

## تحلیل مبناي بطلان شرط خلاف مقتضای عقد

علی علی آبادی

دانشکده الهیات و معارف اسلامی

### چکیده:

باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد در میان فقها و حقوقدانان مورد اتفاق است. قانون مدنی این نظر مورد اتفاق را پذیرفته است. با این حال مبنا یا دلیل بطلان این شرط از مسائل مورد اختلاف است. به طور سنتی اجماع، انصراف ادله لزوم وفا به شرط، مخالفت با کتاب و سنت، استلزام فساد عقد و ملازمه عدم شرط با وجود آن از دلایل و مبانی بطلان مقتضای عقد به شمار می آیند. مبانی مزبور هیچکدام در مقام نقد و تحلیل مصون از ایراد و انتقاد نیستند. به نظر می رسد تحلیل منطقی مسأله تحلیل دو فقیه متأخر محقق اصفهانی و محقق ایروانی باشد. از نظر این دو فقیه محقق در فرض شرط مخالف مقتضای عقد دو قصد متنافی در آن واحد وجود دارند و چون تعلق دو قصد متنافی در آن واحد محال است اساساً شرط و عقد تحقق خارجی پیدا نمی کنند. این مقاله پس از معرفی راههای شناخت مقتضای عقد، صور منافات شرط با اقتضای عقد و مبانی بطلان مورد بحث، در نهایت به ترجیح و تقویت نظریه محقق اصفهانی و محقق ایروانی می پردازد.

کلید واژه‌ها: عقد، مقتضای عقد، شرط مخالف مقتضای عقد، بطلان، باطل، مبطل.

### راههای شناخت مقتضای عقد

برای ملاحظه مشکل تشخیص اقتضای عقد می توان به عنوان مثال عناصر مفروض برای مقتضای عقد نکاح را مورد توجه قرار داد. تشکیل خانواده، تمتع جنسی، توالد و تناسل و همکاری در زندگی، همه از اغراض نکاح شمرده می شوند ولی در عین حال

نفی هیچ یک از آنها از طریق شرط ضمن عقد، مخل تحقق نکاح نیست (صفایی و امامی، ۱۳-۱۴). اختلاف در شناخت مقتضای عقد، سبب اختلاف در مصادیق شرط خلاف مقتضای عقد نیز شده است (نجفی، ۱۹۸-۲۲۰). عموم فقها پذیرفته‌اند که مقتضای ذات عقد آن قدر به ماهیت عقد نزدیک است که با حذف آن ماهیت عقد نیز از بین می‌رود یعنی ماهیت عقد و مقتضای آن لازم و ملزوم یکدیگرند و انتفای هر یک موجب انتفای دیگری است. برای شناخت مقتضای عقد ناچار باید مسأله را از زوایای مختلف بررسی کرد. عرف، شرع، قانون و اراده متعاقدين هر کدام در این باره نقشی دارند.

### مقتضای عقد از نظر عرفی

اگر چه مردم اعمال حقوقی خود را معمولاً مطابق قانون انجام می‌دهند ولی از ابعاد و الزامات عرفی هم غافل نیستند. از طرف دیگر ملاک توجه احکام شرعی نیز عرف است نه صرف عقل یا نتیجه ناشی از ابزارهای پیچیده علمی. مقتضای عقد نیز متأثر از عرف است ولی عرف در بیان متعاقدين که خود اهل عرف هستند مدلول تراضی قرار می‌گیرد. بنابراین اهمیت عرف را در تعیین مقتضای عقد نباید انکار کرد. گرچه عرف با توسعه قلمرو قانون رفته رفته جایگاه قبلی خود را از دست می‌دهد. اختلاط عرف‌ها در اثر مسافرت‌های پی در پی و تأثیر وسایل ارتباط جمعی و فنی شده مناسبات موجب کاستن از اصالت پدیده عرف شده است. در حال حاضر عرف، مبانی شرعی، اوامر قانونی و دلالت مضمون انشا و تراضی طرفین، مجموعاً یا حسب مورد بیانگر واقعیت مورد نظر هستند. عقود معین که ضوابط آنها در قوانین مضبوط است مبنای عرف بیشتری دارند و نیازها و رفتار مردم، آنها را به صورت نهاد اجتماعی درآورده است. ولی آنها نیز در حقوق، محاط شده و از پدیده عرفی محض خارج گردیده‌اند، با توجه به اینکه در مملکت ما قانون مبنای شرعی دارد. به علاوه، پیچیدگیها و معضلات اقتصادی و اجتماعی نیز مانع از حل تمام مشکلات به وسیله عرف شده‌اند، هر چند که در هر صورت، حداقل ماهیت و مفاد هر عقد به تراضی نوعی بستگی دارد که این خود می‌تواند نمودی از عرف به حساب آید، اما این نمود کافی نیست، زیرا شرع و قانون یک باره امور معاملی مردم را به عرف نسپرد و در هنگام ضرورت وارد عمل گردیده و اثر

لازم را ایجاد کرده‌اند. بنابراین باید اقتضای عقد در کنار قانون از دیدگاه شرع نیز بررسی گردد. قانون مدنی در موادی چون ۳۳۸ و ۳۶۲ تملیک و تملک را اقتضای برخی از عقود معین دانسته است. در هر حال عرف در کنار سایر منابع در تعیین مقتضای عقد مؤثر است.

### مقتضای عقد از دیدگاه شرع یا قانون

آنچه از نظر شرع یا قانون اثر مسلم یا مقصود بالاصالۀ عقد است مقتضای عقد محسوب می‌شود. با این حال باید دانست که عده‌ای از فقها اصولاً از شرط خلاف مقتضای عقد نامی نبرده و آن را در زمره شرط مخالف کتاب و سنت یا شروط نامشروع قرار داده‌اند (کرکی، ۱/۲۶۱). با تبیین مقتضای عقد توسط قانون یا شرع، اراده‌ها فقط می‌توانند انتخاب‌کننده باشند نه سازنده حقایق حقوقی. ولی باید توجه داشت که احکام همه قراردادهای یکسان نیست و درجه التزام ناشی از آنها نیز متغایر است. بسیاری از مقررات تکمیلی و ارشادی هستند؛ مخالفت با این مقررات نقض قانون یا شرع محسوب نمی‌شود. به همین دلیل گنجاندن شرط مخالف آنها در عقد، مانعی ندارد. فقها به این مسأله توجه کرده و مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد تقسیم و مخالفت با اقتضای اطلاق را پذیرفته‌اند. اما این تقسیم ما را از بحث بی‌نیاز نمی‌کند. چون لازمه آن تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی است (نجفی، ۲۳/۲۶۱؛ حلبی، ۱۳/۶۳-۶۴؛ طوسی، ۱۳/۸۶-۸۷).

با این همه پذیرش معیار مورد بحث در عصری که ماده ۱۰ قانون مدنی به عنوان اصل آزادی قراردادهای خصوصی حاکم است و فقها با پذیرش تعهد ابتدایی، از تنگنای عقود معین خارج شده‌اند، مشکل به نظر می‌رسد. بنابراین باید پذیرفت که گرچه مبنا و مقاصد اصلی همه الزامات در شرع و قانون نهفته است، ولی باید مبنای عقل و خاستگاههای عرفی شرع و قانون را روشن کرد. و الا نه جایی برای بحث و فحص باقی می‌ماند و نه حرکتی در جهت تعالی قوانین. اکتفا به ارجاع و احالۀ مسائل فقهی و قانونی به ظواهر و قانون نوعی ساده‌نگری و گریز از تحلیل عقلی و فلسفی آنهاست.

## تعریف مقتضای عقد

با توجه به مطالب گذشته می‌توان گفت مقتضای هر عقد اثر اساسی آن عقد یا مراد مسلم و مقصود بالاصالة متعاقدين است؛ مقتضای عقد که به اراده متعاقدين، جعل شارع، تصویب قانونگذار و داوری عرف حسب مورد ایجاد می‌شود لازم لاینفک عقد است.

بر مبنای این تعریف، هر شرطی که اثر اساسی عقد یا مقصود اصلی متعاقدين را نفی کند، شرط خلاف مقتضای عقد است. مثل اینکه در عقد بیع شرط شود که مورد معامله وقف بر ایتم باشد یا در عقد نکاح شرط عدم حلّیت رابطه جنسی برای زوجین یا شوهر گنجانده شود. شرط خلاف مقتضای عقد ممکن است به صراحت در عقد قید گردد و یا عقد متبایناً بر آن واقع شود (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۷۳/۳-۱۷۴).

## صور تنافی شرط با مقتضای عقد

عقد یک مجموعه منسجم است و هر چه در آن گنجانده شود جزئی از همان عقد به حساب می‌آید، اعم از این که تعهد اصلی باشد یا تبعی. چون اراده مشترک طرفین به تمام اجزای آن مجموعه منسجم تعلق گرفته و کل آن را انشا کرده است. همین خصوصیت موجب حکم عقل به مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد است، زیرا دو تعهد متنافی در یک مجموعه مانع انسجام یا موجب زوال آن است. در هر حال تنافی شرط مقتضای عقد صور مختلفی دارد. در اینجا سه صورت قابل تصور آن بررسی می‌شود:

### ۱- تنافی شرط با مفاد اصلی عقد

گاهی شرط با مفاد اصلی عقد و مقصود مستقیم متعاقدين مغایر است که در این صورت چنین شرطی خلاف مقتضای عقد است؛ به طور مثال اگر موضوع تراضی، بیع یا اجاره باشد، موضوع یا مفاد اصلی، مبادله عین با عوض معلوم یا منافع یا اجاره بها است؛ در هر یک از این دو عقد شرط عدم تملیک مبیع یا منافع یا عدم پرداخت ثمن یا اجاره بها با مفاد اصلی عقد در تنافی است و خلاف مقتضای عقد محسوب می‌شود. حتی اگر تنها جزئی از آن را نفی کند. چون مجموع قرارداد شیء واحدی است و نفی جزء، کل را از کلیت خارج می‌کند و از بین می‌برد و این برای تحقق تنافی شرط با مقتضای عقد کافی

است.

این صورت از صور مورد اتفاق است و مثالهای مذکور از امثله متداول در تقریر معنی مقتضا و چگونگی مخالفت شرط با آن است (نجفی، ۲۳/۲۰۰-۲۱۱). منافات شرط همیشه روشن نیست، نوعاً شرطهای مخالف طوری انتخاب می‌شوند که ظاهراً منافاتی با عقود ندارند ولی حقیقتاً با اغراض اصلی آن قابل جمع نیستند. مانند این که در بیع، هبه مورد عقد شرط گردد، یا در عقد اجاره استفاده فقرا یا صنف خاص دیگری شرط شود. در این مثال‌ها قصد تملیک عین یا منفعت وجود ندارد بلکه عناوینی از قبیل بیع و اجاره ساتری است برای مقصود واقعی طرفین.

### ۲- تنافی شرط با احکام شرعی یا قانونی

گاهی شرط بدون تعارض با قصد متعاقدين، مقررات آمره شرعی یا قانونی راجع به شروط صحت عقد را نفی می‌کند. مثل اینکه در عقد رهن عدم قبض و اقباض عین مرهونه شرط شود. چون قبض به حکم شرع و قانون شرط صحت عقد رهن است با نفی آن از طریق شرط در واقع صحت عقد نفی می‌شود.

### ۳- تنافی شرط با هدف نهایی عقد

صورت سوم، تنافی شرط با هدف نهایی قصد مشترک طرفین است. یعنی شرط، مبنای اصلی مورد توافق و اثر مطلوب آن را نفی می‌کند؛ مثل شرط عدم تسلیم مبیع یا محل مورد اجاره. این شرط با اندکی تسامح می‌تواند با مورد اول تطبیق شود، چون در عقود تملیکی مالک یا فروشنده به طور ضمنی تعهد به تسلیم مال نیز می‌کند. به همین علت ماده ۳۸۷ قانون مدنی، تلف قبل از تسلیم مبیع را موجب فسخ معامله می‌داند. ولی در هر حال وجه ممیز این گروه، متعارض بودن با انگیزه معامله می‌باشد. به نحوی که ممکن است بدون ارتباط با مفاد قصد مشترک، آثار آن را تحت الشعاع قرار دهد. مانند این که فروشنده بر خریدار تاجر شرط عدم فروش کند، این شرط ارتباطی با ماهیت و مفاد عقد ندارد اما بعضی از آثار آن یعنی حق فروش را، که بخشی از حقوق مالک است از بین می‌برد (موسوی بجنوردی، ۳/۲۳۵). همچنین است شرط عدم مباشرت در استیفای منافع از مورد اجاره در محل‌های استیجاری مسکونی و مواردی از این قبیل.

## میزان تنافی شرط و عقد

از دیگر نکات قابل بحث حدود تنافی شرط و مقتضای عقد برای سلب ماهیت عقد است. اگر آثار عقد بیع را مبادله دو مال، فوریت آن، تملیک مبیع و ثمن، تصرف و تسلط هر یک از دو طرف بر مبیع یا ثمن و امکان تصرف بایع و مشتری در ملک خود بدانیم، برای از بین رفتن عقد چند اثر از آثار مزبور باید توسط شرط نفی شود؟ به بیان دیگر، حداقل آثار لازم برای تحقق عقد کدام است؟

برخی براین باورند که پاسخ ثابتی به این مسأله نمی‌توان داد. دادگاه باید با دریافت نظر عرف و چگونگی عقد مورد بررسی، اعلام موضع کند. ضوابط این رسیدگی، داوری شرع، قانون، عرف، خواست مشترک و اهداف طرفین است. دادگاه با اعمال این ضوابط می‌تواند تمیز دهد که بخش حذف شده جزء اساسی و بیان‌کننده ماهیت عقد است یا جنبه تبعی دارد. به نظر می‌رسد مسأله حذف اثر اساسی عقد به هر میزان که باشد خلاف مقتضای عقد است و شرط حذف‌کننده اثر اساسی، اعم از اینکه کل آن را حذف کند یا جزء آن را، شرط خلاف مقتضای عقد خواهد بود.

## مبنای بطلان شرط مخالف مقتضای عقد

بطلان شرط مخالف مقتضای عقد، مورد توافق فقهاست. هر فقیهی که شرط مقتضای عقد را مطرح کرده، آن را باطل دانسته است. قانون مدنی نیز در ماده ۲۳۳ شرط خلاف مقتضای عقد را باطل و مبطل دانسته است. بنابراین بطلان شرط مورد بحث مفروغ عنه است. اما مبنای بطلان محل اختلاف است. قبل از بیان نظریه‌های مختلف یادآوری این نکته لازم است که با وجود ماده مورد اشاره در حقوق مدنی، طرح مبانی بطلان چنین شرطی جنبه نظری صرف دارد.

### ۱- نظریهٔ اجماع

بعضی از فقها یکی از بارزترین دلایل بطلان شرط خلاف مقتضای عقد را اجماع دانسته‌اند، شیخ انصاری ضمن بحثی مفصل، به استناد اجماع، بطلان شرط یاد شده را مفروغ عنه دانسته و می‌نویسد (۲۰/۳): «با وجود اجماع بر بطلان این شرط، در اصل حکم بطلان اشکالی نیست» ولی تنها اشکال را در تعیین مصادیق شرعی و عرفی و

مسائل مربوط به آنها می‌داند و در نهایت به شرط نفی هر گونه تصرف در مبیع و عدم هر نوع تمتع در نکاح، حتی نگاه کردن و نظایر آن را، به طوری که اثر اصلی عقد را به کلی زایل کند، مثال می‌زند و با بیان نمونه‌های دیگری به شرح اقوال دیگر فقها می‌پردازد.

## ۲- نظریه امتناع یا انصراف شمول ادله وفا از شرط خلاف مقتضای عقد

از جمله کسانی که وفای به شرط خلاف مقتضای عقد را از شمول ادله خارج دانسته‌اند، شیخ انصاری است. او که پنجمین ملاک صحت شرط را عدم مخالفت با مقتضای عقد دانسته، معتقد است در صورت مخالفت شرط با مقتضای عقد، بطلان آن ثابت است، زیرا وقوع تنافی بین عقد و شرط ضمن آن، مانع از وفاست، زیرا عقد به انجام مقتضای خود که معمولاً تخلف‌ناپذیر است امر می‌نماید و شرط، به عدم انجام مقتضا. لذا با عنایت به این که عقد و شرط هر دو متعلق به یک قصد یا قصد مشترک هستند و در هر لحظه، به انجام شیء واحد هم امر و هم نهی می‌کنند، اولاً ایفا غیر ممکن می‌گردد، ثانیاً به فرض امکان ایفا وضعیت مذکور نشان از بزرگترین تردید دارد و صاحب چنان متعلقى هنوز به تصمیم یا قصد نرسیده است تا بدان پای بند شود یعنی اصولاً عقدی منعقد نمی‌شود، زیرا به موجب قاعده، عقد تابع قصد است (موسوی بجنوردی، ۱۳۶-۱۱۶/۳؛ محمدی، ۲۹۹-۳۱۰). در فرض مذکور قصدی موجود نیست تا عقدی از آن تبعیت کند. در این دو تصمیم مغایر نمی‌توان شرط را صحیح و عقد را باطل تلقی کرد چون اولاً: شرط فرع بر عقد است و با زوال عقد به ناچار شرط نیز از بین خواهد رفت. ثانیاً: چون عقد، کل و شرط جزئی از آن است باز هم تصور بقای جزء در کل معدوم، محال است و به تعبیر فقها اذا بطل الشيء بطل ما فی ضمینه. ثالثاً: مدلول تراضی، عقد مشروط و در نتیجه قصد، ایجاد شرط ضمن عقد بوده و ایجاد شرط مستقلاً قصد نشده و نمی‌تواند ایجاد شود. رابعاً: شرط مستقل به عنوان تعهد ابتدایی (علی آبادی، ۳۵) به طور کلی خروج موضوعی از بحث دارد و محل گفتگو نیست. از سوی دیگر نمی‌تواند عقد را صحیح و شرط را باطل اعلام کند چون اولاً، بطلان شرط ثابت است و ثانیاً، در این صورت آنچه موجود شده با متعلق قصد عاقدین، مغایرت دارد و از این لحاظ باطل است، و الا حق فسخ برای مشروط له ایجاد می‌شود و با اعمال این حق، امکان فسخ عقد قابل بررسی است (انصاری، ۱۹/۳).

### ۳- نظریه مخالفت شرط خلاف مقتضای عقد با کتاب و سنت

قسمت دوم استدلال شیخ انصاری مبنی بر مغایرت شرط خلاف مقتضای عقد با قرآن و سنت و در حقیقت منطبق بر نظر آن عده از فقهاست که این شرط را با شرط نامشروع یکی دانسته‌اند و معتقدند که چون شرط خلاف مقتضای عقد بر خلاف آیه اوفوا بالعقود (مائده/۱) و نیز برخلاف احادیث متعدد است، از جمله حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» (محقق داماد، ۹۴-۱۱۱) و حدیث «المسلمون عند شروطهم» (حر عاملی، ۱۲/۳۵۳) بنابراین شرط تصرف خلاف مقتضا مغایر کتاب و سنت است و هر امر خلاف قرآن و سنت، باطل و غیر معتبر است (فیض کاشانی، ۶۶).

### ۴- التزام به شرط خلاف مقتضای عقد، مستلزم بطلان عقد است

تقریر این نظریه که از کتاب عوائد الایام برداشت و به فاضل نراقی نسبت داده شده است این است که منافی مقتضای عقد، مستلزم فساد عقد است، زیرا تراضی طرفین، اقتضای چنین امری دارد و همین معنی فساد عقد است و فساد عقد مستلزم فساد شرط است. وفای به شرط تا زمانی لازم است که شرط ضمن عقد وجود داشته باشد و در فرض مذکور، عقدی وجود ندارد تا شرطی ضمن آن موجود باشد، زیرا همان طوری که اقاله را تراضی دو اراده موجد عقد به وجود می‌آورد، در این فرض نیز دو اراده، واجد همه خصوصیات در اراده اعمال شده در اقاله است و می‌تواند همان آثار را ایجاد کند. شاید نکته در این باشد که گاهی شرط قبلاً تبانی و عقد بعداً منعقد شده، یا شرط حین عقد ایجاد شده است و این حاکمیت اراده لاحق و تعلق ادواری آن به یکی از دو تأسیس عقد و شرط است که در نهایت پیکره واحدی را تشکیل می‌دهند و نمی‌توان همه صور مفروض آن را مشمول یک حکم دانست.

کاتوزیان (عقود معین، ۱۸۶) در توجیه نظریه فوق می‌گوید: «...اگر قبول کنیم که حاکمیت اراده ذاتی نیست و از حکم قانون گذار ناشی می‌شود، شرطی که با مضمون عقد تعارض دارد، با دستور قانون در لزوم وفای به آن نیز مخالف است». ولی این استدلال قابل انتقاد به نظر می‌رسد، زیرا مفاد قرارداد، مجموع عقد و شرط است و نمی‌توان این دو امر را که بر حسب طبیعت خود با مفاد تراضی به هم پیوند خورده‌اند، جداگانه ارزیابی کرد. قصد مشترک به مفاد هر دو تعلق گرفته است و امر قانون گذار در



لزوم وفای به عقد به این مجموعه تعلق می‌گیرد. پی اشکال اصلی، در تعارض درونی این مجموعه است و برای رفع آن یا باید عقد را مقصود اصلی شمرد و به مفاد شرط بی‌اعتنا بود، یا اساساً شرط و عقد و هر دو را باطل شمرد. در هر حال نسبت به بطلان شرط، تردیدی باقی نمی‌ماند.

با وجود این چنان که گفته شد، گاه قانون‌گذار در تحقق مفاد تراضی، عنصری را به ماهیت عقد می‌افزاید یا آثاری را لازمه ماهیت آن قرار می‌دهد و شرطی که با این عناصر و آثار آن مخالف است، در واقع با قانون هم مخالفت دارد و هر دو چهره را می‌توان در شرط مشاهده کرد. به علاوه، در عقود معین بر مبنای مفاد تراضی و احکام مترتب بر آن، قانونگذار نهاد قراردادی را تبدیل به سازمان خصوصی خاص کرده و هر شرط باطل، به گونه‌ای با قواعد حاکم بر این سازمان، مخالفت دارد. منتهی شرط مخالف با مقتضای عقد این ویژگی را دارد که ناظر به ماهیت عقد و آثار ناگسستگی آن است و به همین اعتبار نیز از سایر شروط نامشروع ممتاز می‌شود (همو، حقوق مدنی، ۱/۳۸۳-۴۱۸).

#### ۵- نظریه استلزام وجود شرط با عدم آن

وجود شرط خلاف مقتضای عقد، مستلزم عدم آن است و چنین پدیده‌ای محال است. این نظریه را برخی از فقها به این اعتبار اعلام کرده‌اند که وجود شرط به خاطر تنافی، مستلزم عدم مشروط (عقد) و عدم مشروط، مستلزم عدم شرط است، زیرا در فرض مسأله، شرط همانند قید متکی به مشروط یا عقد است و تصور قید بدون مقید ممکن نیست و پیدایش چیزی که وجودش لازم عدمش باشد محال است. بنابراین ایجاد شرط مورد بحث با چنین خصوصیتی امری محال است و اصولاً تحقق پیدا نمی‌کند.

#### تفصیح بحث و انتخاب مبنا

برای تعمق بیشتر باید وجوه مختلف آنچه ذکر شد بررسی شود تا موضوع و محل بحث به خوبی روشن و شرط مخالف مقتضای عقد از سایر شروط ممتاز گردد و زمینه بحث در مورد شرط خلاف مقتضای عقد به عنوان یک بحث مستقل، فراهم گردد. در غیر این صورت نمی‌توان به صحت یا فساد آن، حکم کرد، زیرا حکم بر شیء مجهول ممکن نیست (کاظمی خراسانی، ۳۱؛ فیض، ۸۲؛ خراسانی، ۲۴-۲۸؛ و مظفر،

۱۲/۱-۱۳). محال بودن حکم بر شیء مجهول امری است بدیهی و قابل لمس برای عموم. به هر صورت با توجه به آنچه گذشت، سنگ زیربنا و قدم اول در هر بحثی، تعیین موضوع و حدود آن است. در بحث حاضر این اقدام در تنقیح مصادیق شرط خلاف مقتضای عقد و چگونگی مخالفت آن خلاصه می شود.

با وجود اتفاق فقها بر باطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد اختلاف بر سر مصادیق این شرط اهمیت ویژه‌ای دارد. اختلاف در این مورد شدید و محل معرکه آراست. به عنوان مثال در شرط عدم فروش مبیع توسط مشتری، یا شرط ارث در نکاح منقطع و شرط خارج نکردن زن از شهر محل سکونت و شروط بسیار دیگری که در لابلاهی بحث‌های مفصل فقها قابل دست‌یابی است، اختلاف است و با توجه به این واقعیت باید گفت تا محل نزاع معلوم نشود صدور حکم درباره آن ممکن نخواهد بود.

### نظر فقهای متأخر

برای تعیین و تحدید مقتضای عقد، جمعی از فقهای متأخر کمال اهتمام را به کار بسته‌اند و برخی در نیل به مقصود نیز موفق بوده‌اند. از جمله محقق اصفهانی معتقد است مقتضای عقد گاهی به معنی مضمون حقیقی عقد است یعنی آنچه که عقد بر آن پایه استوار و آن از علل قوام عقد است و گاهی مراد از مقتضای عقد، لوازم و احکام آن است که در حقیقت اثر مقتضی است در معنی اول و لازم، گاهی مفارق است و گاهی غیر مفارق و لازم هم مانند مقوم است. ولی در عدم انفکاک آن مبالغه شده است و الا عقلانی نیست که خارج ماهیت شیء مقومی، موجب تلف شیء شود (غروی اصفهانی، ۱۵۰-۱۵۹). پس منافی لازم عقد گاهی حکمی منافی با حکم عقد و گاهی موضوعی، منافی با حکم عقد است نه این که با ذات عقد منافات داشته باشد. مثل شرط عدم تصرف در مبیع که با جریان قاعده تسلیط در ملکیتی که با عقد ایجاد شده منافات دارد. اما شرط عدم مقوم، مثل این است که در بیع، شرط عدم ثمن شود، یعنی در مقابل مبیع یا ثمن، ثمنی نباشد. به عبارت دیگر مبیع بلا معوض شود که خود دو صورت دارد: صورت اول چنین است که شرط منافی جزء اغراض عقد باشد و عقد و شرط با هم انشا شوند. از آن جا که دو قصد متنافی در آن واحد محال است، عقل نمی‌تواند بیع و شرط را بر وصف

مذکور با هم بپذیرد. صورت دوم هنگامی است که بین انشای عقد و شرط ترتیب زمانی باشد. به این صورت که ابتدا عقد به طور مستقل و مطلق قید شود و سپس در اثر پشیمانی یا هر علت دیگر، عدم وجود ثمن قصد شود، که خود نیز بر دو قسم است: قسم اول این است که با قصد بقای قصد قبلی (عقد) شرط مخالف و یا به عبارت بهتر شرط نافی عقد قصد شود، چنین کاری محال است، زیرا ایجاد چیزی که نافی آن قبلاً ایجاد شده، محال است. پس قصد آن چیزی است که قبلاً نافی اش ایجاد شده، بنابراین تحقق شرط عقلایی نیست. اما برای تحقق عقد نه مانع عقلی هست و نه مانع شرعی، به همین دلیل امکان وقوع دارد. این مورد خود به اعتبار چشم پوشی از قصد قبلی (عقد)، در حالتی که ایجاب قبلاً برای عقد انجام و تمام شده است، به دو نوع قابل تقسیم است: گاهی چشم پوشی از قصد قبلی، یعنی عقد، به طور کلی است و در این صورت شرط نیز لغو است، زیرا ملتزم شدن به عدم عوض معنا ندارد. علاوه بر آن چیزی نیست تا برای آن عوض باشد یا نباشد زیرا شرط، ضمن عقد، منظور است و عقد قبلاً منهدم شده است. گاهی چشم پوشی از ایجاب نیست بلکه فقط از عوض صرف نظر می شود. اگر قصد، تملیک معوض (بیع یا اجاره) بوده از عوض چشم می پوشد لکن اصل تملیک باقی می ماند. در این صورت قصد قبلی، بیع و نهایتاً هبه است و در ذات این مسأله استحاله ای نیست. اما محظور و امتناع شرعی در انعقاد هبه، پس از آنکه بیع منعقد شد، وجود دارد. به عبارت دیگر در این شکل، قلب ماهیت بیع به هبه لازم می آید و این غیر ممکن است. یا آنکه هبه باید با الفاظ مجازی ایجاد شود، مثلاً با اتیان یا ابراز لفظ «بِعْتُ» هبه را اراده کند، خواه در ابتدا یا در اثنا، که قابل قبول نیست. همه این اشکالات را باید در کنار اشکال عمده اولی یعنی محال بودن دو قصد متنافی هم زمان، لحاظ کرد.

در این خصوص ذهن متوجه اقاله می شود و از خود می پرسد آیا در مجموعه ای از اعمال نمی توان اراده مرکبی را به کار گرفت که بخشی از آن اقاله بیع قبلی و بخش دیگر آن، انعقاد هبه باشد؟ این امر اسباب و لوازمی دارد و خود مستلزم بحث مستقلی است.

### اثر غفلت طرف عقد

اگر طرف عقد از محال بودن قصد شرط منافی با عقد غافل باشد و دو امر منافی را با

هم قصد کند، تصور او همان تصور دو متنافی است که وقوع آنها ممکن نیست. اما اگر شخص غافل به خاطر غفلتی که دارد، قصد منافی را بعد از آنکه منافی دیگری ایجاد شود، ایجاد کند، چنین ایجابی محال نیست ولی وقوع آن بعد از منافی اول، تابع واقعیت است که امکان وجود دو منافی را نمی‌دهد. همچنین به علت این که در این فرض موجب، غافل از استحاله است و نیز به علت غفلتی که دارد مجالی برای فرض چشم پوشی او از ایجاب قبلی اعم از این که به طور کلی باشد یا خصوصیتی از آن، مثل عوض، نیست. مگر اینکه اتفاقاً چنین حالتی ایجاد شود که حکم آن نیز همان است که قبلاً در خصوص انسان ملتفت بیان شد (غروی اصفهانی، ۱۵۰-۱۵۹).

### نظر محقق ایروانی

محقق ایروانی از نظر فوق تبعیت نموده و در تعلیقه خود بر المکاسب اعلام نظر کرده است که عقد عرفاً امری را با واسطه یا بی واسطه اقتضا می‌کند، مثل عقد نکاح که بدون واسطه، مقتضی علقه زوجیت است و به واسطه همین علقه آثار دیگری بر زوجیت مترتب می‌شود. شرطی که خلاف یکی از دو اثر، مستقیم یا غیرمستقیم عقد باشد، در نهایت شرط عدم حصول علقه زوجیت است. در این صورت عقد نکاح باطل می‌شود؛ چون عقد مطابق قصد ایجاد نمی‌شود و در حقیقت ایجاد و موجود یا لازم و ملزوم از هم تخطی می‌کنند و این محال است. البته محل این بحث جایی است که شرط در قصد شرط، جدی باشد، زیرا اگر شرط در قصد خود جدی نباشد بلکه در مقام شوخی بیان شرط کرده باشد، به قصد عقد ضرری نمی‌زند و بطلان اختصاص به شرط خواهد داشت. اما باید شوخی شرط نسبت به شرط احراز شود و در صورتی که احراز نشود ولی نسبت به شرط شک باشد، در این حالت شک دارای شأنی نیست که آثاری بر او مترتب شود.

کوتاه سخن اینکه شرطی که با مقتضای عقد منافات داشته باشد، در هر حال فاسد است، زیرا یا شرط ابتدایی است که این ابتدایی یا به علت بدون قصد بودن عقد است که در این صورت شرط ضمن آن نیز فاقد قصد خواهد بود. یا این که مضمون آن قصد نشده که باز هم نتیجه یکی است. از جهت عقد نیز کاملاً مورد قصد نبوده یا این که به علت

احتفاف به شرط مخالف، فاقد قصد شده است. این وضعیت در دو شکل قابل تصور است: شکل اول این است که عدم وقوع زوجیت در صیغه شرط شده باشد و شکل دوم آن است که زوجیت بدون آثار باواسطه یا احکام زوجیت، شرط شده باشد که چنین زوجیتی در عرف وجود ندارد و آنچه در عرف وجود دارد، صرفاً زوجیت واجد احکام است و چنین زوجیتی قصد نشده است.

اما اگر شرط به این صورت باشد که زوجیت با احکامش تحقق پیدا کند ولی مشروط علیه ملتزم به ایجاد آن احکام در خارج نباشد، چنین شرطی خلاف مقتضای عقد نیست، زیرا مقتضای عقد موجد آثار آن در خارج نمی‌باشد. بنابراین اگر کسی نکاحی منعقد کند، عدم وقوع آثار آن در خارج موجب خروج زوجه از زوجیت نمی‌شود. با توجه به نتیجه مذکور ممکن است تعداد زیادی از آنچه که به عنوان شرط خلاف مقتضای عقد، باطل تلقی شده، تصحیح گردد. چون شرط عدم وقوع آثار در خارج، از شروط خلاف مقتضای عقد به این معنی که عقد آثاری نداشته باشد، نیست. بلکه در زمره شروط عدم التزام به آثار عقد و عدم عمل به آن در خارج است. بنابراین اگر کسی با چنین شرطی مخالفت کند و اثر عقد را در خارج به وجود آورد با او همانند زانی رفتار نمی‌شود. چون عقد، علقه زوجیت را به وجود آورده است هر چند که او خلاف شرط عمل کرده است. همه بحث گذشته در خصوص شرط مخالف آثار عرفی عقد بود. اما شرط مخالف آثار شرعی عقد، تخصصاً خارج از بحث است؛ چون چنین شرطی داخل بحث شرط مخالف کتاب و سنت یا شرط نامشروع می‌باشد (ایروانی، ۶۴-۶۵).

حقیقت مزبور یعنی تقسیم آثار عقد به آثار عرفی عقد و آثار اثر عقد و در نهایت مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد مورد تأیید حقوق دانان نیز هست؛ آنان در صحت شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد مثل شرط عدم فروش مبیع برای مدتی تردید نکرده و عقد و شرط هر دو را صحیح دانسته‌اند (شهیدی، ۶۶).

### اقتضای عقد در بحث شرط ضمن عقد

با توجه به بحثی که با برداشت از نظر ایروانی ارائه گردید، می‌توان به این نتیجه رسید که منظور از «مقتضای عقد»، که شرط ضمن عقد نباید با آن منافات داشته باشد، احکام

و آثار شرعی مترتب بر عقد نیست، زیرا شرطی که با آثار و احکام شرعی عقد منافات داشته باشد، به دلیل مخالفت با کتاب و سنت یا عدم مشروعیت، باطل می‌شود و در واقع شرط نامشروع است و وجهی برای مندرج نمودن آن تحت عناوین دیگری وجود ندارد (سنگلجی، ۱۱۴؛ شهابی، ۵۶-۶۶؛ حسینی شیرازی، ۱۶۱-۲۴۰). با توجه به آنچه گذشت تنافی شرط با آثار غیر مستقیم عقد که مقتضای اطلاق عمد است نه مقتضای ذات عقد، اشکالی ندارد. بنابراین دایره شرط خلاف مقتضای عقد از این لحاظ محدود می‌شود. به علاوه مقتضای عقدگاهی مضمون حقیقی و مدلول واقعی آن است به طوری که بقای عقد به آن بستگی دارد. مثل ثمن در بیع که عدم وجود آن موجب قلب ماهیت بیع است، زیرا با نبود ثمن، تبادل مال به مال، یعنی حقیقت، از بین می‌رود. بنابراین شرط عدم وجود ثمن در بیع، از شروط خلاف مقتضای عقد است. چنانکه اکثر فقها نیز آن را مثال شرط خلاف مقتضای عقد دانسته‌اند.

### عدم تحقق قصد انعقاد توأم با شرط منافی

همان‌طور که اشاره شد یکی از وجوه بطلان، تحقق پیدا نکردن قصد جدی نسبت به عقد، از سوی انسان عاقل و متوجه به حقیقت موضوع تنافی عقد و شرط است، زیرا قصد تحقق وقوع دو چیز متنافی یکدیگر، در آن واحد ممکن نیست. البته تحقق قصد به طور جدی از انسان غافل نسبت به تنافی عقد و شرط محال نیست. اما وقوع چیزی که منافی امری است که قبلاً واقع شده، محال است، زیرا این مرحله تابع واقعیت است نه توجه و غفلت نسبت به آن، بنابراین توجه یا غفلت در آن اثری ندارد. به همین دلیل امکان التزام به شرط منافی با عقدی که قبلاً تحقق یافته، وجود ندارد. چون عقد نافی آن است و آن را نفی می‌کند. اما مقتضی از لوازم و احکام عقد است به طوری که عرف، جدایی و انفکاک آن را نمی‌پذیرد. مانند شرط عدم تصرف در مبیع، اعم از تصرف اعتباری و مصداق خارجی آن به طور مطلق. در حالی که حق تصرف و سلطنت بر مبیع ولو به طور ناقص و به شکل موجه جزئی، از آثار و لوازم عرفی مترتب بر عقد بوده و انفکاک ناپذیر است. به همین دلیل شرط عدم آن به طور مطلق، تسلط بر مبیع یا به طور کلی در عقدی که مفید آن است، چون مستلزم انفکاک لازم و ملزوم خواهد شد، صحیح

نیست.

عدم تحقق قصد جدی در شرط منافی مقتضیات ذات عقد، جهت منحصر است؛ چون ممکن نیست عقدی که اقتضای آن ولو به طور ناقص سلطه و تصرف است، هم زمان با شرط عدم تحقق تصرف و سلطه، قصد شود. بنابراین سلطنت و تصرف در متعلق عقد، هدف نوعی معامله است و منحصر به مورد خاصی نیست. شرط عدم تصرف و سلطنت، مستلزم از بین رفتن معامله می شود و چنین چیزی مورد امضای شارع نمی باشد، چون شارع، عقد و متعلق آن را امضا کرده است. به علاوه عقد بدون متعلق کاری است بی نتیجه و عبث و امر عبث از نظر شارع منفور و منفی است.

نتیجه این که مقتضای عقد ماهیتی است مطلوب متعاقدین و همین مطلوبیت است که طرفین را قاصد به انعقاد می کند، به طوری که عرف، جدایی و انفکاک آن را از عقد نمی پذیرد چون شوق و قصد با از دست دادن متعلق خود پوچ و معدوم می شوند. علت فساد شرط خلاف مقتضای عقد، عدم امکان اثبات قصد جدی بر انشای آن از سوی فرد متوجه منافات عقد و شرط است و محال بودن تحقق واقعی و نفس الامر چیزی که نافی اش قبلاً تحقق یافته، ولو این که انشاکننده به علت عدم توجه و غفلت، با قصد جدی آن چیز را انشا هم کرده باشد.

### جمع بندی و نتیجه گیری

به طوری که گذشت یکی از ادله مورد استناد برای اثبات بطلان شرط خلاف مقتضای عقد، اجماع است که چون شرط، مانع ذاتی دارد و تحقق نمی یابد، تمسک به اجماع برای اثبات لزوم عدم منافات و بطلان شرط، از قبیل جستجوی علل اثبات فقدان شرط در امور عرفی است. در حالی که مانع ذاتی عدم امکان تحقق انشا، فرصتی باقی نمی گذارد تا به استناد اجماع تعیداً بطلان آن را بپذیریم، زیرا موضوعی وجود ندارد تا حکمی اعم از بطلان یا صحت، شامل آن گردد. علاوه بر این استناد اکثر فقها به ادله دیگر برای اثبات مدعا، مانع به وجود آمدن اجماع است و این اشکالی نیست که مخفی بماند. با همین استدلال نادرستی نظریه عدم شمول ادله امضا به چنین شرطی روشن می شود، زیرا ادله شمول، در مرتبه بعد و متأخر بر ایجاد و وقوع مصداق خارجی هستند

و شمول آنها به شرطی که اصلاً ایجاد نشده، بی‌وجه است و قابل استناد نیست. همین طور است وضعیت نسبت به مخالفت شرط با کتاب و سنت، زیرا مخالفت، فرع بر تحقق وجود است. یعنی چیزی که اصلاً واقع نشده و وجود ندارد، نمی‌تواند مخالفتی با کتاب و سنت داشته باشد و چنین ادعایی اصولاً معنی ندارد. وضعیت نسبت به نظر محقق ایروانی نیز همین طور است، زیرا بطلان و فساد، فرع بر تحقق و هستی است در حالی که تنافی، مانع تحقق وجود است و به معدوم فاسد نمی‌توان گفت.

بطلان و فساد، مربوط به عالم اثبات است در حالی که تنافی، مانعی است در عالم تحقق و ثبوت، و اصولاً نوبت به عالم اثبات است در حالی که تنافی، مانعی است در عالم تحقق و ثبوت. و اصولاً نوبت به عالم اثبات و عوارض آن نمی‌رسد؛ به عبارت دیگر ثبوت و تحقق، موضوع است برای اثبات و چون موضوع، تحقق نیافته بحث از اثبات که حکم بر ثبوت می‌باشد، بی‌وجه است.

طرح بحث فساد شرط به علت فساد عقد و سپس بحث از صحت یا عدم صحت شروط ابتدایی نیز مجالی ندارد؛ چون همگی متأخر بر تحقق هستند و تنافی موجود مانع تحقق است. بنابراین نوبت به بحث درباره عوارض تحقق نمی‌رسد؛ چون تحقق نداریم و حال نظری که به برخی از فقیهان نسبت داده شده نیز روشن است، زیرا نتیجه این نظر، صحت عقد است و چون وجود شرط، مستلزم عدمش می‌شود، موجب فساد شرط می‌گردد؛ در حالی که به علت تنافی و عدم تحقق اراده جدی، عقد و شرط هیچ کدام تحقق نمی‌یابد و اراده صوری نمی‌تواند موجب تحقق واقعی عقد یا شرط شود.

با توجه به آنچه گذشت، جواب دقیق مسأله را باید در نظر دو محقق، غروی اصفهانی و ایروانی، جستجو کرد که در تعلیقات خود بر مکاسب ارائه کرده‌اند. نتیجه بحث را نیز باید عدم تحقق عقد و شرط دانست، زیرا تردید بزرگی که در شکل تنافی رخ می‌نماید، مانع از تحقق عقد و شرط است.

نهایت اینکه حکم قانون مدنی مبنی بر فاسد و مفسد بودن شرط خلاف مقتضای عقد با نظر دو محقق غروی اصفهانی و ایروانی را باید دارای این همانی دانست، زیرا باطل مذکور در قانون مدنی به معنی چیزی است که وجود خارجی ندارد، یعنی معدوم، و این معنا، معادل عدم انعقاد در نظریه‌های موصوف است. براین اساس سه مرجع یاد



شده ایجاد و موجود شدن توأمان چنان عقد و شرطی را غیر ممکن دانسته‌اند و حق هم همین است. نظر مخالف ایروانی و غروی اصفهانی را علاوه بر آنچه گذشت می‌توان در کتاب البیع نیز ملاحظه کرد (موسوی خمینی، ۱۸۴/۵-۱۸۵)، که نظری مغایر با مدلول قانون مدنی و عموم حقوق دانان است.

### کتابشناسی

قرآن مجید.

انصاری، مرتضی، المکاسب، قم، ۱۳۷۴.

ایروانی غروی، میرزا علی، التعلیقة على المكاسب، چ سنگی، تهران، رشیدی، بی تا.

بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهية، قم، دار الکتب العلمیة، بی تا.

حسینی شیرازی، سید محمد، ایصال الطالب الی المکاسب، علمی، بی تا.

حلبی، ابوصلاح تقی الدین ابن نجم الدین عبدالله، الکافی فی الفقه، سلسله الینابیع الفقهیة، بیروت، ۱۴۱۰ق.

خراسانی، محمد کاظم، کفایة الاصول، قم، ۱۴۱۵ق.

خمینی، روح الله (امام ره)، البیع، قم، ۱۴۱۵.

سنگلجی، محمد، ضوابط و قواعد معاملات و کلیات عقود و ایقاعات، تهران، ۱۳۷۴.

شهابی، محمود، قواعد فقه، تهران، ۱۳۴۱.

شهیدی، مهدی، حقوق مدنی سه، پلی کپی، تهران، ۱۳۷۳.

صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله، حقوق خانواده، تهران، ۱۳۷۷.

طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن بن علی، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، سلسله الینابیع الفقهیة، بیروت، ۱۴۱۰ق.

عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، تهران، ۱۴۰۳ق.

عبده، محمد، کلیات حقوق اسلامی، تهران، ۱۳۳۹.

علی آبادی، علی، تحقیقی مختصر در مورد عقد، مجله دادرسی، س ۴، ش ۲۲، ۲۳ و ۲۴.

غروی اصفهانی، محمد حسین، التعلیقة على المكاسب، چ سنگی، ایران، بی تا.

فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران، ۱۳۷۴.

فیض کاشانی، محمد حسن، مفاتیح الشرایع، قم، ۱۴۱۰ق.

- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، تهران، ۱۳۵۴.
- همو، حقوق مدنی (عقود معین)، تهران، ۱۳۵۳.
- همو، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، تهران، ۱۳۷۴.
- کاظمی خراسانی، محمد علی، فوائد الاصول، تهران، ۱۳۷۵.
- کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، بیروت، ۱۴۱۱ق/۱۹۹۱م.
- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، تهران، ۱۳۷۵.
- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران، ۱۳۷۳.
- مظفر، محمد رضا، اصول فقه، قم، ۱۴۰۸ق.
- مغنیه، محمد جواد، فقه تطبیقی، ترجمه کاظم پور جوادی، تهران، ۱۳۶۹.
- موسوی بجنوردی ← بجنوردی.
- موسوی خمینی ← خمینی (امام)
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، ۱۴۰۱ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، ایران، ۱۳۲۱.