

## شروط صحت شرط

دکتر جواد سرخوش

عضو هیات علمی دانشگاه الزهراء

### چکیده:

شرط صحیح چنانچه در ضمن عقد لازم واقع شود التزام به آن واجب می‌گردد. فقهاء در صحت شرط اموری را معتبر می‌دانند که با فقدان هر یک از آنها شرط باطل و انجام آن واجب نخواهد بود. نظیر ترتب غرض عقلایی بر شرط و یا عدم مخالفت آن با کتاب و سنت. از این رو پرسشهایی در این باره پدیدار می‌شود مانند این که ملاک مخالفت و یا عدم مخالفت شرط با کتاب چیست؟ آیا از آن جهت که مستحب یا مباح یا مکروه از لحاظ شرعی ترک یا انجام آنها لازم نیست، شرطی که مغایر الزام انجام مستحب یا مباح یا مکروه باشد مخالف کتاب محسوب می‌شود؟ آنچه در این مقاله خواهد آمد کوششی است تا امور معتبر یا شده به نحوی استدلالی شناسایی و حدود آنها روشن گردد و به پرسشهای فراوان در این باره پاسخ گفته شود.

مقدمه:

الف- طرح موضوع:

از امور متعارف بین مردم این است که بسیاری از معاملات و قرارداد‌هایشان را به تحقق شروطی منوط می‌سازند. تحقیق ذیل بررسی ویژگیهایی است که شروط مذکور بایستی از آن برخوردار بوده تا پای بندی به آنها لازم باشد. و از این رو از آنها با شروط صحت شرط یاد نمودیم. لذا شایسته است در آغاز بحثی پیرامون

معانی شرط صورت گیرد.

### ب- معانی لغوی و اصطلاحی شرط:

«شرط دو کاربرد اسمی و مصدری دارد: در استعمال اسمی به معنی عهد و پیمان و در کاربرد مصدری به معنی گرو بستن، لازم گردانیدن، لازم گرفتن چیزی را در بیع و امثال آن به کار می‌رود.»<sup>۱</sup>

شرط مصدر «شَرَطَ» می‌باشد که مضارع آن هم به ضم عین و هم به کسر آن به کار رفته است.<sup>۲</sup>  
 شیخ انصاری اعلی الله مقامه پیرامون معانی شرط بحثی فراگیر را مطرح ساخته می‌نگارد:

در بعضی از کتب لغت آمده که شرط لازم گردانیدن چیزی و لازم شدن آن در بیع و مانند آن است.<sup>۳</sup>  
 شاهد بر کلام ایشان تعریفی است که ابن منظور از شرط ذکر نموده است:

«الشَّرْطُ الزَّامُ الشَّيْءَ وَ التَّزَامُ فِي الْبَيْعِ وَ نَحْوِهِ»<sup>۴</sup>

به کارگیری قید «فی البیع و نحوه» در تعریف شرط آن را ظاهر در این معنی قرار می‌دهد که شرط بایستی در الزام و التزامی به کار رود که طرفین معامله در ضمن بیع و نظائر آن به عهده می‌گیرند. بنابراین الزام و التزامی که ناشی از خود معامله بوده و یا آنچه فرد برخورد لازم می‌گیرد بدون آن که در ضمن عقدی واقع شده باشد، مشمول تعریف نخواهد بود. از این رو شیخ انصاری تعریف مذکور را جامع افراد شرط ندانسته و آن را ظاهر در این معنی می‌دانند که «استعمال کلمه شرط در الزام ابتدایی یا مجاز است یا غیر صحیح»<sup>۵</sup> آنگاه در رد آن می‌نگارد:

از آن جا که کلمه شرط در روایات متعددی در الزام ابتدایی به کار رفته، نظیر استعمال آن در عهد و نذر، بنابراین جایی برای تردید در صحت استعمال باقی نمی‌ماند. و ادعای مجازی بودن استعمال شرط در الزام ابتدایی نیز مدفوع است، زیرا اولاً مشترک معنوی دانستن شرط در الزام ضمن عقد و الزام ابتدایی، بر مجازی دانستن استعمال آن در الزام ابتدایی اولویت دارد. ثانیاً چون متبادر از استعمال کلمه شرط در نظیر «شَرَطَ عَلَيَّ نَفْسِي كَذَا» چیزی جز الزام ابتدایی نمی‌باشد و از آن جا که تبادر علامت حقیقت است، پس باید استعمال شرط را در الزام ابتدایی حقیقت دانست. ثالثاً امام علیه السلام در روایتی که شرط بر عهد و نذر اطلاق شده بود، بر لزوم وفاء به آنها به قول پیامبر (ص) «المؤمنون عند شروطهم» استدلال می‌کنند. و این خود

دلالتی واضح بر استعمال کلمه شرط در اعم از الزام ابتدایی و غیر آن دارد.<sup>۶</sup> البته به نظر می‌رسد دلیل سوم ایشان در رد مجازی بودن استعمال شرط در الزام ابتدایی قابل تردید باشد، زیرا آنچه ایشان ذکر نمودند تنها بر این دلالت دارد که شرط در الزام ابتدایی نیز به کار رفته است، اما از آن جا که استعمال اعم از حقیقت و مجاز است، پس دلیل بر حقیقت بودن استعمال شرط در الزام ابتدایی نمی‌باشد.

مرحوم آخوند خراسانی در رد اشکال شیخ مبنی بر اینکه «تعریف لغویها از شرط تعریف به اخص است» می‌نگارد:

اگر تعاریف اهل لغت از قبیل حد و رسم منطقی می‌بود اشکال شیخ بر آنها وارد بود، لیکن از آن جا که تفاسیر ایشان از مدالیل کلمات از قبیل شرح الاسم است پس جائز است که به اعم یا اخص واقع شود.<sup>۷</sup> علاوه بر آن که محتمل است چون غالباً شرط در الزام ضمن عقد به کار می‌رود، قید «... فی البیع و نحوه» در تعریف شرط به لحاظ اغلب افراد ذکر شده باشد نه برای افاده حصر استعمال شرط در الزام ضمنی.<sup>۸</sup> شیخ انصاری در ادامه می‌نگارد:

کلمه شرط معنی عرفی دیگری نیز دارد و آن عبارت است از: «آنچه از فقدانش، فقدان شئی دیگری لازم آید، خواه از وجودش، وجود آن شئی دیگر لازم شود خواه نه.» شرط در این معنی اسم جامد است نه مصدر، لذا اشتقاق شارط و مشروط از آن خلاف اصل است، زیرا اصل در اشتقاق، وقوع آن از مصدر و یا اسم غیر جامد است. علاوه بر آن شارط و مشروط در این معنی از شرط، از حیث فعل و انفعال نظیر مسبب و مسبب بوده و متضایف نمی‌باشد. یعنی همان طور که مسبب جعل سبب نموده و فعل او مستقیماً در مسبب اثر ندارد بلکه تأثیر و تأثر مستقیم از آن سبب و مسبب است، شارط نیز تأثیر مستقیم در مشروط ندارد، بلکه وی جعل شرط نموده آنگاه شرط مستقیماً در مشروط تأثیر می‌کند.

شرط دو استعمال اصطلاحی نیز نزد نحویها و اهل معقول و اصولیها دارد:

نحویها شرط را بر جمله‌یی اطلاق می‌کنند که به دنبال ادوات شرط می‌آید زیرا مضمون آن مفید شرط به معنی دوم است. همان طور که استعمال شرط نزد فلاسفه و اصولیها نیز از معنی دوم گرفته شده است، زیرا ایشان شرط یک شیئی را چیزی می‌دانند که «از عدم آن عدم شیئی لازم شود ولی از وجودش وجود شیئی لازم نگردد». بنابراین آنها تنها به معنی دوم شرط قید «از وجودش وجود شیئی لازم نیاید» را افزوده‌اند تا آن را از

سبب جدا سازند.

نتیجه آن که شرط دوم معنی عرفی و دو معنی اصطلاحی دارد که استعمالات عرفی بر آن دو معنی اصطلاحی حمل نمی شود از این رو در استعمالات عرفی کلمه شرط یا این کلمه در معنی مصدری به کار رفته یا در معنی اسم جامد. پس بر هر کدام قرینه‌یی قائم شد در همان متعین می شود و اگر قرینه‌یی وجود نداشت لفظ مجمل باقی می ماند. بنابراین مراد از شرط در کلام پیامبر (ص): «المؤمنون عند شروطهم» روشن می شود زیرا یا مراد از آن شرط به معنی مصدر است و مصدر نیز یا در معنی خودش به کار رفته، پس مراد از آن الزام است و یا در شروط به کار رفته و مراد از آن ملزومات است و یا شرط در معنی دوم به کار رفته که به معنی « لازم شدن عدم شیئی در صورت عدم شیئی دیگر » خواهد بود.

اما در حدیثی که از امام (ع) پرسیده شد: « شرط در حیوان چیست؟ و حضرت فرمودند: سه روز از آن مشتری است. در غیر حیوان نیز فرمودند: طرفین تا زمانی که از یکدیگر جدا نشده اند حق فسخ دارند. » مراد از شرط یا خود خیار یعنی همان تسلط بر فسخ است که در این صورت شرط در مشروط به کار رفته و به معنی خیار محدود از طرف شارع می باشد و یا مراد از آن حکم شرعی ثبوت خیار است که در هر دو صورت خیردادن از آن به سه روز خالی از مسامحه نیست.<sup>۹</sup>

حال، پس از بررسی معانی شرط به ذکر اجمالی شروط صحت آن پرداخته، سپس هر يك را به تفصیل

مورد بررسی قرار می دهیم:

### ج- ذکر اجمالی شروط صحت شرط:

بعضی از شروط ذکر شده در صحت شرط مورد اتفاق همه ی فقهاء نبوده و یا حداقل ایشان در حدود آن

اختلاف دارند. اما این شروط بر حسب آنچه شیخ انصاری- قدس سره- ذکر نموده عبارت است از:

۱- شرط در تحت قدرت طرفی از قرارداد باشد که انجامش به عهده ی او است.

۲- شرط امری روا و جائز باشد.

۳- فایده‌یی بر آن مترتب باشد که قابل توجه و قصد عقلاء است.

۴- شرط با کتاب و سنت مخالف نباشد.

۵- مفاد آن با مقتضای عقد منافات نداشته باشد.

- ۶- شرط مجهول نباشد.
- ۷- از انجام آن محالی لازم نگردد.
- ۸- شرط در متن عقد مذکور گردد.<sup>۱۰</sup>

#### ۱- بررسی شرط نخستین : مقدور بودن شرط

شیخ انصاری داخل بودن شرط را در تحت توانایی طرف قرارداد، از شروط صحت آن می‌شمرد. بنابراین آنچه وی توانایی تسلیم آن را به طرف دیگر ندارد از زمره شروط صحیح بیرون است، خواه آن صفتی باشد که او نمی‌تواند عین را درحالی که واجد آن صفت است به طرف دیگر تسلیم کند نظیر شرط نمودن خوشه بستن زرع، و خواه عملی باشد که اوتوانایی انجامش را ندارد، نظیر این که از او خواسته شود که زرع را به خوشه بنشاند و یا خرما را کال را رسیده کند.<sup>۱۱</sup>

در تقریرات میرزای نائینی آمده است:

تعبیر شیخ از شرط نخستین در برگیرنده‌ی مقام مقاصد ما از این عنوان نیست، و شرط را تنها در صورتی که از مقوله افعال باشد فراموشی گیرد، زیرا چنانچه وجود صفتی بالفعل در کالای مورد خریداری لازم گرفته شود، وجود آن را نه می‌توان به مقدوریت متصف نمود نه به عدم آن. مگر این که گفته شود: این اشترای به تسلیم کالا در حال اتصاف به صفت لازم گرفته شده در آن بازگشت می‌نماید. از این رو در صورت وجود صفت، او قدرت بر تسلیم دارد و در صورت فقدان آن، قادر بر تسلیم نخواهد بود. لیکن آشکار است که با این توجیه نیز، وجود صفت به مقدوریت و یا عدم آن متصف نشد. علاوه بر آن لازم گرفتن بعضی از نتایج که حصول آن نیازمند به سببی خاص نبوده بلکه به مجرد حصول شرط تحقق می‌یابد نیز سزاوار وصف به مقدوریت و یا عدم آن نیست. نظیر این که فروشنده کالایش را به خریدار بفروشد به شرط آن که او نیز خانه‌اش را به وی اجاره دهد و او حق تصرف در آن را داشته باشد. آشکار است که حق تصرف در منزل و سکنی در آن به سببی غیر از حصول شرط یعنی اجاره از طرف خریدار نیاز ندارد. لذا بهتر است به جای مقدور بودن شرط مملوک بودنش را شرط صحت آن بدانیم. زیرا این عنوان علاوه بر فراگیری افعال طرفین عقد شامل صفات لازم گرفته-

شده در مبیع نیز می‌شود. چه این که مالک به تبع استیلاش بر عین بر صفات آن نیز مستولی است.<sup>۱۲</sup>

در توضیح بیشتر نسبت به این شرط می‌توان گفت:

آنچه شرط معامله واقع می شود اگر فعلی است که طرف قرارداد باید آن را انجام دهد ناگزیر شرط صحتش این است که مستقیماً یا به واسطه اسبابی اختیاری تحت قدرت او واقع شود. لذا چنانچه بین سبب و مسبب اموری غیر اختیاری واقع باشد که گاه موجب عدم تحقق مسبب می شود، در آن صورت لازم گرفتن مسبب محکوم به صحت نخواهد بود. نظیر شرط نمودن این که طرف عقد زرع را به خوشه بنشانند و یا خرمای کال را به رسیده مبدل سازد. و آشکار است که تحقق مشروط از افعال الهی است که به واسطه امور خفی و غیر آن تحقق می یابد. و آنچه بندگان در پیدایش این امور مانند آب دادن و مثل آن انجام می دهند تنها معدود پیدایش آنها است نه شرط کافی.

اما اگر شرط از قبیل اوصاف کالای مورد خریداری است ناگزیر باید به هنگام عقد در آن موجود باشد تا طرف عقد به تبع استیلاش بر عین بر آن نیز مستولی باشد. اما اگر وصف به هنگام عقد موجود نیست و تنها وقوع آن در آینده محتمل است، لازم گرفتن آن در معامله صحیح نیست زیرا عدم پیدایش آن نیز محتمل است، پس تحقق آن در تحت سلطنت طرف قرارداد نمی باشد.

البته لازم گرفتن امری که وقوع آن در آینده محتمل است و منوط ساختن عقد به آن نزد عقلاء صحیح بوده و مطلوب ایشان است. اما از آن جا که منوط ساختن عقد به امری که وثوقی در تحققش نیست مستلزم غرر<sup>۳۳</sup> در عقد است، فقهاء باقید قدرت این مورد را نیز ساخته اند. و لذا صاحب غنیه فرموده که عقد در این صورت، بدون هیچ اختلافی در بین فقهاء باطل است، زیرا چنین شرطی به عدم قدرت در تسلیم کالای مورد خریداری بازگشت می کند.

طرح اشکالی بر بطلان شرط کردن وصف استقبالی و پاسخ آن:

لازم گرفتن صفتی که پیدایش آن در آینده قطعی نیست نمی تواند دلیل بر فساد عقد باشد زیرا این مطلب در بین فقهاء اتفاقاً است که هرگاه وجود صفتی به هنگام عقد در کالای مورد معامله لازم گرفته شود عقد صحیح است اگرچه طرفین عقد به وجود آن صفت در کالا علم نداشته باشند. و غایت امر این است که در صورت کشف وجود نداشتن آن صفت در کالا برای طرف دیگر خیار فسخ ثابت می گردد، ولی این به منزله فساد اصل معامله نیست.

شیخ انصاری در پاسخ به این اشکال می نگارد:

«صحت شرط نمودن وجود صفتی به هنگام عقد در کالای مورد معامله، اگرچه طرفین از وجود آن آگاه

نباشند، مستلزم صحت لازم گرفتن وصف استقبالی نیست. زیرا لازم گرفتن وصف حالی بر فرض وجود آن استوار می شود و این بر خلاف شرط کردن وصفی است که در آینده احتمال وجود یافتن دارد. علاوه بر آن وجود فرق بین دو مورد اجماعی است.<sup>۱۵</sup>

آخوند خراسانی آنچه را شیخ در فرق بین دو مسأله ذکر نمودند نپذیرفته و می نگارد:

التزام به هر طرف زمانی که مقید باشد در همان طرف بر فرض وجود صفت استوار است. لذا همان طور که پای بندی به وجود صفتی در حال عقد بر فرض وجودش در آن حال بنا شده، التزام به وجود آن در آینده نیز بر فرض وجود آن در آینده استوار است. و ادعای اجماعی بودن فرق بین دو مسأله نیز صحیح نیست زیرا به تحقق آن وثوقی نیست. و بر فرض وجود اتفاق ممکن است حصول آن از توهم فرق بین دو مورد، بر اساس تفاوتی که پیشتر ابطال شد، ناشی شده باشد.<sup>۱۶</sup>

البته مرحوم آخوند در آخر قدری از نظر خود مبنی بر عدم تفاوت بین لازم گرفتن وصف حالی و وصف استقبالی عدول نموده می گوید:

« ممکن است گفته شود: چون صفتی که وجود یافتنش در آینده محتمل است در امکان غوطه ور بوده و از تحت اختیار طرف عقد بیرون است، لذا بعید نیست که عقلاً پای بندی به آن را صحیح ندانند، بلکه چنین التزامی نزد ایشان لغو و بی حاصل است. در حالی که وصف حالی، از آن جا که از حد امکان به سوی یکی از دو طرف ایجاب و یا امتناع خارج شده، پای بندی به آن نزد عقلا صحیح شمرده می شود. »<sup>۱۷</sup>

به نظر می رسد شرط نمودن وصف استقبالی نیز صحیح باشد زیرا ثبوت خیار فسخ در صورت عدم تحقق آن غرر را در التزام به آن رفع می نماید. و این همان چیزی است که مرحوم آل کاشف الغطاء به آن تصریح نموده است.<sup>۱۸</sup>

## ۲- روا و جائز بودن شرط:

شرط باید امری روا و جائز باشد. از این رو چون خمر ساختن انگور و یا انجام دیگر محرمات جائز نیست لازم گرفتن آنها در عقد صحیح نمی باشد. زیرا پای بندی به حرام نافذ نیست و فردی که به انجام آن متعهد گشته، شرعاً موظف به پای بندی به آن نیست. و دلیل عدم لزوم پای بندی به حرام روایاتی است نظیر آنچه از

پیامبر(ص) منقول است که فرمودند: اهل ایمان بایستی به شروط خود پای بند باشند مگر شرطی که حلالی را حرام یا حرامی را حلال سازد. بنابراین روشن است هرگاه شرط امر حرامی باشد پای بندی به آن حلال ساختن حرام است. و این مطلب واضح و خالی از اشکال است.<sup>۱۹</sup>

آیه الله خوانساری این شرط را به دودلیل شرطی مستقل در عرض دیگر شروط نمی داند:

الف- به نظر می رسد این شرط برای استدراك نسبت به شعاع شمول شرط نخستین ذکر شده باشد، یعنی از آنجا که ممکن است گمان شود لازم گرفتن قدرت در صحت شرط تنها ممتنعات عقلیه را خارج می سازد لذا شیخ انصاری با ذکر شرط ثانی این معنی را افاده می کند که باطل بودن شرطی که مکلف توانایی انجام آن را ندارد اعم از امری است که امتناع آن عقلی باشد بلکه ممتنع های شرعی را نیز فرا می گیرد.

البته ایشان این استدراك را نسبت به آنچه خود در عنوان شرط نخستین ذکر نمود مبنی بر این که شرط باید مملوك طرف عقد باشد نیز جاری می داند زیرا آنچه متعلق نهی شرعی واقع شود از تحت سلطنت و مملوكیت وی خارج می گردد.

ب- لازم گرفتن امر حرام به لازم گرفتن امر مخالف کتاب بازگشت نمی کند پس از مصادیق شرط چهارم در کلام شیخ انصاری است و نیاز به ذکر عنوانی مستقل ندارد.<sup>۲۰</sup>

## ۲- ترتب غرض عقلاتی بر شرط:

شرط باید امری باشد که بر تحقق آن نسبت به نوع عقلاء و یا حداقل نسبت به شخصی که به نفع او آن امر لازم گرفته شده غرضی قابل اعتناء و قصد عقلاء مترتب باشد. از این رو جماعتی از فقهاء تصریح نموده اند که چه در سلم و چه در غیر آن لازم گرفتن پیمانانه نمودن و یا وزن کردن کالای مورد خریداری با پیمانانه یا ترازوی معینی از افراد ترازو یا پیمانانه متعارف لغو است. و در کتاب تذکره آمده است: شرط کردن آنچه در آن غرضی از برای عقلاء نبوده و با آن بر مالیت شیئی افزوده نمی شود لغو است و لذا موجب خیار نمی باشد. زیرا لازم گرفتن آن حقی برای طرف عقد به حساب نمی آید تا در صورت ناممکن شدن شرط وی دچار زیان شده و از این رو برایش خیار ثابت گردد و یا شارع به آن اهتمام ورزد و وفاء به آن را واجب سازد تا ترك آن ظلم باشد. همان گونه که شارع بذل مال را برای آنچه در آن منفعت قابل اعتناء عقلاء نیست، امضاء ننموده است.<sup>۲۱</sup>



در تقریرات میرزای نائینی بر خلاف آنچه از علامه در تذکره نقل شد، آمده است:

مراد از ترتب غرض عقلایی بر شرط این نیست که حتماً موجب افزایش ارزش مالی شیء گردد و یا به ازای آن مالی قرار داده شود، زیرا هیچگاه ثمن در ازای شرط واقع نمی شود و چون شرط مقصود اصلی عقد نیست مالیت داشتن آن لازم نمی باشد. بلکه ملاک قابل اعتناء بودن غرض مترتب بر شرط این است که لازم گرفتن آن لغو نباشد و حقی را برای طرف عقد اثبات نماید.<sup>۲۲</sup>

آخوند خراسانی نسبت به دلیل اعتبار این شرط می نگارد:

بعید نیست این شرط از اموری باشد که به حکم عقل، لازم گرفتن بدون آن تحقق نمی یابد. یعنی از آن جا که ترتب غرضی قابل اعتناء و قصد عقلاء بر شرط در حقیقت به منزله علت غائی لازم گرفتن آن است. لذا به حکم عقل از وجود آن در لازم گرفتن شرط گریزی نیست و نباید آن را از شروط شرعی صحت شرط دانست. زیرا ما دلیلی از شرع بر اعتبار آن نداریم بلکه روایاتی که در این زمینه مذکور است نظیر این که «اهل ایمان باید به پیمانها و شرطهایشان پای بند باشند مگر شرطی که حرامی را حلال یا حلالی را حرام سازد.» بر عدم اعتبار این شرط دلالت دارد. زیرا با توجه به این روایت، پای بند به شرط تنها در صورتی لازم دانسته نشده که مخالف مشروع باشد. پس اگر بر شرط غرضی عقلایی نیز مترتب نباشد پای بند به آن لازم است.<sup>۲۳</sup>

چنانچه در ترتب غرضی صحیح بر شرط شك نمودیم آن را بر شرطی که غرضی صحیح بر آن مترتب است حمل می نماییم. و لذا در تذکره لازم گرفتن این که جز هر سه نخورد و جز خز نپوشد را صحیح دانسته است.<sup>۲۴</sup>

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

روایات صحیح علم انسانی

شرط چهارم: عدم مخالفت شرط با کتاب «مهمترین امر معتبر در صحت شرط عدم مخالفت آن با کتاب است. و دلیل اعتبارش اخبار بسیاری است که مضمون بعضی از آنها، بطلان شرط مخالف کتاب یا آنچه در کتاب نیست و یا آنچه غیر کتاب است و یا آنچه حلالی را حرام یا حرامی را حلال سازد، می باشد.»<sup>۲۵</sup>

شیخ انصاری قدس سره می فرماید: «تفصیل سخن و تبیین معنی مخالف کتاب بر بیان اخبار آورده پیرامون آن متوقف است:

اخبار آورده پیرامون لزوم عدم مخالفت شرط با کتاب مستفیض است بلکه از نظر معنوی به حد

تواتر می‌رسد:

در خبر نبوی که از طریق صحیح از امام صادق (ع) نقل شده آمده است: لازم گرفتن امری غیر کتاب خدا خواه به نفع لازم گیرنده باشد یا نه، جائز نیست.

حدیثی از طریق عامه در کلام شیخ طوسی و علامه حلی ذکر شده که در آن حضرت رسول (ص) در حکایت بربره آن هنگام که عایشه او را خریداری نمود و موالی او از آن خودبودن و لایش را بر عایشه شرط کردند، فرمود: چه در اندیشه دارند آنان که آنچه را در کتاب خدا نیست شرط می‌کنند، همانا هر شرطی که در کتاب خدا نیست باطل است. حکم خداوند آحق و شرط او قابل اعتمادتر و ولاء از آن کسی است که عید را آزاد سازد.

در حدیث موثق از امام علی علیه السلام آمده است: مردی که به نفع همسرش پذیرای شرطی شد باید به آن وفاء کند، زیرا مسلمانان باید به شرط خویش پای بند باشند مگر شرطی که حرامی را حلال ساخته و یا حلالی را حرام کند و در روایت صحیح حلی آمده: هر شرطی که مخالف کتاب خدا باشد مردود است.

در روایت صحیح ابن سنان آمده: هر کس آنچه را مخالف کتاب خدا است لازم بگیرد، پس نه برای او نه برای طرفش، انجام آن جائز نیست، و پای بندی مسلمانان به شروطشان، در آنچه موافق کتاب خدا است لازم می‌باشد و در صحیح دیگری از وی آمده: اهل ایمان باید به شروط خود پای بند باشند، مگر شرطی که مخالف کتاب خدا است که در آن صورت پای بندی به آن جائز نمی‌باشد.

در روایت محمد بن قیس از امام باقر (ع)، پیرامون مردی که در ازدواج برای همسرش مهری را پذیرفت و زن بر او شرط نمود که جماع و طلاق در اختیار او باشد، آمده است: این زن با سنت مخالفت نموده و حقی را که وی اهلیت آن را ندارد متولی شده است، پس حضرت (ع) حکم فرمودند: پرداخت مهر وظیفه مرد است لیکن جماع و طلاق در اختیار او است.

روایت مرسله ابن بکیر از حضرت صادق (ع) و مرسله مروان بن مسلم مفادی نظیر روایت محمد بن قیس داشته با این تفاوت که این دو روایت نکاح پاد شده را جائز نمی‌دانند.

در روایت ابراهیم بن محرز نیز آمده که او گفت به امام صادق (ع) عرض نمودم: مردی به همسر خویش گفت: اختیار تو به دست خودت می‌باشد. حضرت (ع) فرمودند: بر چه اساسی او چنین حقی را برای زن قائل شده در حالی که خداوند متعال مردان را بر زنان مسلط داشته و اختیار زن را به شوهرش سپرده است.

و از تفسیر عیاشی از ابن مسلم از امام باقر علیه السلام منقول است که امیرمومنان (ع)، در باره زنی که شوهرش با او و خانواده اش شرط کرده بود: اگر بعد از او همسری دیگر اختیار کند یا او را از شهرش به شهر دیگری هجرت دهد، پس آن زن طلاق داده شده باشد، حکم فرمودند: شرط خدا قبل از شرط شما است. (یعنی وفاء به شرط و حکم خدا مقدم بر شروط شما است، بنابراین اگر شروط شما با احکام الهی مخالفت دارد، ارزشی نخواهد داشت) از این رو اگر خواست به شرط خویش وفاء کند و اگر خواست زن را نگاه دارد، و نگاهداری او مانع از ازدواج او با زنی دیگر و یا هجرت دادن او نیست، چه این که خداوند متعال به حکم آیه «فانكحوا ما طاب لكم من النساء» صراحتاً تعدد زوجات را تجویز فرموده است.<sup>۶۶</sup>

مرحوم آیت الله خوانساری با استفاده از بعضی روایات ذکر شده می‌نگارد:

این که در بعضی از روایات، شرط کردن و لاء برای غیر معتق، مخالف کتاب شمرده شد کاشف از این است که مراد از کتاب اعم از کتاب و سنت است. و در روایت محمد بن قیس نیز بر آن تصریح شده است زیرا امام (ع) فرمودند: زن (با شرط کردن این که جماع و طلاق در اختیار او باشد) با سنت مخالفت نموده است. بنابراین عدم مخالفت شرط با مشروع میزان است. و از این رو بین اعتبار موافقت شرط و یا اعتبار عدم مخالفت آن با کتاب و سنت فرقی نیست. زیرا اگر شرط با مشروع مخالف نباشد، ناگزیر با یکی از عمومات و اطلاقات وارد در کتاب و سنت موافق است.<sup>۶۷</sup>

ضابطه تشخیص شرط مخالف کتاب از غیر آن بی‌مطالعات فریبگی

شیخ انصاری می‌فرماید:

عدم مخالفت حکمی از کتاب در صحت شرط معتبر است که ثبوتش به نحوی باشد که حتی به دنبال دگرگون شدن موضوعش به سبب شرط، تغیر را نپذیرد. و در شرح کلامشان باید گفت:

بعضی از احکام شرعی برای موضوع خود در صورتی که موضوع «بشرط لا» لحاظ شود ثبوت یافته‌اند، یعنی ثبوت آنها منوط به مجرد ذات موضوع از هر عنوان عارضی است. بنابراین پیدایش عنوانی عارضی برای موضوع، مستلزم تبدل حکم آن است. مثال این قسم اغلب مباحات و مستحبات و مکروهات بلکه تمامی آنها می‌باشد، زیرا جواز انجام یا ترک آنها منوط به مجرد آنها از عنوان عارضی است. لذا جواز یادشده با منع از فعل یا منع از ترک آن، در صورت پیدایش عنوان عارضی منافات ندارد. به عنوان مثال شرع بر جواز خوردن

گوشت دلالت دارد، لیکن این جواز با حرام بودن آن در صورتی که بر ترك خوردن گوشت سوگند یاد شود، منافاتی ندارد، همان طور که از وجوب آن در صورتی که مقدمه واجبی قرار گیرد، مانع نیست. لذا با توجه به آنچه گذشت باید گفت:

چنانچه ثبوت احکام شرعی به نحو مذکور باشد، اشتراط امری که مستلزم تبدل حکم است منافی و مناقض حکم شرعی نخواهد بود، زیرا اساساً موضوع حکم به واسطه اشتراط یاد شده تبدل یافته و موضوع پیشین نیست، و از این رو تبدل موضوع مقتضی تبدل حکم است.

بعضی از احکام شرعی نیز برای موضوع خود در صورتی که موضوع «لا بشرط» لحاظ شود ثبوت یافته اند، یعنی ثبوت آنها منوط به مجرد موضوع یا عدم مجرد آن از عناوین عارضی نیست، بنابراین بدیهی است، ثبوت هر حکمی دیگر برای موضوع، با حکم شرعی یاد شده تنافی خواهد داشت. لذا اشتراط هر امری که مستلزم ثبوت حکمی دیگر باشد، محکوم به عدم صحت است.

اغلب واجبات و محرمات را می توان مثالی برای این قسم دانست، زیرا ثبوت حرمت و یا وجوب برای موضوعات آنها، تنها به مجرد موضوع از عنوان ضرر و حرج منوط می باشد، از این رو ثبوت هر حکمی دیگر برای موضوعات آنها، در صورت عروض عنوانی غیر از ضرر و حرج، با حکم شرعی مذکور تنافی داشته و لذا بین آنها تعارض واقع می شود، و ناگزیر باید به راجع از آن دو عمل شود. و در ذاتی بودن رجحان و یا حصول آن از دلیلی خارجی فرقی نیست.

بنابراین روایاتی نظیر روایت «محمد بن قیس»<sup>۲۸</sup> را که مباح بودن تعدد زوجات و تسری را حتی با اشتراط خلاف آن نیز قابل تبدل نمی داند، یا باید:

۱- کاشف از این بدانیم که امور یاد شده در نظر شارع از قسم دوم است. لیکن استشهاد امام علیه السلام به مباح بودن این امور در کتاب و سنت گویی در مقام اعطا ضابطه برای بطلان شروط بوده است. به عبارت دیگر، گویی امام علیه السلام می فرمایند: هر شرطی که مستلزم تبدل حکمی ثابت در کتاب باشد، خواه آن حکم از قسم اول بوده یا از قسم دوم، باطل است. بنابراین نخستین احتمال پیرامون این روایت ضعیف است.

۲- و یا آن را مفید این معنی بدانیم که طلاق را نمی توان بر تعدد زوجات و یا تسری معلق ساخت. از این

رو آنچه مخالف کتاب شمرده شده، ترتب طلاق بر آن امور می باشد.<sup>۲۹</sup>

شیخ انصاری در ادامه می نگارند:

«با این که در انقسام احکام شرعی به دو قسم مذکور، و این که مخالف کتاب شرطی است که بر قسم دوم وارد می شود، اشکالی نیست لیکن در بسیاری از مقامات جداسازی مصادیق آن دو قسم از یکدیگر کار ساده‌یی نیست.»<sup>۳۰</sup> آنگاه ایشان در تایید این معنی مواردی چند را می‌شمرند که ما در ذیل به ذکر بعضی از آنها می‌پردازیم.

«از موارد اشتباه، رقیبت فردی است که یکی از اہوینش حر باشد، زیرا آنچه در شرع بر عدم مملوکیت فرزند حر دلالت دارد به دو وجه قابل حمل است:

۱- مراد این باشد که فرزند حر، در صورتی که از حیث ذاتش و مجرد از عناوین عارضی لحاظ شود، تابع اشرف اہوینش بوده و محکوم به حریت است در این صورت این حکم با رقیبت او به واسطه اشتراط ضمن عقد منافات ندارد.

۲- ممکن است مراد این باشد که فرزند حر تحت هیچ‌عنوانی به رقیبت در نمی‌آید، از این رو اشتراط رقیبت او مخالف کتاب و سنت خواهد بود.

زنی که به عقد متعه در آمده، ارث بردن او از شوهرش از موارد اشتباه در تمیز مصداق دو قسم حکم مذکور است. چه این که ظاهراً فقهاء بر این که در ضمن هیچ‌عقدی غیر از عقد متعه نمی‌توان ارث بردن او را شرط کرد اتفاق دارند، و این در حالی است که ایشان براین معنی نیز اتفاق دارند که در ضمن هیچ‌عقدی نمی‌توان ارث بردن فرد اجنبی را شرط کرد از این رو تمیز افراد اجنبی که اشتراط ارث بردن آنها مخالف کتاب است از افراد اجنبی که اشتراط ارث بردن آنها جائز شمرده شده کاری مشکل است، همان طور که جداسازی عقود که اشتراط ارث بردن اجنبی در ضمن آن جائز بوده از عقود که چنین نیست کار ساده‌یی نمی‌باشد.

یکی دیگر از موارد اشتباه این است که اگر در ضمن عقد ازدواج بر شوهر شرط شود که زن را به شهری دیگر نبرد، بین فقهاء در صحت این اشتراط اختلاف وجود دارد. مشهورتر جواز این اشتراط است، لیکن عده‌یی نیز آن را از این جهت که مخالف شرع است جائز نمی‌شمرند زیرا فرمانبرداری زن از شوهرش واجب بوده و امر مسکن و منزل او طبق شرع به دست مرد می‌باشد. اما بعضی از قائلان به جواز نظریه مخالفان را نپذیرفته گفته‌اند: آنچه شما به عنوان دلیل عدم جواز ذکر نمودید نسبت به تمام شروط جائز جاری است، چه این که شرط آنچه را که انجام یا ترکش لازم نیست، لازم می‌گرداند.»<sup>۳۱</sup>

### وظیفه مجتهد در موارد مشابه:

شیخ انصاری قدس سره می‌فرماید:

«فی الجملة موارد اشکال در تمیز حکم شرعی قابل تغییر به سبب اشتراط، از غیر آن بسیار است. از این رو سزاوار است مجتهد کتاب و سنت را، که بر حکمی که او خواستار تغییر آن با شرط است دلالت دارد، ملاحظه و به دقت در آن تأمل کند تا برای او این تمیز حاصل شود که حکم یاد شده از کدام قسم است؟ آیا نظیر ثبوت ولاء برای غیر معتق بوده که با قول پیامبر (ص) مبنی بر این که ولاء از آن معتق است منافات دارد، یا از قبیل ثبوت خیار برای متبایعین بوده که با قول امام (ع) مبنی بر لزوم بیع در صورت جداسدن آنها از یکدیگر منافات ندارد؟ اما چنانچه برای مجتهد تمیز حاصل نشد، وی باید بر اصالت عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت بنا گذارد. این اصل به اصالت عدم ثبوت حکم بر وجهی که با شرط قابل تغییر نباشد، بازگشت می‌کند. البته این اصل آنگاه مفید است که دلیل حکم ما در اطلاق آن نسبت به حالت اشتراط ظهور نداشته باشد.»<sup>۳۳</sup> (به عبارات دیگر مادامی که در تعیین ثبوت حکم شرعی به یکی از دو نحو یاد شده شک داشته باشیم، استفاده از آن اصل ممکن است، لیکن بدیهی است با حصول علم به نحوه ثبوت حکم، جایی برای اجرای اصل باقی نمی‌ماند.)

مرحوم آیت الله خوانساری در این باره می‌نگارند:

«گفتار شیخ مبنی بر این که در مقام شك در مشروعیت شرط، باید به اصالت عدم مخالفت شرط با کتاب رجوع کرد بر خلاف مبانی اصولی ایشان در باب استصحاب است، زیرا مخالفت با فرض وجود موضوعش مسبوق به عدم نیست تا به استمرار آن حکم شود، بلکه شرط همزمان با تحققش یکی از دو صفت مخالفت یا عدم مخالفت را داراست، از این رو ناگزیر استصحاب عدم مخالفت به لحاظ عدم سابق بر وجود موضوعش خواهد بود. در حالی که مخالفت بدین لحاظ مأخوذ در موضوع استصحاب نیست.»<sup>۳۳</sup>

آخوند خراسانی نیز می‌فرماید:

«مخالفت به عدم محمولی که مفاد لیس تامه است مسبوق می‌باشد آن هنگام که موضوعش معدوم است، و به عدم ربطی که مفاد لیس ناقصه است مسبوق نیست، چه این که موضوع آن، یعنی شرط همزمان با وجود یافتنش یکی از دو صفت مخالفت و یا عدم مخالفت را خواهد داشت. و چنانچه گفته شود: اصالت عدم مخالفت بنابراین معنی، مثبت غیر مخالف بودن شرط نیست مگر بر اساس اصل مثبت. در پاسخ خواهیم

گفت:

اشکال شما صحیح است، لیکن ما به اثبات غیر مخالف بودن شرط نیاز نداریم، بلکه برای دخول شرط در عموم «المؤمنون عند شروطهم ...» عدم ثبوت وصف مخالفت برای آن کافی است.<sup>۳۴</sup> (به تعبیر دیگر: آنچه از عموم «المؤمنون عند شروطهم» استثناء شده، آن شرطی است که مخالفت آن با کتاب قطعی باشد، از این رو شرط مادامی که وصف مخالفت آن قطعی نباشد داخل در عموم حدیث مذکور است.)

ضابطه تشخیص شرط مخالفت کتاب از دیدگاه آیت الله خوانساری:

«آنچه شرط به آن تعلق می‌گیرد گاه از وضعیات شرعیه بوده و گاه از تکالیف خمس، مانند اشتراط ترك واجب یا مباحی و یا انجام حرام یا مکروهی. اما وضعیات گاه از اموری است که شارع آن را تحت سلطنت مکلف قرار داده و زمام اختیار آن را به او سپرده است نظیر آنچه در باب حقوق و اموال مطرح است، و گاه از امور یادشده نبوده مانند ثبوت ولاء برای معتق و حر بودن فرزند حر و در اختیار شوهر بودن امر طلاق و دیگر اموری که به هیچ وجه تحت اختیار مکلف قرار ندارد، مگر این که دلیلی خاص بر جواز تغییر آن به سبب شرط یا نذر و مانند آن قائم شود، نظیر اشتراط ارث بردن زن در نکاح متعه، که قائلان به جواز، بنا به نصی خاص مدعی آن می‌باشند، و اشکال در آن از جهت تعارض نصوص می‌باشد.

سزاوار نیست در جواز تبدل قسم اول از وضعیات به سبب شرط شبهه و تردیدی صورت پذیرد، زیرا مفروض این است که این امور تحت سلطنت مکلف بوده و اختیارش به او سپرده شده است، بنابراین آن گونه که می‌خواهد در آن تصرف می‌کند، از این رو به عنوان مثال از حق خیار مجلس خود و نظائر آن اعراض می‌کند. البته باید توجه شود واکذاری اختیار امور یاد شده و جواز تصرف در آن هر نحو که مکلف بخواهد به نحوعلیت نیست، چه این که ممکن است دلیلی خاص بر منع تصرفی معین قائم شود، نظیر منع فروش قرآن به کافر و نظائر آن.

اما آنچه از قبیل تکالیف خمس می‌باشد، پس التزام به ترك نوع واجب و یا انجام نوع حرام خلاف مشروع است، بلکه به جهت اطلاق دلیل آنها که هر دو حالت التزام خلاف و عدم آن را فرامی‌گیرد، شبهه در آن سزاوار نیست. از این رو التزام مذکور خلاف کتاب و حلال‌کننده حرام است. مگر اینکه نظیر سایر عوارض مجوز فعل حرام و ترك واجب، دلیلی خاص بر جواز تغییر آن به سبب شرط قائم شود. و دلیل وجوب وفاء به شرط برای افاده این معنی صالح نیست، زیرا خود مقید به این است که شرط مخالف کتاب و حلال‌کننده

حرام نباشد، لذا جواز تغییر واجب یا حرام به سبب شرط، نیازمند دلیلی دیگر است.

اما چنانچه دلیل واجب یا حرام نسبت به حالت التزام خلاف آن اطلاقی نداشت و دلیل خاصی هم بر جواز تغییر آن به سبب شرط قائم نبود، پس در قابل تغییر بودن حکم به سبب شرط شك حاصل می‌شود بنابراین برای رفع آن، بایستی به اصل رجوع نمود. همان طور که در صورت تعارض بین ادله جواز و عدم جواز تغییر حکم به سبب شرط نیز باید به اصل رجوع نمود.

اما مباحات، التزام به ترك یا انجام آنها مخالف مشروع نمی‌باشد، زیرا اباحه آنها با وجوب یا حرمت عارضیشان منافاتی ندارد. لیکن گاهی گفته می‌شود:

اگرچه ترك مباح حرام نیست، لیکن نفس التزام به ترك آن، حرام سازنده‌ی حلال است و از این رو مشمول ادله‌ی خواهد بود که وفاء به شرط را در صورتی که محرم حلال باشد، جائز نمی‌شمرد، با این که تمامی موارد التزامات صحیح یا التزام به انجام مباح یا مندوبی است و یا التزام به ترك مباح یا مکروهی، پس چگونه امکان جمع بین این دو امر وجود دارد؟

ممکن است از بعضی روایات آنچه را که رافع اشکال است استفاده نماییم، زیرا در بعضی از اخبار در تعلیل بطلان سوگند بر ترك همیشگی شرب عصیر مباح آمده است: « این حق برای شما نیست که آنچه را خداوند حلال ساخته حرام کنید. » از این رو ممکن است گفته شود: التزام به ترك مباح گاه التزام به ترك مصادیقی از آن و یا التزام به ترك جمیع مصادیق آن، لیکن در يك محدوده معین زمانی است، در این صورت چون با کتاب مخالفی ندارد، اشکالی بر آن نیست. و گاه نیز التزام به ترك همیشگی يك نوع مباح است در این صورت التزام به آن، حرام سازنده‌ی آن چیزی است که خداوند آن را حلال ساخته است.

بنابر تفصیل مذکور، قدر مسلم از صحت التزام به ترك مباح، آن موردی است که بر ترك بعضی از مصادیق مباح یا جمیع مصادیق آن- لیکن در مدت محدود کوتاهی واقع شده باشد. و قدر مسلم از عدم صحت التزام به ترك مباح آن موردی است که بر ترك همیشگی جمیع مصادیق مباح واقع شده باشد. اما التزام به ترك همیشگی بعضی از مصادیق آن و یا بر ترك نوع آن در يك مدت طولانی از موارد شك بوده و رافع آن رجوع به اصل است.<sup>۳۵</sup>



شرط پنجم: عدم منافات شرط با مقتضای عقد:

یکی دیگر از شروط صحت شرط، عدم منافات آن با مقتضای عقدی است که در ضمن آن واقع می‌شود. مرحوم آخوند خراسانی (رفع مقامه) صور منافات را در سه صورت ذیل ترسیم می‌نماید:

۱- گاه اشتراط امر منافی به گونه‌ی بی است که امکان قصد تحقق مضمون عقد به سبب تناقض حاصل شده از بین می‌رود. نظیر این که هرگاه بایع عدم ثمن را شرط کند، امکان ندارد از ایجاب بیع تحقق حقیقت آن را قصد نماید. زیرا حقیقت بیع تملیک در مقابل عوض است و اشتراط عدم ثمن چیزی جز نفی حقیقت بیع نیست.

۲- گاه اشتراط امر منافی این گونه نیست که امکان قصد تحقق مضمون عقد منتفی باشد، لیکن شرط گذارنده، عدم ترتب بعضی از آثار و لوازم عرفی و یا شرعی عقد را بر آن خواستار است.

۳- گاهی نیز از انشاء عقد چیزی را قصد می‌کند که اشتراط منافی آن نیست مگر در ظاهر، نظیر این که همراه با صیغه «بعثت» عدم ثمن را شرط کند، آن جا که وی از «بعثت» حقیقت بیع را قصد نکرده بلکه قاصد تملیک بدون عوض باشد. پرواضح است که اگرچه چنین قصدی خلاف ظاهر صیغه «بعثت» است، لیکن آنچه را او قصد نموده با اشتراط مذکور تنافی ندارد.<sup>۳۶</sup> آنگاه ایشان احکام هر یک از صور یاد شده را بیان می‌نماید:

اگر اشتراط منافی، به نحو نخستین باشد، پس عقد و شرط هر دو منتفی خواهد بود. خواه از آغاز مضمون عقد را قصد نکرده باشد، و خواه در هنگام انشاء عقد، قصد مضمون آن را داشته لیکن بعد از آن چیزی را که فروپاشنده مضمون عقد است شرط کرده باشد.

و اگر اشتراط منافی به نحو دوم باشد از آن جا که چنین شرطی مخالف کتاب و سنت است، لذا غیر نافذ خواهد بود. و اگر به مفسد بودن شرط فاسد معتقد باشیم در آن صورت عقد نیز محکوم به فساد می‌باشد.

و چنانچه اشتراط منافی به نحو سوم باشد، عقد و شرط هر دو صحیح خواهد بود، مگر این که گفته شود در تحقق عقد لفظی خاص معتبر است. از این رو چون عقد مذکور فاقد لفظ خاص بوده بنا بر این عقد منعقد نمی‌شود.<sup>۳۷</sup>

شیخ انصاری اعلی الله مقامه، به دو جهت شرط منافی مقتضای عقد را صحیح نمی‌داند:

۱- از آن جا که چنین شرطی، ملزم عدم تحقق مقتضای عقد است، از این رو بین آن و مقتضای عقد تنافی

واقع می شود، پس وفاء به عقد غیر ممکن خواهد بود. ناگزیر یا باید به تساقط توأم شرط و عقد حکم نماییم، و یا از جا آن که عقد مطلوبیت ذاتی داشته و شرط مطلوبیت تبعی، پس جانب عقد را مقدم داریم، که در این صورت نیز شرط محکوم به عدم صحت خواهد بود.

۲- از آن جا که کتاب و سنت بر عدم تخلف عقد از مقتضای آن دلالت دارد، بنابراین اشتراط این که عقد از مقتضای خود تخلف کند مخالف کتاب و سنت خواهد بود و لذا به عدم صحت محکوم می باشد. لذا صاحب تذکره آورده است: چنانچه در عقد بیع، عدم فروش کالای خریداری شده را شرط کنند، از آن جا که چنین شرطی با مقتضای ملکیت خریدار منافی است، پس با قول رسول الله (ص) مبنی بر تسلط مردم بر اموالشان منافات دارد. بنابراین شرط مذکور مخالف سنت بوده و لذا به عدم صحت محکوم خواهد بود.<sup>۲۸</sup>

مرحوم آیت الله خوانساری در این باره می نگارند:

دو وجهی را که شیخ انصاری قدس سره در عدم صحت اشتراط منافی بیان نمودند، در يك مورد به جریان در نمی آید، بلکه وجه نخستین نسبت به آنچه منافی ذات عقد است و وجه دوم نسبت به آنچه که با آثار شرعی عقد منافات دارد جاری است، زیرا مقتضیات عقد به دو دسته تقسیم می شود:

مقتضیات عقد گاه از اموری است که ذات عقد مقتضی آن است، بدین معنی که سلب آن از عقد به منزله نفی و بطلان عقد است، و گاه از اموری است که عقد در صورت اطلاق مقتضی آن است، خواه از آثار عرفی مترتب بر عقد باشد نظیر تسلیم، نقدی بون معامله و پرداخت ثمن به پول رایج شهر، و خواه از آثار شرعی مترتب بر آن نظیر خیار مجلس، که بازگشت هر دو دسته اثر به احکامی است که از نظر شرع به صورت تأسیسی و یا امضائی برای عقد ثابت شده است. زیرا اثر عرفی که مورد امضاء شارع واقع نشده، مانعی از اشتراط خلاف آن وجود ندارد. چه این که اولاً با ذات عقد منافات ندارد و ثانیاً در تحت عموم شرط مخالف کتاب قرار نمی گیرد، پس محذوری در اشتراط خلاف آن وجود ندارد. در هر صورت روشن است آنچه با اطلاق عقد منافات دارد اشتراط آن مانعی ندارد، زیرا معنی اطلاق چیزی جز صلاحیت مقید شدن و صحیح بودن اشتراط خلاف آن نیست. بلکه مانع از ناحیه دیگری است و آن این که آیا این اشتراط مخالف کتاب و سنت است یا خیر؟ از این رو باید دلیل جعل آثار عقد را مورد ملاحظه قرار داد تا معلوم شود آیا اثر یاد شده برای ذات عقد مجعول است یا برای اطلاق آن.<sup>۳۹</sup>

شیخ انصاری در تبیین محل اشکال در این بحث چنین می نگارند:

«از آن جا که بطلان شرط منافی مقتضای عقد اجماعی است، لذا بحثی در اصل حکم نداریم، بلکه اشکال در تشخیص و جداسازی آثاری است که از نظر عرف و شرع از مطلق عقد تخلف نمی کند از آثاری که در صورت حصول خصوصیتی برای عقد، قابل تخلف از آن می باشد. اگر چه در بعضی از موارد، از آن جا که اثر چون مقوم عرفی عقد بوده و یا اثر اصلی مترتب بر آن می باشد، تمیز آن واضح است، نظیر این که بر خریدار شرط شود که به هیچ وجه در کالای خریداری شده تصرف نکند، یا این که در عقد ازدواج بر مرد شرط کنند که به هیچ وجه از همسرش تمتع نداشته باشد. لیکن در بسیاری از مواضع تمیز مذکور مشکل است.»<sup>۴۰</sup>

در ذیل به ذکر بعضی از مواضعی که در کلام شیخ آمده می پردازیم:

۱- مشهور از آراء فقهاء این است که اگر فروشنده بر خریدار شرط کند که کالای خریداری شده را نفروشد، این اشتراط جائز نیست، لیکن علامه در کتاب تذکره این نظر را نپذیرفته، بلکه بعضی از فقهای متأخر از ایشان صحت آن را تقویت نموده اند.

۲- چنانچه در عقد ازدواج بر مرد شرط کنند که همسر خود را از شهرش به شهری دیگر منتقل نکند، این اشتراط را جماعتی از فقهاء، از آن جا که مانعی از آن وجود نداشته بلکه نص نیز در جواز آن وارد شده جائز می شمردند. در حالی که عده یی دیگر از فقهاء از جمله فخرالدین در کتاب «ایضاح» اشتراط مذکور را صحیح نمی دانند. و دلیل ایشان بر این مدعی این است که مقتضای عقد ازدواج، تسلط مرد بر زن در بهره وری و اسکان او می باشد.

۳- یکی دیگر از موارد اختلاف این است که آیا عقد نکاح منقطع، مقتضای توارث زن و مرد از یکدیگر می باشد؟ بعضی از فقهاء که چنین اثری را برای این عقد قائلند ذات و ماهیت عقد را مقتضای آن می دانند، و پر واضح است که در این صورت اشتراط عدم توارث باطل است. زیرا محال است اثری را که ماهیت از حیث ذاتش مقتضای آن است در صورت وجود ماهیت معدوم باشد. ولی بعضی از فقهاء توارث را لازمی اطلاق عقد منقطع می دانند. بنابراین با اشتراط عدم آن، توارث ساقط و در غیر این صورت زن و مرد از یکدیگر ارث خواهند برد. اما فقهایی که توارث را لازمی عقد نکاح موقت نمی دانند، بعضی از ایشان عدم توارث را مقتضای ماهیت این عقد دانسته و از این رو اشتراط توارث را باطل می دانند. دسته یی دیگر نیز عدم توارث را مقتضای اطلاق این عقد دانسته و از این رو معتقدند چنانچه توارث اشتراط شود برای طرفین ثابت می گردد.<sup>۴۱</sup>

شیخ انصاری می‌فرمایند: «صعوبت اشکال یاد شده محقق ثانی را وادار ساخت تا وی حل آن را به تشخیص فقیه موکول سازد. چه این که ایشان شرط را به سه دسته تقسیم نموده می‌فرمایند:

- ۱- شرطی که بر صحت و یا بطلان آن اجماع منعقد شده است:
- ۲- شرطی که منافات یا عدم منافات آن نسبت به مقتضای عقد روشن شده است. بدیهی است این دو قسم به جهت وضوح احکام آنها کلامی پیرامونشان مطرح نمی‌باشد.
- ۳- شرطی که تحت دو قسم یاد شده قرار نمی‌گیرد، تشخیص احکام آن منوط به چگونگی تشخیص فقیه است.<sup>۴۲</sup>

آنگاه شیخ خود به ذکر ضابطه‌یی در حل مشکل همت گمارده می‌نگارند:

وضوح منافات شرط نسبت به مقتضای عقد، چنانچه بنا بر عرف حاصل شده باشد، در این صورت امکان انشاء مفهوم عقد عرفی وجود ندارد و چنانچه از ناحیه غیر عرف حاصل شده باشد پس به وجود نصی یا اجماعی بر عدم صحت اشتراط بازگشت می‌کند. و در غیر این صورت باید به دلیل شرعی که اثری را برای عقد اثبات می‌کند و اینکه عدم آن اثر لازم گرفته شده رجوع نمود. چنانچه آن دلیل اثر یاد شده را برای ذات عقد ثابت می‌کرد، در آن صورت اشتراط منافی از آن جهت که مخالف سنت است محکوم به فساد خواهد بود. و اگر آن دلیل اثر را برای عقد در صورت اطلاق آن و اشتراط عدم منافی ثابت می‌کرد، در آن صورت اشتراط محکوم به صحت خواهد بود. و چنانچه در مدلول دلیل دچار شک شدیم باید به اصالت ثبوت آن اثر از برای عقد به نحو ثانی رجوع کنیم.<sup>۴۳</sup>

نظر مرحوم آیت الله خوانساری پیرامون منشأ صعوبت فرق موارد صحت اشتراط منافی از موارد عدم صحت و راه حل آن «ایشان این احتمال را مطرح می‌سازند که چه بسا منشأ صعوبت فرق بین مواردی که اشتراط منافی، صحیح بوده از مواردی که چنین نیست، اختلاط این بحث با مسأله شرط مخالف کتاب باشد. لذا معتقدند: حق بحث از اشتراط منافی مقتضای عقد این است که بحث در این مقام را به آثار ذیل اختصاص داد:

- ۱- آثاری که بر حسب عرف و عادت بر عقد مترتب می‌شود.
- ۲- آثاری که مقتضای ذات عقد است به طوری که فرض انتفاء آن به منزله لغو بودن انشاء عقد بوده و اشتراط عدم آن با آنچه به واسطه عقد انشاء شده مناقض باشد.

۳- آثاری که مقتضای اطلاق عقد است به نحوی که اشتراط عدم آنها تنها از بین برنده اطلاق عقد بوده، نه این که با خود عقد منافات داشته باشد.

بنابراین آثاری که شرعاً برای عقد جعل شده به طوری که به ذات عقد و یا آنچه متعاقدين صریحاً یا ضمناً به آن ملتزم می شوند ربطی ندارد، به طور کلی از بحث اشتراط منافی مقتضیات عقد خارج است. و بر این اساس تشخیص و تمییز مواردی که داخل در بحث می باشد در نهایت وضوح خواهد بود. زیرا آنچه با عقد انشاء می شود گاه چیزی است که عاقد آن را اولاً و بالذات انشاء می کند و دلالت عقد بر آن دلالت مطابقی است نظیر تملیک اعیان در بیع و منافع در اجاره. و گاه نیز چیزی است که عاقد آن را به طور تبعی و ضمنی انشاء نموده و دلالت عقد بر آن دلالت التزامی است. پس اگر اشتراط به چیزی بازگشت کند که منافی قسم اول است- نظیر این که اشتراط به عدم حصول مبادله و عدم تملیک و تملك بازگشت کند- از آن جا که چنین اشتراطی در تناقض آشکار با عقد است پس ناگزیر منافی مقتضای عقد می باشد و لذا محکوم به فساد خواهد بود. و بر همین اساس وجه بطلان اشتراط این که بیع بدون عوض بوده و یا اجاره بدون اجرت باشد آشکار می گردد. زیرا عوض در بیع و اجرت در اجاره از مقومات آنها می باشند و عقد به دلالت لفظی مطابقی بر آن دلالت دارد، چه این که حقیقت بیع مبادله اعیان با اموال و اجاره مبادله منافع با آن می باشد. بر خلاف اشتراط عدم بیع کالا یا وقف یا هبه آن به هیچ کس یا شخصی خاص. زیرا این اشتراط با تملیک و تملك انشاء شده ی با عقد، منافاتی ندارد، بلکه قدرت بر فروش کالای خریداری شده یا هبه یا وقف آن، از آثار و لوازمی است که به حسب عرف و عادت مادامی که اشتراط خلاف آن نشده باشد، بر عقد مترتب است. البته اگر اشتراط به منع جمیع آثار مترتب بر عقد بازگشت کند، در این صورت الحاق آن به آنچه با مقتضای عقد منافات دارد بعید نیست. زیرا انشاء عقد طریق دستیابی به آن آثار است، از این رو در صورت عدم کل آثار، گویی چیزی با عقد انشاء نشده و لذا تناقض بین اشتراط مذکور و عقد لازم می شود.

قابل ذکر است، اشتراط عدم اثری که در نظر عرف و به حسب عادت، غایت و غرض اصلی عقد بوده و دیگر آثار مترتب بر عقد در قیاس با آن، ملحوظ نظر متعاقدين نبوده، نیز منافی مقتضای عقد محسوب می شود و شاید نظر کسانی که اشتراط عدم فروش کالای خریداری شده و یا هبه آن را در ضمن عقد بیع، صحیح ندانسته اند به همین مورد باشد، و البته این نظر خوب نیست زیرا چنانچه بیع را با ملکیت بسنجیم، این اثر در قیاس با جمیع آثار مترتب بر ملکیت در این حد از اهمیت نیست که تنها غرض از معامله برای

خریدار این باشد که بتواند کالای خریداری شده را بفروشد.

بله، ممکن است نسبت به بعضی از اعیان و آن نیز نسبت به بعضی از اشخاص چنین فرضی صحیح باشد، لیکن مناط عدم صحت اشتراط منافی بر ملاحظه اشخاص نیست، بلکه بر ملاحظه اثری است که نوعاً بر حسب عرف و عادت غرض اصلی از عقد محسوب می شود. و از این رو اشتراط عدم جماع از این قبیل است و مانعی از آن نیست، همان طور که روایت نیز بر آن صحه می گذارد. البته اگر در عقد ازدواج عدم هرگونه بهره‌وری مرد از زن شرط شود، الحاق آن به آنچه با مقتضای عقد منافات دارد بعید نیست. «

مرحوم خوانساری خود بحث تفصیلی ذکر شده را به صورت ذیل خلاصه می کند:

«فی الجمله بین التزاماتی که در متن عقد به طور صریح و به دلالت مطابقی انشاء می شود و بین التزامات تبعی که بر عقد متفرع بوده و در صورت اطلاق عقد به آن لاحق می گردد فرق وجود دارد و از این رو تنها اشتراط خلاف التزامات قسم اول منافی مقتضای عقد می باشد. و اشتراط منع از جمیع آثار یا اثر مرغوب و مطلوبی که غرض اصلی متعاقدین بوده و دیگر آثار در قیاس با آن ملحوظ نظر آنها نمی باشد، به قسم اول ملحق می شود.» «

ایشان پیرامون آثار شرعی که تعیداً برای عقد ثابت است می نگارند:

«گاه این آثار بر آنچه عقد بر آن واقع شده، بدون نظر به سبب آن مترتب است نظیر سلطنتی که برای مردم نسبت به اموالشان جعل شده است. زیرا سلطنت به عنوان اثری از برای ملکیت از هر سببی که حاصل شده باشد ولو به اسباب قهری، نظیر ارث، جعل گردیده است. و روشن است که چنین آثاری به بحث مناقیات مقتضای عقد هیچ ربطی ندارد. بلکه بحث از اشتراط خلاف آن به بحث اشتراط مخالف کتاب مربوط می شود. و حق اسکان ثابت برای زوج از این قسم است چه این که بر واضح است حق یاد شده مقتضای ذات عقد ازدواج نیست تا اشتراط عدم آن، اشتراط منافی مقتضای عقد باشد. لذا بحث پیرامون حق یاد شده از این جهت باید واقع شود که آیا این حق قابل اسقاط است و یا حکم تعبدی غیر قابل اسقاط برای زوج است؟ و همچنین است آنچه به محدود ساختن سلطنت در اموال، نظیر منع از فروش و امثال آن، بازگشت می کند. پس هر آنچه به باب حقوق بازگشت کند اسقاط آن با اشتراط در متن عقد یا بعد از آن صحیح می باشد. زیرا صحت اسقاط حقوق مقتضای کمال و تمامیت سلطنت صاحب آن است.

و گاه اثر شرعی جعل شده برای عقد از آن جهت که عقدی خاص است بر آن مترتب می شود، نظیر خیار

مجلس و حیوان در عقد بیع. این قسم از آثار شرعی را می توان در بحث مقتضیات عقد داخل دانست، براین اساس که منع از آثار یاد شده مخالف آن چیزی است که عقد شرعاً مقتضی آن است. با این وجود حکم آن موکول به بحث پیشین است که در آن بین آثاری که از حقوق بوده یا حکمی وضعی یا تکلیفی باشد فرق گذاشته می شود<sup>۴۶</sup>. از این رو باید دلیل ثبوت آثار یاد شده را مورد بررسی قرار داد تا نحوه ی ثبوت کشف شده و معلوم گردد که آیا اثرمورد بحث قابلیت اشتراط خلاف آن را دارد؟

بنابراینچه ذکر شد، اشتراط عدم خیار دربیع، مانعی ندارد در صورتی که بازگشت آن به اسقاط حقی باشد که شارع برای طرفین عقد جعل نموده است، زیرا حقیقت حق متقوم به این است که تحت سلطنت صاحب حق بوده و زمام آن به دست او باشد اما اگر این اشتراط به این که عقد خیاری نباشد بازگشت کند، پس به تصرف در حکم شرعی بازگشت نموده و از این رو قطعاً نافذ نخواهد بود. علاوه بر آن معلوم شد که بعضی از مسائلی که در تحت شرط منافی مقتضای عقد مورد بحث واقع می شود ربطی به آن ندارد، نظیر اشتراط عدم بیع کالای خریداری شده و یا وقف و یا هبه آن به هیچ کس یا نسبت به شخص خاص.<sup>۴۷</sup>

#### شرط ششم: مجهول نبودن شرط:

مجهول نبودن شرط نیز یکی از شروط صحت آن می باشد.<sup>۴۸</sup> «اما در آغاز باید دانسته شود محل کلام در شرطی است که در ضمن عقدی واقع گردد که اساس آن بر تفابن بنا نهاده نشده باشد چون بیع و اجاره و نظائر آنها، اما عقود که نظیر صلح برای تمليك و تملك اشیاء مجهول وضع شده است شرط مجهول در ضمن آن اشکالی ندارد، زیرا معنی ندارد آنچه در خود عوضین اعتبار نشده در شرط معتبر باشد و غرر و جهالتی که در عوضین مورد بخشودگی واقع شد در شرطی که به منزله ضمیمه آنها است مورد چشم پوشی قرار نگرفته باشد. و اطلاق حدیث نبوی دال بر نفی غرر نیز در پذیرش این معنی محذوری را بوجود نمی آورد زیرا مفروض این است که صلح از شمول حدیث یادشده خارج است ناگزیر شروط و لواحقى را که صلح در برمی گیرد نیز تحت شمول حدیث مذکور نخواهد بود. لذا این قسم از شرط بیرون از محل کلام است و بدون شك جهالت به آن ضرر نمی رساند. علاوه براین مورد فقهاء جهل به مدت پرداخت ثمن را دربیع نسبه موجب بطلان معامله دانسته اند تا چه رسد به جهل به آنچه که به اوصاف عوضین بازگشت می کند. از این رو این نیز اتفاقی است که جهل به آنچه به اوصاف عوضین برمی گردد موجب بطلان معامله خواهد بود. بنابراین محل کلام در شروط خارجی است

که تنها اشتراط آنها را با عوضین مرتبط ساخته است و از این رو سخن در این است که با لازم گرفتن این شروط در ضمن عقد، آیا آنها به ضمیمه‌یی از برای عوضین مبدل شده تا جهالت در آنها موجب جهالت در عوضین باشد، یا شرط نمودن آنها صرف التزامی تبعی است که اصالتاً در عقد مقصود نبوده و از این رو جهل به آنها مستلزم جهل در عقد و بطلان آن نمی‌باشد؛ نظیر توابع خانه مانند راه رفت و آمد و یا کلید آن که جهل به آنها مستلزم جهل به خانه نیست.<sup>۴۹</sup>

شیخ انصاری اعلی الله مقامه می‌فرمایند:

«بنابراین که آنچه شرعاً مورد نفی واقع شده مطلقاً غرر بوده و نفی غرر اختصاص به بیع ندارد، حتی اگر غرری بودن شرط را مستلزم غرری بودن معامله ندانیم باز وجود غرر در شرط در حکم به بطلان آن کافی است. ولی انصاف این است که جهالت شرط همواره مستلزم قدری غرر در خود عقد می‌باشد چه این که لازمه جهل به شرط جهل به یکی از عوضین می‌باشد. بر این اساس قول علامه حلی، «در فرق این که باردار شدن حیوان و یا تخم گذاشتن مرغ چنانچه به نحو جزئیت مورد معامله واقع شود باطل و چنانچه به نحو شرطیت مورد معامله قرار گیرد محکوم به صحت است.» محل نظر می‌باشد چه این که علامه وجه صحت آن معامله را به نحو شرطیت در این می‌دانند که چون شرط در معامله تابع بوده و مقصود اصلی از معامله نمی‌باشد بنابراین مجهول بودن شرط به آنچه مقصود اصلی در معامله بوده سرایت نکرده و موجب بطلان آن نخواهد بود.<sup>۵۰</sup>

آیت الله خوانساری رای شیخ انصاری را پذیرفته و در تأیید آن دو دلیل اقامه می‌کنند:

۱- مجرد تبعیت از کبراهانی نیست که جهالت در آن مضر نباشد چه این که دلیلی عقلی و یا نقلی آن را مساعدت نمی‌کند، و اگر جهالت بعضی از توابع مورد بخشودگی واقع شده به جهت روایت و یا وجود اجماعی است که مقتضی استفاده قاعده‌یی کلی در جمیع توابع نیست. از این رو بر فرض این که شرط را تابع دانسته و آن را ضمیمه‌یی از برای عوضین ندانیم باز دلیلی بر بخشودگی جهالت در آن به جهت تابع بودنش نداریم. البته در عقود که جهالت در خود آنها مضر نیست، تعلیل بخشودگی جهالت در شرط به جهت تابع بودنش اشکالی ندارد چه این که تابعیت یاد شده مقتضی بخشودگی جهالت در آن نیز هست، اما در غیر این گونه عقدها اثبات تابعیت مقتضی عدم منع از جهالت نیست.

۲- ما می‌توانیم اساساً تبعیت شرط را انکار کنیم زیرا التزام ناشی از عقد برای طرفین منوط به شرط است به طوری که اگر طرفی که انجام شرط به عهده او است به آن وفا نکند طرف دیگر این حق را خواهد



داشت که به التزامات ناشی از عقد پای بند نبوده و آن را فسخ کند و این که عدم وفاء به شرط موجب خیار بوده و بطلان عقد را سبب نمی‌شود دلیل تعبیت شرط نیست. چه این که حکم شروطی که به صفات عوضین، بازگشت می‌کند نیز همین است. علاوه بر آن فقهاء بر این معنی تصریح نموده‌اند که از آن جا که شرط موجب افزایش ارزش مالی یکی از دو عوض می‌شود از این رو بخشی از ثمن از آن شرط بوده و به ازای آن بذل مال صورت می‌گیرد بنابراین چگونه دعوی غیر مقصود بودن شرط در عقد و غیر ملحوظ بودن آن در معاوضه صحیح خواهد بود؟

لذا با توجه به آنچه گذشت از آن جا که شرط نظیر اوصاف به صورت ضمیمه‌یی از برای یکی از دو عوض مبدل می‌گردد از این رو جهالت در آن موجب عدم علم به عوضین خواهد بود بنابراین قول به بطلان عقد در صورت جهل به شرط مقبول است.<sup>۵۱</sup>

شیخ انصاری نیز در بیان دلیل این رای می‌فرماید:

«با توجه به عموم نفی غرر و با توجه به این که تراضی بر معاوضه‌یی واقع شده که منوط به شرط است از این رو لازمی آن این است که جهل به شرط مضر به خود معامله نیز باشد، بنابراین اقوی اعتبار علم در صحت شرط است مگر این شرط در عرف تابعی غیر مقصود به حساب آید.»<sup>۵۲</sup>

این استدراك آخر کلام شیخ را آیت الله خوانساری رد کرده می‌گویند:

«اگر شرط مقصود نمی‌بود از این رو نباید موجبی برای اشتراط آن وجود می‌داشت، علاوه بر آن که

همان طور گذشت، تعبیت کبرائی کلی نیست که از آن در بخشودگی جهل به شرط سود جسته شود.»<sup>۵۳</sup>

شرط هفتم: مستلزم محال نبودن شرط

از جمله شروط صحت شرط این است که مستلزم محالی نباشد نظیر این که فروشنده شرط فروش کالایش را، فروش مجدد آن به خودش قرار دهد. علامه حلی قدس سره در کتاب تذکره فرموده است: اشتراط یاد شده صحیح نیست خواه ثمن از نظر اندازه، جنس و وصف در هر دو خرید و فروش یکسان بوده و یا فرق کند. زیرا این اشتراط مستلزم دور است چه این که خریدار تنها در صورتی می‌تواند به شرط عمل کند که مالک کالا شده باشد. و تنها در صورتی مالک خواهد بود که به شرط عمل کرده باشد. اما چنانچه فروشنده بر خریدار شرط کند که کالا را به غیر او بفروشد این اشتراط صحیح است چه این که منافاتی با کتاب و سنت ندارد. و

چنانچه گفته شود: دوری که در فرض نخستین لازم می شد در این فرض نیز جاری است. در پاسخ گوییم: فرق بین دو فرض آشکار است چه این که شرط فروش کالا به غیر فروشنده می تواند بنا به عقد فضولی و یا توکیل جاری شود بر خلاف اشتراط فروش کالا به خود فروشنده».<sup>۸۶</sup>

شیخ انصاری رحمه الله می فرمایند:

«علامه در جای دیگری به این معنی تصریح نموده اند که اشتراط یاد شده نه از آن جهت که مستلزم دور است، بلکه از آن جهت که قصد فروختن از سوی فروشنده محقق نمی شود باطل است.»

آنگاه شیخ رَجَمَةُ اللهِ به ایراد نقض به وجوهی که از علامه ذکر نمود پرداخته می گوید:

چه لزوم دور را علت عدم صحت اشتراط یاد شده بدانیم و چه عدم تحقق قصد بایع را ، بر هر دو این نقض وارد است که اشتراط وقف کالا بر فروشنده محکوم به صحت دانسته شده و خود علامه نیز در تذکره بر آن تصریح نموده است با این که در آن نیز، هم دور و هم عدم تحقق قصد فروش از سوی فروشنده جاری است.»<sup>۸۷</sup>

آیت الله شیخ محمد حسین آل کاشف الغطاء می نگارد:

«حق این است که در هر دو صورت اشتراط فروش کالا به خود فروشنده و اشتراط فروش آن به غیر او شرط صحیح بوده و محذوری لازم نمی آید، زیرا ملکیت خریدار بر انجام شرط متوقف نیست بلکه مشتری به مجرد عقد، مالک کالا می شود، آنگاه وفاء به شرط، شرعا بر او لازم می شود.»<sup>۸۸</sup>

مرحوم آخوند خراسانی نیز بر این معنی تصریح می کنند که «اشتراط فروش کالا به فروشنده ی آن مستلزم دور نیست.»<sup>۸۹</sup>

مرحوم شیخ محمد حسین آل کاشف الغطاء در بیان منشاء توهم دور می نگارد:

«شاید منشاء توهم دور این بوده که تحقق شرط جزء علت و انتقال ملکیت از فروشنده به خریدار به حساب آمده و این پنداری باطل است، زیرا لازمه ی جزء علت دانستن شرط این است که در صورت عدم تحقق آن عقد باطل باشد در حالی که نه علامه و نه غیر او چنین اعتقادی ندارند ، بلکه شرط همان طور که در گذشته آمد چیزی جز پای بندی نیست. بر این اساس در رد دور می گوییم: ملکیت خریدار بر انجام شرط متوقف نیست بلکه تنها لزوم عقد بر آن توقف دارد.»<sup>۹۰</sup>

آنگاه در ادامه می نگارد:

«این که گفته شده اشتراط فروش مجدد کالا به فروشنده ی آن کاشف از این است که فروشنده قصد فروختن نداشته، قابل پذیرش نیست چه این که گاه غرض مالک از فروختن کالایش این است که آن مدت محدود از ملکیت او خارج و دوباره به او بازگشت کند و انگیزه های چنین اقدامی بسیار است نظیر: خوف از ظالم یا برای فرار از تعلق زکوة.»<sup>۹</sup>

آیت الله خوانساری در توجیه کلام علامه همت گمارده می نگارد:

«این که حصول ملکیت بر تحقق شرط در خارج متوقف نیست بر هیچ فاضلی پوشیده نیست پس چگونه بر کسی چون علامه مخفی می ماند، با این که نوشتار وی در تذکره و دیگر کتبش آکنده از این معنی است که «عقد سبب ملکیت بوده و حصول شرط موجب لزوم عقد می باشد». علاوه بر آن که علامه قدس سره به موارد نقضی که بر استدلال وی وارد شده مبنی بر این که «اگر ملکیت بر حصول شرط توقف می داشت بایستی اشتراط فروش کالا به غیر فروشنده و یا وقف آن بر فروشنده نیز مستلزم دور باشد.» توجه داشته و لذا خود به این معنی اشاره می کند: «چنانچه گفته شود دور مذکور در مورد اشتراط بیع کالا به غیر فروشنده نیز لازم می گردد، خواهیم گفت: از آن جا که فروختن کالا توسط خریدار به غیر فروشنده ممکن است به نحو توکیل یا عقد فضولی تحقق یابد از این رو بر ملکیت او توقف نداشته و دور لازم نمی شود.» بر این اساس، این که علامه تنها لزوم دور را در مورد اشتراط بیع کالا به فروشنده آن مطرح ساخته اند کشف از این حقیقت می کند که غرض ایشان افاده مطلب دیگری است و شاید علامه بر غیر معقول بودن اشتراط یاد شده اشاره دارند و ایرادهای مطرح شده نیز ناشی از سوء تعبیری است که در کلام ایشان واقع شده است.»<sup>۱۰</sup>

آنگاه آیت الله خوانساری در بیان وجه غیر معقول بودن شرط کردن فروش کالا به فروشنده ی آن

می نگارد:

«شرط باید مقدور و مملوک و تحت سلطه طرفی باشد که وفاء به آن برعهده او است. اما در این مساله، ویژگی یاد شده منتفی است زیرا ظرف زمانی اشتراط همان ظرف ملکیت بایع و عدم انتقال کالا به خریدار است، پس اشتراط فروش کالا به فروشنده آن به فروش کالا به مالک آن بازگشت می کند و این امری غیر معقول و تحصیل امر حاصل است. و لذا علامه فرموده است: اگر بایع شرط کند بعد از فرض خروج کالا از ملک

وی و انتقال آن به مشتری آن را به او بفروشد محذوری لازم نمی شود.»<sup>۱۱</sup>

## شرط هشتم : ذکر شرط در متن عقد:

«یکی دیگر از شروط صحت شرط، مذکور بودن آن در متن عقداست، از این رو چنانچه طرفین قبل از عقد بر انجام شرط توافق نموده باشند آن توافق در لزوم به وفاء به آن کافی نیست.»<sup>۳۲</sup>

شیخ انصاری رحمه الله علیه می فرماید:

«این مساله بین فقهاء اتفاقی است. زیرا کسی که انجام شرط را بر عهده گرفته، اگر قبل از عقد الزام شرط را بر خودش انشاء نموده باشد آن الزام ابتدائی بوده و به طور قطع وفاء به آن واجب نمی باشد، اگر چه اثر آن در نفس وی تا زمان عقد بلکه تا زمان حصول وفاء و بعد از آن باقی بماند. و چنانچه قبل از عقد، ایقاع آن را همراه با شرط به طرف دیگر وعده نموده باشد، اما به هنگام عقد ذکر شرط را ترك کند در این صورت نیز ملزومی از برای وفاء به شرط حاصل نشده است.»<sup>۳۳</sup>

آیت الله خوانساری قدس سره برای شرط از حیث وقوع و یا عدم وقوع آن در متن عقد سه صورت را متصور می داند:

۱- شرط گاهی در متن عقد معاوضی ذکر می شود. در این صورت در وجوب وفاء به آن برطرفی که انجام شرط بر عهده ی او است شبهه ی وجود ندارد.

۲- گاهی نیز شرط در متن عقدی مذکور نگشته، بلکه صرف تعهد و التزام فردی نسبت به دیگری بوده که به دنبال آن نیز عقدی واقع نشده است. این شرط که از آن با عنوان شرط ابتدائی یاد می شود، بدون شك مفید وجوب وفاء به آن نمی باشد و اجماع نیز بر عدم وجوب وفاء به آن قائم است. و چنانچه عموم «المؤمنون عند شروطهم» را بنا بر این که به التزام ضمن عقد بیع یا مطلق عقد اختصاص نداشته، شامل التزام ابتدائی نیز بدانیم، اجماع یاد شده مخصص آن خواهد بود.

۳- گاهی شرط، خواه به صفات عوضین بازگشت کند و خواه چیزی غیر از آنها باشد، قبل از عقد مورد توافق طرفین قرار می گیرد بدون این که در متن عقد ذکر شود. این گونه شروط که فقهاء از آن با عنوان شروط تبانی یاد می کنند از این جهت که آیا وفاء به آنها لازم بوده یا خیر، محل اشکال واقع شده است اگر چه مشهور این است که وفاء به این شروط لازم نیست.»<sup>۳۴</sup>

آنگاه ایشان ادله قائلان لزوم وفاء به شروط قسم اخیر را ذکر و به آنها پاسخ می گوید:

۱- شکی نیست که بعضی از امور نظیر تسلیم و تسلیم و این که ثمن از پول رایج شهر داده شود و

نظائر آنها از آن جهت که بنا به عرف و بر حسب عادت نزد طرفین معهود و روشن است، اگرچه در متن عقد مذکور نبوده بلکه حتی اگر عاقد، به آن توجهی نیز نداشته باشد، به مدلولی التزامی از برای عقد مبدل می شود. این مدلول تنها بدین جهت از برای عقد حاصل می شود که معلوم بودن آن امور نزد عرف و جاری بودن عادت ایشان بر الزام و التزام به آنها ایجاب می کند که عقد بر اساس آنها واقع شده و التزام به مفاد عقد منوط به تحقق آنها باشد به طوری که انتفاء آنها موجب خیار فسخ می شود. لذا ممکن است تبانی و توافق طرفین بر امری قبل از وقوع عقد نیز موجب این باشد که عقد بر اساس آن واقع شده و به آن مقید باشد، چه این که در تقید عقد به اموری غیر مذکور در آن بین این که تقید حاصل، ناشی از تعاهد عرفی آن امور باشد یا ناشی از تبانی طرفین عقد، فرقی نیست، بنابراین تقید عقد به شروط مورد توافق طرفین موجب لزوم وفاء به آنها می باشد.

مرحوم خوانساری در پاسخ می نگارند:

بین دو مقام مورد مقایسه فرق است زیرا قسم اول یعنی شروط ضمنی، خواه طرفین عقد آن را قصد نموده و خواه مقصود ایشان نبوده باشد، به جهت تعاهد عرفی به مدلول عرفی لفظ مبدل می گردد، و این بر خلاف آن چیزی است که ایشان بر آن قبل از عقد توافق می کنند، زیرا که آن هیچ گاه به مدلولی از برای لفظ مبدل نمی شود چه این که پرواضح است تبانی گوینده و مخاطب وی بر یک معنی موجب این نمی شود که لفظ به نحوی از انحاء دلالت بر آن معنی دلالت داشته باشد.

۲- سپس وجه دوم لزوم وفاء به آنچه قبل از عقد مورد تبانی طرفین قرار می گیرد را ذکر نموده می نگارند: تبانی طرفین بر اموری که به اوصاف عوضین بازگشت می کند انصراف لفظ ثمن و مثن را به آنچه که نزد ایشان معهود است موجب می گردد، از این رو در لزوم وفاء به آن شکی باقی نمی ماند. آنگاه در رد این وجه نیز می فرمایند:

تبانی و اتفاق طرفین خواه بر امری که به اوصاف عوضین بازگشت می کند قرار گرفته و خواه بر امری غیر از آنها استوار باشد، چنانچه به مقید ساختن ثمن و مثن به بعضی از خصوصیات بازگشت کند، آنگونه که از انتفاء قید انتفاء ثمن و مثن لازم آید، لزوم وفاء به آن قابل پذیرش است، لیکن در این صورت مقتضای تخلف شرط یا تعذر آن بطلان عقد است در حالی که بناء در شرط بر بطلان عقد استوار نیست بلکه التزام به شرط به نحوی است که در صورت غیرممکن بودن آن خیار ثابت می شود، و این معنی چیزی نیست که با

انصراف حاصل آید بلکه حصول آن به انشاء آن ضمن عقد نیازمند است.<sup>۶۶</sup>

شیخ انصاری نیز دلیلی را در لزوم وفاء به آنچه قبل از عقد مورد توافق و تہائی طرفین قرار گرفته ولی در متن عقد مذکور نگاشته بیان می کنند:

«چنانچه عقد همراه با توافق طرفین بر شرط، واقع شود، مفاد آن قیدی معنوی از برای عقد خواهد بود. از این رو وفاء به عقد تنها با عمل به آن قید انجام می پذیرد و عقد بدون تحقق آن قید، تجارتی مبتنی بر تراضی نبوده زیرا تراضی مقید به شرط حاصل شده بود. و فقہاء بر این که شرط چون جزئی از یکی از عوضین است تصریح نموده اند. علاوه بر آن، آنچه از عموم «المؤمنون عند شروطهم» بیرون است آن شرطی است که عقد بر آن بنا نشده باشد بنابراین شروط محل کلام نیز مشمول این حدیث است و وفاء به آن لازم می باشد.»<sup>۶۷</sup>

آیت الله خوانساری نیز این دلیل را به صورت ذیل بیان می نمایند:

تہائی بر شرط قبل از عقد اگرچه در ضمن آن مذکور نباشد سبب می شود تا تراضی معتبر در معامله منوط به آن باشد، پس معامله در صورت عدم تحقق شرط، تجارتی ناشی از تراضی نبوده و از این رو داخل در عنوان اکل مال به باطل خواهد بود، بنابراین وفاء به این شرط نیز لازم است.<sup>۶۸</sup>

آنگاه ایشان در رد این دلیل می نگارند:

«توافق بر شرط قبل از عقد، انگیزه بی در انشاء عقد می باشد. از این رو تخلف شرط از عقد موجب تصور در قصد انشاء عقد و تحقق مدلول آن نخواهد بود. و اگر تحقق قصد عقد به وجود شرط منوط می بود بایستی در صورت فقدان شرط باطل باشد نه این که خیار ثابت شود. از این رو ناگزیر باید ملتزم شویم که قصد معتبر در صحت معامله حتی در صورت فقدان شرط نیز تحقق می یابد.»<sup>۶۹</sup>

شیخ انصاری می فرمایند:

«باوجود آنچه گذشت، صاحب ریاض از بعضی بزرگان بر عدم لزوم وفاء به آنچه که اشترای آن در ضمن عقد واقع نشده، نقل اجماع نموده و پیگیری نظریات فقہاء در باب بیع و نکاح صدق اجماع حکایت شده را روشن می سازد، چه اینکه فقہاء در باب ربا برای این که دریافت فزونی در معاوضه دوشی یکسان حلال باشد احتیال را تجویز می کنند به این صورت که شیء به نظیرش فروخته شده و پرداخت فزونی مورد هبه واقع شود بدون این که هبه امر زائد در متن عقد لازم گرفته شود. و پرواضح است که حیلہ تنها با توافق قبلی بر هبه

فزونی بعد از بیع و استمرار پای بندی واهب به آن تا بعد از عقد، تحقق می یابد. علاوه بر آن که در باب نکاح نیز، ایشان عقد نکاحی را که در آن مدت و مهر معینی قصد شده، در صورت خلو آن از ذکر مدت، به عقد دائم منقلب می دانند.<sup>۶۹</sup>

آیت الله خوانساری نیز در این باره می فرمایند:

«کلمات فقهاء و این که ایشان شرط فاسد غیر مذکور در عقد را موجب فساد عقد ندانسته و تهانی بر آن را موجب بطلان معاوضه دو شیء یکسان همراه با دفع فزونی، به حساب نیاورده اند، ظهور در توافق آنها بر عدم لزوم وفاء به شرط غیر مذکور در متن عقد دارد.»<sup>۷۰</sup>

#### کتاب پانوشتها:

- ۱- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، ج ۲۶، ص ۳۱۳ با تصرف
  - ۲- سیاح، احمد، فرهنگ بزرگ جامع نوین، (تهران: کتاب فروشی اسلام، ج ۹، ۱۳۳۰ ه. ش)، ج ۲، ص ۷۱۸.
  - ۳- الانصاری، الشیخ مرتضی، المکاسب، (قم: امیرالمؤمنین، ۱۳۷۰ ه. ش)، ص ۲۷۵.
  - ۴- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، (قم: نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ه. ق)، ج ۷، ص ۳۲۹.
  - ۵- الانصاری، الشیخ مرتضی، المکاسب، ص ۲۷۵.
  - ۶- همان منبع، همان صفحه
  - ۷- بر این رای آخوند ابرادی وارد است که در مقاله «فرق مخصص لیب و لفظی در اعتبار عام نسبت به شبهات مصداقیه» از نگارنده در مجله علمی و پژوهشی دانشگاه الزهرا «س»، شماره ۱۱ و ۱۲، ص ۴۵-۴۴ آمده است
  - ۸- الآخوند الخراسانی، محمد کاظم، حاشیه کتاب المکاسب، تحقیق از مهدی شمس الدین، (تهران: وزارت ارشاد اسلامی، ج ۱، ۱۴۰۶ ه. ق)، ص ۲۳۵.
  - ۹- الانصاری، الشیخ مرتضی، المکاسب، ص ۷۶-۷۷.
  - ۱۰- همان منبع، ص ۸۳-۲۷۵.
  - ۱۱- همان منبع، ص ۲۷۶.
  - ۱۲- النجفی الخوانساری، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، (قم: مکتبه المحدثی، ۱۳۷۶ ه. ق)، ج ۲، ص ۱۰۳-۱۰۲.
  - ۱۳- در المعجم الوسیط، ص ۶۴۸ آمده است:
- الْقَرْرُ: الحَطْرُ. پس در صورت یاد شده مراد از غرر در معامله خطری مالی است که در صورت وجود نیافتن صفت برای طرف

- عقد حاصل می شود. البته عده ای ثبوت خیار فسخ را در صورت وجود نیاقتن صفت، مستلزم رفع خطر مذکور می دانند.
- ۱۴- الاتصاری، الشیخ مرتضی، المکاسب، ص ۲۷۶
- ۱۵- همان منبع، همان صفحه
- ۱۶- الآخوند الخراسانی، محمد کاظم، حاشیه کتاب المکاسب، ص ۲۳۶.
- ۱۷- همان منبع، همان صفحه
- ۱۸- آل کاشف الغطاء، الشیخ محمد حسین و الشیخ احمد، النظر الثاقب و نیل الطالب، تحقیق از الشیخ شمس الدین المجتهدی النجفی، (تهران: مطبعة الحیدری، ن)، ص ۱۷۵.
- ۱۹- الاتصاری، الشیخ مرتضی، المکاسب، ص ۷۷-۲۷۶.
- ۲۰- الخوانساری، الشیخ موسی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۰۳.
- ۲۱- الاتصاری، الشیخ مرتضی، المکاسب، ص ۲۷۶.
- ۲۲- النجفی الخوانساری، الشیخ موسی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۰۳.
- ۲۳- الآخوند الخراسانی، محمد کاظم، حاشیه کتاب المکاسب، ص ۲۳۶.
- ۲۴- الاتصاری، الشیخ مرتضی، المکاسب، ص ۲۷۶.
- ۲۵- النجفی الخوانساری، الشیخ موسی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۰۳.
- ۲۶- الاتصاری، الشیخ مرتضی، المکاسب، ص ۲۷۷.
- ۲۷- النجفی الخوانساری، الشیخ موسی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۰۳.
- ۲۸- بزورگانی چون آخوند خراسانی روایت یاد شده را از محمد بن مسلم دانسته، و نسبت دادن آن را به محمد بن قیس سهوی از شیخ انصاری و یا نساخ می دانند:
- الف: الآخوند الخراسانی، محمد کاظم، حاشیه کتاب المکاسب، ص ۲۳۹.
- ب: آل کاشف الغطاء، الشیخ محمد حسین و الشیخ احمد، النظر الثاقب و نیل الطالب، ص ۱۷۷.
- ج: النجفی الخوانساری، الشیخ موسی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۰۴.
- ۲۹- الاتصاری، الشیخ مرتضی، المکاسب، ص ۷۸-۲۷۷.
- ۳۰- همان منبع، ص ۲۷۸.
- ۳۱- همان منبع
- ۳۲- همان منبع
- ۳۳- النجفی الخوانساری، الشیخ موسی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۰۶-۱۰۵.
- ۳۴- الآخوند الخراسانی، محمد کاظم، حاشیه کتاب المکاسب، ص ۴۰-۲۳۹.
- ۳۵- النجفی الخوانساری، الشیخ موسی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۰۵-۱۰۴.



- ٣٦- الاخوند الخراساني، محمد كاظم، حاشية كتاب المكاسب، ص ٤٢-٤٤١.
- ٣٧- همان منبع، ص ٢٤٢.
- ٣٨- الانتصاري، الشيخ مرتضى، المكاسب، ص ٢٨١.
- ٣٩- النجفي الخوانساري، الشيخ موسى، منية الطالب في حاشية المكاسب، ج ٢، ص ١٢-١١١.
- ٤٠- الانتصاري، الشيخ مرتضى، المكاسب، ص ٢٨١.
- ٤١- همان منبع
- ٤٢- همان منبع ٢٨١-٨٢
- ٤٣- همان منبع، ص ٢٨٢
- ٤٤- النجفي الخوانساري، الشيخ موسى، منية الطالب في حاشية المكاسب، ج ٢، ص ١٣-١١٢.
- ٤٥- همان منبع، ص ١١٣.
- ٤٦- به بحث مشروح ايشان در اين زمينه در باب شرط چهارم مراجعه شود.
- ٤٧- النجفي الخوانساري، الشيخ موسى، منية الطالب في حاشية المكاسب، ج ٢، ص ١١٣.
- ٤٨- الانتصاري، الشيخ مرتضى، المكاسب، ص ٢٨٢.
- ٤٩- النجفي الخوانساري، الشيخ موسى، منية الطالب في حاشية المكاسب، ج ٢، ص ١٢٠.
- ٥٠- الانتصاري، الشيخ مرتضى، المكاسب، ص ٢٨٢.
- ٥١- النجفي الخوانساري، الشيخ موسى، منية الطالب في حاشية المكاسب، ج ٢، ص ١٢٠.
- ٥٢- الانتصاري، الشيخ مرتضى، المكاسب، ص ٢٨٢.
- ٥٣- النجفي الخوانساري، الشيخ موسى، منية الطالب في حاشية المكاسب، ج ٢، ص ١٢١.
- ٥٤- الانتصاري، الشيخ مرتضى، المكاسب، ص ٢٨٢.
- ٥٥- همان منبع
- ٥٦- آل كاشف الغطاء، الشيخ محمد حسين و الشيخ احمد، النظر الثاقب و نيل الطالب، ص ١٨٢.
- ٥٧- الاخوند الخراساني، محمد كاظم، حاشية كتاب المكاسب، ص ٢٤٣.
- ٥٨- آل كاشف الغطاء، الشيخ محمد حسين و الشيخ احمد، النظر الثاقب و نيل الطالب، ص ١٨٣.
- ٥٩- همان منبع
- ٦٠- النجفي الخوانساري، الشيخ موسى، منية الطالب في حاشية المكاسب، ج ٢، ص ١٢١.
- ٦١- همان منبع
- ٦٢- الانتصاري، الشيخ مرتضى، المكاسب، ص ٢٨٢.
- ٦٣- همان منبع

- ۶۴- النجفی الخوانساری، الشیخ موسی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۲۳.
- ۶۵- همان منبع، ص ۲۴-۱۲۳.
- ۶۶- الانصاری، الشیخ مرتضی، المکاسب، ص ۲۸۲.
- ۶۷- النجفی الخوانساری، الشیخ موسی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۲۴.
- ۶۸- همان منبع - همان صفحه
- ۶۹- الانصاری، الشیخ مرتضی، المکاسب، ص ۸۳-۲۸۲.
- ۷۰- النجفی الخوانساری، الشیخ موسی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۲۵-۱۲۴.

### فهرست منابع:

- ۱- الاخواند الخراسانی، محمد کاظم، حاشیة کتاب المکاسب، تحقیق مهدی شمس الدین، (تهران: وزارت ارشاد اسلامی، ج ۱، ۱۴۰۶ ه.ق).
- ۲- آل کاشف الغطاء، الشیخ محمد حسین و الشیخ احمد، النظر الثاقب و نیل الطالب تعلیقتان علی المکاسب، تحقیق شمس الدین المجتهدی النجفی، (تهران: مطبعة الحیدری، ن).
- ۳- ابن منظور، جمال الدین محمد، لسان العرب، (قم: نشر ادب الخوزة، ۱۴۰۵ ه.ق)، ج ۷.
- ۴- الانصاری، الشیخ مرتضی، المکاسب، (قم: چاپخانه امیرالمؤمنین، ج ۴، ۱۳۷۰ ه.ش).
- ۵- انیس، ابراهیم و منتصر، عبدالحلیم و الصواحی، عطیه و الله احمد، محمد خلف، المعجم الوسیط، (تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ج ۵، ۱۳۷۴ ه.ش).
- ۶- الخوانساری، الشیخ موسی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، (قم: مکتبة المحمدی، ۱۳۷۶ ه.ق)، ج ۲.
- ۷- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، زیر نظر دکتر محمد معین، (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۱ ه.ش).
- ۸- سرخوش، جواد، فرق مخصص لہی و لفظی در اعتبار عام نسبت به شبہات مصداقیہ، چاپ شدہ در مجلہ پژوهشی علوم انسانی دانشگاه الزهراء «س»، شماره ۱۱ و ۱۲.
- ۹- سیاح، احمد، فرهنگ بزرگ جامع نوین، (تهران: کتاب فروشی اسلام، ج ۹، ۱۳۳۰ ه.ش).
- ۱۰- الفیروزآبادی، السید مرتضی الحسینی، عناية الأصول فی شرح کفایة الأصول، (قم: فیروز آبادی، ج ۶، ۱۴۱۰ ه.ق)، ج ۲.
- ۱۱- المراغی الحسینی، میرفتاح الله، عناوین الأصول و قوانین الفصول، (تهران: سنگی، ۱۲۹۷ ه.ق).