از آن شرط چه چیزی بوده است و از گفتار متعاملین نیز معلوم نمی‌شود که آیا صحت عقد وابسته به صحت شرط است یا نه؟^۳

۱. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۷

۲. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۷

۳. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۸

بند چهارم: اصل حاکمیت اراده

تنها اراده‌هایی می‌توانند عقد را از بین ببرند که خود آن را به وجود آورده باشند. پس اگر حکم قانون برای مراعات حال اشخاص ناتوان یا کم‌توان و یا سایر زیان دیدگان است، چه دلیل موجهی وجود دارد که قانون را تأثیرگذار در حقوق یک شخص واجد اهلیت و شعور و اراده‌ی کامل دانست در جایی که هیچ خسارتی برای او متصور نیست و یا ضعف و ناتوانی در اراده ندارد؟ اگر اراده او را محترم شمرده و او را محق به انعقاد قرارداد دانست، چطور باید قبول کرد که حق تشخیص ضرر و زیان خودش را ندارد و در جایی که شرط خلاف مقتضای ذات در عقد منظور شده است، نتواند عقد را برای خودش نگاه دارد و به منافع موردنظر دست یابد؟ اگر او قرارداد را با شرط می‌خواسته و حالا هم که شرط از بین رفته، باز هم عقد را می‌خواهد، چرا باید او را از اعمال حقش محروم کرده، حکم به بطلان عقد کرد؟ اگرچه منطبق با قانون مدنی نیست، لکن منطبق با عدالت و انصاف بیشتری است و بار حقوقی بیشتری نیز دربردارد، احترام به اراده‌ی متعاملین که عامل اصلی انعقاد قراردادهاست، راهگشای مشکل است. اراده‌ی موجد حق محترم شمرده شده و عقد نیز حمل بر صحت می‌گردد و نهایت امر چنانچه اختلاف در اقتضای عقد و شرط حادث گردد، شرط را به دلیل عرضی و تبعی بودن آن کنار گذاشته، حکم به بقای عقد و الزام متعاملین به اجرای کامل مفاد آن می‌شود.^۱

آیه‌ی شریفه‌ی «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»^۲ بیانگر این است که هر معامله و عقدی که از نظر عرفی و معمول آن از مصادیق «تجاره عن تراض» باشد مشروع تلقی گردیده، همه‌ی آثار عقد صحیح را خواهد داشت و در این میان اراده‌ی طرفین که موجد این عقد است نقش خودش را در بقا و دوام عقد نیز ایفاء می‌نماید، با تمسک به آیه شریفه‌ی فوق‌الذکر که تراضی را مبنای صحت قراردادها و موجب الزام طرفین در ایفای تعهدات دانسته است، خودبه‌خود تأثیر اراده نیز در عقود مشخص می‌شود، چرا که هیچ تراضی بدون اراده متصور نخواهد بود و این اراده است که به تراضی رنگ واقعیت می‌بخشد و آن را موجودیت می‌دهد در نتیجه احترام به این اراده‌ی مشروع لازم می‌آید و عقود منبعث از آن حمل بر صحت گردیده و لازم‌الوفاء خواهند بود، چرا که اگر انجام مفاد قرارداد در میان نباشد، هدف نهایی و غایی متعاملین از

۱. گرجی، ابوالقاسم، مجموعه مقالات حقوقی، ص ۷۷

۲. آیه ۲۹ سوره نساء

انعقاد عقد حاصل نخواهد شد و قرارداد بدون قدرت در اجرای آن معنایی نخواهد داشت.^۱ از این رو با توجه به نظرات فقها که عقد صلح را نمونه‌ی بارز موجودیت آزادی اراده در قراردادها دانسته‌اند و با توجه به همه‌ی آن احترامی که اندیشمندان به اراده‌ی آزاد انسان‌ها دارند و حقیقت این امر که انسان بی‌اراده موضوع هیچ سؤال و جوابی نیست، هر چه عقلایی‌تر این است که عقد را به منزله‌ی کلیت اصلی موردنظر طرفین صحیح دانست و بطلان شرط را در عقد تحقق یافته، مؤثر ندانسته و بی‌جهت عقد را که صحت و نفوذ آن مورد تأیید قرار گرفته است (به لحاظ دارا بودن کلیه شرایط اساسی صحت معاملات) محکوم به بطلان نشود.^۲

از سوی دیگر با نگاهی به متون فقهی به وضوح نقش مهم اراده در انعقاد قراردادها روشن می‌گردد و قاعده‌ی فقهی: «العقود تابعه للقصود» که در ماده‌ی ۱۹۱ قانون مدنی مورد تأیید قرار گرفته، دلیل آشکار اهمیت اراده در بحث قراردادهاست، به طوری که گفته شده است «عقد فاقد اراده و قصد، عقد تلقی نمی‌شود، زیرا تأثیر صیغه‌ی عقد تبدیلی محض نیست و صیغه را به این دلیل عقد می‌گویند که قصد طرفین را بیان می‌کند.»^۳ پس همان‌گونه که فقها بر بطلان عقد در صورت نبود قصد صراحت دارند و «العقود تابعه للقصود» را از قواعد اساسی و مبنایی در فقه معاملات می‌شمارند^۴ پس به طریق اولی اراده که عامل و اولین شرط اساسی صحت معاملات است، در بود و نبود عقد بسیار پر تأثیر خواهد بود، نتیجتاً چنین عامل مؤثری قابل احترام است و این احترام نیز آثاری دارد که عدم دخالت در نقش اراده یکی از آثار ارج گذاشتن به آزادی اراده محسوب می‌گردد.^۵ پس اصل حاکمیت اراده در قراردادها، اصل تحقق قرارداد و همه‌ی آثار و حقوق و تعهدات ناشی از آن (به جز آثار ذات عقد) با رعایت شرایط قانونی وابسته به اراده‌ی انشاء کنندگان آن است و هرگز قراردادی به شخصی که آن را اراده نکرده است تحمیل نخواهد شد. بر این اساس افراد در تصرفاتی که در نفس و مال خود می‌کنند و در التزاماتی که بر عهده‌ی خود می‌پذیرند آزاد هستند به گونه‌ای که می‌توانند اجزاء و مقتضیات عقود را

۱. گرجی، ابوالقاسم، مجموعه مقالات حقوقی، ص ۸۳

۲. شکیبانیان، محمدعلی، توجیه صحت عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد، ص ۷۲

۳. تستری، اسدالله، مقایس الأنوار و نفائس الأسرار، به نقل از مغنیه، محمد جواد، فقه الامام جعفر (ص)، ج ۳-۴، ص ۶۵

۴. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، ج ۲، ص ۸۶ عنوان ۳۲: نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الأیام فی بیان قواعد الأحکام، ص ۱۵۹ و ۱۶۰

۵. شکیبانیان، محمدعلی، توجیه صحت عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد، ص ۷۳

کم‌وزیاد کنند به شرط آن که اولاً این کار در حدود احکام شرعی باشد و ثانیاً با جوهر معامله در تناقض نباشد.^۱ پس در پوشش اصل حاکمیت اراده نمی‌توان اثر ذاتی عقد را خنثی نمود.

بند پنجم: اصالت صحت در شبهات حکمیه

با تتبع در کتب فقهی این امر آشکار می‌شود که عمده استعمال اصل صحت در دو معنا می‌باشد. اصل صحت گاه به مفهوم جواز تکلیفی به‌کاررفته است؛ به این معنا که اعمال دیگران را تا زمانی که حرمت و عدم مشروعیت آن ثابت نشده، صحیح و حلال تلقی نماییم. معنای دومی که از اصل صحت استنباط می‌شود، اصل صحت به مفهوم وضعی است. به این معنا که اعمال حقوقی یا عبادی دیگران اصولاً صحیح تلقی می‌شود و تا زمانی که دلیلی بر فساد حقوقی یا عمل عبادی ارائه نشده حکم بر صحت آن اعمال و ترتب آثار موردنظر بر آن می‌نماییم. اصل صحت در این مفهوم مقابل اصله الفساد قرار دارد.^۲

این معنا از اصل صحت موضوع بحث ما بوده و به عنوان یکی از مبانی پذیرش صحت عقد در صورت بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد مدنظر است. اصل صحت مبتنی بر سیره‌ی عقلایی بوده^۳ و عمده دلیل اعتبار این اصل بناء عقلا و خردمندان در کلیه‌ی جوامع و تمامی اعصار در بین ادیان مختلف اعم از مسلمانان یا غیرمسلمان می‌باشد و شارع نیز نه تنها با چنین سیره‌ای مخالفت نکرده بلکه آن را امضا نموده است.^۴ عدم منع شارع نشانه‌ی آن است که شارع مقدس روش عقلا را حجت می‌شمارد؛ به ویژه که اگر اصل صحت معتبر تلقی نشود، نظام اقتصادی و معاملاتی مختل شده و به حسن نیت در روابط حقوقی لطمه وارد می‌شود، چرا که عموماً طرفین قرارداد همانند دو معتمد صادق با یکدیگر روبه‌رو می‌شوند تا با حسن نیت رفتار کنند و به قول و عهد خود پایبند باشند، حال اگر اصل بر فساد قرار داده شود، اعتماد از روابط حقوقی رخت بسته و بی‌اعتمادی و تزلزل روابط معاملاتی جایگزین آن می‌شود.^۵

۱. قنوتی، جلیل، «و دیگران»، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ص ۹۸.

۲. بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۳، ص ۲۱۹؛ حائری، مسعود، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها، ص ۵۴.

۳. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، ج ۲، ص ۸ عنوان ۲۷.

۴. کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، ج ۱، ص ۶۹.

۵. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، ج ۲، ص ۱۰ عنوان ۲۷.

مسئله‌ی مهمی که نیازمند بحث است بررسی اقسام شک در معاملات و تعیین قلمرو اجرای اصل صحت می‌باشد. به بیان دیگر شکی که در معاملات حاصل می‌شود دارای چهار حالت است:

حالت اول: شک در ارکان اصلی معامله

منظور از ارکان اصلی معامله آن است که با فقدان آن‌ها اصولاً نمی‌توان عنوان عرفی معامله و عقد را بر عمل انجام شده اطلاق کرد؛ مثل این که در معامله شک کنیم آیا ثمن وجود داشته یا نه؟ یا اینکه عوضین مالیت داشته‌اند یا نه؟ چون در معاملات از شرایط اساسی این است که ثمن وجود داشته باشد و عوضین مالیت داشته باشند، اگر معامله‌ای فاقد اوصاف مذکور باشد، عرفاً عنوان معامله بر آن قابل انطباق نیست.^۱

حالت دوم: شک در شرایط متعاملین

گاهی در ارکان اصلی معامله شکی وجود ندارد و بعد از استكمال ارکان اصلی، در شرایط متعاملین از جهت یا جهاتی شک حادث می‌شود. مثل اینکه آیا متعاملین مختار بوده‌اند یا مکره؟

حالت سوم: شک در مقررات شکلی

ممکن است شک در شرایط جنبی معامله حاصل شود. مثل اینکه آیا ایجاب بر قبول مقدم بوده است یا نه و یا اینکه مقررات شکلی عقد رعایت شده است یا نه؟

حالت چهارم: شک در وجود شرط فاسد یا مانع

گاهی شک در وجود مانع یا شرایط فاسدی است که ممکن است معامله را باطل نماید.^۲ اما در خصوص دامن‌های اعمال اصل صحت و اینکه کدام‌یک از اقسام شک در قلمرو این اصل جای می‌گیرد در فقه امامیه اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. ظاهر این است که دیدگاه مشهور فقها بر قابلیت اعمال اصل صحت در سه حالت اخیر است. به این معنا که اصل صحت در تمامی مواردی که شک در صحت و یا فساد معامله‌ی واقع شده وجود دارد، معتبر می‌باشد. خواه ادعای فساد ناظر بر عدم رعایت شرایط متعاقدين یا عدم رعایت مقررات شکلی معامله و یا وجود یا عدم وجود شرط فاسد یا مانعی برای عقد باشد.^۳ بر مبنای این نظر تنها شرط اعمال اصل صحت، احراز وقوع عرفی معامله می‌باشد؛ اما مرحوم شیخ انصاری اصل صحت را در تمامی موارد حتی در فرض شک در ارکان اصلی

۱. داودآبادی، علیرضا، نقش شرط در دگرگونی مقتضای عقد در فقه امامیه در حقوق ایران، ص ۱۰۷.

۲. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی (مالکیت و مسئولیت)، صص ۲۰۴ و ۲۰۵.

۳. صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۱۹۵؛ بجنوردی، میرزا حسن، قواعد التفهیم، ج ۱، ص ۲۹۰.

معامله نیز قابل اعمال می‌داند.^۱ صرف‌نظر از این اختلاف‌ها به نظر می‌رسد وقوع قرارداد را نباید شرط اجرای اصل صحت به شمار آورد، بلکه ناچار باید آن را به معنی وقوع ظاهری دانست. بدین ترتیب که هرگاه برحسب ظاهر ارکان وقوع عقد جمع آید و بتوان گفت پیمانی بسته شده است، محل و ظرف اجرای اصل صحت نیز فراهم می‌آید. از این پس هر شک که درباره‌ی شرط یا تحقق مانعی در صحت عقد به وجود آید تابع اصل صحت است و مدعی فساد باید اثبات آن را به عهده گیرد.^۲ بنابراین برای اعمال اصل صحت نیازی به احراز وقوع عرفی عقد نیست. همین‌که متعاملین در وقوع ظاهری تراضی که رکن اساسی عقد است قاطع باشند، زمینه‌ی اعمال اصل صحت فراهم می‌شود و عقد به‌ظاهر واقع شده بر مبنایی تفسیر می‌گردد که صحیح تلقی شود.

ماده‌ی ۲۲۳ قانون مدنی نیز بیان می‌دارد: «هر معامله که واقع شده باشد، محمول بر صحت است مگر این‌که فساد آن معلوم شود» و با اندک تأملی می‌توان دریافت در جایی که شک بین صحت و بطلان عقد به وجود آید حسب مقرره‌ی قانونی بایستی حکم به صحت قرارداد نمود، چرا که اگر فسادش معلوم باشد دیگر شکی حادث نخواهد شد. اطلاق ماده‌ی فوق‌الذکر بیانگر آن است که همه‌ی عقود را که دارای شرایط اساسی صحت معاملات هستند محکوم به صحت دانست و تحقق آن‌ها را اعتبار نمود که ادعایی خالی از اشکال به نظر می‌رسد و کمتر معارضی در این خصوص دیده شده است؛ لکن بحث این است که بند اول ماده ۲۲۳ قانون مدنی چگونه هضم شود؟ اگر قائل شویم که به صرف وجود شرایط اساسی صحت معاملات، عقد محقق می‌شود، پس چگونه است که با اعتبار بخشیدن به یک شرط ضمن عقدی که مسلماً پس از تحقق عقد قابلیت حیات را یافته است و به تعبیری نامطمئن، خلاف مقتضای ذات عقد عنوان شده است، این وجود بی‌مثال را که مؤثر در حقوق و تکالیف متعددی است و صحتش مفروض است، موردعنایت خاص قرار داده و محکوم به بطلان کرد؟

حال که مشخص شد قراردادها محمول بر صحت هستند پس بایستی نتیجه‌ی منطقی آن را که اجرای مفاد قرارداد است را نیز پذیرفت، اگر قرار باشد قرارداد صحیح باشد و اجرا نشود، چرا خود را به تکلف انداخت و قراردادی منعقد کرد و این قدر هم راجع به صحت و نفوذ آن بحث کرد و هیچ منفعتی از آن نصیب انسان نشود؟ هدف اصلی بحث راجع به صحت و فساد یک عقد، همانا اثبات قابلیت اجرای مفاد آن عقد است و نتیجه‌ی بحث از خود بحث مهم‌تر است. حال عقد محقق شده محکوم به صحت، لازم‌الاجرا است. اگر عقد

۱. شیخ انصاری، مرتضی، *قواعد الاصول*، ج ۳، ص ۷۲۴

۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، ص ۲۹۳

صحیح و نافذ است در نتیجه قابل اجرا است و این قابلیت اجرا، از بین نمی‌رود با درج شرطی که اجرای آن (اقتضای آن) با مفاد عقد یا با اجرای عقد به منازعه برمی‌خیزد بلکه اصولاً و منطقاً قابلیت این‌گونه تعارض و نزاعی را ندارد، حد نهایت امر این است که دنباله‌ی نامطلوب را کنار گذاشته شود و پیکره‌ی اصلی عقد را موجب برخورداری طرفین از منافع متصوره و الزام کننده آن‌ها در انجام تعهداتشان دانست.^۱

بند ششم: اصل لزوم قراردادها

در وفاداری و پابندی به عقد جای شک و شبهه‌ای نیست، متعاملین که با اراده و علم به تراضی خود عقدی را منعقد نموده‌اند قاعدتاً به دنبال منافعی هستند که بسته به موقعیت هر یک متفاوت است، اگر بپذیریم که آدم عاقل کار عبث و بیهوده نمی‌کند حکم کلی قضیه به خوبی روشن خواهد گردید و منطقی نیست که مذاکرات و تلاش طرفین در انعقاد قرارداد فارغ از ضمانت اجرایی باشد و در اصل اجرای قرارداد است که هدف اصلی طرفین از پذیرش یک سری تعهدات و تکالیف و متقابلاً برخورداری شدن از حق و حقوقی درخور می‌باشد.^۲ نکته حائز اهمیت این است که الزام اصحاب معامله به پابندی بر مفاد قرارداد و اجرای مفاد آنکه به عنوان اصل لزوم قراردادها از آن نام می‌برند در همه عقود و قراردادهای به یکسان جاری و ساری باشد و هر دوی عقود جایز و لازم را شامل می‌گردد یا فقط در خصوص عقود لازم می‌توان به آن استناد کرد؟ در سرائت اصل به عقود لازم هیچ شکی وجود ندارد و عموم «أوفوا بالعقود» مطمئناً شامل عقود لازم که اجرای مفاد آن‌ها بر طرفین معامله لازم می‌باشد، خواهد بود، ولی عقود که مشتمل بر حق فسخ برای یکی از متعاملین یا هر دوی آن‌ها می‌باشد چه وضعیتی دارند آیا لزوم دامن‌گیر اصحاب این عقد نیز می‌شود.

چیزی که واضح است این است که لزوم قرارداد نه به معنای این است که حق فسخی برای اصحاب معامله وجود نداشته باشد، بلکه مؤید این مطلب است که مفاد قرارداد لازم الاتباع است و در صورت اجرای آن کلیه مندرجات آن لازم‌الاجرا است و این‌که یکی از طرفین حق فسخ عقدی را داشته باشند، عقد را از لزوم وفاداری به آن خارج نمی‌کند، چرا که در مقام هر یک از طرفین تکلیف به انجام تعهدات خود دارند و نمی‌توان به صرف داشتن حق فسخ و یا جایز بودن عقد منعقد از انجام تکالیف معهود شانه خالی کرد، بلکه

۱. شکیبانیان، محمدعلی، ترجیه صحت عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد، ص ۸۲

۲. گرجی، ابوالقاسم، مجموعه مقالات حقوقی، ص ۷۹

صرفاً با فسخ قرارداد است که شخص فارغ از تکالیف گردیده، متقابلاً طرف وی نیز فارغ بال خواهد گردید. «و الحق أن الأصل في كل عقد و إيقاع عدم جواز رفع آثاره و فسخه إلا بدليل»^۱

به دلایل متعددی در بحث لزوم و جواز عقود، اصل بر لزوم عقود می‌باشد. اول این که هر عقدی که منعقد گردد دارای آثار و توابع شرعی و قانونی است که متعاملین با علم و اراده کامل و پس از مذاکرات و بررسی‌های خود آن را پذیرفته‌اند و برخورداری از منافع متصوره منبعث از این عقود مستلزم، الزام به تکالیفی ما به ازاء آن می‌باشد و پس از تحقق عقد به خودی خود الزامات و تکالیفی بر عهده‌ی هر یک از طرفین بار خواهد شد.

دوم اینکه ظاهر الفاظ عبارات و مندرجات عقد حاکی از دوام و بقای عقد و نتیجتاً الزام در انجام مفاد عقد می‌باشد در اغلب موارد و به صرف نگاهی اجمالی به متن عقد این الزامات به خوبی مشخص خواهد شد؛ مثل این که اگر شخص بگوید ماشین را به تو فروختم (حالا به هر قیمت و شرطی که باشد) منظورش این خواهد بود که پس از انعقاد عقد دیگر مالکیتی برای وی نسبت به ماشین منظور نیست و قدرت و استیلاي خودش را بر آن ماشین از دست خواهد داد نه برای همان دقیقه و ساعت بلکه برای همیشه که نیاز به توضیح اضافه ندارد و همه بر این امر متفق‌القول می‌باشند و با فرض صحت عقد دیگر مشکلی در اجرا و لزوم آن نخواهد بود.^۲

سوم این که از عموم آیه شریفه «أوفوا بالعقود»^۳ برمی‌آید که هر عقدی لازم الوفاء است و اجرای مفاد عقد بر اصحاب آن تکلیف است و بحث تخصیص و استثناء خارج از بحث است، چرا که عقد را در راستای اراده‌ی و تراضی طرفین موردنقد و بررسی قرار می‌دهیم و اگر متعاملین خواسته باشند به نحوی از انحاء از حقوق مشروع و قانونی خود استفاده کنند و با وجود شرایط یا اوضاع و احوالاتی که موردنظرشان است از الزامات عقد فارغ گردند، دیگر لزوم عقد معنا نخواهد داشت چرا که اراده‌ی اشخاص در قراردادهای سرمنشأ این تعهدات است و سوای اراده‌ی آن‌ها اراده‌ی ثالثی مؤثر در وجود نخواهد بود.

معنای وفای به عقد در آیه‌ی شریفه‌ی «أوفوا بالعقود» لزوم احترام به مفاد و مقتضای عقد است و از آن استفاده‌ی لزوم نمی‌شود. پس این امر در عقود لازم و جایز یکسان بوده و شامل هر دو می‌شود. منتها وفای به عقد در هر یک چهره‌ی خاصی دارد اما در اصل لازم‌الاتباع بودن تردیدی وجود ندارد؛ بنابراین لازم‌الاتباع بودن مفاد عقد اقتضا می‌کند

۱. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیة، ص ۳۶.

۲. شکینیات، محمدعلی، توجیه صحت عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد، ص ۸۴.

۳. سوره مائده آیه ۱

که عقد با فرض تحقق ظاهری لازم‌الاجرا تلقی گردد و به جای حکم به بطلان عقد و شرط به جهت مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد، با احراز قصد انعقاد معامله، حکم به بطلان تراضی نداده و برعکس مشروط علیه را به انجام تعهدات خود در راستای اجرای مفاد مجموعه‌ی عقد و شرط الزام شود.

در نتیجه عقد با جمیع شرایط صحت و با فرض تحقق آن، لازم‌الاجرا تلقی گردیده و به علت بطلان شرط ضمن آن محکوم به بطلان عقد نیست و مشروط علیه را که در فرض صحت شرط ملزم به انجام تعهدات خود بوده و مشروط له دارای حق خیار می‌باشد.

بند هفتم: تراضی طرفین

آیه شریفه‌ی «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»^۱ به صراحت نقش تراضی در عقود را بیان می‌نماید و عموم آیه‌ی شریفه‌ی مذکور شامل عقود و قراردادهای می‌باشد و بیان می‌نماید که تسلط شخص بر مال دیگران بدون تراضی مالک ممنوع شرعی و باطل قانونی است. پس صحت عقود از دیدگاه این آیه، مشروط به وجود تراضی است که خود بیانگر تراضی به عنوان رکن اساسی عقود می‌باشد.^۲ پس حالا که تراضی طرفین این قدر مؤثر در وجود عقد است چگونه می‌توان عقد محقق برخواسته از تراضی طرفین را به فرض بطلان شرط خلاف مقتضای ذات آن محکوم به بطلان نمود، اگر تراضی موردنظر شرع و قانون وجود دارد و سایر شرایط صحت قراردادهای نیز وجود داشته باشد، پس دلیلی بر بطلان عقد نیست، عقدی که محقق شده و اثرات خودش را به دنبال دارد. از سوی دیگر احترام به تراضی طرفین ممدوح شرع و عقل است، پس چه بهتر که اختیار اعمال حق را به صاحب حق داد و چنانچه مشروط له در اثر بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد که منجر به حذف آن عقد می‌گردد، هدف و منفعت خاص خود را دور از دسترس نمی‌بیند و راضی به اجرای عقد می‌باشد، اراده‌اش را و تراضی حاصله‌ی طرفین را محترم شمرده و او را با اختیار فسخ معامله با قبول آن مورد قضاوتی عادلانه قرار داد و تراضی طرفین را که عقد مشروط را خواسته‌اند چه در تحقق عقد و چه در انحلال عقد معتبر بدانیم همان گونه که در سایر قراردادهای هم همین گونه است و همان عامل موجب عقد موجب انحلال عقد نیز می‌باشد.^۳ تراضی متعاملین بر

۱. سوره نساء، آیه ۲۹.

۲. روحانی، محمدصادق، منهاج الفقاهة، ص ۲۱۴.

۳. گرجی، ابوالقاسم، مجموعه مقالات حقوقی، ص ۸۶.

تحقق هر اثر حقوقی که تعلق گرفت، دیگر نام و نشان آن تأثیری در بود و نبود احکام آن قرار نخواهد داشت و با چنین استدلالی حقیقت لزوم احترام به تراضی متعاملین و تفسیر قرارداد، در راستای کشف تراضی مشترک اصحاب معامله مورد اثبات واقع می‌گردد.^۱ نهایت امر این است که در چنین وضعیتی با توسل به اصول حقوقی موجود می‌توان گفت مشروط له صاحب حق فسخ قرارداد در صورت عدم انجام شرط یا منتفی شدن اجرای آن می‌باشد که در ما نحن فیه باز هم اختیار اعمال حق در دست صاحب حق است.

گفتار سوم: تحلیل انتقادی بر مفاد ماده ۲۳۳ قانون مدنی

این گفتار درصدد است ثابت نماید تسری بطلان شرط به بطلان عقد در صورتی است که به ارکان و شرایط صحت عقد لطمه وارد شود. این فقط در مصادیق شرط مخالف ذات عقد؛ مثل شرط بلائمن در عقد بیع یا جایی که شرط موجب جهل به عوضین می‌گردد، رخ می‌دهد، اما شرط مخالف مقتضای ذات عقد اخلاقی در ارکان عقد و شرایط صحت آن ایجاد نمی‌کند و صرفاً چون میان شرط و عقد تناقض وجود دارد فقط شرط باطل است و بطلان شرط به عقد سرایت نمی‌کند تا عقد را نیز باطل کند. لذا بر ماده ۲۳۳ قانون مدنی این انتقاد وارد است که شرط خلاف مقتضای ذات عقد خارج از مفاد آن است و باید به ماده ۲۳۲ قانون مدنی الحاق شود.

آنچه مسلم است اینکه قانون مدنی شروط باطل را دو دسته نموده و مصادیق شروط باطل را در ماده ۲۳۲ قانون مدنی^۲ ذکر کرده و از سوی دیگر در ماده ۲۳۳ قانون مدنی، از شروط باطل و مبطل سخن گفته است. شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است.

۱. شکیبانیان، محمدعلی، توجیه صحت عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد، ص ۸۵

۲. شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست: ۱. شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد؛ ۲. شرطی که در آن نفع و فایده نباشد؛ ۳. شرطی که نامشروع باشد. ۱- در تعهد به وسیله (مبادی- تولیدی) ضرورتی ندارد که به دست آوردن نتیجه در توان متعهد باشد؛ کافی است که امکان دستیابی به آن در دید عرف وجود داشته باشد (مانند تعهد به ثمر رساندن زراعت و درمان بیمار). ۲- بطلان شرط غیر مقدور ناظر به موردی است که ناتوانی تسلیم ناشی از وضع مال یا طبیعت کار مورد تعهد باشد (مانند فروش حیوان فراری) نه بیماری و ورشکستگی متعهد. ۳- شرط فعل در صورتی باطل است که اجرای آن در توان هیچ کس نباشد (ماده ۲۳۸ ق.م.). ۴- شرط نامشروع اعم است از این که مخالف قانون باشد یا اخلاق و نظم عمومی. ۵- بطلان شرط، اگر مستند به فعل مشروط له نباشد و با آگاهی از فساد شرط موضوع تراضی قرار بگیرد، به مشروط له حق فسخ می‌شده (ماده ۲۴۰ ق.م.). ۶- شرط مجهول باطل است، هر چند به دو عوض سرایت نکند.

۱ - شرط خلاف مقتضای عقد.

۲ - شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.

بر این اساس، قانون‌گذار در مادهٔ مزبور درصدد تبیین مصادیق شرط باطل و مبطل است نویسندگان قانون مدنی در مادهٔ ۳۳۲ این قانون در مقام بیان شروط مبطل عقد بوده‌اند، ولی برای تشخیص مبطل بودن شرط ضمن عقد هیچ ضابطه‌ای ارائه نداده است و تنها به ذکر دو مورد به عنوان نمونه فوق اکتفا نموده‌اند؛ اما بهتر بود نویسندگان قانون مدنی به جای بیان دو مورد از موارد شروط مبطل، معیار و ضابطهٔ سرایت فساد شرط به عقد را تعیین می‌کردند و بعد براساس ضابطه و مناط معین به ذکر موارد و مصادیق آن می‌پرداختند و دست دادگاه را در تشخیص اینکه کدام شرط باطل و کدام شرط مبطل عقد است، باز می‌گذاشتند. چنانچه در این زمینه دکتر کاتوزیان می‌گوید: «آیا بهتر نبود که نویسندگان قانون مدنی به جای تقسیم شروط فاسد، ضابطهٔ سرایت فساد به عقد را معین می‌کردند و دادرس را در تمیز رابطهٔ عقد و شرط آزاد می‌گذاشتند و شرط خلاف مقتضای عقد و مجهول را به عنوان نمونه و مثال می‌آوردند».^۱ حقوق دانان علت مبطلیت شروط مندرج در مادهٔ ۳۳۳ قانون مدنی را، خلل به ارکان عقد تفسیر می‌کنند؛ بنابراین، باید گفت که هر جا خلل به ارکان قرارداد، شرایط صحت عقد و شرایط صحت عوضین و شرایط صحت متعاقدين ایجاد شود، عقد نیز باطل می‌گردد.

شرط خلاف مقتضای ذات عقد نمی‌تواند مبطل عقد باشد چون در چنین شرط خلافی، اخلال در ارکان عقد اتفاق نمی‌افتد تا بطلان شرط را به بطلان عقد سرایت داد. این دیدگاه از تعبیر برخی از حقوق دانان و فقهای امامیه نیز به خوبی فهمیده می‌شود؛^۲ دکتر مهدی شهیدی می‌نویسد: «علی‌الأصول بطلان شرط در عقد مؤثر نیست، اما هرگاه شرط با ماهیت عقد یا یکی از ارکان آن تعارض داشته باشد و آن را از بین ببرد، عقد را باطل می‌سازد».^۳

مرحوم سید علی طباطبایی بر این باور است بنا بر اصل صحت عقد در شرط خلاف مقتضای ذات عقد، بطلان شرط به عقد تسری پیدا نمی‌کند.^۴ برخی دیگر از فقهای امامیه به صراحت به این صورت قائل به تفصیل شده‌اند: اگر شرط ضمن عقد به ارکان آن لطمه

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۴۹۶

۲. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، ج ۲۳، ج ۲۲، ص ۲۱۶؛ نائینی، محمدحسین، منیه الطالب فی

حاشیه المکاسب، ج ۳، ص ۲۷۱ به بعد

۳. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۴۲.

۴. ر.ک: یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیه المکاسب، ج ۸، ص ۳۷۴

نزند دلیلی بر بطلان عقد نیست مانند شرط مخالف مقتضای ذات عقد و اگر به ارکان آن لطمه وارد کند مانند شرط مخالف ذات عقد دلیل فساد عقد بطلان شرط نیست بلکه علت فساد یا اخلال در قصد است یا اخلال در شرایط اساسی صحت معامله.^۱

البته باید پذیرفت چنانچه در مورد خاصی، احرار گردد که شرط ضمن عقد رکن مطلوب مورد نظر طرفین بوده است، بطلان آن می‌تواند موجب بطلان قرارداد گردد، لیکن بدیهی است که اثبات رکنیت شرط بر عهده مدعی آن است.^۲ بنابراین، با توجه به استدلال‌های فوق آنچه در تسری بطلان از شرط به عقد مهم است ورود یا عدم ورود لطمه به ارکان قرارداد است.

برخی از متأخرین فقهای امامیه در ضمن بحث از شرایط صحت عقد، تنها آن شروطی که خلاف مقتضای ذات عقد، مجهول و جهل به آن به موضوع عقد سرایت می‌کند را موجب بطلان عقد معرفی کرده‌اند و در بررسی سایر شرایط، فقدان آن‌ها را موجب بطلان عقد ندانسته‌اند. به‌طور مثال مرحوم نائینی بیان داشته است که «اگر فساد شرط موجب اخلال به اصل عقد گردد؛ مانند شروط منافی مقتضای عقد یا نافی همه آثار مترتب بر عقد... شبهه‌ای در فاسد و مفسد عقد بودن آن وجود ندارد به دلیل اینکه بازگشت شرط مزبور به نقض عقد و انشای آن است... و همچنین اگر شرط، موجب اخلال در هر یک از اموری گردد که در عوضین لازم است...»^۳. از این بیان به خوبی استنباط می‌گردد که محدود نمودن تسری بطلان شرط به قرارداد اصلی، به شرط یا شروط خاصی موجه نیست بلکه ملاک مبطلیت شرط، اهمیت دارد و آن نیز همان اخلال به ارکان قرارداد اصلی است. پس اگر شرطی موجب مقدور نشدن ایفای تعهد گردد با توجه به همین مبنا باطل و مبطل عقد خواهد بود؛ برای مثال چنانچه شرط ناظر به تسلیم موضوع قرارداد در مکانی باشد که بعداً مشخص گردد تسلیم در مکان مزبور غیرمقدور بوده است و مکان مزبور نیز قید اراده بوده باشد، قرارداد به دلیل فقدان قدرت بر تسلیم موضوع قرارداد باطل خواهد بود. همچنان که اگر شرطی که خود نامشروع است موجب نامشروع شدن

۱. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۱۶؛ انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخيارات، ج ۳، ص ۴۹۵۰؛ نائینی، محمد حسین، منية الطالب فی حاشية المکاسب، ج ۳، ص ۲۷۱ به بعد

۲. قبولی درافشان، سید محمد مهدی و نانی، امیر یوسف، «شروط مبطل پیش بینی شده در ماده ۲۳۳ قانون مدنی و امکان توسعه آن»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد، ص

موضوع یا جهت عقد شود نیز می‌تواند مبطل عقد گردد؛ چرا که مشروعیت موضوع و جهت از شرایط اساسی صحت معاملات است^۱ و عدم مشروعیت نیز تفاوتی ندارد که مستقیماً از خود موضوع معامله ناشی شده باشد یا از شرطی که موجب نامشروع شدن موضوع یا جهت می‌شود.^۲ تأثیر شرط خلاف ذات عقد نشانه گرفتن و ضربه زدن به ارکان و شرایط اساسی عقد است که در ماده ۱۹۰ ق.م. و سایر موارد مطرح شده است. به عنوان مثال شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین می‌شود به شرط معلوم بودن موضوع عقد که در بند سه ماده ۱۹۰ به آن تصریح، خلل وارد می‌سازد یا شرط نامعقولی که موجب بی‌فایده شدن موضوع عقد می‌شود در واقع به یکی دیگر از شرایط مورد معامله که منفعت عقلایی داشتن آن می‌باشد، خلل وارد می‌سازد و همین‌طور، سایر مواردی که به عنوان شرط مبطل عقد معرفی شدند، به یکی دیگر از شرایط اساسی عقد یا ارکان آن خلل وارد می‌سازند و در نهایت موجب بطلان عقد می‌شوند.^۳

بنابراین در مقام بیان یک منطوق و معیاری جامع و دقیق برای شناخت شروط مبطل عقد، باید گفت شرط خلاف ذات عقد، باطل و مبطل عقد است به تعبیر دیگر هر شرطی که در ضمن عقد درج شود و به نحوی از انحاء به مفاد عقد یا یکی از ارکان و شرایط اساسی عقد خلل و خدشه‌ای وارد سازد و آن را از دایره اعتبار خارج کند، علاوه بر باطل بودن، مبطل عقدی که در ضمن آن درج شده است، نیز خواهد بود. ولی شرط خلاف مقتضای ذات عقد نمی‌تواند مبطل عقد باشد چون در این شرط، اخلال در ارکان عقد اتفاق نمی‌افتد تا بطلان شرط را به بطلان عقد سرایت داد، بلکه صرفاً تناقض با ماهیت عقد ایجاد می‌شود و این تناقض مستوجب بطلان شرط است عقد همچنان به صحت خود باقی است؛ اما در شرط خلاف ذات عقد چنان تأثیری بر عقد دارد که یکی از ارکان یا شرایط اساسی عقد با آن قابل جمع نیست و در واقع، چنین شرطی محلّ به مهره‌های اصلی تشکیل عقد خواهد بود و قهراً موجب بطلان عقد خواهد شد.

از این رو می‌توان گفت: ماده ۲۳۳ قانون مدنی باید بدین نحو مورد اصلاح قرار گیرد: «شرط خلاف ذات باطل و مبطل عقد است. با این توضیح که در هر موردی که شرط

۱. قانون مدنی، ماده ۱۹۰: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ... ۴. مشروعیت جهت معامله». ماده ۲۱۵: «مورد معامله باید... متضمن منفعت عقلانی مشروع باشد». ماده ۲۱۷: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود، ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد والا معامله باطل است.»

۲. در تأیید این نظر ر.ک: عابدیان، میرحسین، شروط باطل و تأثیر آن در عقد، صص ۱۹۲-۱۹۳

۳. فرح‌بخش، ابوالفضل، «ضابطه مبطل بودن شرط ضمن عقد (ماده ۲۳۳ قانون مدنی) و تطبیق آن با فقه»، گفت‌وگو حقوقی، شماره ۲۳ و ۲۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد، ص ۴۷

ضمن عقد به ارکان قرارداد، شرایط صحت عقد و شرایط صحت عوضین و شرایط صحت متعاقدين لطمه وارد کند، علاوه بر بطلان شرط، عقد را نیز باطل می‌کند از جمله آن شروط؛

شرط مجهولی را که موجب جهل به عوضین شود؛

شرط غیرمقدوری که موجب غیرمقدور شدن عوضین می‌شود؛

شرط نبود ثمن و مبیع در ضمن عقد بیع؛

شرط عدم اجرت در ضمن عقد اجاره؛

شرط تغییر جنسیت در ضمن عقد نکاح.»

شرط مخالف مقتضای ذات عقد نیز به مصادیق ماده ۲۳۲ قانون مدنی الحاق می‌گردد.

فصل چهارم: رویکردی نوین در تشخیص مصادیق اختلافی

مقتضای ذات و اطلاق عقود

مبحث اول: مصادیق شرط مخالف ذات عقد

ذات عقد ناظر بر ماهیت و وجود عقد است در نتیجه مقتضای ذات عقد ناظر بر مقتضای ماهیت عقد و مقتضای وجود عقد است. ذاتیات عقد همان ارکان و شرایط صحت عقد هستند که در مرحله انعقاد عقد قبل از انشاء آن باید وجود داشته باشند که با انتفای آنها یا شرط کردن نبود یکی از آنها، ماهیت یا وجود عقد منتفی می‌گردد. به تعبیر دیگر در شرط مخالف ذات عقد هم شرط باطل است و هم مبطل عقد. بطلان عقد به واسطه‌ی درج شرط به جهت ناهماهنگی شرط با ارکان اساسی و آثار اصلی عقد شود، بطلان عقد خواهد شد. در این مبحث درصدد هستیم مصادیق شرط مخالف ذات عقد مورد شناسایی و تحلیل قرار دهیم:

گفتار اول: بیع به شرط عدم ثمن

مسئله‌ی بیع بلا ثمن در آثار فقهی ذیل مباحثی از قبیل مقبوض به عقد فاسد و عدم مخالفت شرط با مقتضای عقد مطرح شده است.^۱ بیع تملیک عین است به عوض معلوم و همچون سایر عقود معاوضی عوض از مقومات بیع محسوب می‌شود. شرطی که نافی عوض در بیع باشد در حقیقت خصوصیت اصلی و جوهر بیع و شرط صحت بیع را سلب

۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، ج ۳، ص ۱۸۶؛ آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیه

المکاسب، ص ۳۱؛ بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، *بلغه الفقیه*، ج ۱، ص ۷۲

می‌نماید و مخالف با ذات این عقد می‌باشد؛ درحالی‌که از عبارات برخی فقها^۱ استفاده می‌شود که این مسئله را شرط مخالف با مقتضای ذات عقد محسوب کردند. صاحب جواهر در این زمینه چنین به بیان دیدگاه‌ها در این زمینه می‌پردازد: در قواعد گفته است بیع به لفظ سلم نیز منعقد می‌شود. سپس وارد این مسئله شده است که اگر بگوید به تو فروختم بدون اینکه ثمنی در کار باشد و یا مشروط به اینکه ثمنی بر عهده تو نباشد در این صورت انعقاد عقد به صورت هبه دارای بحث می‌باشد. این بحث و اختلاف ریشه در این دارد که گفته شود مراد معنا است و بدان التفات وجود دارد؛ اما ممکن است در مقابل ادعا شود که در الفاظ اختلال وجود دارد. در اینکه آیا قابض مضمون است یا نه باز اختلاف وجود دارد. ریشه اختلاف در این است که عقد فاسد نیز مضمون می‌باشد ولی در طرف مقابل نیز ممکن است ادعا شود که لفظ دال بر اسقاط است.^۲

اگر بگویید که فروختم و از ثمن بحثی به میان نیاید در این صورت تملیک تحقق نمی‌یابد و ضمان واجب می‌باشد. مثل این قول در تذکره نیز وارد شده است. اشکال آن این است تنافی مندفع می‌شود زمانی که از مدلول لفظ عدول کند به معنای دیگری که سبب آن تنافی نمی‌باشد. چون این کفایت از صحت نمی‌کند در غیر این صورت هیچ یک از عقود در صورت اشتغال بر آنچه با عقد منافات دارد، نباید باطل باشد، چرا که مندوحه در عدول از لفظ به معنای غیر از مدلول وجود دارد، مگر در جایی که منافات وجود نداشته باشد. بهتر این است که ریشه‌ی اصلی را این‌گونه بیان کنیم: وجود لفظ بیع مقتضی ثمن است از طرفی اشتراط عدم ثمن نیز منافای با صحت عقد می‌باشد و در این صورت بیع فاسد خواهد بود.^۳ در اینکه تقیید به عدم ثمن را قرینه بر اراده هبه از لفظ بیع بدانیم، چون

۱. صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۷، ص ۲۰۳؛ علی أن الظاهر إرادة غیر هذه الجهة من الفساد، نحو ما قيل فی الفساد بعقد المعاوضة إذا كان باشتراط عدم العوض، مثل بعتک بلا ثمن و أجرةک بلا أجرة.

۲. داودآبادی، علیرضا، نقش شرط در دگرگونی مقتضای عقد در فقه امامیه در حقوق ایران، ص ۱۵۱

۳. صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۴، ص ۲۷۲؛ فی القواعد بعد أن ذکر أن الأقرب انعقاد البيع بلفظ السلم قال: «و کذا لو قال: بعتک بلا ثمن أو علی أن لا ثمن علیک فقال: قبلت ففی انعقاده هبة نظر، ینشأ من الالتفات الی المعنی و اختلال اللفظ و هل یكون مضمونا علی القابض فیه إشکال ینشأ من كون البيع الفاسد مضمونا و دلالة لفظه علی إسقاطه و لو قال: بعتک و لم يتعرض للثمن فإنه لا یكون تملیکا و یجب الضمان.» و نحوه فی التذکره «و فیه ان التنافی یندفع إذا عدل باللفظ عن مدلوله الی معنی آخر لا یكون سببه التنافی، لأن هذا غیر كاف فی الصحة و الا فلا یبطل شیء من العقود المشتملة علی ما ینافیها، لوجود المندوحة فی المعدول به الا ما لا ینافی و الاولی جعل منشأ النظر وجود لفظ البيع المقتضی للثمن و وجود المنافی لصحته و هو اشتراط عدم الثمن فیکون بیعا فاسدا و من ان التقیید بعدم الثمن قرینه علی إرادة الهبة من لفظ البيع لان الهبة هی التملیک بغیر عوض، فهو مساو لها

هبه نیز تملیک بدون عوض می‌باشد و این‌گونه عقد بستن نیز مساوی با آن در معنا می‌باشد.

اشکال آن این است که عقد هبه هر چند که جایز است، اما انعقاد آن به این صورت محل اشکال و نظر و بلکه منع است؛ و از اینجا می‌توان منظور برخی از افراد که گفته‌اند مدار بر قصد است را فهمید. اگر قصد هبه کرده است صحیح است و اگر قصد بیع کرده است باطل می‌باشد. آنچه که در حواشی شهید ذکر گردیده است که این بحث متوقف بر این است که عقود را توقیفی یا اجتهادی بدانیم. در صورت اول صحیح نمی‌باشد چون بیع باید دارای عوض باشد و جهالت نباید در آن وجود داشته باشد؛ اما قول به ضمان نیز بعید به نظر نمی‌رسد چون بنا بر اینکه عقد فاسد باشد، منع در عبارت ناظر به صورت صحت عقد است، اما در صورت عدم صحت عموم علی‌البدل و غیر آن شامل این موارد می‌باشد، مگر اینکه گفته شود عقد مذکور هبه فاسده است و آنچه که صحیح آن دارای ضمان نمی‌باشد فاسد آن نیز دارای ضمان نخواهد بود. این دیدگاه نیز ضعیف نبوده و قوی می‌باشد البته به شرطی که از آن قصد و اراده هبه شده باشد.^۱

مرحوم سید محسن طباطبایی حکیم در منهاج‌الصالحین در باب شروطی که واجب الوفا نیستند می‌فرماید: از جمله این شروط این است که منافی مقتضای عقد نباشد. مثل اینکه چیزی را به شرط اینکه ثمنی برای آن نباشد یا خانه‌ای را اجاره دهد به شرط اینکه اجرتی برای آن نباشد.^۲ برخی دیگر نیز با این بیان که حقیقت بیع مبادله و معاوضه است و با فرض بلا ثمن بودن از حقیقت و جوهر آن خارج می‌شود، شرط عدم ثمن در بیع را با

→

فی المعنی» و فیه «ان عقد الهبة و ان كانت من الجائز الا ان عقدها بمثل ذلك محل نظر أو منع.» و منه يعلم ما فی المحکی عن بعضهم من ان المدار فی ذلك علی القصد، فان قصد الهبة صح و ان قصد البيع. بطل

۱. صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۴، ص ۲۷۳: «و من ان التقييد بعدم الثمن قرينة علی إرادة الهبة من لفظ البيع لان الهبة هی التملیک بغیر عوض، فهو مساو لها فی المعنی» و فیه «ان عقد الهبة و ان كانت من الجائز الا ان عقدها بمثل ذلك محل نظر أو منع.» و منه يعلم ما فی المحکی عن بعضهم من ان المدار فی ذلك علی القصد، فان قصد الهبة صح و ان قصد البيع. ما عن حواشی الشهد من أن ذلك مبني علی ان العقود توقيفية أو اصطلاحية، فعلى الأول لا يصح، لان البيع لا بد فيه من العوض و انتفاء الجهالة و علی الثاني يصح، إذ من الواضح ان الثاني ليس قولاً لأحد منا، بل و لا احتمالاً و اما الضمان فهو المتجه بناء علی انه بيع فاسد، ضرورة كون المنع فی العبارة علی تقدير صحة هذا العقد فمع عدمها يبقى ما دل علیه من عموم «علی‌البدل» و غیره سالماً اللهم الا ان يقال ان ذلك هبة فاسدة و «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» و هو لا یخلو من وجه بنا علی انه قصد بذلك الهبة فتأمل جيداً و الله اعلم.

۲. خوئی، ابوالقاسم، منهاج‌الصالحین، ج ۲، ص ۵۹.

مقتضای عقد مخالف دانسته‌اند.^۱ در حقیقت این دسته از فقها ذاتیات و مقومات عقد را با مقتضا (آثار و منشاءات اصلی عقد) خلط کرده‌اند، ولی برخی معاصران از جمله صاحب جامع المدارک، امام خمینی و مرحوم خویی^۲ و بجنوردی^۳ ذاتیات عقود را از مقتضیات ذات آن تفکیک نموده‌اند و توهّم 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، بلکه بالاتر بیعی در بین نیست تا خلاف مقتضای ذات آن مورد بحث واقع شود: «أما الوجه الأول فيختص بما لو شرط على خلاف ما يكون من مقومات العقد كالبيع بشرط عدم الثمن وهذا في الحقيقة مناف لحقيقة العقد لا لمقتضاه».^۴ ان مقتضى العنوان - و هو كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد - ان يكون البحث عن مخالفته لماهية العقد و اركانه او مخالفته الاحكام المترتبة على ذات العقد او الاحكام المترتبة على المعقود عليه خارجاً عن محط الكلام.^۵

در مسئله‌ی بیع بلا ثمن فرض این است که بیع بلا ثمن اساساً بیع نیست تا صحبت آثار و مقتضیات آن شود. از این رو محقق خویی حکم به بطلان بیع بلا ثمن به جهت مخالفت آن با مقتضای عقد را توهمی بیش نمی‌داند و شرط عدم ثمن را قرینه‌ای بر عدم قصد بیع و اراده‌ی عقد هبه محسوب می‌کند.^۶

گفتار دوم: اجاره به شرط عدم اجرت

عقد اجاره نیز همانند بیع از عقود معاوضی بوده و ذکر اجرت و تعیین آن داخل در ماهیت این عقد می‌باشد. عدم تعیین اجرت در عقد اجاره موجب انفکاک عقد از جوهر آن شده و عمل حقوقی مزبور را بی‌اثر می‌نماید. در فقه امامیه موضوع اجاره‌ی بلا اجرت یا

۱. مظفر، محمدرضا، حاشیه‌ی المظفر علی المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۸.

۲. خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۱۸۷.

۳. بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقہیہ، ج ۴، ص ۱۸۷.

۴. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، ج ۳، ص ۲۱۰.

۵. خمینی، سید روح الله، البیع، ج ۵ ص ۱۸۴.

۶. خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۳۹: «و قد توهّم كونه مخالفاً لمقتضى العقد اذا البيع بلا ثمن، لا يعقل، فمرجع هذا الاشتراط الى عدم البيع وهذا لا يلائم البيع و لكنه واضح الدفع فان هذا الاشتراط قرينه على عدم اراده البيع من ذلك بل اريد منه الهبة.»

شرط عدم اجرت ذیل مباحث مقبوض به عقد فاسد و قاعده‌ی لایضمن، عقد اجاره و شرایط آن بررسی شده است.^۱

صاحب جواهر در این زمینه ابتدا به بیان دیدگاه برخی از فقها می‌پردازد: با قول فروختن بدون ثمن یا فروختن بدون ذکر ثمن؛ بلکه صریح کلام آن‌ها این است که اجرت‌المثل در مسئله سابق که در آن عدم اجرت شرط شده بود ثابت می‌باشد البته مشروط به اینکه در زمان معین نرسد. چون این مطلب مبنی بر آن است که اجاره صدق کند. سپس می‌فرمایند اسم عقد اجاره بر آن صدق نمی‌کند، چون عوض در مفهوم بیع و اجاره دخیل می‌باشد و بدون آن نه بیعی تحقق می‌یابد و نه اجاره‌ای. پس چنین شرطی مخالف ذات عقد می‌باشد که هم شرط باطل است و هم مبطل عقد.^۲

برخی از فقها ضمن اذعان به لزوم ذکر اجرت در عقد اجاره و منافات داشتن شرط عدم اجرت با مقتضای ذات این عقد، در مقام تفسیر اراده‌ی طرفین برآمده و با جمع میان مفاد عقد و شرط و کشف طبیعت و اثر حقوقی که طرفین خواسته‌اند، اجاره به شرط عدم اجرت را عاریه تفسیر نموده‌اند. شهید ثانی اشکال اجاره‌ی بدون اجرت و استحقاق اجرت‌المثل را به این صورت دفع می‌کند که با اشتراط عدم اجرت در عقد اجاره در حقیقتاً لفظ دلالت بر عاریه‌ی عین می‌نماید؛ زیرا در انعقاد عاریه لفظ به خصوصی شرط نمی‌باشد و شکی نیست که اشتراط عدم اجرت صریح در اذن در انتفاع بدون عوض می‌باشد.^۳ ازاین‌رو شهید ثانی شرط عدم اجرت در عقد اجاره شرط مخالف با مقتضا و نتایج اصلی عقد تلقی کرده است. درحالی‌که در مقابل برخی در مسئله‌ای تحت عنوان بازگشت اجرت به مستأجر هنگام

۱. داودآبادی، علیرضا، نقش شرط در دگرگونی مقتضای عقد در فقه امامیه در حقوق ایران، ص ۱۵۴

۲. صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۷، ص ۲۴۹.... مع قول بعثک بلا ثمن أيضاً أو بعثک بلا ذکر ثمن، بل کلامهم صریح فی ثبوت أجرة المثل فی المسألة السابقة المشترط فیها عدم الأجرة، إذا لم یصل فی الزمن المعین؛ و لعل الوجه فیہ - بعد ذکر فرض شمول کلام الأصحاب لمثله لا أنه خارج عنه باعتبار دخول العوض فی مفهوم البیع و الإجارة و مع انتفائه لا یكون بیعا و لا إجارة کی یندرج فی کلیة المقام و نحوها المبنیة علی صدق الإجارة، إلا أنها باطلة، إذ قد ینقال - بعد تسلیم عدم صدق اسم الإجارة: إن المدار فی کلامهم علی العقد الفاسد المراد به إجارة مثلا و لو من حیث تملیک المنفعة خاصة، إما للجهل بموضوع الإجارة، أو تشریعا أو إیداعا أو نحو ذلك، أن کل مدفوع بعنوان مقتضى العقد الفاسد و أنه من آثاره و مما یترتب علیه علی حسب الدفع بالعقد الصحیح لم یترتب علیه أثر.

۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام، ج ۵، ص ۱۸۴: «و یندفع الاشکال فیها بانه مع اشتراط عدم الاجره ینکون اللفظ الوارد فی ذالک دالا علی اعاره العین الموجهه، فان الاعاره لا تخص بلفظ المخصوص، بل لا علی لفظ مطلقا و لا شک ان اشتراط عدم الاجره صریح فی الاذن فی الانتفاع من غیر عوض، باللفظ فضلا عن القرینه، فلا یترتب علیه تنوب اجره.»

باطل بودن عقد اجاره، به شرط مخالف ذات عقد بودن شرط عدم اجرت در عقد اجاره اشاره نموده‌اند و از جمله‌ی موارد بطلان را اجاره‌ی بلاعوض ذکر کرده‌اند.^۱ به عقیده محقق اصفهانی نیز اجاره‌ی به شرط عدم اجرت منافای حقیقت و ماهیت اجاره بوده و تحقق اجاره بدون اجرت امری محال و به دور از ذهن می‌باشد.^۲

گفتار سوم: شرط تغییر جنسیت در عقد نکاح

در فقه و حقوق در لزوم اختلاف جنس در عقد نکاح اجماع وجود داشته و در نتیجه، ازدواج زن با زن یا ازدواج مرد با مرد مشروع نیست.^۳ در این رابطه، یکی از مباحث نوظهور فقهی و حقوقی، مسئله تغییر جنسیت است که امروزه با توسعه دانش پزشکی امکان‌پذیر گشته است. این امر، زمینه‌ساز مسائل و پرسش‌های فراوان فقهی و حقوقی شده است که از جمله آن، می‌توان به شرط تغییر جنسیت یکی از زوجین در ضمن عقد نکاح اشاره نمود. اختلاف در جنس را باید هم هنگام عقد و هم در دوران زناشویی شرط نکاح دانست. برخی حقوق‌دانان در تعریف نکاح، لزوم اختلاف دو جنس را نیز مورد تأکید قرار داده‌اند. به موجب یکی از این تعاریف، نکاح رابطه‌ای است حقوقی و عاطفی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌شود و به آن‌ها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه، حق تمتع جنسی است.^۴ از این‌رو جنسیت از مسائل مربوط به شخصیت هر فرد است و عقد نکاح از جمله عقود است که شخصیت طرفین از جمله جنسیت در آن علت عمده عقد است؛ به گونه‌ای که از لحاظ عرف و قانون پذیرفتنی نیست که دو همجنس با هم ازدواج کنند و در واقع دو جنس بودن زوجین یکی از شرایط اساسی صحت نکاح است.^۵ در نتیجه اگر معلوم گردد که این اختلاف واقعی نیست، بلکه ظاهری است، معلوم می‌شود که ازدواج بین دو جنس مخالف منعقد نشده بلکه بین دو همجنس منعقد شده است که چنین نکاحی مسلماً باطل است.

قانون مدنی ایران نیز در مواد مختلف، لزوم اختلاف دو جنس را مورد تصریح قرار داده است. برای نمونه، به موجب ماده ۱۰۶۷ این قانون: «تعیین زن و شوهری به نحوی که

۱. حکیم، محسن، مستمسک عروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۶۵.

۲. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، الاجاره، ص ۷۱.

۳. مؤمن، محمد، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة، ص ۱۱۰.

۴. محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده- نکاح و انحلال آن، ص ۲۲.

۵. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۲۷۷.

برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است؛ بنابراین، اختلاف جنس زوجین هم در ابتدا و هم در ادامه شرط است. ازاین‌رو، نکاح با تغییر جنسیت باطل خواهد شد. البته، این دادگاه است که باید تغییر جنسیت را براساس نظر کارشناس احراز و حکم به بطلان نکاح از تاریخ تغییر جنسیت کند.^۱ امام خمینی در این خصوص بیان می‌دارند: «اگر [مردی] زنی را تزویج کند پس جنس زن تغییر پیدا کند و مرد شود، از زمان تغییر، تزویج باطل می‌شود»^۲ چون امکان بقای ازدواج وجود ندارد و ازدواج مرد با مرد یا زن با زن مشروع نیست؛ بنابراین ازدواج به خاطر باقی نبودن موضوعش باطل و منحل می‌گردد.

به نظر این دسته از فقها، تغییر جنسیت موجب از بین رفتن موضوع عقد خواهد شد. موضوع عقد وصفی است که برحسب عرف اساسی تلقی شده، قید اراده محسوب می‌شود و اشتباه در آن و یا از بین رفتن آن، موجب بی‌اعتباری عقد خواهد شد. ازاین‌رو، با توجه به این که اختلاف جنس در نکاح شرط است، اگر زوجین در ضمن عقد نکاح شرط کنند که بعد از عقد تغییر جنسیت دهند، این شرط باطل و موجب بطلان عقد^۳ است؛ زیرا شرط مخالف ذات عقد محسوب می‌شود نه شرط مخالف با مقتضای ذات عقد؛ زیرا همان‌گونه که از تعریف نکاح استفاده می‌شود، نکاح رابطه‌ای است که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد. شرط اختلاف در جنس نه تنها لازمه تحقق نکاح در هنگام انشاء آن است، بلکه دوام این شرط برای اطلاق عنوان نکاح لازم است، لذا جزو شرایط صحت حین عقد محسوب می‌شود انعقاد عقد به وجود و دوام آن بستگی دارد. به علاوه، به نظر می‌رسد از آنجایی که این شرط آن‌چنان واضح و مبرهن است که در قانون مدنی به آن تصریح نشده است، اما از لابلای مواد قانونی می‌توان به لزوم چنین شرطی پی برد. مطابق ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی، تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است.

تغییر جنسیت موجب معلوم شدن فقدان شرط اساسی صحت نکاح در زمان انعقاد عقد می‌شود و در نتیجه، کشف از بطلان نکاح می‌کند؛ زیرا کسی که بعد از ازدواج مبادرت به تغییر جنسیت نماید. این عمل در واقع تغییر جنسیت نیست، بلکه کشف جنسیت است، زیرا آنچه تحقیقات و بررسی‌های علمی نشان می‌دهد، آن است که روان دگرجنسان از

۱. صفایی، سیدحسن، امامی، اسدالله، حقوق خانواده، ص ۴۵.

۲. خمینی، سید روح الله، تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۶۲۷.

۳. عقد باطل مانند عقدی است که اصلاً واقع نشده و بدین جهت هیچگونه اثری را نخواهد داشت. امامی، سید حسن.

حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۷.

ابتدای بلوغ مشکل جنسی داشته‌اند و در جنسیت سابق خود احساس آرامش و اطمینان نمی‌کرده‌اند؛^۱ اما برخی این مسئله را نیز با شرط مخالف مقتضای ذات عقد خلط کرده‌اند گویا ارکان و شرایط صحت عقد را جزو مقتضای ذات محسوب کرده‌اند. مرحوم نراقی بر این باور است که تغییر جنسیت باعث از بین رفتن اقتضای عقد نکاح خواهد شد؛ مقتضی امری است که عقد برای پیدایش آن منعقد می‌شود، به طوری که سلب آن مقتضی از عقد، مساوی با نفی و ابطال عقد است.^۲ عده‌ای از فقها، مقتضی عقد نکاح و هدف از عقد نکاح را در شرع مقدس، توالد و تناسل و استمتاع جنسی دانسته‌اند.^۳ عده‌ای نیز انگیزه‌های جنسی را تنها اهداف ازدواج و مقتضای ذات آن نمی‌دانند و برای عقد نکاح فواید فراوان دیگری همچون ایجاد حریمیت و تعالی روحی برشمرده‌اند.^۴ درهرحال، مقتضای عقد نکاح، هرکدام باشد از طریق نکاح دو هم‌جنس به دست نخواهد آمد.

مبحث دوم: مصادیق مقتضای ذات عقد

گفتار اول: شرط عدم ملکیت در عقد بیع

ذات هر عقد مستقیماً مقتضای ایجاد می‌کند و مقتضای هر عقد به نوبه خود آثاری را به بار می‌آورد، به عنوان مثال عقد بیع بدو سبب انتقال مالکیت عوضین به متعاملین شده و تملیک و تملک حاصله از عقد اثر اصلی و مقتضای ذات عقد نامیده می‌شود این تملیک و تملک به عنوان مقتضای عقد بیع به نوبه‌ی خود موجب آثاری است که قبلاً آن‌ها را تحت عنوان لوازم عقد معرفی کردیم و گفتیم که این موارد جزء مقتضیات اطلاق عقد محسوب می‌شوند.

عنصر اصلی در مفهوم مالکیت، «امکان تصرف» است این امکان گاه به دایره وجود ارتباط می‌یابد که در این صورت، مالکیت حقیقی مطرح می‌شود و گاه به معنای امکان فلسفی نیست؛ بلکه بر جواز دلالت می‌کند. در مالکیت اعتباری، عاقلان با تشبیه به مالکیت حقیقی که در آن، مالک امکان وجودی جهت تصرف در ملک را داشت، بین

۱. مصطفوی، سعیده سادات، «هنگامه‌های قبل و بعد از تغییر جنسیت»، فصلنامه تازه‌های روان درمانی، شماره ۴۹

و ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۷، ص ۱۱۶

۲. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الأحکام، ص ۱۵۱.

۳. حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ج ۲۱، ص ۲۹۰

۴. خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۷۱.

مالک و ملک اعتباری رابطه‌ای برقرار می‌سازند که مالک جهت رسیدن به مقاصد اجتماعی، در تصرف مجاز باشد؛ بنابراین، مالکیت حقیقی به دنبال جواز فلسفی و مالکیت اعتباری، در پی جواز تشریعی است؛ پس تفاوت اساسی این دو مالکیت این است که در مالکیت حقیقی، همواره ملک بر مالک قائم بود و هیچ‌وقت از مالکش جدا و مستقل نمی‌شود.^۱ ولی ملکیت اعتباری از آنجا که قوامش به وضع و اعتبار بوده، قابل تغییر و تحول است، امکان دارد این نوع ملک از مالکی به مالک دیگر منتقل شود و می‌توان گفت که یکی از نشانه‌های مالکیت اعتباری، قابلیت انتقال ملک است. با تتبع در عبارات فقها^۲ به دست می‌آید که مراد از ملکیت، ملکیت حقیقی یا ملکیت به معنای فلسفی آن نبوده، بلکه مقصود، ملکیت اعتباری بوده که با لفظ و غیر لفظ قابل انشا است و در ابواب مختلف فقه به یکی از دو وجه زیر اعتبار شده است: اول: اعتبار کردن تسلط و استیلا به منزله‌ی قدرت تکوینی بر شیء که جواز تصرف خارجی از شئون این امر اعتباری است، مانند مالکیت والی بر مردم. دوم: اعتبار کردن نسبت و ارتباط بین مالک و مملوک، مانند مالکیت قاصر و غایب.

ملکیتی که مدار معاملات و معاوضات است، تابعی از اعتبار عقلاء و شارع می‌باشد که به وجود اعتباری ایجاد می‌شود و می‌توان به‌نوعی، آن را اضافی اعتباری خواند که وجود موضوع اعتباری و بلکه صرف وجود محلی برای آن، به لحاظ توقع آن محل، در اعتبار آن کافی است؛ بنابر این، ملکیت، نه در زمره‌ی اعراض مقولی است که وجود موضوع آن‌ها در خارج لازم می‌باشد؛ و نه مانند اعتبارات ذهنی، از سنخ مفاهیمی است که عروض و اتصاف آن‌ها ذهنی است.^۳

مشهور فقها براین باورند که هرگاه شرط ضمن عقد، کلیه آثار ناشی از مقتضای ذات عقد را به‌طور مطلق و دائم سلب نموده و یا مشتری از جمیع تصرفات به‌طور مطلق اعم از تصرفات مادی و حقوقی منع شود، چنین شرطی در شرط منافی مقتضای ذات عقد بوده و

۱. طباطبائی، سیدمحمدحسین، اصول فلسفه و روش رئالیسم، ج ۳، ص ۲۰۲.

۲. اصفهانی، محمدحسین، رساله فی تحقیق الحق و الحکم، صص ۲۷-۲۱؛ جزایری، محمدجعفر، نظریة الحقوق، أحكامها و أقسامها، صص ۱۱۳-۱۱.

۳. قناتی، جلیل «و دیگران»، «بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره‌ی ملکیت حق و حکم»، مجله فقه و اصول،

شماره ۹۲، بهار ۱۳۹۲، دانشگاه فردوسی مشهد، ص ۵۳

باطل و مبطل عقد می‌باشد. چه، منع چنین آثاری به معنای سلب اعتبار مالکیت است.^۱ البته اما صاحب جواهر الکلام در این زمینه بیان می‌دارد: تردیدی در بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد نیست. به این معنی شرطی که اثر عقد را از بین می‌برد؛ مانند این که در بیع شرط کنند که خریدار پس از خرید مالک میباید نشود، باطل است.^۲ همچنان که در جای دیگر می‌فرمایند: اگر متعاملین عدم مالک شدن و یا نقص در مالکیت را شرط کنند این شرط باطل است و مانند آن است که شرط کنند که اساساً خریدار در بیع تصرف نکند این شرط نیز باطل است.^۳ سپس اضافه می‌کند: در غنیه گفته شده بدون خلاف یکی از شروط باطل آن است که مخالف مقتضای عقد را شرط بکنند؛ مثلاً شرط بکنند که خریدار هیچ‌گاه بیع را تحویل نگرفته و از آن هیچ استفاده‌ای نکند. اگر منظورش از دو مثال یکی باشد یعنی شرط بکنند که تحویل نگیرد و هیچ تصرفی نکند گفتار خوبی است. آیا شروط دیگر که فقط با مقتضای اطلاق عقد منافات دارد نه با خود مقتضای عقد، بطلان چنین شروطی ثابت نشده است، بلکه آنچه ثابت شده گفتیم این شروط صحیح است.^۴ البته طبق دیدگاه نگارنده شرط مخالف مقتضای ذات عقد، مبطل عقد نیست، بلکه صرفاً شرط باطل می‌باشد.

تعبیر محقق کرکی در تمثیل به بیع، دال بر این مطلب است؛ آنجا که در عدم تنفیذ شرط عدم انتفاع همیشگی به موجب منافات آن با مقتضای عقد مقرر می‌دارد: «لأن الغرض الأصلي من انتقال الملك إنما هو إطلاق التصرفات فإذا شرط عدمه أو عدم البعض أصلاً نافي مقتضى العقد»^۵ نیز به دلیل اضیق بودن محدوده معرف از معرف ناموجه

۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین، المکاسب، ج ۳، ص ۱۶ و ۱۷؛ نائینی، محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۲؛ حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیة، ص ۲۶۶؛ خمینی، سید روح الله، البیع، ج ۵، ص ۱۸۶؛ بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیة، ج ۳، ص ۲۳۵

۲. صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۳، ص ۲۰۱؛ لا یرب فی بطلان منافی مقتضی العقد بمعنی عوده علیه بالنقص، کاشتراط عدم الملك فی المبیع.

۳. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۱؛ و کیف کان فقد عرفت الضابط فی الشرائط السائغة و غيرها و أنه لا یخرج عنه إلا بدلیل کما هو مقتضی عموم قوله علیه السلام «۲» «المؤمنون عند شروطهم» (الوسائل الباب ۶ من أبواب الخيار الحدیث ۱- ۲). و إن ما طفتح به عباراتهم من البطلان المنافی لمقتضی العقد، أقصى ما یمكن تسلیمه فیه اشتراط أن لا یملک و نحوه مما یعود علیه بالنقص و قد یلحق به مثل أن لا یتصرف به أصلاً.

۴. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۲؛ قال فی الغنیة «من الشروط الفاسدة بلا خلاف أن یشتراط ما یخالف مقتضی العقد، مثل أن لا یتقبض المبیع و لا یتنفع به» و هو جید إن أراد من الأمرین أمراً واحداً، أما غیره مما هو فی الحقیقة منافی لمقتضی إطلاق العقد لا لنفسه، فلم یثبت بطلانه بل الثابت خلافه کما عرفت، فلاحظ و تأمل.

۵. محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۴۱۴

است؛ چه، تنها مقتضای ذات را شامل می‌شود، بی‌آنکه مقتضای اطلاق را در بر گیرد، درحالی‌که معرف از نظر مفهومی باید با معرف کاملاً هماهنگ باشد.^۱

با تعبیر و تفسیر دقیق مقتضای ذات عقد، نمی‌توان اعتبار شرط عدم مالکیت در عقد بیع را پذیرفت. درواقع، ذات عقد، آن چیزی است که عقد فی نفسه مقتضی آن است. هر اثری که به بار آمدن آن به اراده مستقیم طرفین نیاز نداشته باشد و به صرف توافق بر عقد حاصل گردد، مقتضای ذات عقد است. مقتضای ذات عقد بلافاصله با انعقاد عقد صحیح به ثمر می‌نشیند و به بار آمدن چنین آثاری به موجب شرع یا قانون، منوط به آن نیست که طرفین نسبت به آن سکوت کرده باشند. بنابراین، ایجاد حلیت در عقد نکاح، انتقال مالکیت عوضین در بیع و انتقال مالکیت منافع در اجاره، مقتضای ذات این عقود است. قانون یا شرع در هیچ‌جا مقرر نکرده است که اگر طرفین در قرارداد تصریح ننموده باشند یا بنابر عرف نتوان تشخیص داد، مالکیت عوضین بلافاصله پس از انعقاد بیع به طرفین منتقل می‌شود. مشهور فقها، انتقال مالکیت عوضین در بیع را مقتضای ماهیت و ذات بیع دانسته و شرط خلاف آن را باطل و مبطل اعلام کرده است. به اعتقاد ایشان، بیع مقتضی انتقال مالکیت و بهره‌برداری از مبیع به‌طور مطلق است و منع از بعضی، از لحاظ زمانی یا مصداقی، مغایر مقتضای ذات عقد است. البته ایشان اقرار می‌نمایند که دفع این ایراد و اشکال به آسانی میسر نیست.^۲

گفتار دوم: شرط عدم زوجیت در عقد نکاح

مقتضای ذات در عقد نکاح ایجاد رابطه زوجیت است. به اتفاق مذاهب خمس، نکاح ارکانی مثل متعاقدين، ایجاب و قبول و شرایطی اعم از شروط انعقاد، شروط صحت، شروط انفاذ و شروط لزوم و موانعی مثل حرمت دائم و حرمت موقت دارد. زوجین نیز به زن و مردی اطلاق می‌شود که عقد نکاح با رعایت تمام ارکان، شرایط و موانع به شکل صحیح بینشان منعقد شده باشد. بر این اساس، برخی بر این عقیده‌اند که بطلان نکاح در فرض شرط نمودن عدم زوجیت در ضمن عقد نکاح، به دلیل نداشتن شرایط صحت عقد است و نه به دلیل مبطل بودن شرط. به این دلیل که در واقع، این شرط نشان‌دهنده این است که زوجین قصد واقعی به انشای عقد نکاح نداشته‌اند؛ زیرا مقصود و هدف اصلی از

۱. صابری، حسین «و دیگران»، «تبیین مقتضای عقد و قاعده سیاق با نگاهی ویژه به شرط توارث در عقد منقطع».

آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۳۹۷، دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد، ص ۶

۲. شیخ انصاری، مرتضی، المکاسب، ج ۳، ص ۱۸

عقد نکاح را که همان ایجاد رابطه زوجیت و محرمیت میان ایشان است، قصد نکرده‌اند. لذا شرم عدم زوجیت شرط مخالف ذات و نفس عقد تلقی می‌کنند؛ اما آنچه طبق تعریف مقتضای ذات عقد صحیح به نظر می‌رسد زوجیت، منشأ و اثر ذاتی عقد نکاح محسوب می‌شود لذا شرط خلاف مقتضای ذات عقد محسوب می‌شود طبق دیدگاه مشهور در مبطلیت شرط خلاف مقتضای ذات عقد، شرط عدم زوجیت در ضمن عقد نکاح، نه تنها باطل می‌باشد، بلکه بطلان عقد حاوی خود را نیز سبب می‌گردد؛ اما براساس آنچه در این کتاب به دست آمد شرط خلاف مقتضای ذات عقد صرفاً خودش باطل می‌شود و عقد را باطل نمی‌کند. لذا در صورت شرط عدم ایجاد رابطه زوجیت در عقد نکاح فقط شرط فساد است و عقد صحیح می‌باشد.

گفتار سوم: شرط ضمان مستودع در عقد ودیعه

صاحب جواهر معتقد است مستودع امین است و اثر آن استنابه در حفظ مال است که نیابت گرفتن در نگهداری است.^۱ شرط ضمان مستودع در عقد ودیعه باطل است و به موجب آن تعهدی برای مشروط علیه و حقی نیز برای مشروط له ایجاد نمی‌شود، ولی بر عقد اصلی که شرط ضمن آن شده، تأثیر نمی‌گذارد، زیرا این شرط مخالف شرع یعنی مخالف کتاب و سنت است.^۲ پس شرط ضمان امین در عقد معتبر نیست البته ودیعه با سایر امانات چون عاریه و اجاره تفاوت دارد؛^۳ اما سید یزدی بر این باور است شرط ضمان مستودع، مخالف مقتضای ذات عقد ودیعه است؛ زیرا همانا حقیقت ودیعه مسلط کردن و دّعی بر عین به صورت طلب نیابت در حفظ است. پس ضمان کردن ودعی در آن با حقیقت عقد ودیعه منافات دارد.^۴ همچنین مشهور فقها معتقدند اگر بر مستودع شرط ضمانی به غیر از تعدی و تفریط شود، شرط و عقد باطل است.^۵ چرا که شرط ضمان مستودع، شرطی خلاف مقتضای ذات عقد است.^۶ پس عمده دلایل ایشان اولاً مخالفت

۱. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۱۱۵

۲. همان، ج ۲۷، ص ۱۱۵

۳. همان، ج ۲۷، ص ۲۱۷

۴. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیه المکاسب، ج ۷، ص ۱۱۰: ... فَإِنَّ حَقِيقَةَ الْوَدِيعَةِ تَسْلِيْطُهُ عَلَى الْعَيْنِ عَلَى وَجْهِ الْاِسْتِنَابَةِ فِي الْحِفْظِ فَتَضْمِيْنُهُ مُنَافٍ لِحَقِيقَتِهِ هَذَا.

۵. علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۳۰۴؛ محقق حلی، جعفر بن حسین، شرائع الإسلام فی

مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۱۴۳

۶. محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۷، ص ۲۵۸

این شرط با مقتضیات عقد و ثانیاً چون ودیعه از عقود احسان است و ذاتاً غیرمعوض و متمحض در نیکوکاری است شرط ضمان بر مستودع باطل و مبطل تلقی می‌گردد؛ اما در مقابل، گفته می‌شود وصف امانی داشتن ید گیرنده در عقود امانی، اثر ذاتی آن عقود نیست و اثر عقد ودیعه نیابت در نگهداری مال دیگری است.^۱ امانی بودن نیز از آثار اطلاقی عقد است نه اثر ذات آن که شرط خلاف آن موجب بطلان عقد شود. آیت‌الله خویی نیز بر این باور است که چنین شرطی نمی‌تواند ایجاد ضمان نماید و برای یک‌طرف قرارداد بنا بر تراضی و توافق طرفین مسئولیت به بار آورد^۲ البته چنین مطلبی زمانی صدق می‌کند که شرط موردنظر به صورت شرط نتیجه باشد؛ اما اگر شرط ضمان و مسئولیت به صورت شرط فعل حقوقی در ضمن عقد ودیعه درج گردد می‌تواند در مقام پرداخت خسارات، کارگشا باشد.

به نظر می‌رسد فقها با عبارت «استنباه در حفظ» در مقام تعریف عقد ودیعه، عناصر ذاتی آن را بیان نموده‌اند. اصل در تعریف هم آن است که حدی است و به بیان ذاتیات ماهیت می‌پردازد. ذات ودیعه مقتضی نیابت در نگهداری است و در این عقد، مودع به مستودع اختیار می‌دهد که از مال وی نگهداری و حفاظت کند.

مبحث سوم: مصادیق شرط مخالف شرع

گفتار اول: شرط لزوم و جواز حکمی

لزوم حکمی، لزومی است که اراده طرفین عقد نتواند به هیچ‌وجه تزلزلی در آن ایجاد کند ولو برای مدت محدود و موقت. بعضی از اعمال حقوقی از آن چنان مصالحی برخوردارند که نمی‌توان خلاف لزوم و جوازشان تصمیم گرفت، یعنی طرفین نمی‌توانند خواست خود را بر حکم قانون مقدم دارند.^۳ مثلاً عقد لازمی مانند نکاح آن چنان از جهت نظام خانواده و پاره‌ای مسائل اجتماعی، مورد توجه شارع قرار گرفته که به هیچ‌وجه به افراد اجازه نمی‌دهد از چارچوب موردنظر قانون فراتر رفته و با تراضی یکدیگر (اقاله) یا به صورت یک‌طرفه (خیار شرط)، عقد را بر هم زنند. در واقع حفظ نظام خانواده آن چنان

۱. خمینی، سید روح الله، البیع، ص ۱۶۲

۲. بحرانی، یوسف، الحقائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ص ۳۲۱

۳. برادران، دلاور «لزوم و جواز عقود از دیدگاه وصف حقی یا حکمی»، مجله تحقیقات حقوقی، تابستان ۱۳۹۱، ش

موردتوجه مقنن قرار گرفته که آن را صرفاً از صورت یک قرارداد میان طرفین جدا نموده و خود قالبی از پیش برای آن فرض نموده است. در واقع طرفین با ایجاب و قبول تنها تصمیم می‌گیرند که وارد این قالب حقوقی شوند و در بسیاری از موارد خود تصمیم‌گیر روابط خود نمی‌باشند. اگر گفته شود که در عقد نکاح نیز در مواردی عقد قابل فسخ است، پس چطور لزوم آن حکمی است؟ در جواب باید گفت این فسخ به اراده متعاقدين نیست یعنی منشأ آن اراده متعاقدين نیست مانند آنچه ما در اقاله و شرط خیار می‌بینیم، بلکه به حکم قانون است که ایجاد شده است. در عقد ضمان نیز وضعیت به همین منوال است و طرفین عقد نمی‌توانند با توافق یکدیگر آن را بر هم زنند چون در این صورت به حقوق اشخاص ثالث لطمه وارد می‌شود که این امر را قانون نمی‌پذیرد. فلذا در این موارد عقد موردنظر از دیدگاه مقنن، لزومش حکمی است؛ یعنی طرفین نمی‌توانند با هیچ ترفندی عقد لازم خود را جایز نمایند؛ یعنی شرط نمایند هر وقت یکی از طرفین خواست بتواند عقد را بر هم زند یا حتی در آن حتی در آن حق خیار فسخ برای یکدیگر یا برای ثالثی قرار دهند.^۱ به عبارت دیگر، لزوم حکمی زمانی است که طرفین یک عقد لازم، نتوانند در آن شرط خیار کنند مثل لزوم عقد نکاح و عقد ضمان. در جواز حکمی نیز وضع به همین گونه است؛ یعنی موضوع عقد به گونه‌ای است که لزوم را به هیچ نحو در خود پذیرا نیست. پس هرگاه طرفین عقد جایزی نتوانند جواز آن را تبدیل به لزوم کنند آن جواز را جواز حکمی می‌نامند. مثلاً شرط عدم رجوع در هبه فاسد است ولو این شرط ضمن عقد لازمی شده باشد زیرا قابلیت رجوع در هبه حکم است نه حق، به این معنا که برخلاف آن نمی‌توان توافق کرد.^۲ البته این نظر مخالفانی نیز دارد.^۳ به دلیل این‌که ماهیت اذن همچون مالکیت زوال‌ناپذیر نیست، هیچ‌گاه نمی‌توان عقد لازمی را به عقد جایزی تبدیل کرد، مگر اینکه عقد جایز را و به عقیده بعضی از فقها ضمن خود عقد جایز و یا عقد جایز دیگر تا مدتی یا حتی تا پایان عمر یکی از طرفین، آن را غیرقابل فسخ نمود. البته آن‌هایی که سخن از جواز حکمی آورده‌اند منظورشان آن دسته از عقود بوده که در آن شرط لزوم به معنای غیرقابل فسخ بودن را نمی‌توان درج کرد، مثلاً ودیعه را عقد جایزی دانسته‌اند که نمی‌توان به هیچ صورت در آن شرط لزوم نمود برخلاف وکالت که در آن می‌توان چنین شرطی نمود.^۴ مرحوم میرزای نائینی درعین حال عقیده دارد لزوم و جواز از مقتضیات عقود و

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ص ۱۱۴.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، شماره‌های ۱۶۱۹ و ۱۶۲۰، ص ۲۰۲.

۳. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۳ (عطایا)، ص ۱۱۰.

۴. نائینی، محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، صص ۴۹ و ۶۵.

ذاتی آن‌ها است، او در شرح کلام شیخ در ابتدای باب خيارات مکاسب، در مقام اظهار عقیده و نظریه شخصی خود در خصوص لزوم و جواز و نسبت آن‌ها با عقود می‌گوید: عقود از این لحاظ سه دسته‌اند: دسته اول عقودی هستند که لزوم، ذاتی آن‌ها است، دسته دوم را عقود تشکیل می‌دهند که ذاتاً اقتضای جواز دارند و بالاخره در دسته سوم عقود قرار دارند که فی حد ذاته لاقتضا هستند، نه اقتضای لزوم دارند و نه اقتضای جواز. از آثار این تقسیم، این است که شرط خيار در عقود دسته اول منافی مقتضای این عقود تلقی می‌شود و لذا این عقود نه فسخ می‌شوند و نه اقاله، اما بالعکس عقودی که جزء دسته دوم قرار می‌گیرند، شرط لزوم منافی مقتضای آن‌ها است و بالاخره هر عقدی که در دسته سوم قرار بگیرد نه شرط لزوم و نه شرط خيار منافی مقتضای عقد تلقی نمی‌شود.^۱ وی در مقام اثبات، یعنی تحقق عقود در عالم اعتبار و ملاحظه روابط حقوقی مردم، عقد نکاح و ضمان را جزو عقود دسته نخست می‌داند؛ زیرا این عقود نه قابل جعل و شرط خیارند و نه قابل اقاله. درعین حال جواز فسخ نکاح به استناد برخی عیوب خاص و به ملاحظه تخلف از برخی شروط و نیز جواز فسخ ضمان در فرضی که اعسار ضامن کشف شود با فرض جهل داین به عدم ملائت و اعسار او منافاتی با لزوم این عقود ندارد؛ زیرا این موارد بنا به دلیل خاص و به حکم قانون مقرر شده‌اند، او سپس عقد هبه را از مصادیق دسته دوم و بیع را اعداد مصادیق دسته سوم قرار می‌دهد.^۲ مقتضی لزوم یا جواز باشد، این لزوم یا جواز در آن مورد، امری ذاتاً به نظر میرزای نائینی، هرگاه عقدی تلقی می‌شود و لذا قابل اسقاط نخواهد بود؛ زیرا به ملاحظه اقتضای ذاتی عقد، التزام به ضد آن منافی مقتضای حکمی عقد بوده و نتیجتاً مخالف کتاب و سنت تلقی می‌شود؛ اما عقود دسته سوم که نه مقتضی لزوم‌اند و نه مقتضی جواز؛ لزوم نامیده می‌شود، لذا این عقود، هم قابل جعل و شرط خيار محسوب لزوم و جواز حقی و جواز این دسته اصطلاحاً می‌شوند و هم قابل اسقاط خيار.^۳

نظریه میرزای نائینی در باب اقتضای ذاتی عقود بر لزوم یا جواز و نیز در خصوص تقسیم مدلولات عقد به دو مدلول مطابقی و التزامی؛ به شدت از جانب مرحوم امام خمینی مورد مناقشه قرار گرفته است؛ به نظر ایشان دیدگاه میرزای نائینی در خصوص اقتضای ذاتی برخی عقود از قبیل نکاح و ضمان بر لزوم و نیز اقتضای ذاتی برخی دیگر از ذاتی باب برهان باشد که ارکان، ذاتی قبیل هبه بر جواز؛ بنا به دلایل نقضی مخدوش است؛ زیرا چنانچه منظور از اصلی تشکیل دهنده ماهیت هر شیئی محسوب می‌شود، در این

۱. همان، ج ۳، صص ۴۹ و ۶۵.

۲. همان، ص ۵.

۳. نائینی، محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۳، ص ۶.

صورت لازمه این امر، عدم امکان انفکاک ذاتی از ماهیت خواهد بود؛ به عبارت دیگر در این فرض، وجود ماهیت بدون وجود ذاتی ممتنع خواهد بود. این قضیه یعنی تلازم بین ذاتی و ماهیت نه تنها در امور وجودی؛ بلکه در امور اعتباری نیز صادق است، همچنان که ذات امور اعتباری، اعتباری است؛ لوازم و احکام آن نیز اعتباری است.^۱ به این مفهوم، عقلاً ذاتی ولیکن در باب لزوم و جواز عقود؛ حمل صحیح نیست، زیرا انفکاک لزوم از نکاح به ثبوت خیار تدلیس و عیب و تخلف از شرط صفت و نیز ثبوت خیار در عقد ضمان در فرض کشف اعسار ضامن و عدم ملائت او، اقوی دلیل بر این است که لزوم به معنی مزبور نمی‌تواند از مقتضیات عقود نکاح و ضمان باشد.^۲

به معنای مقتضای عقد و اثر مستقیم و اصلی آن باشد؛ ذاتی اما اگر منظور از می‌شود نقل ملکیت مقتضای بیع است، یعنی مفاد و اثر ذاتی عقد بیع، امر مزبور است. تردیدی نیست که ذاتی به این مفهوم نیز به لزوم و جواز عقود قابل انتساب نیست؛ زیرا این اوصاف (نفس لزوم و جواز)، مقتضا و اثر مستقیم هیچ عقدی نیستند.

گفتار دوم: اشتراط خیار فسخ در عقد نکاح

شرط خیار فسخ در عقد نکاح به این معناست که هر یک از زوج یا زوجه حق داشته باشد که تا مدتی معین، عقد نکاح را فسخ کند. اکثر فقهای امامیه شرط مذکور را باطل و از اسباب بطلان عقد نکاح برشمرده‌اند.^۳ به نظر صاحب جواهر، شرط خیار، خلاف مقتضای عقد نکاح است. به علاوه، موارد فسخ در نکاح محدود است و چون در نکاح شائبه عبودیت وجود دارد، خیار در آن معنی ندارد. ازاین‌رو صاحب جواهر درباره چنین اظهارنظر می‌کند: «اشتراط خیار در عقد صحیح نیست؛ به دلیل اجماع قولی که صاحب کشف اللثام و دیگران گفته‌اند. محقق حلی نیز به این قول گرایش یافته و گفته است نکاح معاوضه محض، نیست و لذا در آن علم به زوجه از طریق رؤیت و یا وصف رافع جهالت، شرط نیست، همچنان که نکاح بدون تعیین مهریه صحیح است. نیز نکاح، با وجود مهر فاسد، صحیح است. چون در نکاح شائبه عبادی بودن است در آن خیار جاری نمی‌شود؛ و نیز فسخ نکاح با خیار موجب ابتذال زن می‌شود و این ضرر بر اوست. ازاین‌رو هنگام طلاق

۱. خمینی، سید روح الله، البیع، ج ۴، ص ۹.

۲. همان، ص ۱۰.

۳. علم الهدی، علی بن حسین، الانتصار فی انفرادات الامامیه، ص ۲۹.

قبل از دخول، برای جبران ضرر زوجه، نصف مهر برای او واجب می‌شود. بلکه شاید منافات خیار شرط با عقد نکاح از ضروریات فقه باشد.^۱

صاحب جواهر در پاسخ ابن ادریس که عقد را صحیح و شرط را باطل می‌داند می‌فرماید: «آنچه که ابن ادریس گفته است واضح الفساد است؛ به دلیل اینکه، چنین شرطی، با مقتضای عقد، منافی است. نه به دلیل اینکه شرط، غیرمشروع است. در هر حال، این بحث تأمل برانگیز است.»^۲ پس در جواهر الکلام^۳ آمده که در روایات، نکاح به معنی «تزویج مقام» و «نکاح بات» آمده است؛ بنابراین، صاحب جواهر بر این باور است که: «در صورت اشتراط خیار در نکاح، با لفظ عقد معنای نکاح را اراده نکرده‌اند، چرا که قرار دادن شرط خیار، منافی مقتضی عقد (بات، مقام یا دائم) است نه اینکه مخالف کتاب و سنت باشد.»^۴

در نقد دیدگاه صاحب جواهر باید گفت: به عقیده برخی فقهاء، متعه در صورت ذکر نشدن مدت، به نکاح دائم تبدیل می‌شود و چنانچه مدت و اجل ذکر شود، نکاح موقت می‌گردد. گاهی از آن به «نکاح ثبات» و گاهی به «نکاح بات» و گاهی به «تزویج مقام» تعبیر می‌شود. این امر، مقتضی آن نیست که شرط خیار، منافی عقد باشد. چنان‌که عقد بیع نیز، مقتضی ملکیت مطلق و غیرموقت است و شرط انحلال عقد منافی آن نیست؛ چرا که شرط خیار، موجب بازگشت ملکیت است، نه اینکه موقت کردن بیع باشد. در نکاح دائم نیز آنچه ثابت است زوجیت غیر محدود و غیرموقت است و انحلال آن، انحلال زوجیت

۱. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۹: لا یصح اشتراطه فی العقد اتفاقاً فی کشف اللثام و غیره و قد أوماً إلیه المصنف بقوله: «خاصة» لأنه ليس معاوضة محضة و لذا لم يعتبر فيه العلم بالمعقود علیه برؤية و لا وصف رافع للجهالة و یصح من غیر تسمية العوض و مع العوض الفاسد و لأن فيه شائبة العبادة التي لا یدخلها الخيار و لأن فسخه باشتراط الخيار فيه یفضی الى ابتذال المرأة و ضررها و لهذا وجب بالطلاق قبل الدخول نصف المهر جبراً له، بل إشعار به بقوله علیه السلام فی غیره: «تزویج البتة» و نحو ذلك، بل لعل منافات له عقد النکاح من ضروریات الفقه.

۲. همان، ج ۳۱، ص ۱۰۶: و علی کل حال فما عن ابن ادریس - من بطلان الشرط خاصة، بل قال فیما حکى عنه: إنه لا دلیل علی بطلان العقد من کتاب و لا سنة و لا إجماع، بل الإجماع علی الصحة، لأنه لم یذهب إلى البطلان أحد من أصحابنا و إنما هو من تخریج المخالفین و فروعهم، اختاره الشیخ علی عاداته فی الکتاب - واضح الفساد بناء علی ما عرفت من أن البطلان هنا للمنافاة لمقتضى العقد، لا لکونه غیر مشروع فی نفسه کی یختص بالبطلان فی عقد النکاح کغیره من الشروط الفاسدة فيه، اللهم إلا أن یمنع ذلك، فإنه لا یخلو من تأمل، هذا کله فی اشتراط الخيار فی عقد النکاح.

۳. همان، ج ۲۹، ص ۱۴۹

۴. همان، ج ۳۱، ص ۱۰۶

ثابت و غیر محدود است نه توقیت و تعیین وقت برای آن، همان طور که طلاق نیز توقیت نکاح نیست؛ و قصد طلاق یا خیار شرط، منافی با قصد ایجاد زوجیت غیر محدود نیست؛ بلکه مؤکد آن است (اینکه نکاح دائمی است که با خیار منحل می شود و اگر دائمی نبود خیار نمی طلبید)^۱ ممکن است گفته شود: بنای نکاح بر دوام است پس شرط خیار منافی مقتضای عقد است؛ اما باید گفت: خیار شرط منافی دوام نیست بلکه مؤید آن است (نکاح دائمی است که نیازمند خیار است و اگر دائمی نبود، خیار لازم نبود) و آنچه منافی دوام است، توقیت است نه جعل خیار.^۲

در مقابل دیدگاه اکثریت فقها که قائل به باطل و مبطل بودن شرط خیار فسخ در عقد نکاح می باشند، برخی دیگر از فقها حکم به باطل و غیر مبطل بودن شرط مذکور داده و دلایلی را در این رابطه ابراز داشته اند. مطابق با نظر ایشان، دلیلی از کتاب، سنت و اجماع بر بطلان شرط مذکور نداریم. شروط غیرشرعی هرگاه به عقد ضمیمه شوند، شرط، باطل، ولی عقد صحیح است. دلیل آن، عموم آیه «أوفوا بالعقود» است که شامل هر عقدی می شود، اگرچه شرط آن باطل باشد.^۳

با توجه به توضیحات فوق، به نظر می رسد لزوم در عقد ازدواج، لزوم حقی نیست تا بتوان آن را دستخوش اراده زوجین قرار داد، بلکه لزوم حکمی است و با شرط ضمن عقد از میان نمی رود. ازدواج مانند عقد وقف به حکم شارع لازم شده است، ولی لزوم در عقد بیع و مانند آن لزوم حقی است و طرفین می توانند در آن شرط خیار بگذارند. در اینکه لزوم در نکاح از احکام است نه از حقوق، برخی بزرگان تشکیک کرده اند. از جمله اینکه صاحب مستمسک عروه الوثقی گفته است: «گفته شده که لزوم در عقد نکاح از احکام است نه از حقوق و اگر از احکام باشد، خیار شرط منافی آن خواهد بود و شرط منافی مقتضای عقد، باطل است.»^۴ این گفته مصادره به مطلوب است؛ چون در مرتکبات عرفی میان نکاح و دیگر عقود معاوضی فرقی نیست.^۵

۱. بهمن پوری، عبدالله و «دیگران»، «نقدی بر ادله جریان خیار شرط در نکاح»، مجله فقه و اصول، پاییز ۱۳۹۶،

شماره ۱۱۰، دانشگاه فردوسی مشهد، ص ۱۰۳

۲. قمی طباطبایی، تقی، دراساتنا من الفقه الجعفری، مقرر علی مروجی قزوینی، ج ۴، ص ۱۷۲.

۳. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۴، ص ۲۲۵

۴. حکیم، محسن، مستمسک عروه الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۰۵.

۵. بهمن پوری، عبدالله و «دیگران»، «نقدی بر ادله جریان خیار شرط در نکاح»، مجله فقه و اصول، پاییز ۱۳۹۶،

شماره ۱۱۰، دانشگاه فردوسی مشهد، ص ۱۰۴

قانون مدنی هم با تبعیت از نظریه غیرمشهور می‌گوید شرط خیار فسخ در نکاح باطل است؛ اما مبطل نیست؛ بنابراین، با توجه به اینکه عقد نکاح قابل فسخ نیست و موارد و اسباب فسخ آن در شریعت دلیل خاص دارد، اگر بتوان ثابت نمود که شرط خیار فسخ لغو است، می‌توان گفت نظریه غیرمشهور راجع به صحت عقد و بطلان شرط قریب به واقع است؛ زیرا وقتی عقد قابلیت خیار را نداشته باشد مثل آن است که مشروط پذیر نباشد. در این صورت، عقد یا باید صحیح و فاقد شرط تلقی شود و یا باطل انگاشته شود و از آنجا که بطلان آن دلیل خاص می‌طلبد، پس عقد باید صحیح باشد.^۱ دکتر امامی در این خصوص این‌طور اظهار داشته‌اند: «شرط خیار در عقد ازدواج برخلاف قوانین آمره است. در تعریف قاعده آمره گفته شده، قوانینی هستند که از نظر جنبه عمومی وضع شده و برای افراد ایجاد حق نمی‌نماید؛ بنابراین، تحت اختیار افراد نیست تا منتفع از آن بتواند حق خود را ساقط یا به دیگری واگذار نماید. این‌گونه قوانین در اصطلاح فقها، «حکم» نامیده می‌شوند. شروطی که برخلاف قوانین آمره باشند، خواه ضمن عقد نکاح یا عقد دیگر واقع شود، باطل است، از جمله شرط خیار در نکاح است». ایشان علت بطلان این شرط را عدم آزادی اراده زوجین در انهدام خانواده که سلول اولیه جامعه است، می‌داند و معتقد است که سستی رابطه زوجین در ازدواج به ضرر اجتماع بوده و لطمه غیرقابل جبرانی به جامعه وارد می‌کند.^۲

قانون مدنی نیز شرط خیار فسخ را نسبت به عقد نکاح باطل دانسته است. به موجب ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صدق جایز است مشروط بر این که مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده است». در مجموع می‌توان گفت با توجه به این که لزوم در عقد نکاح، لزوم حکمی است و نکاح به حکم شارع لازم گردیده، نمی‌توان آن را دست‌خوش اراده طرفین قرار داد و درج چنین شرطی ضمن عقد نکاح، درج شرط خلاف شرع است که ضمانت اجرای چنین شرطی به تصریح قانون مدنی صرفاً بطلان همان شرط است و خللی به اصل عقد وارد نمی‌آورد.

۱. محمدی، عبدالعلی، «شروط نامشروع ضمن عقد نکاح»، مجله حوراء، شماره ۱۸، ۱۳۹۲، قم، ص ۱۰۴.

۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۴۲۸.

مبحث چهارم: مصادیق مقتضای اطلاق عقد

گفتار اول: شرط عدم بیع در عقد بیع

با انعقاد عقد بیع، مشتری می‌تواند هرگونه تصرفی در مبیع صورت دهد. یکی از این تصرفات، فروش مبیع است او با انعقاد عقد می‌تواند مال را به هر که می‌خواهد بفروشد این امکان، یکی از آثار مسلم عقد بیع به شمار می‌رود؛ به حدی که بسیاری از فقها شرط عدم آن را از مصادیق بارز شرط خلاف مقتضای ذات عقد ذکر کرده‌اند، در مقابل عده‌ای دیگر امکان فروش یا هبه یا سایر تصرفات در مبیع را از مصادیق مقتضای اطلاق عقد بیع می‌شمارند و شرط خلاف آن را موجب بطلان عقد نمی‌دانند.

آیا شرط عدم بیع، ارث یا هبه در ضمن عقد بیع، منافی مقتضای ذات بیع است یا نه؟ صاحب جواهر معتقد است باید به قاعده الشروط رجوع کرد؛ زیرا شرط مؤسس حکم شرعی نیست، بلکه جزو ملزمات است پس در نتیجه شرط عدم ارث یا شرط شرب خمر می‌شود مخالف مقتضای ذات عقد چون قبل از شرط، حرمت وضعی و تکلیفی بوده است. ولی شرط عدم هبه، مخالف مقتضای ذات بیع نیست، زیرا اساساً عدم هبه، عمل حرامی نیست. طبق این مبنا می‌توان بطلان خیلی از شرط‌های خلاف مقتضای ذات عقد را توجیه کرد و حمل بر صحت نمود و درحالی‌که اکثر فقها طبق مبنای خودشان، قائل به بطلان این‌گونه شرط‌ها هستند.^۱

در این زمینه به بخشی عبارات صاحب جواهر - که به نوعی نقادی دیدگاه‌های برخی از فقها نیز می‌پردازد- را بیان می‌کنیم: از گفته جماعتی از جمله علامه در قواعد چنین برمی‌آید که شرط مخالف مقتضای عقد نیز شرط خلاف شرع است. مثلاً فروشنده با خریدار شرط کند این چیزی را که می‌خرد، حق فروش آن را نداشته باشد یا نتواند آن را به دیگری ببخشد یا اگر غلام است، حق آزاد کردن آن را ندارد. اگر کنیز است، حق نزدیکی با آن را ندارد یا شرط کند که اگر غاصبی آن را غصب کرد، پولش را از او بگیرد و مانند این‌ها (که شروط خلاف مقتضای عقد است) بلکه در غنیه ابن زهره گفته: بدون

۱. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۰۳: المنع من الهبة مثلا الباطل اشتراطه، لكونه محرما. حاللا بواسطة العقد، فالمراد تحريم ما كان حاللا بأصل الشرع، أو بالعكس كاشتراط عدم الإرث ممن يرثه أو شرب الخمر أو الزنا ونحوها، بل التأمل الجيد يقضي بكون المراد بذلك بيان أن الشرط من الملزمات بكل ما هو جائز للمكلف فعله أو تركه و أنه ليس مؤسسا للحكم الشرعي و مثبتا له، حتى يكون محللا للحرام أو بالعكس

خلاف، شرط خلاف مقتضای عقد مثلاً فروشنده با خریدار شرط کند که حق ندارد مبیع را قبض کرده و از آن استفاده کند - از شروط فاسد است؛^۱

برخی گفته‌اند: ضابطه خلاف مقتضای عقد بودن شرط این است که با آثاری که شرع برای خود عقد قرار داده است، منافات داشته باشد؛ ولی اشکال شده است که در آن صورت نمی‌توان با خریدار شرط کرد که مدت معینی از مبیع استفاده نکند، چون با آثاری که شرع مقرر کرده است، منافات دارد؛ زیرا مقتضای اطلاق عقد این است که خریدار هر زمان بعد از زمان خرید بتواند از مبیع استفاده کند؛ همچنین نباید خیار مجلس و خیار حیوان که شرع قرار داده است، اسقاط شود و مانند این‌ها که صحت شرط کردن آن‌ها همچنان که مسالک گفته، اجماعی است.^۲

بہتر است رجوع شود به آن قاعده کلی که در حدیث آمده (هر شرطی جایز است مگر شرطی که حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند) همه مواردی که در صحت و بطلان آن شک داریم، در این ضابطه قرار می‌گیرد؛ بنابر این مدار ما در جواز و عدم جواز شروط همین حدیث است. اگر کسی بگوید این حدیث اجمال دارد، چون منظور از حلال و حرام در این حدیث نمی‌دانیم که آیا منظور حلال و حرام شرعی اصلی است که چه عقد باشد و چه عقد نباشد، آن شرط حلال و یا حرام است یا حلال و حرام اعم از این است؟ اگر منظور حلال و حرام اصلی است، در آن صورت با شرط عدم فروش که گفته‌اند که شرط باطلی است منافات پیدا می‌کند (شرط عدم فروش اصولاً حرام نیست) زیرا هیچ مانعی نیست که چیزی مال کسی باشد و نتواند آن را بفروشد یا ببخشد.^۳

۱. همان، ج ۲۳، ص ۲۰۰: يظهر من جماعة منهم الفاضل في القواعد أن من المخالف للمشروع اشتراط ما ينافي مقتضى العقد، كشرط عدم البيع أو الهبة أو العتق أو الوطى أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالتمن، أو نحو ذلك، بل في الغنية من الشروط الفاسدة بلا خلاف أن يشترط ما يخالف مقتضى العقد، مثل أن لا يقبض المبيع و لا يتنعف به.

۲. همان، ج ۲۳، ص ۲۰۰: و عن جماعة أن ضابط المنافي كل ما يقتضى عدم ترتب الأثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو هو يقتضيه و رتب و قد يشكل باشتراط عدم الانتفاع بالمبيع مثلا زمانا معينا؛ فان مقتضى إطلاق العقد إطلاق التصرف فى كل وقت و باشتراط إسقاط خيار المجلس و الحيوان و ما أشبه ذلك مما أجمع على صحة اشتراطه كما فى المسالك؛ و احتمال إرادة ما لم يجعل العقد إلا لأجله من المقتضى كانتقال العوضين فى البيع الذى هو الأثر الحقيقى له، ينافى منع اشتراط عدم البيع و نحوه مما سمعت منه، لانه مناف.

۳. همان، ج ۲۳، ص ۲۰۰: ... و الأولى... الرجوع إلى ما سمعته من الكلية المنصوصة التى يندرج فيها جميع ما يشك فى جوازه، فيكون ذلك حينئذ هو المدار. لا يقال: إن فيها إجمالا أيضا إذ لا يدري ما المراد بالحلال و الحرام، أ هو ما كان كذلك بأصل الشرع من دون توسط العقد، أو ما يعم ذلك؟ فإن أريد الأول، نافي ما نصوا عليه من بطلان اشتراط عدم البيع و نحوه، إذ لا مانع فى الشرع من كون الشيء مملوكا و لا يباع أو لا يوهب مثلا.

اگر منظور حلال و حرام اعم است، اولاً این خلاف گفته فقهاست و شنیدید که مسالک برای صحیح بودن شرط عدم استفاده خریدار از مبیع در مدت معین، ادعای اجماع کرده است و خيار مجلس و خيار حیوان و مانند آن‌ها را می‌توان اسقاط کرد. به علاوه خواهیم گفت که در معامله کنیز فروشندگی یا خریدار می‌تواند شرط کند که آن کنیز را پس از خرید حق ندارد بفروشد و حق ندارد به کسی ببخشد که پس از این شرط هرچند فروختن و هبه کردن آن شرعاً حلال است، ولی چون در ضمن عقد لازم شرط شده، ارتکاب آن برای خریدار حرام می‌شود (و در عین حال این شرط باطل نیست) بلکه ظاهر روایات این است که ممنوعیت استفاده از منافع دیگر مبیع را نیز علاوه بر ممنوعیت فروش و هبه جز ارث را می‌توان در ضمن عقد شرط کرد.^۱

ثانیاً اگر بگوییم منظور از حلال و حرام اعم از به واسطه عقد و بدون عقد است، لازم می‌آید که نتوانیم با خریدار شرط بکنیم که پس از خرید مبیع را هبه نکند؛ چون هبه در شرع حلال است ولی با شرط منع، حرام می‌شود.^۲ البته معنی اول از حلال، حرام مرجع است؛ یعنی شرط خودش قبل از آنکه در عقد شرط شود، خودش چیز حلال و یا حرامی بوده باشد. مثلاً در ضمن عقد با خریدار شرط کنند که او از پدرش ارث نبرد یا شرب خمر نکند یا زنا انجام دهد و مانند این‌ها. اگر در معنی حلال و حرام بودن شرط خوب دقت شود باید بگوییم که شرط خودش نه چیزی را حلال و نه چیزی را حرام می‌کند، بلکه شرط فقط شخص را به انجام یا به ترک چیزی وادار (الزام) می‌کند اگر انجام دادن برای او شرعاً حلال است، این شرط هم حلال است اگر انجام دادن برای او شرعاً حرام است، این شرط حرام است. پس قاعده حلال و حرام بودن شرط این است که کاری یا چیزی که برای مشروط علیه قبل از عقد انجام دادنش حلال است، پس شرط کردن آن هم که وادار کردن او به انجام دادن آن است، حلال است و اگر حرام بود، پس شرط آن هم حرام است و مقتضای این قاعده آن است که با خریدار، نفروختن و نه بخشیدن و نزدیکی نکردن و

۱. صاحب جواهر، محمد حسن بن یاقر، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۰۱؛ و إن أريد الثاني، ففيه أولاً أنه مناف لما ذكره، بل قد عرفت دعوى الإجماع عليه في المسالك من صحة اشتراط عدم الانتفاع مدة وإسقاط خيار المجلس وإسقاط خيار الحيوان ونحوها مما عرفت، مضافاً إلى ما تسمعه من النصوص الآتية في جواز بيع الأمة بشرط عدم البيع والهبة، المستلزم لحرمتها بعد الشرط، مع أنها حلال بواسطة العقد، بل ظاهر هذه النصوص جواز اشتراط المنع من غيرها إلا الإرث خاصة من بينها

۲. «و ثانياً المنع من الهبة مثلاً الباطل اشتراطه، لكونه محرماً، حلالاً بواسطة العقد...»

مانند آن‌ها را می‌توان شرط کرد؛ چون مشروط علیه (خریدار) صرف‌نظر از شرط شرعاً می‌تواند این کارها را انجام ندهد.^۱

این عبارت صاحب جواهر نص در این حکم دارد؛ و قد سمعت ما فی الرياض من حکایته الجواز عن بعض و میله إلیه و أما الثلاثة الأول فلا ریب فی البطلان مع إرادة إثبات الاستحقاق شرعاً بالشرط لما عرفت من أنه ملزم لا مثبت لحکم.^۲

بسیاری از فقهای امامیه شرط عدم بیع در ضمن عقد بیع را خلاف مقتضای عقد می‌دانند، علامه‌ی حلی در کتاب قواعد این‌گونه اظهار می‌دارد: «و یا اینکه شرط، مخالف مقتضای عقد است مانند آنکه بایع شرط کند که مشتری مبیع را نفروشد یا اینکه کنیز را آزاد نکند یا با او نزدیکی ننماید یا هبه نکند یا آنکه مشتری شرط کند اگر غاصب، مبیع را غصب کرد او به بایع رجوع کند و ثمن خود را بازستاند یا اینکه مشتری بوده را آزاد کند اما ولاء برده یا بایع باشد؛ همه‌ی این شروط باطل هستند.»^۳

شیخ انصاری نظر مشهور فقها در این باب را عدم جواز شرط عدم بیع در ضمن عقد می‌داند،^۴ زیرا قاعده‌ی تسلط بیانگر آن است که مالک مال می‌تواند مال خود را به هرکس بخواهد، بفروشد و به هرکس بخواهد اجاره دهد و نمی‌توان او را از فروش یا هبه کردن مالش منع کرد؛ بنابراین، شرط عدم بیع، باطل است به جهت آنکه با قاعده‌ی تسلط در تعارض است و همان‌طور که گفته شد شرط عدم بیع و عدم هبه و امثالهم شروط خلاف مقتضای ذات عقد هستند که علت بطلان این شروط مخالفت با قاعده‌ی تسلط است. مقتضای عقد بیع آن است که بایع مالک ثمن گردد و مشتری مالک مبیع شود و مقتضای

۱. همان، ج ۲۳، ص ۲۰۳: فالمراد تحريم ما كان حلالاً بأصل الشرع، أو بالعكس كاشتراط عدم الإرث ممن يرثه أو شرب الخمر أو الزنا ونحوها، بل التأمل الجيد يقضي بكون المراد بذلك بيان ان الشرط من الملزمات بكل ما هو جائز للمكلف فعله أو تركه و أنه ليس مؤسساً للحكم الشرعی و مثبتاً له، حتى يكون محلاً للحرام أو بالعكس، فيكون الضابط حينئذ في السانغ منه ما كان جائزاً للمشتري عليه قبل الاشتراط و انما أريد بالشرط الإلزام به و غيره ما لم يكن كذلك و مقتضى ذلك جواز اشتراط عدم البيع أو الهبة أو الوطء أو نحو ذلك ضرورة أن للمشتري عليه مع قطع النظر عن الشرط ترك ذلك كله.

۲. همان، ج ۲۳، ص ۲۱۰.

۳. علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۹۰ و اما ان ینافی مقتضى العقد: كما لو شرط أن لا يبيعه، او لا يعتقه، او لا يطأ، او لا يهب، او ان غصبه غاصب رجع عليه بالثمن، او ان يعتقه و الولاء للبايع، فهذه الشروط باطله.

۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین، المکاسب، ص ۴۶، منها: اشتراط عدم البيع، فان المشهور عدم الجواز، لكن العلامة فی التذکره استشكل فی ذلك، بل قوی بعض من تاخر عنه صحنه.

ملکیت مبیع آن است که مشتری توانایی هرگونه تصرف در مبیع را داشته باشد یکی از مهم‌ترین مصادیق تصرف، فروش مبیع است. شرط عدم بیع اختیار فروش مبیع را از مشتری سلب می‌کند درحالی‌که بر اساس قاعده‌ی تسلط مالک مبیع، واجد حق هرگونه تصرف در مالش است و شرط عدم بیع ناقض این قاعده است.^۱ ازاین‌رو از دیدگاه شیخ انصاری شرط عدم بیع شرط مخالف شرع محسوب می‌شود.

بعضی از فقها علی‌الخصوص فقهای معاصر شرط عدم بیع را خلاف مقتضای عقد نمی‌دانند و معتقدند شرط ترک بعضی از تصرفات در مبیع، موجب بطلان عقد نمی‌گردد؛ بلکه زمانی شرط ترک تصرفات، در حکم شرط خلاف مقتضای ذات عقد است که کلیه‌ی تصرفات خارجی و اعتباری را دربرگیرد و عرفاً به‌مثابه آن باشد که عقدی منعقد نشده است. علتی که غالباً برای بطلان شروطی مانند عدم بیع، عدم عتق، عدم اجاره و امثالهم ذکر می‌شود مخالفت آن با دلیل سلطنت است به این معنا که شرط عدم بیع و امثال آن امکان سیطره‌ی خریدار بر مال را از او سلب می‌کنند، در نتیجه مخالف شرع و باطل هستند درحالی‌که اینکه خریدار بتواند امکان فروش مال را از خود بگیرد خود نشان‌دهنده‌ی آن است که او بر مال خود سیطره دارد و به اختیار خود این اختیار را از خود سلب کرده است؛ البته این مسئله تا جایی جایز است که عرفاً به معنای عدم ملکیت خریدار بر مبیع، نباشد مانند زمانی که خریدار امکان کلیه‌ی تصرفات مادی و اعتباری را از خود سلب می‌کند؛ در اینجا گویا دیگر مالی به او انتقال نیافته است. امام خمینی (ره) در این رابطه چنین می‌فرماید: «اشکالی در صحت شرط ترک بعضی تصرفات خارجی یا اعتباری نیست مانند شرط عدم بیع یا عدم اجاره یا شرط (عدم) فروش به شخصی یا شرط عدم فوریت در تسلیم مبیع یا شرط تسلیم مبیع پس از مدتی و امثال این موارد، مسائلی هستند که اشکالی در صحت آنها نیست و مخالفتی با مقتضای عقد بیع ندارند و منافاتی بین عقد و این شروط نیست ولو منافات و مخالفتی با شرع ندارند؛ و این توهّم که این شروط مخالف دلیل سلطنت هستند در نهایت اشکال است؛ چرا که دلیل سلطنت (الناس مسلطون علی اموالهم) از آنچه خود آن از مصادیق اعمال سلطنت است بر حذر نمی‌دارد، چگونه دلیل سلطنت موجب بطلان این شروط شود درحالی‌که غالب الزامات عقلی و شرعی به‌نوعی در قاعده‌ی سلطنت ایجاد محدودیت می‌کند مثلاً با اعمال قاعده است که

۱. علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقها، ج ۱۰، ص ۲۴۷، قد بینا أن کل شرط ینافی مقتضی العقد فانه یکون باطلا مثل أن یشتری جاریه بشرط أن لا خسارة علیه و معناه أنه متى خسر فيها فضا منه علی البائع؛ و کذا لو شرط علیه أن لا یبعها علی اشکال، او لا یطهاها، فان هذه الشروط باطله، لمنافاتها مقتضی العقد فان مقتضا ملک مشتری و النبی صلی الله علیه و آله قال: الناس مسلطون علی اموالهم.

عین از سیطره‌ی راهن خارج می‌گردد و امثال آن، بلکه باید گفت اعراض از ملکیت خود از شئون سلطنت در آن مال است همان‌طور که شرط عدم تصرف خاص (محدود) از قبیل اعمال سلطنت است.^۱

روایاتی وجود دارد که بر جواز شرط عدم بیع دلالت می‌نماید. «از امام صادق یا امام باقر علیهما السلام در مورد مردی که کنیزی را خریده و ضمن عقد بر او شرط شده که کنیز را نفروشد و هبه نکند سؤال شد؛ امام در پاسخ فرمودند: در صورتی که این شرط بر آن‌ها مطرح شود به شرط پایبند باشند.»^۲ در این روایت مرسله، شرط عدم فروش کنیز، صحیح دانسته شده که با الغاء خصوصیت از این مصداق می‌توان آن را در همه‌ی موارد صحیح دانست.

«حلبی نقل می‌کند از امام صادق علیه‌السلام در مورد شرط عدم بیع، شرط به ارث نرسیدن و شرط هبه نشدن کنیز سؤال کردم در پاسخ فرمودند: همه‌ی این موارد جایز است مگر شرط ارث، کنیز به ارث می‌رسد و هر شرط مخالف کتاب مردود است.»^۳

از این‌رو به نظر می‌رسد عرفاً این‌گونه نیست که سلب حق انتقال، عقد بیع را پوچ و توخالی کند بلکه ملکیت تحقق یافته است و سلب حق انتقال آن‌گونه با ملکیت منافات ندارد که آن را بی‌معنا کند. مشتری با انعقاد بیع حق هرگونه تصرفی در مبیع دارد مگر آنکه آن را بفروشد، او مالک مال است چون می‌تواند از منافع آن استفاده کند آن را اجاره دهد، منافع آن را منتقل نماید و با فوت او مال به وراثت وی می‌رسد، تنها محدودیتی که برای وی متصور است آن است که نمی‌تواند مال را بفروشد و این سبب نفی مالکیت او

۱. خمینی، سید روح الله، *البیع*، ج ۵، ص ۲۳۳، آنه لا إشکال فی صحّة شرط ترک بعض التصرفات الخارجیّة، أو الاعتباریّة، کشرط عدم البیع أو الإجارة، أو شرط عدم التسليم فوراً، أو التسليم بعد زمان و نظائرها ممّا لا ینفی الإشکال فی صحّتها و عدم مخالفتها لمضمون البیع و عدم التنافی بینهما و لو استلزماً و عدم المخالفة للشرع و توهّم: کونه مخالفاً لدلیل السلطنة فی غایة الفساد؛ فإنّ دلیلها لا یمنع ما هو من قبیل إعمالها، کیف! و جلّ الالتزامات العقلیّة و الشرعیّة، توجب تحديداً فی قاعدة السلطنة، فبإعمال القاعدة تخرج العین عن سلطنة فی الرهن و نحوه. بل التحقیق: أنّ الإعراض عن الملك، من شؤون السلطنة علیه، كما أنّ شرط عدم تصرف خاصّ فی ظرف الملكية، من قبیل إعمالها فی ظرفها.

۲. شیخ طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، ج ۷، ص ۲۵، احمد بن محمد بن عیسی عن علی بن حدید بن جمیل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما ع فی الرجل اشتری جاریه و شرط لاهلها ان لا یبیع و لا یهب قال یفی یذلک اذا شرط لهم.

۳. حرعاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، ج ۱۸، ص ۲۶۷، عن محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابی غمیر عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله ع قال: سألته عن الشرط فی الاماء - لا تباع و لا تورث و لا توهب - فقال یجوز ذلک غیر المیراث فانها تورث - و کل شرط خالف کتاب الله فهو رد.

نمی‌شود. بلکه همان‌طور که امام خمینی (ره) فرمود از شئون سلطنت و ملکیت آن است که مالک بتواند بخشی از ابعاد ملکیت خود را واگذارد.

سید یزدی نیز بر این باور است که اشتراط عدم بیع در ضمن عقد بیع جایز است. چون چنین شرطی نه با مقتضای عقد مخالف است و نه با شرع. فرقی بین اشتراط عدم بیع و بین اشتراط بیع یا عتق یا مانند آن - از شروطی که بر جوازش اجماع نموده‌اند - نیست.^۱ ادعای وجود فرق به اینکه اشتراط عتق تأکید کننده‌ی سلطنت مالک است به خلاف اشتراط عدم بیع، ادعای بیهوده‌ای است. مخالفت مشهور هم در این مورد بعد از این که معلوم گشت نظر آن‌ها به مخالف بودن شرط با مقتضای عقد بوده است نه به وجود دلیل خاصی که به دست ما نرسیده است، اشکالی ندارد و اجماع هم که - به خاطر اشکالی که از علامه در تذکره شناختی - محقق نشده است. بلکه از ریاض میل به جواز چنین شرطی نقل شده است و جواز را از بعضی از فقها نقل نموده است. ظاهر کتاب نافع نیز همین جواز است، چون گفت چیزی که روایت شده است، جواز است. از ایضاح النافع نقل شده است که جایز بودن چنین شرطی بعید نیست. پس حق همان جواز است.^۲

از دیدگاه قانون مدنی نیز شرط عدم بیع در مبيع جزء شروط صحیح و معتبر می‌باشد که در ماده‌ی ۴۵۴ ق.م.ضمن به رسمیت شناختن آن به بیان ضمانت اجرای آن پرداخته و مقرر داشته است: «هرگاه مشتری مبيع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است». از این رو شرط عدم بیع در ضمن عقد بیع نه تنها مخالف مقتضای ذات عقد و مخالف شرع نیست، بلکه شرط مخالف مقتضای اطلاق است لذا هم شرط و هم عقد صحیح می‌باشد.

۱. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیه‌ی المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۴

۲. همان، ص ۱۴: التحقيق هو الجواز لعدم كونه مخالفاً للمقتضى ولا للشرع ولا فرق بينه وبين اشتراط البيع أو العتق أو نحو ذلك مما أجمعوا على جوازه ودعوى الفرق بأن اشتراط البيع مؤكّد للسلطنة بخلاف اشتراط عدمه كما ترى ومخالفة المشهور لا بأس بها بعد معلومية كون نظرهم إلى كونه مخالفاً للمقتضى لا إلى دليل خاص لم يصل إليه والإجماع غير محقق لما عرفت من استشكل العلامة في التذكرة بل عن الرّياض الميل إلى الجواز ونقله عن بعض ظاهر النافع أيضاً ذلك حيث قال المروى الجواز و عن إيضاح النافع أن الجواز غير بعيد فالحق الجواز

گفتار دوم: شرط عدم اخراج زوجه از شهر

صاحب جواهر در این زمینه چنین اظهار می‌دارد: «اگر زن شرط کند که مرد نباید او را از شهرش خارج کند، شرط نافذ است. همان‌طور که نهاییه، مهذب، الوسیله و الجامع بیان کرده است. دلیل صحت شرط بعد از آنکه این شرط موافق با اغراض عقلائیه می‌باشد، موافقت آن با عمومات است. روایت صحیحیه نیز در این مضمون وارد شده است. از امام صادق علیه السلام در مورد مردی که شرط کرده است زن را از شهرش خارج نکند سؤال شد. حضرت فرمودند: باید بدان وفا کند و یا فرمودند: شرط لازم‌الاجرا است. در صحیحیه ابن ابی عمیر وارد شده است که به جمیل بن دراج گفتم مردی با زنی ازدواج کرده است و شرط کرده است که در نزد خانواده‌اش یا شهر معلوم بماند. گفت: اصحاب ما از اهل بیت علیهم‌السلام روایت کرده‌اند که او این حق را دارد و او حق دارد زن را از آنجا خارج کند اگر چنین شرط کرده باشد؛ اما در مبسوط، خلاف، غنیه و سرائر حکم به بطلان شرط شده است. دلیل این حکم مخالفت آن با مقتضای عقد ذکر گردیده است، چرا که مقتضای عقد این است که او حق استحقاق استمتاع در هر زمان و مکانی را دارد. در این صورت خبر مذکور بر استحباب حمل می‌شود؛ اما این حمل اشکال دارد. اشکال اول اینکه اقتضای بطلان شرط، بطلان عقد است. ثانیاً اینکه با قبول شرط مذکور این استحقاق مزبور را قبول نداریم؛ اما ادعای اینکه شرط مذکور با حق استمتاع منافات دارد، ادعای درستی نمی‌باشد. چون این امر در هر شرطی که منافات با مقتضای اطلاق عقد داشته باشد جریان دارد مثل اجل و مانند آن که معلوم است با کتاب و سنت منافاتی ندارد؛ بنابراین حمل روایت بر استحباب به مجرد این امر درست نیست، چرا که تعارضی وجود ندارد و تعارض عمومی نیز درست نمی‌باشد. بلکه حتی اگر تعارض آن با عموم المومنون عند شروطهم با عموم آنچه که دلالت بر استمتاع در هر زمان را به صورت عموم و خصوص من وجه هم بپذیریم ترجیح با اولی خواهد بود حتی با وجود صحیحیه مذکور. مضاف بر اینکه ظهور روایت دوم در این است که چون زن است این حق را دارد مشروط بر اینکه شرط مخالف با آن ذکر نشود.»^۱ با توجه به مطالب ذکر شود مشخص می‌شود که فرقی

۱. صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۱، ص ۱۰۱: المسألة الثامنة إذا شرط أن لا يخرجها من بلدها قيل كما عن النهاية و المهذب و الوسيلة و الجامع و النافع يلزم الشرط للعمومات، بعد أن كان سائفاً جارياً مجرى مقاصد العقلاء و هو المروى صحيحاً «الوسائل الباب - ۴۰ - من أبواب المهور الحديث ۱». عن الصادق عليه السلام «في الرجل يتزوج امرأة و يشترط لها أن لا يخرجها من بلدها قال: يفي لها بذلك، أو قال: يلزمه ذلك» و الصحيح لابن أبي عمير «الوسائل الباب - ۴۰ - من أبواب المهور الحديث ۳» قال: «قلت لجميل بن دراج: رجل تزوج امرأة و شرط لها المقام بها في أهلها أو بلد معلوم، فقال: قد روي أصحابنا عنهم عليهم السلام أن ذلك لها و أنه لا يخرجها إذا شرط ذلك لها». خلافاً لما عن المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر من بطلان الشرط بمخالفته

بین اینکه اشتراط بر شهر مخصوص یا منزل مخصوص باشد وجود ندارد. به خلاف آنچه برخی ادعا کرده‌اند. عده‌ای گمان کرده‌اند حکم مذکور از آنجا که مخالف با قواعد است به قدر متیقن آن که خصوص شهر است اخذ می‌شود. اشکال این ادعا آن است که تصریح مذکور در خبر ابن ابی عمیر با این مطلب منافات دارد. ثانیاً مسئله مذکور مطابق با عمومات می‌باشد و از این رو فرقی بین خصوص خانه و شهر وجود ندارد.^۱ از این رو صاحب جواهر شرط عدم اخراج زوجه از شهر را مخالف کتاب و سنت و مخالف مقتضای ذات عقد نکاح نمی‌داند.

میرزای قمی در کتاب الرسائل در این باره چنین اظهار می‌دارد: هرگاه در ضمن عقد نکاح، زوجه شرط کند که زوج، او را از اقامتش خارج نکند شرط مزبور به نظر برخی فقیهان، از جمله شیخ طوسی در بعضی آثارش،^۲ ابن ادریس،^۳ فخرالمحققین^۴ و محقق کرکی^۵ باطل است. ایشان در مقام استدلال گفته‌اند که مقتضای عقد نکاح، تسلط زوج بر زوجه، استمتاع و اسکان است و چنین شرطی منافای با مقتضای عقد خواهد بود.^۶

→

مقتضی العقد الذی هو استحقاق الاستمتاع بها فی کل زمان و مکان، فیحمل الخبر حیثیث علی الاستحباب و فیه (أولاً) أن مقتضی ذلک بطلان العقد ایضاً و (ثانیاً) أنا نمنع الاستحقاق المزبور حتی مع الشرط و دعوی مخالفة الشرط استحقاقه کذلک یدفعها أن ذلک أت فی کل شرط يمنع ما یقتضیه إطلاق العقد لو لا الشرط، کالأجل و نحوه مما هو معلوم أنه لیس منافیا للکتاب و السنة و حیثیث فحمل الروایة علی الاستحباب بمجرد ذلک غیر جائز، إذ لا معارض لها و المعارضة العامة غیر کافیة، بل لو سلم تعارض عموم «المؤمنون» «الوسائل الباب - ۲۰ - من أبواب المهور الحديث ۴» و عموم ما دل «سورة البقرة: الآیة ۲۲۳» علی الاستمتاع فی کل زمان و مکان من وجه کان الترجیح للأول و لو للصحيح المزبور، مضافا إلى ظهور الثانی فی ثبوت ذلک من حیث کونها زوجة، فلا ینافی عدمه من حیث الشرط، فتأمل جيدا.

۱. صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۶، ص ۱۰۲؛ و من ذلک يظهر لک أنه لا فرق فی اللزوم بین ذلک و بین اشتراط منزل مخصوص خلافا لبعضهم، فاقصر علی خصوص البلد، بناء منه علی مخالفة المسألة للقواعد، فیجب الاقتصار علی المتیقن و فیه - مع أنك قد سمعت التصريح به فی خبر ابن ابی عمیر - ما عرفته من جریان المسألة علی العمومات التي لا فرق فیها بین الجميع، كما هو واضح و الله العالم.

۲. شیخ طوسی، محمد بن حسن، المبسوط، ج ۴، ص ۳۰۴؛ شیخ طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، ج ۴، ص ۳۸۸، مساله ۳۲، کتاب صدق

۳. ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص ۵۹۰

۴. فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۳، ص ۲۰۹

۵. محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۳۹۹

۶. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، رسائل، ج ۲، ص ۹۲۲؛ و من ذلک يظهر أن ما ذکره ابن ادریس و من تبعه فی بطلان شرط ألا یدخل الزوجة من بلدها «من أن الاستمتاع بالزوجة فی الأزمنة و الأمکنة حق الزوج بأصل الشرع و کذا السلطنة له علیها، فإذا شرط ما یخالفه، وجب أن یکون باطلا ایضاً» لا وجه له، فإنه إن أراد بذلك هذا الشرط

اشکالی در مسئله شرط خارج نکردن همسر از شهرش به حسب حکم وجود ندارد. شرط مذکور صحیح است. چون مخالف مقتضای ذات عقد نکاح نیست. چون عدم سلطنت (مقتضای عقد نکاح) را شرط نکرده است و فقط خارج نکردن را شرط نموده است. این مورد مانند شرط ترک کردن مباحی می باشد، با این تفاوت که اگر عدم سلطنت را نیز شرط کند، صحیح است. البته تا وقتی که مستند به شرع نشود. چون منافاتی با سرپرستی و تسلط مرد بر زن (الرجال قوامون على النساء) ندارد. این مانند این است که فلان مالش برای دیگری باشد. چون منافاتی با قاعده‌ی مسلط بودن مردم بر اموالشان، ندارد، بلکه تأکید کننده‌ی آن است، به علاوه اینکه روایت خاص این مورد نیز موجود است. همچنین به نظر کلام فقها نیز اشکالی در این شرط نیست؛ زیرا مشهور قائل به صحت آن هستند. صرف وجود خلاف مقتضای اشکال نیست، خصوصاً این که مخالف نادر است و به وجه ضعیفی علت آورده است.^۱

گفتار سوم: شرط ضمان در عقد اجاره و عاریه

یکی از آثار عقد اجاره آن است که مستأجر، امین مؤجر قرار می گیرد و حتی در صورتی که عین مستأجره در ید او تلف شود یا نقصی بر آن وارد شود مستأجر هیچ گونه مسئولیتی در برابر مؤجر نخواهد داشت و به هیچ وجه نمی توان او را به جبران خسارت وادار کرد، تنها زمانی می توان او را ضامن تلف عین مستأجره دانست که مرتکب تقصیری شده باشد و تعدی و تفریطی از او سرزده باشد یا اینکه از حدود اذن موجر خارج شده باشد که در این

→

خلاف مقتضای العقد، فقد بینا لك سابقا بطلانه و إن أراد أنه رفع لما كان جائزا في الشرع، فهذا إن كان سببا لبطلان الشرط، لا يبقى مصادق للشرط الساتع في العقود؛ و ربما يفرق بين ما كان الشرط رافعا لما كانت مشروعيته بالنص عليه في باب ذلك العقد بالخصوص، كاشتراط ألا يتزوج و ألا يتسرى، فإن الزيادة على الواحدة منصوص بها في الشرع بالخصوص؛ و ما كانت مشروعيته بالعموم، كعدم إخراج المرأة من بلدها و عذ الأول من الشروط المخالفة للكتاب و السنة دون الثاني و ذلك أيضا مجازفة لا طائل تحتها و غير مطردة في موارد.

۱. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۶: لا إشكال في هذه المسألة بحسب الحكم فإن الشرط المذكور صحيح إذ ليس مخالفا لشيء لأنه لم يشترط عدم السلطنة و إنما اشترط عدم الإخراج فهو كاشتراط ترك مع أنه لو اشترط عدم السلطنة أيضا صحيح ما لم يسند إلى الشرع إذ هذا لا ينافي كون الرجل قواما على المرأة فإنه نظير اشتراط كون ماله الفلاني للغير حيث إنه لا ينافي قاعدة تسلط الناس على أموالهم بل مؤكدا له هذا مع أن النص الخاص موجود و كذا لا إشكال فيها بالنظر إلى كلمات العلماء إذ المشهور على الصحة و مجرد وجود الخلاف لا يقتضي الإشكال خصوصا مع كون المخالف نادرا و معللا بوجه عليل

موارد ید امانی او به ید ضمانی مبدل می‌گردد، در این حالت اگر مال تلف شود یا ناقص گردد مستأجر ضامن و مسئول جبران خسارت است؛ حال بحث در اینجا است که آیا می‌توان شرط کرد مستأجر به‌طور مطلق ضامن باشد؛ یعنی حتی در صورتی که تقصیری از او سر نزده باشد ضامن عین مستأجره باشد؟ در این رابطه در بین فقها بسیار بحث شده است و نظرات مختلفی ارائه شده است.

برخی از فقها شرط ضمان در اجاره را شرط خلاف مقتضای ذات عقد می‌دانند؛ علامه‌ی حلی که از معتقدان بطلان شرط ضمان در اجاره به جهت مخالفت آن با مقتضای عقد است این چنین می‌فرماید: اگر موجد بر مستأجر شرط ضمان عین نماید اگر شرط صحیح باشد به جهت آنکه این شرط خلاف مقتضای عقد است و به این علت باطل است، اگر این شرط در عقد اجاره واقع گردد به نظر من اقوی بطلان عقد اجاره است (بطلان شرط به عقد سرایت می‌کند). در این زمینه شرط باطل است چون آنچه ضمانش به واسطه‌ی شرع وجوب نیافته است به وسیله‌ی شرط نمی‌تواند مضمون گردد، همان‌طور که آنچه ضمانش واجب گشته است به واسطه‌ی شرط ضمانش منتفی نمی‌گردد.^۱

شهید اول و شهید ثانی نیز شرط ضمان در اجاره را باطل و مبطل عقد می‌دانند. شهید ثانی در این مورد اظهار می‌دارد: «اگر در عقد اجاره بدون تعدی و تفریط شرط ضمان شود عقد فاسد است به جهت فساد شرط، از حیث اینکه شرط، مخالف شرع و مخالف مقتضای ذات عقد اجاره است.»^۲

گروهی از فقها شرط اجاره را شرط خلاف شرع می‌دانند و آن را با مقتضای ذات عقد، مغایر نمی‌بینند. البته این دسته از فقها هریک به علتی شرط را خلاف شرع می‌دانند.

دیدگاه مشهور بین فقها آن است که اشتراط ضمان در اجاره به جهت مخالفت با مقتضای ذات عقد باطل است. به هر حال عقد اجاره مقتضی عدم ضمان نیست تا شرط ضمان مخالف مقتضای آن باشد؛ اما در مورد بطلان شرط به جهت مخالفت آن با شرع باید گفت این بحث خارج از محل بحث است، اما اجمالاً به آنچه ادله‌ی عام و خاص

۱. علامه‌ی حلی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، ص ۳۱۸، شرط الموجد علی المستأجر ضمان العین لو یصح الشرط لانه مناف لمقتضى العقد و ان وقع ذلک شرطاً فی الاجاره فالأقوی عندی بطلان الاجاره ایضاً و بین العامة خلاف فی فساد العقود بفساد الشروط التی تضمنها و انما قلنا انه لا یصح الشرط لان ما لا یجب ضمانه لا یصیر بالشرط مضموناً کما ان ما یجب ضمانه لا یتنفی ضمانه بشرط.

۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، کتابفروشی داورى، ۱۴۱۰ق: ولو شرط فی عقد الاجاره ضمانها بدونهما فسد العقد، افساد الشرط من حیث مخالفته للمشروع و مقتضى الاجاره.

اقتضا می‌کنند اشاره می‌کنیم: اما به حسب قواعد کلی مانند قول پیامبر(ص) مبنی بر «علی الید ما أخذت حتی تؤدی»^۱ که دلیل عمده در ضمان مورد بحث است نهایت آنچه در مورد آن گفته شده این است که این روایت از ایادی امانت اعم از امانت مالکی یا شرعی منصرف است. آنچه مشخص است این است که انصراف دلیل از مورد، دلیل بر عدم ثبوت نیست، بلکه از قبیل عدم دلیل بر آن است؛ بنابراین دلیل علی‌الید، مقتضی ضمان در غیر مواردی است که این دلیل از آن‌ها منصرف است (این دلیل مقتضی ضمان در غیر مواردی است که امانت شرعی یا مالکی محقق می‌گردد که یکی از این موارد عقد اجاره است) اما در این موارد (امانت شرعی یا مالکی) این دلیل بر ضمان دلالت نمی‌کند همان‌طور که بر عدم ضمان نیز دلالت نمی‌کند؛ بنا براین اشتراط ضمان در ضمن عقد با قاعده منافاتی ندارد (به جهت آنکه قاعده‌ی علی‌الید نهایت دلالتش آن است که در موارد امانت، این دلیل بر ضمان دلالت ندارد اما این امر به معنای عدم ضمان نیست)؛ اما به حسب ادله‌ی خاصه باید گفت: که دسته‌ای از روایات بر عدم ضمان دلالت می‌کنند مانند صحیح‌ه‌ی محمد بن قیس^۲ و صحیح‌ه‌ی حلبی^۳ و امثال این دو روایت که ظاهر در آن‌ها عدم ضمان در صورت عدم تفریط و افراط است آنچه مشخص است عدم خصوصیت این مسئله در مورد حیوان است بنا براین شرط ضمان مخالف شرع است.^۴

آیت‌الله خویی در نقد قول قائلین به مخالفت شرط ضمان در اجاره با مقتضای ذات عقد می‌گوید: همان‌طور که می‌بینی این قول وجه قابل‌ذکری ندارد چرا که واضح است

۱. از این حدیث، اثری در معاجم حدیثی و کتب اربعه شیعه نیست. با وجود این، ابن ابی جمهور احسان‌ی این حدیث را در کتاب خویش با نام عوالی اللئالی ثبت کرده است (ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین، عوالی اللئالی العزیزه فی الاحادیث الدینیه، ج ۲، ص ۳۴۵) و محدث نوری آن را از وی نقل نموده است (نوری طبرسی، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۴، باب ۱۲۱). از میان فقهای شیعه نسبت قطعی سند مذکور به رسول اکرم(ص) نخستین بار در کتاب سرائر صورت گرفت و به دنبال ایشان استناد به این حدیث شیوع پیدا کرد (ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائرالحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص ۴۸۴).

۲. عن ابی جعفر(علیه السلام) قال: قال امیر المومنین (علیه السلام) فی حدیث و لا یغرم الرجل اذا استاجر الدابة، ما لم یکن یرکها... طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۱۸۲؛ حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ج ۱۹، ص ۱۵۵، کتاب الاجاره، الباب ۳۲، الحدیث ۱.

۳. قال سالت ابا عبد الله(علیه السلام) عن رجل، تکارى دابة الى مکان معلوم، فنفتت الدابة. فقال ان كان جاز الشرط فهو ضامن و ان كان دخل و ادیا لم یوتقها فهو ضامن و ان وقعت فی بشر فهو ضامن؛ لانه لم یستوثق منها. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۵، ص ۲۸۹؛ طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۲۱۴؛ حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ج ۱۹، ص ۱۵۵، کتاب الاجاره، الباب ۳۲، الحدیث ۲.

۴. خمینی، سید روح الله، البیع، ج ۵، صص ۲۹۳ - ۲۹۰.

عدم ضمان، مقتضای حاق عقد و طبع آن نیست. مخالفت با مقتضای عقد در جایی ظاهر می‌شود که مثلاً شرط عدم ملکیت منفعت طرح شده باشد به جهت آنکه مقتضای عقد اجاره و مدلول آن، ملکیت منفعت است؛ بنابر این شرط عدم آن مخالف مقتضای عقد است، اما شرط ضمان، منافاتی با مقتضای ذات عقد ندارد بلکه عدم ضمان، ارتباطی با مفاد و مقتضای عقد اجاره ندارد که موافق آن باشد یا مخالف آن؛ البته چه‌بسا منظور از قول مخالفت شرط با مقتضای عقد، مخالفت با احکام مترتب بر عقد باشد، چون عقد اجاره از لحاظ شرعی محکوم به عدم ضمان است؛ بنابراین مراد از مخالفت با مقتضای عقد در حقیقت مخالفت با سنت باشد ولو مسامحتاً از آن به مخالفت با مقتضای عقد تعبیر شده باشد، بنابراین شرط به این علت فاسد باشد در ظاهر اشکالی متوجه این حرف نیست (مخالفت شرط ضمان با شرع). عقد اجاره نهایت اثرش آن است که مقتضی ضمان نیست اما این به این معنا نیست که عقد اجاره اقتضاگر عدم ضمان است و تفاوت این دو آن است که زمانی که اجاره فقط مقتضی ضمان نباشد می‌توان در آن شرط ضمان کرد و آنچه اجاره، مقتضی آن نیست شرط کرد، اما اگر اجاره اقتضاگر عدم ضمان باشد شرط برخلاف آن باطل است. نه مقتضی عدم؛ بنابراین شرط مزبور مخالف و منافی با مقتضای عقد اجاره نیست.^۱ سید یزدی همین نظریه را مورد تأکید و تأیید قرار می‌دهد و در کتاب شرح بر مکاسب چنین تقریر می‌کنند: تحقیق این است که شرط کردن ضمانت در عاریه و اجاره مخالف مقتضای عقد نیست؛ زیرا عقد دو طرف معامله، مقتضی عدم ضمان نیست.^۲ زیرا حقیقت آن دو، طلب امانت نیست بلکه نهایت امر این است که اقتضای ضمان ندارد. در نتیجه منافاتی با شرط کردن ضمان ندارد. چون تحقق عاریه بدون مسلط کردن مستعیر (عاریه گیرنده) بر عین، ممکن است. به این صورت که مالک همراه مستعیر و مسلط بر مالش باشد، مثل این که الاغش را عاریه دهد تا مستعیر سوار شود (خودش نیز همراه مستعیر و مسلط بر الاغ باشد). در مورد اجاره نیز این چنین است. بله در غالب موارد مالک عین را امانت می‌دهد و شخص را مسلط بر عین می‌کند، اما این امر، امری و رای حقیقت دو عقد (عاریه و اجاره) است. پس شرط ضمان در اجاره و عاریه مخالف شرع است؛

۱. خویی، سید ابوالقاسم، موسوعه الامام الخوئی، ج ۳۰، ص ۲۲۳، ۲۲۴ و ۲۲۵

۲. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۵: التحقيق أن اشتراط الضمان في العارية والإجارة ليس مخالفاً لمقتضى العقد إذ عقدهما لا يقتضي عدم الضمان إذ ليس حقيقتهما الاستئمان بل غاية الأمر أنه لا يقتضي الضمان فلا ينافيه اشتراطه و ذلك لإمكان تحقق العارية بدون تسليط المستعير على العين بأن يكون المالك مصاحباً له مسلطاً على ماله كما إذا أعاره حمارة ليركب و كذا الإجارة نعم في الغالب يستأنم في العين و يسلطه عليها لكن هذا أمر وراء حقيقة العقدین.

زیرا این شرط به ضامن کردن کسی که ضامن نیست، برمی‌گردد؛ زیرا بعد از عدم مقتضی ضمان - چون مفروض این است که ید ودعی بر عین مانند ید مالک است- مانند این مورد می‌گردد که ضمان مال دیگری را در دست مالکش شرط کند که مخالفت چنین شرطی با کتاب و سنت معلوم است؛ زیرا معنی ندارد که جبران تلف مال شخصی از کیسه‌ی دیگری باشد. مگر این‌که از این شرط اراده کند که معادل قیمت مال را به ملکیت او درآورد، بدون اراده‌ی ضمان. به این معنا که خسارت بر عهده‌ی او باشد و از کیسه‌ی او تلف شده باشد.^۱

حاصل این‌که ید مستأجر و مستعیر - چون به منزله‌ی ید مالک است از این جهت که بعد عقد و هنگام قبض عین امین مال قرار داده می‌شوند- مقتضای ضمان ندارد. همان‌طور که نسبت به همه‌ی اموالی که در دست شخص است، مقتضای ضمان ندارد؛ بنابراین، باید آن روایاتی که در عاریه آمده است - که شرط ضمان در عاریه جایز است- را مخصّص قاعده قرار داد یا کاشف از این‌که حکم در آن قابل تغییر است و این‌که عدم ضمان در آن جزء ماهیت عاریه است و گرنه ید در آن با شرط کردن، مقتضی ضمان است. به هر حال از مطالبی که بیان کردیم آشکار شد که این مسئله به مقام بحث ما - از این‌که شرط مخالف مقتضای عقد باشد- مربوط نمی‌شود. پس دلیلی برای کلام مصنف (رة) و دیگر فقها در این باب وجود ندارد.

از این‌رو می‌توان چنین نتیجه گرفت با توجه به اینکه مقتضای عقد اجاره تملیک منفعت در برابر عوض معین است، عدم ضمان را نمی‌توان از مقتضیات ذات این عقد دانست چرا که ارتباطی بین آن و مقتضای عقد وجود ندارد. عدم ضمان یا امان، مثلاً در عقد اجاره، اثر ذاتی عقد نیست که در صورت شرط ضمان، شرط مخالف ذات عقد تلقی شود و موجب بطلان قرارداد گردد، وانگهی ماهیت اجاره را نمی‌توان استیمان مستأجر دانست، زیرا در مواردی ممکن است اجاره منعقد شود ولی تسلیطی نسبت به عین مستأجره و در نتیجه استیمان مستأجر تحقق نیابد و نهایت مقتضای اجاره این است که مستأجر ضامن نیست نه این‌که اقتضای عدم ضمان داشته باشد. در نتیجه، چنین شرطی خلاف ذات عقد نیست بلکه خلاف اطلاق عقد می‌باشد.

۱. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۵؛ و لکن شرط الضمان فی الإجارة و العاریة مخالف للشرع إذ يرجع إلى تضمین من لیس ضامناً إذ بعد عدم المقتضی للضمان حیث إن المفروض أن یده علی العین کید المالك یصیر كما لو شرط ضمان مال آخر فی ید المالك و من المعلوم مخالفته للکتاب و السنة إذ لا معنی لکون تلف مال شخص من کیس آخر إلا أن یراد منه تملیک ما یعادل قيمة المال من غیر إرادة الضمان بمعنی کون الخسارة علیه و کونه تالفاً من کیسه

اما در مورد اینکه آیا این شرط صحیح است یا باطل به نظر می‌رسد با توجه به اینکه ضمان یکی از احکام وضعی است که اسباب آن توفیقی است به این معنا که صرفاً اسبابی که شارع مقدس برشمرده است می‌تواند این حکم را به وجود آورد، این اسباب را می‌توان غصب و اتلاف در تسبیب برشمرد؛ بنابراین شرط، نمی‌تواند سبب ضمان باشد؛ به جهت آنکه شرط در محدوده‌ای جایز است و خارج از آن محدوده باطل است، شرط نمی‌تواند مٌشَرع و مؤسس حکم باشد. ضمان از جمله احکام وضعی است و جعل آن به دست شارع است.

گفتار چهارم: شرط عدم استمتاع در نکاح دائم

یکی از شروطی که در مورد این که خلاف مقتضای عقد است یا خیر، مورد اختلاف واقع شده است شرط عدم استمتاع جنسی یا عدم وطی، ضمن عقد نکاح است، در این زمینه آراء مختلفی در میان فقها مطرح شده که در ادامه به آن می‌پردازیم. مرحوم محقق ثانی در بیان علت بطلان شرط عدم وطی چنین اظهار داشته است: «اما علت بطلان عقد، در نکاح دائم آن است که شرط عدم وطی، خلاف مقتضای عقد است؛ چون غرض و مقصود اصلی از نکاح دائم فرزند آوری و تداوم نسل است و این امر مستلزم ازالهی بکارت و نزدیکی است بنابراین؛ شرط عدم وطی فاسد است و موجب فساد عقد، به جهت منافات با مقتضای عقد و عدم رضایت به عقد مگر به وجود و صحت شرط، بطلان شرط موجب زوال رضا نسبت به عقد است.»^۱

بعضی از فقها در این مورد هم عقد را صحیح می‌دانند و هم شرط را، این قول از ناحیه‌ی شیخ طوسی در کتاب النهایه مطرح شده است، شیخ در این کتاب اظهار داشته است که «در صورتی که در ضمن عقد بر زوج شرط شود که زوجه را از بکارت خارج نسازد، زوج نمی‌تواند با زوجه جمع شود مگر آنکه زوجه اذن دهد که در این صورت جایز است.»^۲ این قول از جانب بسیاری از فقها پذیرفته شده است؛ محقق حلی در این زمینه اظهار داشته است: «اگر زوجه شرط کند که زوج با او نزدیکی نکند باید به شرط عمل شود و اگر زوجه اذن نزدیکی دهد بر اساس اطلاق روایت، جایز است و البته گفته می‌شود

۱. محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۳۱۵

۲. طوسی، محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، ص ۴۷۴؛ فان شرطت علیه فی حال العقد آلا یقتضها، لم یکن له افتضاها. فان أذنت له بعد ذلك فی الافتضا، جاز له ذلك.

لزوم این شرط در مورد عقد موقت است درحالی که این قول تحکم است»^۱ شهید ثانی در کتاب مسالک الافهام این قول را پذیرفته است.^۲ بسیاری از فقهای معاصر نیز بر این نگرش هستند، از جمله امام خمینی (ره)^۳ مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی^۴ و مرحوم آیت الله بهجت که در این زمینه چنین اظهار داشته اند: «اگر شرط کرد زن که وطی او ننماید یا ازاله ی بکارت او ننماید، نافذ و لازم است این شرط و جایز نیست مخالفت، چه در دائم باشد چه در مقطوع؛ و هم چنین غیر وطی از بعضی استمتاع؛ و اگر اذن داد بعد از عقد مشروط جایز است وطی مشروط الترتک؛ و اگر مخالفت کرد بدون اذن، عصیان کرده و زانی نیست، مثل وطی حائض و ولد ملحق است به شوهر».^۵

برای صحت شرط و عقد چند دلیل آورده شده است:

۱. دو روایت در این باب وارد شده است و به نظر می رسد شرط عدم وطی را تجویز کرده است.^۶ شهید ثانی در مورد روایت سماعه بن مهر آنکه در ذیل آمده است اظهار داشته است که: این روایت دلالت می کند بر جواز اشتراط عدم وطی به صورت مطلق حتی اگر موجب ازاله ی بکارت نگردد ضمن اینکه هر دو روایت را شامل عقد دائم و موقت دانسته است.^۷

۱. محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۲۷۳ لو شرط ان لا یفتضا لزم الشرط و لو اذنت بعد ذلک جاز عملا باطلاق الروایه و قبل یختص لزوم هذا الشرط بالنکاح المنقطع و هو تحکم.
 ۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۸، ص ۲۴۱-۲۴۷
 ۳. خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۰۳ لو شرط ان لا یفتضا... الشرط و لو اذنت بعد ذلک جاز من غیر فرق بین النکاح الدائم و المنقطع.

۴. موحّدی لنکرانی، محمد فاضل، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - النکاح، ص ۴۶۲

۵. بهجت فومنی، محمد تقی، جامع المسائل، ص ۶۶ و ۶۷

۶. طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۳۶۹، عنه عن احمد بن محمد عن محمد بن سنان عن محمد بن عمار عن سماعه بن مهران عن ابی عبدالله ع قال: قلت له رجل جاء الی امرأه فسالها ان تزوجه نفسها فقالت ازوجک نفسی علی ان... منی ما شئت من نظر او التماس و تنال منی ما یسال الرجل من اهله الا انک لا تدخل فرجک فی فرجی و... بما شئت فانی اخاف الفضحیه قال لیس له منها الا ما اشترط.

همان. عنه عن احمد بن محمد بن محمد بن اسماعیل عن محمد بن عبدالله بن... عن محمد بن اسلم الطبری عن اسحاق بن عمار... بی عبدالله ع قال: قلت له رجل تزوج بجاریه غائق علی ان لا یفتضا ثم اذیت له بعد ذلک قال اذا اذنت له فلا یاس.

۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام، ص ۲۴۷

۲. عموم «المومنون عند شروطهم» و آیهی «أوفوا بالعقود» صحت شرط و عقد را تأیید می‌کند.^۱

۳. در عقد نکاح اغراض و اهداف متعددی وجود دارد و راه‌های متعددی برای تلذذ و استمتاع موجود است، یکی از راه‌های تلذذ و استمتاع، وطی است؛ که البته یا شرط عدم آن راه‌های دیگری برای استمتاع باقی می‌ماند که می‌تواند تا حدودی آن را جبران نماید؛ بنابراین تنها غرض و هدف از عقد نکاح این امر نیست که با سلب آن، عقد نکاح بی‌معنی و پوچ گردد؛ بنابراین در صورت اشتراط عدم وطی به جهت محفوظ ماندن سایر خصوصیات عقد، پایبندی به شرط لازم است؛ و شرط، مخالف مقتضای عقد یا شرع نخواهد بود.^۲

مقتضای ذات عقد نکاح عبارت است از تحقق زوجیت بین زن و مرد که البته شرط عدم استمتاع، این امر را نفی نمی‌نماید؛ بنابراین این شرط، شرط خلاف مقتضای عقد بالمعنی الاخص نیست اما آیا این شرط می‌تواند تحقق زوجیت را بی‌معنا کند و عقد را به رابطه‌ی اعتباری پوچ و توخالی تبدیل نماید و در نتیجه موجب بطلان عقد گردد، آیا می‌توان این شرط را خلاف جمیع آثار عقد دانست به این معنا که با تحقق نکاح مقتضای آن یعنی زوجیت محقق می‌گردد و با تحقق زوجیت آثاری به وجود می‌آید که این شرط با جمیع آن آثار منافی است؛ بدون شک پاسخ منفی است به دلیل آنکه با تحقق عقد آثار متعددی به وجود می‌آید که یکی از آن آثار جواز استمتاع بالمعنی الاخص است، آیا می‌توان استمتاع را اثر ظاهر عقد دانست به گونه‌ای که اگر آن اثر محقق نگردد مانند آن است که عقدی به وجود نیامده است؛ قضاوت با عرف است آیا عرفاً شرط عدم استمتاع زوجیت را بی‌معنا و پوچ می‌گرداند و با وجود سایر آثار نکاح نمی‌توان عقد را منعقد دانست؛ به نظر می‌رسد پاسخ منفی است زیرا حتی اگر غرض اصلی و اثر ظاهر عقد نکاح را در عرف ارضاء غریزه‌ی جنسی بدانیم با شرط حفظ بکارت این غرض مهمل نمی‌ماند بلکه راه‌های دیگری برای ارضاء غریزه و تلذذ و استمتاع وجود دارد، همان‌طور که گفته شد روایاتی در جواز این شرط وجود دارد قانون‌گذار نیز در این زمینه تصریحی به بطلان چنین شرطی ندارد؛ همان‌طور که بیان شد بسیاری از فقهای معاصر نیز این شرط را صحیح می‌دانند بنابراین به نظر می‌رسد قول به صحت این شرط مقرون به صحت باشد البته در صورتی که شرط، مطلق و دربرگیرنده‌ی همه‌ی طرق استمتاع باشد به نظر می‌رسد شرط، خلاف مقتضای عقد باشد.

۱. همان، ص ۲۴۷

۲. موحدی لنگرانی، محمد فاضل، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - النکاح، ص ۲۶۲

گفتار پنجم: شرط توارث در نکاح منقطع

تحقیق در مسئله شرط توارث در عقد منقطع نیز بطلان شرط است، زیرا مانند شرط کردن ارث بردن شخص بیگانه است. گفته نشود: مقتضی عقد موجود است، نهایت امر انقطاع مانع است و قدر مسلم از مانعیت‌اش صورت عدم شرط است. چون ما می‌گوییم: اولاً وجود مقتضی معلوم نیست. چون چیزی که مقتضی توارث است، عقد دائم است. ثانیاً نهایت امر این مسئله مانند مسئله‌ی وارث کافر یا قاتل است. همان‌طور که شرط در این دو مورد صحیح نیست، در این مقام نیز این‌گونه است. البته با چشم‌پوشی از مطلبی که اخبار دلالت بر آن می‌کنند، این که از حدود متعه این است که ارث برده نشود.

در بعضی از اخبار چیزی است که ظهور در جواز شرط کردن دارد، اما با روایتی که صریح در عدم صحت چنین شرطی است، تعارض دارد. ممکن است مراد از این خبر، وصیت باشد، به این صورت که چیزی که مساوی با سهم همسر ارث برنده است، ببخشد. سپس، این که این مسئله ربطی به مسئله مخالفت مقتضای ذات عقد ندارد؛ زیرا نهایت امر این است که انقطاع، مقتضی توارث نیست، نه این که مقتضی عدم توارث است و این مطلب منافاتی با قول امام علیه‌السلام (من حدودها أن لا ترث) ندارد؛ زیرا ظاهر این است که مراد، دفع این توهم است که زوجه‌ی منقطع مانند زوجه‌ی دائم است. پس ما نحن فیه مانند شرط کردن عدم تزویج و تسری است. قطعاً تسلط بر تزویج و تسری از مقتضیات عقد نکاح نیست تا شرط عدم این دو با مقتضای عقد منافات داشته باشد. پس این شرط مانند سایر شروط مخالف کتاب و سنت است که ربطی به مقتضای عقد ندارد. مثلاً زمانی که در عقد بیع عدم تسلط بر فلان مالش را شرط کند، گفته نمی‌شود که چنین شرطی با مقتضای عقد منافات دارد، بلکه چنین شرطی مخالف شرع است. چون بیع اقتضای سلطنت بر فلان مال یا عدم سلطنت بر آن، ندارد. همچنین در این مقام هنگام عقد منقطع اقتضای توارث وجود ندارد. پس دلیلی برای شمردن این مورد از موارد این مقام، وجود ندارد.^۱

۱. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۷: التحقيق في هذه المسألة أيضا بطلان الشرط لأنّه كاشتراط توريث الأجنبي لا يقال المقتضى و هو العقد موجود غاية الأمر أن الانقطاع مانع و القدر المسلم من مانعته صورة عدم الشرط لأننا نقول أولاً وجود المقتضى غير معلوم فإن المقتضى هو العقد الدائم و نانياً غاية الأمر كونه كالوارث الكافر أو القاتل فكما لا يصح الشرط فيهما فكذا في المقام هذا مع الإغماض عما دلّ من الأخبار على أن من حدود المتعة أن لا ترث نعم في بعض الأخبار ما يظهر منه جواز الاشتراط لكنّه مع معارضته بما هو نصّ في عدم الصّحة يمكن كون المراد منه الوصية بإعطاء شيء يساوي حصّة الزوجة الوارثة ثم إنّ هذه المسألة لا ربط لها بمسألة

عدم ارث در عقد نکاح منقطع، اثر ذاتی عقد نیست که در صورت شرط ارث، شرط مخالف ذات عقد تلقی شود و موجب بطلان قرارداد گردد. نهایت مقتضای ازدواج موقت این است که زوجین ارث نمی‌برند نه این که اقتضای عدم ارث داشته باشد. در نتیجه، چنین شرطی خلاف ذات عقد نیست بلکه خلاف اطلاق عقد می‌باشد.

گفتار ششم: شرط لزوم و جواز حقی

مرحوم شیخ انصاری در بحث از دلالت آیهی ۱ سوره مائده «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» در مورد لزوم عقود چنین اظهار می‌دارد: لزوم و جواز از احکام شرعی عقودند و قطع نظر از حکم شارع، هیچ یک، از مقتضیات عقود نیستند. این سخن به این معنی است که عقود فی نفسه و قطع نظر از حکم شارع، نه اقتضای لزوم دارند و نه اقتضای جواز.^۱ لذا اوصاف لزوم و جواز حکم قانون تلقی می‌شوند. برخی دیگر از فقها، لزوم و جواز عقود را از خصائص قانون و به عبارت بهتر ناشی از حکم شرع نمی‌دانند، بلکه معتقدند این اوصاف ناشی از عرف تلقی می‌شوند، زیرا عقود از قبیل وکالت، شرکت مدنی، وصیت و نظایر آن قبل از حکم شرع نیز در عرف جایز بوده‌اند، همچنان که بیع و اجاره و نکاح و سایر عقود معاوضی قبل از حکم شرع لازم بوده‌اند.^۲ اگر عقدی ذاتاً مقتضی لزوم بود، جعل خیار در چنین عقدی مخالف با مقتضای این عقد است و این شرط فاسد حالا شرط فاسد عقد هم هست یا نه مطلب دیگر است؛ و اگر عقدی ذاتاً مقتضی جواز بود شرط لزوم مخالف مقتضای عقد است؛ برای اینکه عقد ذاتاً اقتضای جواز دارد. شرط لزوم مخالف با چنین اقتضایی است. لزوم حقی نوعی از لزوم است که متعاقدين می‌توانند با توافق و برای مدتی محدود آن را از بین ببرند. مثلاً بیع عقلاً لازم است و این لزوم، لزوم حقی است و متبایعین می‌توانند از راه شرط خیار برای مدت محدودی لزوم آن را از بین ببرند، ولی این کار برای مدت

→

مخالفة مقتضى العقد إذ غاية الأمر أن الانقطاع لا يقتضى التوارث لا أنه يقتضى العدم و لا ينافي ذلك قوله عليه السلام من حدودها أن لا ترث إذ الظاهر أن المراد دفع توهم كونها كالزوجة الدائمة فما نحن فيه نظير اشتراط عدم التزويج و التسرى فإن التسلط عليهما ليس من مقتضيات عقد النكاح حتى يكون اشتراط عدمها منافياً للمقتضى فهو كسائر الشروط المخالفة للكتاب و السنة التي لا ربط لها بمقتضى العقد مثلاً إذا اشترط في عقد البيع عدم التسلط على بيع ماله فلا ينافي لا يقال إنه مناف لمقتضى العقد بل هو مخالف للشرع إذ البيع لا يقتضى السلطنة عليه و لا على عدمه و كذا في المقام عند الانقطاع لا يقتضى التوارث فلا وجه لعدّه من المقام

۱. انصاری، مرتضی، المکاسب، ج ۵، ص ۱۸؛ بجنوردی، سید میرزاحسن، القواعد الفقهیه، ج ۵، ص ۲۷۸

۲. انصاری، مرتضی، المکاسب، ج ۵، ص ۱۸.

نامحدود مقدور نیست. در این صورت، عقد بیع که اولاً و بالذات لازم است، ثانیاً و بالعرض جایز (متزلزل) می‌شود. در مقابل عقد جایزی که متعاقدين بتوانند با توافق جواز آن را از بین برده و تبدیل به لزوم کنند جوازش ممکن است. مثلاً عقد وکالت جایز است ولی اگر وکالت وکیل یا عدم عزل وکیل ضمن عقد لازمی شرط شده باشد جواز مذکور از بین می‌رود. در این حالت، عقد وکالت که اولاً و بالذات جایز است ثانیاً و بالعرض لازم (به معنای غیرقابل فسخ) می‌شود.^۱ البته ذکر این نکته ضروری است که در این حالت نیز عقد وکالت به صورت یک عقد لازم به معنای خاص کلمه در نمی‌آید و در صورت حدوث موت یا سفه منفسخ می‌شود.

۱. برادران، دلاور «لزوم و جواز عقود از دیدگاه وصف حقی یا حکمی»، مجله تحقیقات حقوقی، تابستان ۱۳۹۱، ش ۵۸، دانشگاه شهید بهشتی، ص ۴۱۷.

خاتمه

۱. مقتضای ذات عقد یعنی مُنشئات لاینفک است که عقد بی واسطه به سبب آن‌ها به وجود آمده است و در کلیه افراد و مصادیق نوع عقد موجود بوده و آن‌چنان با عقد ملازمه داشته باشد که رفع آن اسقاط هستی عقد محسوب شود؛ مثل اینکه در بیع شرط شود که ثمن ندهد در این صورت ذات عقد تحقق نمی‌یابد این ذاتی عقد است و یا شرط کند که نباید در آن هیچ‌گونه تصرف داشته باشی این نیز از امور لاینفک می‌باشد چون اگر شخصی بیع انجام می‌دهد که مالک شود دیگر تصرف نیز جزء ذاتی آن خواهد بود که قابلیت انفکاک ندارد. اگر شرطی این ویژگی‌ها را داشته باشد باطل می‌باشد.

۲. مراد از مقتضای اطلاق عقد اموری است که به سبب مطلق بودن عقد بر آن مترتب می‌گردد؛ به عبارت دیگر اگر عقد مطلق باشد و مقید نباشد مقتضای اموری است که بر اطلاق آن حمل می‌شود مانند اینکه ثمن در بیع باید از امور رایج و پول ملی باشد. مگر اینکه متعاقدين خلاف آن را شرط کنند که در این صورت به شرط باید عمل شود. لذا اگر در عقد ذکر نشود و یکی از دو طرف معامله مطالبه ثمن به پول غیر رایج بکند کلام او مسموع نیست چون اقتضای اطلاق عقد خلاف مطلب او را ثابت می‌کند

۳. ذات عقد ناظر بر ماهیت و وجود عقد است در نتیجه مقتضای ذات عقد ناظر بر مقتضای ماهیت عقد و مقتضای وجود عقد است. ذاتیات عقد همان ارکان و شرایط صحت عقد هستند که در مرحله انعقاد عقد قبل از انشاء آن باید وجود داشته باشند که با انتفای آن‌ها یا شرط کردن نبود یکی از آن‌ها، ماهیت یا وجود عقد منتفی می‌گردد. به تعبیر دیگر در شرط مخالف ذات عقد هم شرط باطل است و هم مبطل عقد. بطلان عقد به واسطه‌ی درج شرط به جهت ناهماهنگی شرط با ارکان اساسی و آثار اصلی عقد شود، بطلان عقد خواهد شد

۴. اگر شرط، مخالف یکی از احکام حرمت و وجوب باشد، بی‌شک چنین شرطی باطل و نامشروع است. مثلاً شرط ترک نماز یا شرط نوشیدن شراب مسکر؛ اما اگر شرط مخالف یکی از مباحات (احکام غیر از محرّمات و واجبات) علی‌الاصول مخالف کتاب و سنت محسوب نمی‌شود. چون حوزه‌ی مباحات، متعلق به خواست و اختیار انسان است؛ اما هرگاه

شرط ترک مباح به گونه‌ای منعقد گردد که موجب تحریم حلال گردد، مخالف کتاب و سنت محسوب می‌شود و ضابطه در اینجا این است که شرط ترک مباح نسبت به مصداق یا مورد خاصی از مباحات آن هم نه برای مدت زمان مجعول یا به‌طور دائمی، بلکه برای مدتی مشخص، صحیح و مشروع محسوب می‌شود؛ اما شرط ترک نوعی امر مباحی برای همیشه غیر مشروع و باطل می‌باشد. شرط خلاف مقتضای ذات عقد با اثر عقد در ارتباط است و مشمول حکم حرام و حلال نیست؛ درحالی که شرط مخالف شرع ارتباطی به اثر عقد ندارد، مانند شرط ترک نماز ضمن عقد بیع.

معیار دیگر تشخیص شرط مخالف مقتضای ذات عقد از مخالف شرع، تناقض دائمی با نفس عقد است؛ البته ممکن است در برخی موارد شرع نیز نهی داشته باشد. از این رو کلام برخی از فقها که در تشخیص مصداق، فقیه را معیار دانسته‌اند و یا برخی دیگر که تناقض دائمی را به عنوان نشان انحصاری آن معرفی کرده‌اند باطل می‌باشد. در این کتاب دیدگاه کاملی بین نظر مرحوم خوئی و سید یزدی در مورد تشخیص مصداق شرط مقتضای ذات عقد از شرط مخالف با شرع ارائه نموده است و آن هم این است که دلیل بطلان شرط مذکور تناقض دائمی است و البته ممکن است از برخی مصداق شرع نیز نهی بکند و در آن موارد آثار هر دو قسم در آن مورد وجود دارد. چون ممکن است شروط مخالف با کتاب و سنت احکامی داشته باشد که شرط مخالف با مقتضای ذات عقد نداشته باشد از این رو تشخیص هر کدام و معیار دوگانگی هر یک از این دو شرط با توجه به مطالب بیان شده واضح و روشن می‌گردد.

۵. به نظر می‌رسد مقتضیات ذات عقد تعیینی نیست، بلکه براساس إنشاء عقد، بر پایه مصالح نوعیه کامنه تعیین پیدا می‌کند و این مصالح نوعیه هستند که آن‌ها را به وجود می‌آورند. هر عقدی، آن مصلحت نوعیه‌ای را که عقد به خاطر آن پدید گشته است، برطرف می‌کند و فقها و حقوق‌دان‌ها از آن به مقتضای ذات عقد تعبیر می‌کنند. به عنوان مثال مصلحت نوعیه بیع، نقل ملکیت است و مقتضای ذات عقدی بیع بر نقل ملکیت دلالت دارد. مقتضای ذاتی عقد به همان نیاز و ضرورتی است که به سبب آن عقد تکنون یافته است؛ یعنی مقتضای ذات عقد همان نیاز، ضرورت اصلی و لاینفک است. این ضرورت و مصلحت نوعیه در نهاد عقد امری سیال نیست که با تغییر زمان و عرف عمومی جامعه تغییر کند و قابلیت انفکاک از ماهیت عقد ندارد. راه حل مصلحت کامنه که از سوی دکتر لنگرودی مطرح شده نیز اگر منظور همان مصلحت نوعیه در مقتضای ذات منعقد شده باشد مسئله‌ی جدیدی نیست؛ بلکه همان است که به آن اشاره شد و اگر امری سیال و غیر ثابت باشد که در طول زمان براساس عرف عملی دگرگون می‌گردد راه تشخیص

مقتضای ذات عقد نمی‌تواند باشد، زیرا موجب انقلاب ماهیت عقود می‌گردد. پس تمسک به مصلحت کامنه عقد و استصحاب آن در صورت شک، راه‌حل شرعی برای تشخیص مقتضای ذات عقد است که به عنوان راهکار اصلی موردنظر کتاب حاضر می‌باشد.

۶. مناط و ضابطه تشخیص مقتضای اطلاق عقد، عرف به‌تنهایی یا اراده اشخاص به‌تنهایی و یا عرف در کنار اراده اشخاص است؛ زیرا آثار اطلاق عقد قابلیت انفکاک از عقد را دارا هستند و نبود آن‌ها خللی در ماهیت عقد نمی‌کند با عرف عقلای جامعه و مصلحت کامنه و اراده طرفین قابلیت تعیین و تغییر را واجد می‌باشند. ازاین‌رو به نظر می‌رسد محذور انقلاب ماهیت عقود که توسط عرف، مصلحت کامنه و اراده اشخاص در صورت تعیین و تغییر مقتضای ذات عقد اتفاق می‌افتاد در مقتضای اطلاق عقد رخ نمی‌دهد و لذا با عرف عملی جامعه و اصل حاکمیت اراده طرفین می‌توان دست به تعیین و تغییر مقتضای اطلاق عقد زد.

۷. در مورد دلایل قائلان به بطلان عقد متضمن شرط خلاف مقتضای عقد، حاصل تتبع و دقت‌نظر در متون فقهی این است که فقه‌های امامیه با تلقی این‌که شرط خلاف مقتضای ذات عقد ممکن است از جمله شروط نامشروع باشد و یا این‌که موجب جهل به عوضین شود (به لحاظ اعتباری که برای شرط، به عنوان جزیی از ثمن قائل شده‌اند) و یا این‌که بحث «تجاره لا عن تراض» را پیش بکشد و یا در نهایت این‌که مفاد آن با مفاد و مضمون عقد مخالف باشد و اجرای هر یک مانع از اجرای دیگری گردد؛ علاوه بر آنکه آن را باطل دانسته‌اند، حکم به بطلان عقد مشروط به آن نیز داده‌اند که تمامی دلایل آن‌ها به نحوی موردنقد و تحلیل قرار گرفت. اصل آزادی اراده و اصل صحت عقود که دو اصل مهم و پذیرفته شده در زمینه حقوق مدنی است، هر یک به‌تنهایی نقش بسزایی در اثبات ادعای ما دارند، اگر که اشخاص متمتع از حقوق شهروندی را که قابلیت استیفاء حقوق خود را دارند موضوع قضاوت قرار دهیم، نتیجه این خواهد شد که اعمال حقوقی آن‌ها را نیز (با جمیع شرایط صحت آن‌ها من جمله عدم مخالفت با حکم قانون) بایستی معتبر و نافذ بدانیم، اگر دو یا چند شخص که اهلیت آن‌ها مفروض است پس از چندوچون بسیار و گمانه‌زنی‌هایی بعضاً دامن‌دار، برای رسیدن به اهدافی خاص که محرک آن‌ها در اقدام به انعقاد عقد است، به تکالیف تعیین شده در عقد و قراردادی که منعقد می‌کنند، تن می‌دهند چگونه می‌توانیم عقد محقق شده را به دلیل بطلان یا مخالفت پاره‌ای از آنکه حتی در تراضی و قصد و اراده‌ی اولیه متعاقدين قرار نگرفته، محکوم به بطلان کنیم. از سوی دیگر «لزوم عقد» و «تفسیر آن براساس هدف مشترک طرفین» عواملی دیگر در توجیه ادعای صحت عقد در چنین وضعیتی می‌باشند و نمی‌توان به‌راحتی متعاملین را به حال

خود رها کرد و با توسل به بطلان تکه پاره‌ای از عقد آن‌ها را فارغ از تکالیف و وظایف محوله و محروم از حقوق متصور و مکتسبه‌ی خود تلقی کرد. در این میان نظرات و استدلال‌های بعضی از فقهای امامیه نیز ما را در این کتاب یاری نموده است، از دیدگاه‌های امام خمینی (ره)، آیت‌الله خویی و صاحب جواهر حتی از ظهور برخی عبارت‌های شیخ انصاری به تفصیل به آن‌ها پرداخته شده است و از سوی دیگر دقت و تأمل در عبارت مخصوص «شرط خلاف مقتضا» ما را به نگرشی نو فرا می‌خواند، همان‌گونه که از کتب فقهی و حقوقی برمی‌آید مقتضای ذات عقد نه آن است که بعضاً به ضرس قاطع بیان کرده‌اند؛ به عنوان نمونه مقتضای ذات عقد نکاح را نزدیکی دانسته‌اند، بلکه مقتضای ذات عقد آن هدف و مقصود نهایی و مشترک طرفین است که آن‌ها را به سوی انعقاد عقد کشانده است، هدفی که فقط با دقت در تمامی عبارات عقد به دست می‌آید. اگر مفاد و مضمون قرارداد حاکی از وجود یک رابطه‌ی حقوقی باشد غیر از آنی که تحت لوای عنوان برگزیده‌ی آن به نظر می‌رسد، پس نباید خواسته و هدف مشترک متعاقدين را فدای حکم قانونی منجر به بطلان عقد نمائیم. اگر واقعاً هدف قانون‌گذار تنظیم روابط حقوقی اشخاص است و قصد حمایت از زیان دیدگان به ناروا را در قراردادهای و معاملات دارد پس دلیلی نداریم که هدف و خواسته مشترک طرفین عقدی را که شرط خلاف مقتضایی دارد، مردود و فاقد اثر بدانیم چرا که اگر مشروط له را زیان‌دهی این پیمان لازم‌الاجرا بدانیم، چنانچه فاقد سلاح دفاع از خود باشد باید به حمایتش پردازیم. حق فسخی که برای مشروط له وجود خواهد داشت او را از هر زیانی دور خواهد کرد و اگر خواسته‌اش بدون شرط تأمین شود چه بهتر و الا خود مخیر است قرارداد را به اجرا بگذارد و یا آن را فسخ نماید، به هر تقدیر توانایی دفاع از حقوق خود را دارا می‌باشد و با این تفاسیل حکم قانون که مجرد و بی‌توجه به خواست و اهداف مشترک طرفین است اگر ملاک عمل و منشأ اثر قرار گیرد، موجب ادبار خواهد بود. از سوی دیگر در عمل نیز شاید هرگز چنین شروط مخالف مقتضایی دیده نشود و عقلایی نیست که طرفین قرارداد، این همه تلاش و چانه‌زنی از خود بروز دهند از برای تحقق عقدی و با شرط خلاف مقتضایی که با مفاد عقد منافات دارد چیزی از عقد نخواهند و آن جایی باشند که قبلاً بوده‌اند، تازه اگر هم این چنین باشد عقدی به علت نبود اراده و قصد طرفین محقق نخواهد بود که بخواهیم به صحت و سقم آن بیندیشیم و عقل سلیم چنین رفتار نابخردانه‌ای را مورد قضاوت قرار نمی‌دهد چرا که در نبود اراده و عقل، شخص نیز مشمول هیچ حب و بغض و حکم و قاعده‌ای نخواهد بود. لذا باید گفت چنانچه شرط خلاف مقتضای ذات عقد را فقط شرط ضمن عقد دانسته و برای آن چنان قوت و ماهیتی در نظر نگیریم که بتواند

عقد مشروط به خود را از بین ببرد، شاهد دوام و قوام عقود بسیاری خواهیم بود و بی‌جهت قرارداد محقق شده بین دو یا چند شخص را محکوم به بطلان نخواهیم کرد و آزادی اراده را بیشتر احترام کرده و به شیوه‌ای نیکوتر وظیفه قانون را که تنظیم و تنسيق روابط حقوقی اشخاص می‌باشد، مورد شناسایی قرار خواهیم داد باشد که این مهم اتفاق افتد. در خصوص نفی دلیل تعارض، در بسیاری از موارد تعارض میان عقد و شرط قابل حل بوده و با اندک تأملی می‌توان میان عقد و شرط جمع نمود و از طرف دیگر در جایی که تعارض مستقر و غیرقابل حل باشد با عنایت به نظریات فقهی ارائه شده در این زمینه می‌توان شرط را که مقصود فرعی طرفین است از پیکره‌ی عقد حذف نمود و عقد را که مقصود اصلی متعاقدين است حفظ کرد تا هدف آنان از انعقاد عقد تأمین شود. در خصوص مبنای فقدان شرط، بعضاً میان هم‌زمانی و عدم هم‌زمانی قصد شرط و قصد عقد قائل به تفکیک شده‌اند. توضیح اینکه در جایی که عقد و شرط بدون هیچ فاصله‌ای قصد شوند، تحقق دو قصد منافی در یک زمان از سوی انسان عاقل معقول نبوده و نتیجتاً تحقق عقد و شرط عقلایی نخواهد بود لکن اگر میان قصد عقد و قصد شرط ترتب زمانی وجود داشته باشد، دو حالت متصور است. اگر قاصد بر قصد عقد باقی باشد، نفس قصد منافی (قصد شرط) محال است، چرا که منافی بعد از وقوع عقد واقع نمی‌شود. این در حالی است که عقلاً مانعی برای تحقق شرط وجود ندارد اما در فرض رفع ید از قصد و اندراج شرط، اگر عاقد به کلی از ایجاب صرف نظر نماید درج شرط لغو خواهد بود؛ زیرا بر مبنای قصد رجوع موجب از ایجاب، اگر بتوان از رهگذر حذف خصوصیت ایجاب عقد از ناحیه‌ی شرط و اضافه‌ی خصوصیت دیگری به وسیله‌ی شرط به عقد، مقتضای عمل مشروع دیگری را استنباط نمود، می‌توان قائل بر این شد که طرفین مقتضای عقد دیگری را قصد کرده‌اند و اراده‌ی واقعی آنان تحقق عقد دیگری بوده است. به نظر می‌رسد فرض عدم تعلق قصد انشاء به انجام معامله به‌طور کلی خارج از شمول شرط خلاف مقتضای ذات عقد خواهد بود، چرا که قصد انشاء از عناصر تشکیل دهنده‌ی عقد بوده و در فرض عدم قصد انعقاد معامله اصلاً عقدی محقق نخواهد شد تا صحبت از مقتضا و اثر آن به میان آید؛ بنابراین در صورتی که متعاملین قصد تحقق معامله را نداشته باشند، یا ماهیت حقوقی ایجاد نشده و یا به واسطه‌ی تعلق قصد آنان به ماهیت حقوقی دیگری، باید قائل به وقوع عقد جدیدی باشیم. در هر فرض موضوع خارج از شمول شرط خلاف مقتضای ذات خواهد بود و داخل در شرط خلاف ذات عقد خواهد که باطل و مبطل عقد است. بر این اساس دلیل نهایی بطلان شرط و عقد صرفاً تعارض و تنافی میان مجموعه‌ی عقد و شرط می‌باشد و علم و جهل متعاملین به تنافی مؤثر در مقام نخواهد بود. به علاوه بعضاً می‌توان تعارض را حل و

میان عقد و شرط جمع نمود و یا در فرض عدم امکان جمع میان عقد و شرط، می‌توان شرط را از رابطه‌ی طرفین حذف و عقد را حاکم دانست و الزامیه برای متضرر قائل به حق فسخ شد.

۸. شرط خلاف مقتضای عقد اگرچه به صراحت در بند اول ماده ۲۳۳ قانون مدنی از شروط باطل و مبطل عقد به شمار آمده است، لکن مبنای حقوقی چنین حکمی که مسلماً برگرفته از فقه امامیه است محل بحث و اشکال فراوان است، ظاهراً قانون مدنی نظریه مشهور فقها را در خصوص موضوع بیان نموده است؛ اما بر ماده ۲۳۳ قانون مدنی این انتقاد وارد است که شرط خلاف مقتضای ذات عقد خارج از مفاد آن است و باید به ماده ۲۳۲ قانون مدنی الحاق شود. حقوق دانان علت مبطلیت شروط مندرج در ماده ۲۳۳ قانون مدنی را، خلل به ارکان عقد تفسیر می‌کنند، بنابراین، باید گفت که هر جا خلل به ارکان قرارداد، شرایط صحت عقد و شرایط صحت عوضین و شرایط صحت متعاقدين ایجاد شود، عقد نیز باطل می‌گردد. شرط خلاف مقتضای ذات عقد نمی‌تواند مبطل عقد باشد، چون در چنین شرط خلافی، اخلال در ارکان عقد اتفاق نمی‌افتد تا بطلان شرط را سرایت به بطلان عقد بدهیم.

۹. بیع به شرط عدم ثمن، اجاره به شرط عدم اجرت و شرط تغییر جنسیت در عقد نکاح از جمله مصادیق شرط مخالف ذات عقد است که شرط باطل و مبطل عقد است.

۱۰. شرط عدم ملکیت و عدم تصرف مطلق در عقد بیع، شرط عدم زوجیت در عقد نکاح و شرط ضمان بر مستودع در عقد ودیعه از جمله مصادیق مقتضای ذات عقد است طبق نظریه نوین کتاب حاضر فقط شرط باطل است، اما مبطل عقد نیست و عقد صحیح منعقد یافته است.

۱۱. شرط لزوم و جواز حکمی، شرط عدم تزویج و شرط خیار فسخ در عقد نکاح طبق یافته‌های پژوهش حاضر از جمله مصادیق شرط مخالف شرع است که فقط شرط باطل است ولی عقد صحیح می‌باشد.

۱۲. طبق یافته‌های پژوهش حاضر شرط عدم بیع در عقد بیع، شرط خارج نکردن همسر از شهرش، شرط کردن ضمانت در اجاره و عاریه، شرط عدم استمتاع جنسی عقد ازدواج دائم و شرط ارث در ازدواج موقت لزوم و جواز حقی جزو مصادیق مقتضای اطلاق عقد می‌باشد هم شرط صحیح است و هم عقد صحیح است.

فهرست منابع و مأخذ

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۲. -----، کفایة الاصول، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ۱۳۱۴ق.
۳. ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین، عوالی اللثالی العزیزیه فی الاحادیث الدینیّه، تحقیق آقا مجتبی عراقی، قم، مطبعه سید الشهداء، چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
۴. ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق.
۵. ابن بابویه، محمد بن علی، من لایحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق.
۶. ابن زهره، حمزه بن علی، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ق.
۷. ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
۸. ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی بکر، اعلام الموقعین، بیروت، المکتبه العصریه، ۱۴۲۹ق.
۹. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، ۱۴۱۴ق.
۱۰. ابوالبقاء، ایوب بن موسی، الکلیات معجم فی المصطلحات و الفروق اللغویه، دمشق: موسسه الرساله، ۱۴۱۳ق.
۱۱. ابوزهره، محمد، نظریة العقد فی الشریعة الاسلامیه، قاهره، دارالفکر العربی، ۱۳۵۴ه.ق.
۱۲. اسلامی پناه، علی، «تعارض تعهدات اصلی و فرعی در قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران، شماره ۵۲)، تابستان ۱۳۸۰، تهران.
۱۳. -----، شرط خلاف مقتضای عقد در حقوق ایران و مقایسه‌ی آن با فقه عامه، کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۲.

۱۴. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المكاسب، ج ۵، قم، انوار الهدی، چاپ اول، ۱۴۲۱ق.
۱۵. -----، رسالة فی تحقیق الحق و الحكم، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
۱۶. افشار، حسن، کلیات حقوق تطبیقی، تهران: دانشگاه تهران، موسسه انتشارات و چاپ، ۱۳۸۵.
۱۷. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۸۶ش.
۱۸. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المكاسب المحرمه و البیع و الخيارات، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۲۱ق.
۱۹. ایروانی، علی، حاشیه المكاسب، تهران، کیا، ۱۴۰۶ق.
۲۰. بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، تحقیق: مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، قم، دلیل ما، ۱۴۲۴ق.
۲۱. بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم، جامعه المدرسین، ۱۳۶۳ش.
۲۲. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، بلغة الفقیه، منشورات مکتبه الصادق، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ق.
۲۳. برادران، دلاور «لزوم و جواز عقود از دیدگاه وصف حقی یا حکمی»، مجله تحقیقات حقوقی، تابستان ۱۳۹۱، ش ۵۸، دانشگاه شهید بهشتی، ص ۴۱۷.
۲۴. بهجت، محمد تقی، جامع المسائل، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۶ق.
۲۵. بهمن پوری، عبدالله و «دیگران»، «نقدی بر ادله جریان خیار شرط در نکاح»، مجله فقه و اصول، پاییز ۱۳۹۶، شماره ۱۱۰، دانشگاه فردوسی مشهد.
۲۶. تستری، اسدالله، مقابیس الأنوار و نفائس الأسرار، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، بی تا.
۲۷. جان. ان. آدامز و راجر براونزورد، تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان، مترجم سید مهدی موسوی، تهران، میزان، ۱۳۸۶ش.
۲۸. جرجانی، علی بن محمد، کتاب التعریفات، تهران، ناصر خسرو، ۱۳۷۰ش.
۲۹. جزایری، محمد جعفر، هدی الطالب فی شرح المكاسب، قم، موسسه دارالکتب، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
۳۰. -----، نظریة الحقوق، أحكامها و أقسامها، قم، مؤسسه دار الکتاب، ۱۴۱۸ق.

۳۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائرة المعارف عمومی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ش.
۳۲. -----، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۲ش.
۳۳. -----، روش جدید در مقدمه عمومی علوم حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ش.
۳۴. -----، فرهنگ عناصرشناسی (المعجم المعاصر فی علم العناصر)، تهران، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۲ش.
۳۵. -----، فلسفه حقوق مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۳ش.
۳۶. -----، فلسفه عمومی حقوق برپایه اصالت عمل: تئوری موازنه، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ش.
۳۷. -----، قوه قدسیه به ضمیمه رساله موضوع شناسی و رساله، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۳ش.
۳۸. -----، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۵ش.
۳۹. جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل البيت عليهم السلام، زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام؛ ۱۴۲۶.
۴۰. جناتی، محمد ابراهیم، «ادوار اجتهاد»، کیهان اندیشه، شماره ۴۲، تهران.
۴۱. حائری، مسعود، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها، تهران، کیهان، ۱۳۷۳ش.
۴۲. حسینی شیرازی، محمد، ایصال الطالب الى المكاسب، تهران، موسسه کتابسرای اعلمی، ۱۳۸۵ش.
۴۳. حسینی حائری، سیدکاظم، فقه العقود، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۴۴. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیة، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵ق.
۴۵. حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، تحقیق و تصحیح: گروه پژوهش مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ق.
۴۶. حکیم، محسن، مستمسک العروة الوثقی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۶ق.

۴۷. حیدری، سیروس و تقدسی، عبدالله، «تبیین فلسفی عقد معلق»، مجله مطالعات حقوقی، دوره هشتم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵ش، دانشگاه شیراز.
۴۸. خلخالی، سیدمحمد موسوی، حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ق.
۴۹. خمینی، سید روح الله (رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران)، تحریر الوسیله، ج ۱ و ج ۲، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۵ش.
۵۰. -----، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ق.
۵۱. خویی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهه، قم، مکتبه الداوری، ۱۳۷۷ش.
- -----؛ منهاج الصالحین. بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۹۸۰م.
۵۲. -----، موسوعة الامام الخوئی، قم، مؤسسه احیا آثار الامام الخوئی (ره)، ۱۴۱۸ق.
۵۳. داودآبادی، علیرضا، نقش شرط در دگرگونی مقتضای عقد در فقه امامیه در حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۵ش.
۵۴. رشتی، حبیب الله بن محمد علی، کتاب اجاره، بی جا، بی نا، ۱۳۱۱ق.
۵۵. روحانی، محمدصادق، منهاج الفقاهه، قم، العلمیه، ۱۴۱۸ق.
۵۶. زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق، دارالفکر، ۱۴۱۷ق.
۵۷. سبحانی تبریزی، جعفر، دراسات موجزة فی الخيارات و الشروط، قم، المركز العالمی للداراسات الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۲۳ق.
۵۸. -----، الرسائل الاربع، ج ۳، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
۵۹. سرخسی، احمد بن ابی سهل، اصول السرخسی، قم، مؤسسه فرهنگی و اطلاع رسانی تبیان، ۱۳۸۷.
۶۰. شبیری، زهرا، «مقایسه شرط نامشروع و شرط خلاف مقتضای عقد»، مجله پژوهش‌های فقهی، شماره ۲، ۱۳۸۵ش، دانشگاه تهران - پردیس فارابی (قم).
۶۱. شکیبانیان، محمدعلی، توجیه صحت عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد تهران مرکز، ۱۳۸۴.

۶۲. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۷ق.
۶۳. -----، *القوائد والفوائد*، قم، مکتبه المفید، بی تا.
۶۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، جلد چهارم، چاپ اول، نشر داورى قم، ۱۴۱۰ق.
۶۵. -----، *مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام*، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۲۸ق
۶۶. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی، شروط ضمن عقد*، تهران، مجد، ۱۳۸۶ش.
۶۷. صابری، حسین «و دیگران»، «تبیین مقتضای عقد و قاعده سیاق با نگاهی ویژه به شرط توارث در عقد منقطع»، *آموزه‌های فقه مدنی*، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۳۹۷، دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد.
۶۸. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۶۹. صافی، لطف الله، *بیان الاصول*، قم، دایره التوجیه و الارشاد الدینی فی مکتب المرجع الدینی آیة الله العظمی الشیخ لطف الله الصافی گلپایگانی (دام ظلّه)، ۱۴۲۸ق.
۷۰. صفایی، سید حسن و امامی، اسدالله، *حقوق خانواده*، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۵ش.
۷۱. صیمری، مفلح بن حسن، *غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار الهدی، ۱۴۲۰ق.
۷۲. طباطبائی کربلانی، علی بن محمد علی، *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ق.
۷۳. طباطبائی، سید محمد حسین، *اصول فلسفه و روش رئالیسم*، قم، انتشارات صدرا، ۱۳۹۶ش.
۷۴. طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الأحکام*، تهران، دار الکتب الإسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
۷۵. -----، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران، المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ش.
۷۶. عابدیان، میرحسین، *شروط باطل و تأثیر آن در عقد*، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۸۷.
۷۷. عابدی، محمد تقی، *شرط خلاف مقتضای عقد*، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۷۰.

۷۸. عاملی غروی، جواد بن محمد، *مقتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ق.
۷۹. علامه حلی، حسن بن یوسف، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة*، ج ۳، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ق.
۸۰. -----، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ق.
۸۱. -----، *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۸ق.
۸۲. علم الهدی، علی بن حسین، *الانتصار فی انفرادات الامامیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۱۵ ق
۸۳. علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و عرف*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵ش.
۸۴. غزالی، محمد بن محمد، *المستصفی فی علم الاصول*، بیروت، شرکت دار الأرقم بن أبی الأرقم، ۱۴۱۹ق.
۸۵. فخلعی، محمدتقی، «چیستی حکم عقلاء و نسبت آن با حکم عقل»، *مجله فقه و اصول*، شماره ۸۴، ۱۳۸۹، دانشگاه فردوسی مشهد.
۸۶. فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.
۸۷. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، قم، نشر هجرت، چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.
۸۸. فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم: دارالهجره، ۱۴۱۴ق.
۸۹. فرح بخش، ابوالفضل، «ضابطه مبطل بودن شرط ضمن عقد (ماده ۲۳۳ قانون مدنی) و تطبیق آن با فقه»، *گفتمان حقوقی*، شماره ۲۳ و ۲۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد.
۹۰. قبولی درافشان، سید محمد مهدی و ثانی، امیر یوسف، «شروط مبطل پیش بینی شده در ماده ۲۳۳ قانون مدنی و امکان توسعه آن»، *آموزه‌های فقه مدنی*، شماره ۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد.
۹۱. قراملکی، محمد حسن، «جایگاه مصلحت در تشریع احکام اجتماعی اسلام»، *فصلنامه حکومت اسلامی*، شماره ۴۶، ۱۳۸۶ش، قم،

۹۲. قنوتی، جلیل، «و دیگران»، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۸۸.
۹۳. قنوتی، جلیل «و دیگران»، «بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره‌ی ملکیت حق و حکم»، مجله فقه و اصول، شماره ۹۲، بهار ۱۳۹۲، دانشگاه فردوسی مشهد.
۹۴. قمی طباطبائی، تقی، *دراساتنا من الفقه الجعفری*، مقرر علی مروجی قزوینی، قم، مطبعة الخيام، چاپ اول، ۱۴۰۰ ق.
۹۵. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ سوم، جلد ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
۹۶. -----، عقود معین، ج ۳ (عطایا)، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۹۰.
۹۷. کاشف الغطاء، محمد حسین، *تحریر المجله*، نجف المکتبه المرتضویه، چاپ اول ۱۳۵۹ ق.
۹۸. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۱۷ ق.
۹۹. کیدری بیهقی، محمد بن حسین، *إصباح الشیعة بمصباح الشریعة*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶.
۱۰۰. گرجی، ابوالقاسم، *مقالات حقوقی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
۱۰۱. متقی هندی، علاء الدین علی بن حسام، *کنز العمال فی سنن الاقوال والافعال*، ج ۱۰، بیروت، مؤسسه الرساله، چاپ پنجم ۱۴۰۱.
۱۰۲. محسنی، سعید؛ قبولی درافشان، سید محمد مهدی، «بررسی فقهی حقوقی ماهیت قرارداد انتشار»، *مجله فقه و اصول*، بهار ۱۳۹۲، شماره ۹۲، دانشگاه فردوسی مشهد.
۱۰۳. محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام مسائل الحلال والحرام*، قم، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۱۰۴. -----، *نکت النهایة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۲ ق.
۱۰۵. محقق داماد، سید مصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده- نکاح و انحلال آن*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴ ش.
۱۰۶. -----، *قواعد فقه بخش مدنی*، (مالکیت و مسئولیت)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۳ ش.
۱۰۷. -----، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۵ ش.

۱۰۸. محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ق.
۱۰۹. محمدی، عبدالعلی، «شروط نامشروع ضمن عقد نکاح»، مجله حوراء، شماره ۱۸، ۱۳۹۲، قم.
۱۱۰. مدرسی یزدی، عباس، نماذج الأصول فی شرح مقالات الأصول، قم، داوری، ۱۳۸۳ش.
۱۱۱. مصطفوی، سعیده سادات، «هنگامه‌های قبل و بعد از تغییر جنسیت»، فصلنامه تازه‌های روان درمانی، شماره ۴۹ و ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۷.
۱۱۲. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
۱۱۳. -----، المنطق، قم، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۸ق.
۱۱۴. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان، محقق و مصحح: عراقی، مجتبی و اشتهااردی، علی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
۱۱۵. معروف الحسینی، هاشم، نظریه العقد فی الفقه الجعفری، بیروت، دارالغد، [بی تا].
۱۱۶. مغنیه، محمدجواد، فقه الإمام الصادق علیه السلام، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق.
۱۱۷. مکارم شیرازی، ناصر، استفتائات جدید، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ق.
۱۱۸. -----، موسوعه الفقه الاسلامی المقارن، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۳۲ق.
۱۱۹. موحدی لنکرانی، محمد فاضل، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - النکاح، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۱ق.
۱۲۰. موسوی خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۵ق.
۱۲۱. مؤمن، محمد، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
۱۲۲. منصوری، محمد، ضوابط تشخیص مقتضای ذات عقد در حقوق ایران و فقه امامیه (مطالعه‌ی موردی: عقد صلح)، دانشگاه امام صادق علیه السلام، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، کارشناسی ارشد، ۱۳۹۱.
۱۲۳. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، قم، انتشارات کیهان، ۱۴۱۳ق.

۱۲۴. -----، رسائل الميرزا القمي، قم، دفتر تبليغات اسلامي، ۱۴۲۷ هـ ق
۱۲۵. -----، القوانين المحكمة في الأصول، قم، احياء الكتب الاسلاميه، چاپ اول ۱۴۳۰.
۱۲۶. -----، غنائم الايام، قم، مركز النشر التابع لمكتب العلم الاسلامي، ۱۳۷۷ ش.
۱۲۷. نائيني، محمد حسين، فوائد الاصول، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۷ ق.
۱۲۸. -----، منية الطالب في حاشية المكاسب، تهران، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ ش.
۱۲۹. نراقي، احمد بن محمد مهدي، عوائد الايام في بيان قواعد الأحكام، قم، انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم، ۱۴۱۷ ق.
۱۳۰. نوري طبرسي، ميرزا حسين، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بيروت، مؤسسة آل البيت لاحياء التراث، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
۱۳۱. يزدي، محمد كاظم بن عبدالعظيم، العروة الوثقى، قم، مؤسسه نشر اسلامي، ۱۴۱۹ ق.
۱۳۲. -----، حاشية المكاسب، قم، مؤسسه اسماعيليان، ۱۴۲۱ ق.

کتابخانه