

بررسی و تحلیل شروط نامشروع در حقوق موضوعه ایران

(تاریخ دریافت ۱۳۹۷/۰۲/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۷/۰۶/۱۵)

میلاذ میوه یان

پژوهشگر و مدرس دانشگاه

چکیده

عهد و پیمان از قدیم الایام مورد توجه و احترام انسانها بوده است و تاکنون نیز این سنت دیرین، پابرجاست. شرط ضمن عقد نیز به عنوان یکی از مصادیق عهد و پابندی به آثار و عواقب آن که در واقع تجلی اراده طرفین است همواره مورد تاکید شرع و قوانین عرفی بوده است اما این بدان معنی نیست که اعمال اراده و خواست دو طرف معامله هیچ مرز و چهارچوبی نداشته باشد کنترل اراده ها و تمایلات سرکش تمام نشدنی و سیری ناپذیر با ابزار قانونی بی تردید موجب مفیدتر واقع شدن قراردادها در زندگی حقوقی و روابط اقتصادی جاری در جامعه است. یکی از ابزارهای محدودکننده و کنترل کننده اراده افراد در مورد شرط لزوم همگامی آن با شرع و قانون به معنی عام است.

۲۰۱



بخش اول: مفهوم شرط نامشروع

عهد و پیمان از قدیم الایام مورد توجه و احترام انسانها بوده است و تاکنون نیز این سنت دیرین، پابرجاست. شرط ضمن عقد نیز به عنوان یکی از مصادیق عهد و پابندی به آثار و عواقب آن که در واقع تجلی اراده طرفین است همواره مورد تاکید شرع و قوانین عرفی بوده است اما این بدان معنی نیست که اعمال اراده و خواست د و طرف معامله هیچ مرز و چهارچوبی نداشته باشد کنترل اراده ها و تمایلات سرکش تمام نشدنی و سیری ناپذیر با ابزار قانونی بی تردید موجب مفیدتر واقع شدن قراردادها در زندگی حقوقی و روابط اقتصادی جاری در جامعه است. یکی از ابزارهای محدودکننده و کنترل کننده اراده افراد در مورد شرط لزوم همگامی آن با شرع و قانون به معنی عام است. یکی از مسائلی که فقها در ضمن مباحث مربوط به عقود د گاه در رساله های مستقل به آن پرداختند مبحث شرط نامشروع است شرط نامشروع از منظر علماء به شرطی اطلاق می شود که بر خلاف کتاب و سنت باشد. در این فصل برآنیم تا در دو مبحث مشروحا به توضیح این امر بپردازیم در مبحث اول شرط نامشروع از دیدگاه فقه و در مبحث دوم مفهوم شرط نامشروع از دیدگاه قانون مدنی را به تفصیل به بحث خواهیم نشست. شرع مقدس اسلام اگر چه بر اصول مسلمی مبنی بر لزوم پایداری مومنین بر تعهدات وفاداری آنان به شروط خویش پایه ریزی شده است لیکن لازمه وفاداری به شرط را مشروع بودن آن دانسته است. از اینرو چنانچه در عقد شرطی درج شود که با شرع مخالفت داشته باشد آن شرط فاسد است. باید دانست که در صورت مشروعیت شرط براساس اصل لزوم پابندی به عهد چنانچه وفاء به شرط مستلزم انجام فعلی باشد. انجام آن واجب و اگر مبتنی بر ترک عملی باشد ترک فعل مشروط بر مشروط علیه لازم می شود. اما اگر مفاد شرط انجام فعل نامشروعی باشد مانند شرب خمر و یا ترک عمل واجبی باشد مانند ترک نفقه زوجه دائمی بدون عذر موجه، چنین شرطی به واسطه مخالفت با شرع مفاسد می باشد. اما چنانچه موضوع شرط از اموری باشد که شارع آن را نهی ننموده و در مورد آن امری نیز نداشته باشد اشتراط آن اعم از اینکه فعل باشد و یا ترک فعل جائز است زیرا چنین شرطی مخالف کتاب و سنت نیست. به عبارت دیگر هر شرطی که دلیلی از سوی شارع بر وجوب یا ترک آن نباشد مانعی



در اشتراط آن وجود ندارد. در خصوص مشروع بودن شرط یعنی لزوم عدم مخالفت آن با کتاب و سنت روایاتی از ائمه معصومین سلام الله علیهم وارد شده است که بعضی از آنها عینا نقل می‌شود:

۱- محمد بن یعقوب عن عده من اصحابنا سله بن زیاد و احمد بن محمد جميعا عن ابن محبوب عن عبدالله بن سنان عن ابن عبدالله (ع) قال: «سمعتہ من اشترک شرکا مخالفا للکتاب الله فلا يجوز له و لا يجوز علی الذی اشترک علیه و المسلمون عند شروطهم مما و افق کتاب الله عزوجل»^۱

عبداله بن سنان از امام صادق نقل نموده که حضرت می فرموده: کسی مجاز نیست که شرطی مخالف کتاب و سنت مورد اشتراط قرار دهد همچنین کسی مجاز نیست که چنین شرطی را بپذیرد. مسلمان باید به شروط مورد توافق خود در آنچه که موافق کتاب و سنت است پایبند باشند.

۲- و باسناده (محمد بن یعقوب) عن الحسين بن سعيد بن النصر بن سويد عن عبدالله بن سنان عن ابن عبدالله (ع) قال: «المسلمون عن شروطهم الاكل شرط خالف کتاب الله عزوجل فلايجوز»

اما صادق علیه السلام می فرماید: مسلمین باید به شروط مورد اشتراط خود وفادار باشند مگر در صورتی که آن شرط مخالف کتاب و سنت باشد که در این صورت عمل به شرط جائز نیست.^۲

۳- صحیحہ نبوی عن ابی عبدالله (ع): «من اشترک شرکا سوی کتاب الله عزوجل فلايجوز ذلك ولا علیه»^۳

امام صادق از نبی مکرم اسلام نقل فرمودن که: جائز نیست که کسی بر خلاف کتاب خداوند متعال شرطی را مقرر نماید همچنین مشروط علیه نیز مجاز نیست که چنین شرطی را بپذیرد.

^۱ حر عاملی (ره)، وسائل الشیعه، جلد ۱۸، ناشر: دار احیاء التراث العربی، بیروت، دوره ۲۰ جلدی، صفحه ۱۶

^۲ حر عاملی (ره)، همان منبع جلد ۱۲، صفحه ۳۵۳

^۳ حر عاملی (ره)، همان منبع، جلد ۱۵ صفحه ۴۷



۴- موثقه اسحاق بن عمار عن امیر المومنین علیه السلام: «من شرط لامراته شرطاً. فلیف به لهافات المسلمین عن شروطهم. الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً»^۱

امیر المومنین فرمودند: کسی که شرطی را به نفع همسرش (در ضمن عقد مقرر می دارد) باید به آن وفا کند زیرا مسلمین به شروط خود پایبندند مگر اینکه به واسطه آن شرط حرامی حلال و یا حلالی حرام گردد.

بند اول : مفهوم لغوی و اصطلاحی « شرط »

« شرط » در لغت لازم گردانیدن امری یا چیزی در بیع یا در هر عقد و پیمانی، ملزم ساختن یا ملزم شدن به چیزی در هنگام معامله است و همچنین گفته شده است شرط به معنی الزام و تعلیق چیزی به چیز دیگری است^۲ که جمع آن شروط می باشد بعضی از علماء حقوق شرط را به شرایط نیز جمع بسته اند.^۳

در ترمینولوژی حقوق شرط اینکه تعریف شده است:

الف) امری است محتمل الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع کننده حدوث اثر حقوقی عقد یا ایقاع را کلاً یا بعضاً متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع نمایند.

ب) وصفی که یکی از طرفین عقد وجود آنرا در معامله تعهد کرده باشد بدون اینکه آن وصف محتمل الوقوع در آینده باشد.

در فقه « شرط » به معنی مطلق تعهد (اعم از ضمن عقد یا بطور مستقل و جدای از عقد) است به همین جهت شرط را به دو قسم تقسیم می کنند شرط ضمن عقد و شرط ابتدایی.

در اصطلاح اصول فقه شرط عبارت از هر امری است که وجود آن برای تحقق امر دیگری لازم باشد و در تعریف آن می گویند «**الشرط ما یلزم من عدمه و لایلزم من وجوده**

^۱ حر عاملی (ره)، همان منبع، جلد ۱۵، صفحه ۵۰

^۲ عمید، حسن، فرهنگ عمید، انتشارات امیر کبیر، چاپ اول ۱۳۶۳، صفحه ۷۹۲ و مجدالدین محمد بن یعقوب فیروز آبادی قاموس محیط، جلد ۲، ناشر دارالاحیاء التراث العربی - بیروت ۱۴۱۲ هـ ق صفحه ۳۶۸: الشرط هو الالزام و الالتزام، جمع: شروط

^۳ عدل مصطفی، حقوق مدنی، ناشر: بحر العلوم، چاپ اول ۱۳۷۳ صفحه ۱۴۰



الوجود یعنی شرط عبارت است از چیزی که اگر نباشد مشروط به وجود نمی آید ولی اگر شرط به وجود آید به تنهایی برای ایجاد مشروط کافی نیست.^۱ علماء علم حقوق از جهات مختلف واژه شرط را دارای معانی متفاوت دانسته اند^۲ چنانکه بعضی شرط را در مفهوم مدنی امر محتمل الوقوع در آینده دانسته اند که طرفین عقد یا ایقاع کننده حدوث اثر حقوقی یا ایقاع را متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع می کنند. همچنین آنرا وصفی دانسته اند که یکی از طرفین عقد وجود آنرا در مورد معامله تعهد کرده باشد بدون اینکه آن وصف محتمل الوقوع مربوط به آینده باشد که این معنا ناظر به شرط صفت است. همچنین در معنای فقهی شرط را به معنی مطلق تعهد اعم از ضمن عقد یا به طور مستقل و جدای از عقد می دانند و از منظر علم اصول فقه شرط عبارت است از چیزی که اگر نباشد مشروط به وجود نخواهد آمد اما اگر موجود باشد به تنهایی برای ایجاد مشروط کافی نیست.^۳ آنچه مسلم است اینست که واژه شرط معانی گوناگونی دارد لیکن در اصطلاح یکی از دو معنای ذیل را افاده می کند.

۱- امری است که وقوع واقعه یا عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی داشته باشد به عنوان مثال مطابق ماده ۱۹۰ قانون مدنی وجو دقصد و رضا اهلیت، موضوع و جهت مشروع، شرط صحت معامله هستند بدون اینکه هیچکدام از آنها با درستی و نفوذ عقد ملازمه داشته باشند.

۲- شرط، توافقی است که برحسب طبیعت خاص موضوع آن را با رضایت طرفین در شمار توابع عقد دیگری در آمده است شرط بدین مفهوم خود بر دو قسم است.

۱-۲) شرطی که بر حسب طبیعت موضوع آن خود التزامی مستقل نبوده و ناگزیر باید از توابع عقد دیگری باشد مانند شرط صفت که مربوط به اوصاف معامله اصلی است.

^۱ جعفری لنگرودی، محمدجعفر ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش - چاپ دوم ۱۳۶۷، صفحه ۳۸۰ و ۳۸۲

^۲ حائری شاهباغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی جلد اول انتشارات گنج دانش چاپ اول ۱۳۷۶ صفحه ۲۰۹ و امامی، سید حسن، حقوق مدنی جلد ۱ انتشارات اسلامی، چاپ هفتم ۱۳۶۸، صفحه ۲۶۸ کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها جلد سوم انتشارات بهنشر، چاپ اول ۱۳۶۸ صفحه ۱۲۱.

^۳ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان منبع، صفحه ۳۸۰





۲-۲) گروه دیگر شرطهایی هستند که می‌توانند بعنوان قرارداد مستقل مورد توافق قرار گیرند. ولی دو طرف بنا به ملاحظاتی انرا تابع عقد ساخته اند و نام شرط بر آن نهاده اند. مانند وکالتی که ضمن عقد نکاح شرط می‌شود در این فرض آنچه مورد تراضی است عقدی مرکب از دو قرارداد است با این قید که یکی از آن دو جنبه اصلی و دیگری جنبه فرعی دارد آنچه بعنوان نظریه (شرط ضمن عقد) شهرت یافته است معنای اخیر شرط است یعنی التزامی که ضمیمه تعهدهای اصلی عقد دیگر شده است که حدود و شرایط آن تعهدات را کامل ساخته یا آنها را تعدیل کرده است. از دیدگاهی دیگر شرط دارای دو کاربرد مصطلح است یکی اصطلاح مورد استفاده علماء علم نحو که عبارت است از جمله ای پس از حرف شرط واقع می‌شود و دارای ادات مخصوصی است دوم اصطلاح مورد استفاده دانشمندان علوم عقلی است که به اعتقاد آنان شرط عبارت است از امری که نبودن آن نبود حاصل آید ولی وجود آن مستلزم وجود مشروط نیست. قانون مدنی ایران تعریف مشخصی از شرط ندارد اما هر گاه در حقوق مدنی سخن از شرط به میان می‌آید مقصود یکی از دو معنای ذیل است:

۱- امری است که ساختمان اصلی عقد یا تاثیر یکی از اعمال حقوقی و یا وقایع حقوقی به آن وابسته است بعنوان مثال ماده ۱۹۰ قانون مدنی اشعار می‌دارد که:

«برای صحت هر معامله شرط ذیل اساسی است»:

- ۱- قصد طرفین و رضای آنها
- ۲- اهلتی طرفین
- ۳- موضوع معین که مورد معامله است
- ۴- مشروعیت جهت معامله

^۱ رجوع کنید به: کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، انتشارات بهنشر، چاپ اول، سال ۱۳۶۸، صفحه ۱۲۱ تا صفحه ۱۲۴

^۲ امامی سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۱ انتشارات اسلامیه، چاپ هفتم ۱۳۶۸ صفحه ۲۶۸

ملاحظه می‌شود که هر کدام از امور مذکور به منظور تشکیل ساختمان اصلی عقد شرط اساسی محسوب می‌شوند و در صورت فقدان هر کدام از آنها عقد وجود خارجی نخواهد یافت و یا ماده ۴۷ قانون مرقوم که می‌گوید:

«در حبس اعم از عمری و غیرقبض شرط صحت است» و از شرط به همین

معناست بطوری که وجود خارجی واقعه حقوقی عمری و امثال آن وابسته به آن است.

۲- توافقی است که بر حسب طبیعت خاص خود از توابع عقد دیگری قرار گرفته است مانند شرط صفت که به موجب طبیعت خاص خود همواره از لوازم عقد اصلی است و یا بر اساس تراضی طرفین تابع عقد اصلی قرار داده شود مانند وکالت که ممکن است به اراده متعاملین تابع عقد بیع یا عقد نکاح و یا دیگر عقود منظور شود.^۱ در این قسمت ذکر یک نکته جهت پیشگیری از وقوع اشتباه ضروری است و آن این است که باید دانست «شرط» و «قید» دو اصطلاح متفاوت و دارای آثار متفاوت هستند تفاوت اصلی این دو مفهوم در عدم استقلال قید از مقید و استقلال نسبی شرط از تعهد اصلی است بعبارت دیگر وجود مقید منوط به وجود قید است درحالی که وجود تعهد اصلی وابسته به شرط نیست بعنوان مثال اگر در ماده ۱۹۰ قانون مدنی معلوم بودن موضوع معامله را قید موضوع معامله بدانیم و نه شرط آن چنانچه قید وجود نداشته باشد مقید هم وجود نخواهد داشت یعنی اگر موضوع معامله مجهول باشد اساساً آن معامله وجود قانونی ندارد. در حالی که شرط یک چیزی عبارت است از ایجاد یک تعهد تبعی ضمن تعهد اصلی مانند شرطی که در ضمن عقد آورده می‌شود^۲ بدین ترتیب شرط به معنی الزام و التزامی است که جنبه تبعی و فرعی به خود گرفته و در ضمن عقد واقع می‌شود. شرطی که در ضمن عقد مورد توافق قرار می‌گیرد آنگاه که از ناحیه مشروط له به آن نگرسته می‌شود بعنوان یک الزام مورد نظر است^۳ و زمانی که از نظر مشروط علیه به آن می‌نگریم به معنی

^۱ کاتوزیان ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی قرارداد- ایقاع: ناشر: شرکت سهامی انتشار چاپ اول ۱۳۷۰،

صفحه ۲۹۶

^۲ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق تعهدات، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، صفحه ۷۱

^۳ شهیدی تبریزی میرفتاح، هدایت الطالب الی اسرار المكاسب، چاپ سنگی، تبریز ۱۳۷۵ هـ ق صفحه ۲۷۷





التزام می‌باشد که به مقتضای آن می‌بایست یا حقی را به دیگری منتقل نماید یا فعلی را به نفع دیگری انجام دهد و یا از انجام عملی خودداری نماید. اراده مشترک طرفین در هنگام انعقاد عقد مجموعه هماهنگ و یکپارچه ای را ایجاد می‌کند و آنچه در این مجموعه گنجانده می‌شود اعم از تعهدات اصلی و یا تعهدات فرعی و تبعی را باید جزئی از عقد دانست زیرا متعاملین قصد ایجاد مجموعه واحدی را نموده‌اند بنابراین بحث درباره شروط ضمن عقد نمی‌تواند امری جدا و کاملاً مستقل از عقد به حساب آید اما از آنجا که در حقوق همواره از شرط به عنوان یک امری تبعی نامبرده می‌شود و بین عقد و شرط و انگیزه اصلی بودن عقد و فرعی محسوب شدن شرط فاصله ایجاد شده است خود نظریه خاصی را بوجود آورده است. رابطه عقد و شرط علی‌الخصوص در آنجا که یکی از آن دو مبنا به دلایلی فاسد باشند یکی از مباحث بحث انگیز و پیچیده حقوقی را تشکیل می‌دهد. گاهی قراردادی قابلیت این که به تنهایی و مستقلاً واقع شود را دارد لیکن بنا به مصالحی بصورت شرط در ضمن عقد دیگری آورده می‌شود تا از امتیازات عقد اصلی استفاده نماید مثلاً چنانچه عقد اصلی لازم باشد از آن کسب لزوم نموده و در شمار توابع آن درآمده و زندگی حقوقی خود را سپری نماید و چ بسا قراردادی در درون خود از چند قرارداد بالقوه مستقل تشکیل شده باشد که قرارداد بعنوان مرکز ثقل ایفاء نقش نماید. به عنوان مثال قراردادی به منظور طراحی و ساخت یک مجموعه ورزشی بین دو طرف به امضاء می‌رسد کارفرما بجهت اینکه از تخصص مقاطعه کار استفاده بیشتری ببرد ضمن عقد اصلی به او وکالت می‌دهد که زمین مناسبی را برای ایجاد کارگاه خریداری نموده و مواد اولیه مورد نیاز را نیز فراهم نماید. مقاطعه کار نیز به منظور تحصیل سود بیشتر وکالت را می‌پذیرد و در اینجا که عقد وکالت می‌توانست بطور مستقل منعقد شود اکنون در قالب شرط از توابع عقد اجازه درآمده است و طبیعتاً مقاطعه کار امین و نماینده کارفرما است ولیکن در این مجموعه کارفرما دیگر نمی‌تواند او را از وکالت عزل کند زیرا وکالت بصورت شرط ضمن عقد لازم درآمده است. از یک سو شرط جزئی از عقد محسوب

^۱ علامه، سیدمهدی، شروط باطل و تاثیر آن در عقود، انتشارات مانی، چاپ اول ۱۳۷۵، صفحه ۸

می‌شود و از سوی دیگر چون عقد لازم لازم الوفا است به تبع عقد اصلی نمی‌توان از مفاد شرط نیز سرپیچی نمود. بنابراین سرنوشت و کالت که از عقود جائز است و بطور طبیعی و به تجویز قانون هر گاه طرفین تمایل داشته باشند می‌توانند آن را فسخ یا اقاله نمایند به قرارداد اصلی پیوند خورده است بطوری که با انحلال عقد اصلی از بین می‌رود و تا زمانی که مقاطعه کاری موجود باشد و کالت نیز باقی خواهد ماند و الزام آور خواهد بود.^۱ همانگونه که گفته شد شرط ضمن عقد همواره تابع عقد اصلی است این گونه رابطه آثار مهمی را در بر دارد که به مهمترین آنها ذیلاً اشاره می‌شود.

۱- پیش از اینکه طرفین عقد اصلی را بر هم زنند هیچ کدام از آنها حق فسخ شرط را ندارد هر چند که شرط مورد نظر از عقود جائز بوده و در قالب شرط آمده باشد نظیر عقد و کالتی که در ضمن عقد بیع به صورت شرط ضمن عقد مورد توافق قرار گرفته است به این توضیح که هر گاه عقد و کالت که عقدی جائز است بصورت شرط در ضمن عقد بیع آورده شود تا زمانی که قرارداد بیع پا برجا باشد نه و کیل حق استعفا دارد و نه موکل می‌تواند و کیل را عزل نماید مگر آنجا که شرط به سود یکی از طرفین و ایجاد التزام ناشی از شرط برای یکی از طرفین باشد نه هر دو طرف معامله مثلاً وقتی در ضمن عقد نکاح زوجه به زوج و کالت می‌دهد که ملک زوجه را مجاناً به خود انتقال دهد چون ایجاد التزام برای یک طرف و به سود طرف دیگر است زوج می‌تواند از این حق صرف نظر نماید.^۲

۲- در صورتی که عقد اصلی بنا به جهتی فسخ یا اقاله شود شرط ضمن آن نیز به تبع عقد از بین خواهد رفت مثلاً اگر در ضمن عقد نکاح شرط شود که زوجه در انتقال ملک مشخصی به خود یا دیگری که متعلق به زوجه است و کیل باشد با از بین رفتن علقه زوجیت میان زن و شوهر عقد و کالت نیز از بین می‌رود اما اگر انحلال عقد تبعی نیازمند تشریفات خاصی باشد با از میان رفتن عقد اصلی شرط ضمن عقد فاسد نمی‌گردد مثلاً اگر در ضمن عقد اصلی انحلال

^۱ کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها جلد سوم، صفحه ۱۲۰

^۲ رجوع کنید به کاتوزیان ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد- ایقاع، صفحه ۲۹۷ و ۲۹۸





عقد نکاح بصورت شرط آورده شود با انحلال یا اقاله عقد اصلی نکاح از بین نمی رود زیرا بر هم زدن نکاح صرفاً از طریق طلاق و با رعایت تشریفات آن امکان پذیر است.^۱

۳- هر گاه ثابت شود که عقد اصلی از ابتدا بنا به دلایلی باطل بوده است. شرط ضمن آن نیز باطل خواهد بود.^۲

۴- انحلال یا فساد شرط سبب فساد عقد اصلی نخواهد شد مگر در صورتیکه شرط فاسد از شروط مفسد باشد یعنی شرط خلاف مقتضای عقد باشد یا موجب مجهول شدن عوضین باشد و با باعث نامشروع شدن جهت معامله گردد.^۳

با توجه به آن بیان شد بطور خلاصه می توان گفت که شرط تعهدی است که در ضمن تعهد دیگری قرار می گیرد که در اثر آن رابطه ای بین این دو تعهد ایجاد می شود و شرط صورت تبعی به خود می گیرد و جز مورد اصلی که همان عقد است می گردد. بنابراین لازم است تا به این گونه شروط وفا شود مگر اینکه وفای به آن بدلالی واجب نباشد. حال که در اثر بستگی و رابطه ای که بین شرط و تعهد اصلی پدید می آید و درحقیقت از لحاظ معنوی شرط جز مورد معامله اصلی می شود این امر دو پرسش را در مقابل روی ما قرار می دهد:

۱- آیا باید تعهد تبعی نیز همانند عقد اصلی دارای شرایط اساسی مورد معامله باشد یا خیر؟ در پاسخ به این سوال می توان گفت همانگونه که از ماده ۲۳۲ قانون مدنی استنباط می شود^۳ شرط برای صحت شرط ضروری محسوب شوند مورد تعرض قانون گذار قرار نگرفته اند. این امور به تفصیل در بعضی از کتب فقهی مورد بحث قرار گرفته اند^۴ بنابراین براساس ظاهر مواد

^۱ همان منبع، همان صفحه

^۲ همان منبع، همان صفحه

^۳ مفاد مادتین ۲۱۷ و ۲۳۳ قانون مدنی

^۴ بعضی از فقها شرایطی را رای صحت شرط ذکر کرده اند از آن جمله علامه سید میرزا حسن موسوی بجنوردی در قواعد فقهیه جلد سوم صفحه ۲۲۵. شرط: ۱- مقدور بودن ۲- جائز بودن (مستلزم ترک واجب و فعل حرام نبودن) ۳- فایده عقلایی داشت ۴- عدم مخالفت با کتاب و سنت را بر شمرده اند و مرحوم شیخ انصاری در کتاب مکاسب جلد سوم صفحه ۲۵ تا ۲۵ چهار شرط دیگر را به شروط مذکور افزوده است که عبارتند از: ۱- لزوم عدم منافات شرط با مقتضای عقد ۲-

قانونی باید معتقد باشیم به این نکته که اگر شرط ضمن عقد فاقد هر کدام از امور مذکور در ماده ۲۳۲ قانون مدنی که غیرمقدور بودن نداشتن نفع و فایده عقلایی و نامشروع بودن باشد باطل است و در غیر این موارد بدلیل عدم تصریح قانون گذار نمی توان شرط را باطل دانست.^۱

۲- اما در پاسخ به این سوال که آیا بطلان شرط در اثر عدم رعایت شرایط اساسی صحت معامله موجب بطلان تعهد اصلی است یا خیر؟ باید گفته شود که وابستگی و رابطه معامله و شرط ضمن عقد را از دو منظر و دیدگاه می توان مورد بررسی و ملاحظه قرار داد:

۱- ارتباط و وابستگی شرط ضمن عقد به معامله اصلی:

در این رابطه طرفینی شرط تابع معامله اصلی است و بطور طبیعی در صورتیکه معامله اصلی دچار اختلال و نتیجتاً باطل شود شرط ضمن عقد نیز که موجودی تبعی است باطل خواهد بود.

۲- ارتباط و وابستگی معامله به شرط ضمن عقد:

اصلی بودن معامله و فرعی بودن شرط را کرارا متذکر شویم بر همین مبنا این مساله براحتی قابل درک است که بطلان موجود فرعی و تبعی علی القاعده نمی تواند موجب بطلان موجود اصلی شود به جهت اینکه وجود معامله منوط به وجود شرط نیست تا اینکه بطلان شرط موجب اختلال در ارکان اصلی عقد گردد و یا باعث از بین رفتن لااقل یکی از شرایط اساسی صحت معامله شود که در این صورت معامله بدلیل نداشتن شرایط صحت باطل شود مانند شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین شود و یا شرط نامشروعی که موجب نامشروع شدن جهت معامله شود.^۲ بر این اساس قانون مدنی نیز در قالب دو ماده ۲۳۳ و ۲۳۲ بین دو قسم از شروط تفاوت قائل شده است. در ماده ۲۳۲ شروط باطلی را ذکر نموده است که بطلان آنها به

لزوم مجهول نبودن شرط بطوریکه موجب ضرر شود ۳- شرط نباید مستلزم محال باشد مانند آنکه شرط شود مبیع به باع فروخته شود که این امر مستلزم دور است ۴- التزام به شرط باید در متن عقد باشد نه قبل از عقد.

^۱ امامی سیدحسن، حقوق مدنی، جلد یک، صفحه ۲۷۲

^۲ امامی سیدسجن، همان منبع، صفحه ۳۷۳



عقد اصلی سرایت نمی کند لیکن بطلان شروط باطلی که در ماده ۲۳۳ برشمرده شده است به عقد سرایت می کند.^۱

بخش دوم: مفهوم نامشروع و صور تحقیق آن

مفهوم نامشروع یکی از اوصاف وشرایطی است که در مباحث حقوقی و فقهی مورد تاکید و واجد آثار فراوانی است از جمله فقها امامیه در باب شروط ضمن عقد را متصرف به این وصف بوده باشد را از درجه اعتبار ساقط دانسته و همواره ۸ یکی از شرایط صحت شرایط را نامشروع نبودن آن می دانند^۲ که با تعابیر متفاوت بیان نموده اند. هر کدام از متعاملین ممکن است در ضمن عقد راجع به همان عقد و یا متفرعات آن شرایطی را مد نظر داشته باشند که مایل باشند در ضمن آن قید نمایند اما آنها اختیار مطلق ندارند که هر شرط دلخواهی را به عقد بگنجانند زیرا قانونگذار فقط اجازه درج شرط یا شروطی را به طرفین می دهد که خارج از چهارچوب پذیرفته شده قانون نباشد. قانون مدنی به صراحت در دو ماده ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی شروط باطل و مبطل را ذکر نموده و در بعضی از مواد قانونی دیگر نظیر ماده ۲۷۷ همان قانون بطور غیرمستقیم به این امر پرداخته است. یکی از شروطی که به موجب ماده ۲۳۲ قانون مدنی باطل بود ولی موجب بطلان عقد نمی شود شرط نامشروع است. وفاء به شرط نامشروع برای تعهد غیرمقدور و ناممکن است آنگاه که طرفین علیرغم آنکه می دانند که انجام امری قانونا ممکن نیست ولی آنرا در عقد نمی گنجانند بدیهی است که نشان از این دارد که آنها علاقه چندانی به انجام شرط ندارند و اساسا در مسائل حقوقی انجام امری که قانونا امکان پذیر نیست و به منزله این است که واقعا قدرت بر انجام آن وجود ندارد و هنگامی که طرفین می دانند که اثری بر شرط مقرر به واسطه نامشروع بودن آن مترتب نیست اما با این حال در ضمن عقد ذکر می نمایند می توان چنین دریافت که آنها در واقع قصد انجام آنرا ندارند و بنابراین با باطل دانستن

^۱ این بحث در قسمتهای آتی پیگیری خواهد شد.

^۲ انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب جلد ۳، دوره ۳ جلدی ناشر: انتشارات دهقانی، چاپ ۱۳۷۳ صفحه ۸ و ۷ نراقی مولی احمد عوائد الایام، چاپ اول انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی ۱۳۷۵، صفحه ۱۴۳ و موسوی بجنوردی، سیدمیرزا حسن، قواعد فقهیه جلد ۳ دوره ۷ ناشر اسماعیلیان، صفحه ۲۲۷



شرط نمی توان گفت که عقد بمطابق قصد مشترک آنها شکل نگرفته است و بنابراین محکوم به بطلان است.^۱ با عنایت به ماده ۱۰ قانون مدنی که مشعر به اصل آزادی قراردادها است طرفین قرارداد مجازند در روابط خصوصی خود قراردادهایی را منعقد نمایند و در ضمن آن تعهداتی را به نفع یا به ضرر یکدیگر درج نمایند لیکن آنچه مهم است این است که این تعهدات باید در محدوده قانون و به عبارت دیگر مشروع باشند چرا که قاعده بطلان تعهد نامشروع بر شروط به عنوان یک تعهد تبعی نیز حاکمیت دارد.^۲ آنچه مسلم است این است که چنانچه شرط مخالف شرع باشد و یا متضمن امری باشد که شرع مقدس آن را ممنوع نموده باشد باطل خواهد بود و به چنین شرط ضمن عقدی توجه نمی شود زیرا عمل کردن به شرط نامشروع ممکن نیست قانون نیز مشروط علیه اینگونه شروط را ملزم به ایفای آن نمی نماید. بعضی از حقوقدانان معتقدند که منظور قانونگذار از بند سوم ماده ۲۳۲ قانون مدنی شرط خلاف قوانین موضوعه کشوری است^۳ در حالیکه از اطلاق آن چنین استنباط می شود که شرط نامشروع علاوه بر اینکه شرط خلاف قوانین موضوعه را شامل می شود شرط خلاف شرع به معنی اخص کلمه یعنی کتاب و سنت و همچنین شرط مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه و عرف را نیز در بر می گیرد. در این قسمت لازم است به چند نکته که مفید به نظر می رسد بطور خلاصه اشاره شود:

۱- امری که نامشروع باشد در عالم حقوق غیرمقدور تلقی می گردد و همانگونه که قبلا اشاره شد اینگونه شروط تحت حمایت قانونگذار نیستند و آنچه را قانون پشتیبانی نمی کند نمی توان آن حق را بر آن نهاد ضمن اینکه علم و جهل متعاقدین نیز در این رهگذر بی اثر است.^۴

^۱ عدل مصطفی، قانون مدنی، صفحه ۱۴۰

^۲ کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها جلد ۲، صفحه ۱۹۷

^۳ امامی سیدحسن، حقوقی مدنی جلد ۱، صفحه ۲۷۵

^۴ امامی سیدحسن، همان منبع، صفحه ۲۷۵





۲- در این مقوله شرط نامشروع اعم از فعل و ترک فعل است مانند اینکه در ضمن عقد شرط شود که یکی از متعاقدین شخص محترمی را به قتل برساند و یا اینکه از دادن نفقه همسر دائمی خود با وجود همه شرایط امتناع نماید.^۱

۳- قانون مدنی در مورد اینکه شرط نامشروع در قالب کدامیک از اقسام شرط (شرط صفت، فعل و نتیجه) می تواند محقق شود ساکت است و بطور مطلق در ماده ۲۳۲ آنرا باطل اعلام نموده است. لکن با توجه به دیگر مواد قانون مذکور می توان دریافت که هر سه گونه شرط (اعم از شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل) می توانند از مصادیق شرط نامشروع باشند که به شرح آتی هر کدام را مورد بررسی قرار می دهیم:

الف) شرط فعل: به عنوان مثال هر گاه متعاملین در ضمن قرارداد بیع شرط نمایند که خریدار شخص ثالث را مورد ضرب و جرح قرار دهد این شرط که شرط فعل است و به واسطه مخالفت با قانون ممنوع و نامشروع است چون ماده ۲۴۰ قانون مدنی اشعار می دارد: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع بشود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت...» و از سوی دیگر قاعده «الممتنع شرعا کالممتنع عقلا» به روشنی دلالت بر فساد این شرط می نماید همچنین موضوع شرط ممکن است ترک فعل باشد به عنوان مثال بر مشروط علیه شرط شود که در محل کار خود که موظف به حضور است بدون دلیل حاضر نشود.

ب) شرط صفت: ماده ۲۳۵ قانون مدنی مقرر می دارد: «هر گاه شرطی که در ضمن عقد شرط شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ خواهد داشت»

بنابراین امکان اینکه شرط نامشروع شرط صفت باشد وجود دارد نظیر اینکه در عقد بیعی که موضوع آن تحویل مقداری گوشت می باشد شرط شده باشد که گوشت مورد نظر از نوع حیواناتی نظیر خوک تهیه شود.

^۱ امامی سیدحسن، همان منبع، صفحه ۲۷۵

ج) شرط نتیجه: تحقق شرط نامشروع در قالب شرط نتیجه با توجه به تعریف شرط نتیجه و آثار آن نیازمند دقت بیشتری است. شرط نتیجه آنگونه که در قانون مدنی تعریف شده است عبارت از «تحقق امری در خارج است»^۱ که خود به خود و به صرف اشتراط در ضمن عقد و به محض انعقاد عقد ایجاد می‌شود مثلاً اگر در ضمن عقد اجاره شرط شود که اثاثیه موجود در منزل مورد اجاره به ملکیت مستاجر در آید، به محض ایجاد عقد اجاره تملیک آن اموال به مستاجر حاصل می‌شود و نیازی به انجام بیع جداگانه و یا الزام موجر به تملیک نیست.^۲ در اینجا بنا را بر این نهاده ایم که پس از ادای توضیحاتی پیرامون مباحث مقدماتی و اساسی شرط نامشروع صور تحقق آن را نیز بررسی نماییم و در این خصوص آنچه قبل از ورود به مباحث تفصیلی قابل ذکر است این است که آنچه می‌تواند بر نامشروع بودن شرط دلالت داشته باشد و منجر به بطلان آن گردد. مخالفت آن با کتاب و سنت، مخالفت با قوانین موضوعه کشور، نظم عمومی اخلاق حسنه و نیر عرف (در جائیکه نقش اساسی و تعیین کننده داشته باشد) می‌باشد که هر کدام از عناوین مذکور را جداگانه به بحث خواهیم گذاشت.

۱- شرط مخالف کتاب و سنت.

۲- اجمالاً گفته شد شرط نباید مخالف کتاب و سنت باشد. اما مراد از شرط مخالف کتاب و سنت چیست؟ و به عبارت دیگر «المومنون عند شروطهم» به چه معناست آیا به این معنی است که شرط الزاماً باید موافق با کتاب و سنت باشد؟ و یا اینکه مخالف کتاب و سنت بودن شرط کافی است؟



^۱ ماده ۲۳۴: شرط بر سه قسم است: ۱- شرط صفت ۲- شرط نتیجه ۳- شرط فعل اثباتا یا نفیا

شرط صفت: عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله

شرط نتیجه: آن است که تحقق امری در خارج شرط شود

شرط فعل: آنست که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود

^۲ کاتوزیان ناصر، قواعد قراردادها جلد سوم، صفحه ۲۲۶



مرحوم شیخ انصاری معتقد است^۱ اولاً مراد از کتاب آن است که خداوند بر بندگان لازم نموده است حتی اگر از زبان رسول گرامی اش بیان شده باشد به عبارت دیگر منظور از کتاب الله فقط قرآن کریم نیست بلکه مراد «ما کتب الله علی عباده» می‌باشد و تفاوتی ندارد که در قرآن مجید مذکور باشد و یا در احادیث نبویه از حضرت رسول منقول باشد. بنابراین در اینصورت مخالفت با آنچه که حضرت رسول در مقام تشریح می‌فرمایند مخالفت با کتاب الله است.

ثانیاً می‌توان گفت که موافقت شرط با کتاب الله به معنی عدم مخالفت با آن است زیرا اگر شرط مخالف شرع نباشد لامحاله موافق یکی از عمومات و اطلاقات وارده در کتاب و سنت خواهد بود. بهر حال به نظر می‌رسد که آنچه موجب عدم مشروعیت شرط و مالا باعث بطلان آن می‌شود مخالفت آن با کتاب و سنت است. متعاقدین در ضمن انعقاد عقد نباید به شرطی توافق کنند که با کتاب و سنت مخالفت داشته باشد. بعضی از وقتها مخالفت با کتاب و سنت را به شرط مخالف مقتضی عقد تفسیر موده اند به این ترتیب که شرط مانع تاثیرگذاری اثری که شارع برای عقد قرارداد است باشد.^۲ همچنین در مورد مخالفت شرط با کتاب و سنت گفته شده است که شرط نباید با حکم شرعی اقتضایی مخالفت داشته باشد مثلاً چنانچه کسی

^۱ انصاری شیخ مرتضی، مکاسب جلد ۳، صفحه ۹

^۲ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام جلد ۲۳ از مجموعه ۴۳ جلدی، کتاب التجاره، انتشارات داراحیاء التراث العربی صفحه ۱۹۹ و ۲۰۰. ایشان در ادامه طرح مبحث شرط نامشروع می‌فرمایند: «لیکن از بیان بعضی فقها از جمله فاضل (ره) در قواعد مشخص می‌شود که از مواردی که شرط مخالفت شرع محسوب می‌شود آن جایی است که شرط منافی مقتضی عقد باشد مانند شرط عدم بیع یا هبه یا آزادی بنده یا نزدیکی و مواقعه با کنیز (یعنی اینکه در ضمن عقد بیع شرط شود که خریداری حق فروش مبیع را هبه کردن مبیع، آزاد کردن بنده و نزدیکی کردن با کنیز خریداری شده را نداشته باشد) یا اینکه اگر ثالثی مبیع را غضب نمود خریدار ثمن معامله را بتواند استرداد نماید یا امثال آن. بلکه (ابن زهره) در غنیه فرموده است که از جمله شروط فاسدی که مورد اختلاف هم نیست آن اس تکه شرط مخالف مقتضی عقد باشد مانند آنکه شرط شده باشد که خریدار مبیع را قبض نکند و یا از آن استفاده نکند و گروهی از فقها قائلند به اینکه ضابطه منافی بودن شرط با مقتضای عقد آن است که شرط مانع ترتیب اثری که شارع برای عقد از حیث علت وجودی اش قرار داده و بر آن مرتب نموده است شود. (گفتنی است که این بیان و استدلال مورد قبول صاحب جواهر (ره) نیست و به آن پاسخ داده و آنرا رد نموده است.

دیگری را برای عملی اجیر نماید به شرط آنکه در ظهر ماه رمضان روزه اش را افطار نماید چنین شرطی بدلیل اینکه با امری مخالفت دارد که مقتضای آن زیر پا گذاشتن حکم شرعی است باطل می‌باشد.^۱ ضابطه مخالفت شرط با کتاب و سنت این است که اگر شرط با آنچه شارع مقرر نموده منافات داشته باشد و یا با آنچه شارع نفی کرده است موافق باشد چنین شرطی با کتاب و سنت مخالفت دارد. بنابراین اگر کسی در ضمن عقد ترک واجب و یا ارتکاب فعل حرامی را شرط نماید مسلماً چنین شرطی مخالف کتاب و سنت است زیرا ارتکاب حرام و ترک واجب امری است که شارع آن را نفی و ممنوع نموده است اما اگر ترک فعلی را که واجب نبوده یا انجام فعلی که حرام نباشد را شرط نماید (اعم از اینکه آن امر مکروه یا مباح باشد) چنین شرطی با کتاب و سنت مخالفت ندارد زیرا شارع فعل یا ترک فعلی را که از متعلقات احکام غیرالزامیه باشد را منع نمی‌کند. بنابراین در مورد اخیر، شرط، با آنچه شارع ثابت نموده است منافات نداشته و با آنچه که شارع آنرا منع نموده است موافق نیست البته اگر بر مشروط علیه شرط گردد و با خود وی ملتزم شود که آنچه را که شارع حلال کرده است بر او حرام باشد و یا آنچه را شارع حرام کرده است بر او حلال باشد و نیز در سایر احکام پنجگانه به اینکه حاکم برخلاف آنچه شارع قرار داده است چنین شرطی اساساً با کتاب و سنت مخالف است.^۲ براساس آنچه بیان شد می‌توان گفت گاهی شرط با حکمی که برای موضوعی مقرر شده است مخالفت دارد مثلاً شرط مخالف اوامر و نواهی کتاب و سنت می‌باشد یعنی شرط متضمن ترک واجب یا فعل حرامی است که در این صورت از باب تحریم حلال یا تحلیل حرام چنین شرطی باطل و بلاثر می‌گردد چون شرط ملتزم را به انجام امر غیر مشروع مکلف می‌نماید فاسد است و نتیجه فساد چنین شرطی عدم الزام مشروط علیه به انجام آن می‌باشد.^۳ گاهی شرط بر حکمی وارد می‌شود که مباح است در این وضعیت از آنجا که تحلیل حرام و یا تحریم حلالی صورت نمی‌گیرد چنین شرطی را نمی‌توان باطل و بلاثر دانست. توضیح این

^۱ محمد حسن نجفی، همان منبع، همان صفحه

^۲ موسوی بجنوردی، سیدحسن، قواعد الفقهیه جلد ۳، صفحه ۲۲۹ و ۲۳۰

^۳ علامه سیدمهدی، شروط باطل و تاثیر آن در عقود، صفحه ۹۶ و ۹۷





مطلب تحت عناوین جداگانه و به تفضیل مورد بررسی قرار می‌گیرد. با طرح یک سوال را پی می‌گیریم. آیا آنچه متصف به صفت مخالفت با کتاب و سنت می‌گردد خود مشروط است؟ مانند اینکه در ضمن عقد شرط شود که شخصی از غیر خویشاوند خود ارث ببرد و یا اجنبی از او ارث ببرد. و یا منافع مبیع برای غیرمشتري باشد که در اینصورت می‌توان گفت نفس ملتزم خلاف کتاب و سنت است. یا اینکه التزام به صیغه مصدری نباید مخالف کتاب و سنت باشد؟ مانند اینکه مجرد عدم تزوج خلاف کتاب نیست ولی التزام به این شرط بطور مطلق مخالف با اباجه تزوج است و از این رو نفس التزام مخالف کتاب و سنت است. مرحوم شیخ انصاری پس از تبیین این مسئله منظور از مخالفت شرط با کتاب و سنت را مخالفت نفس التزام با آن می‌داند و روایت «اسحاق بن عمار» را نیز دلیل واضحی بر این امر دانسته است. آنچه‌آنکه در این روایت آمده است: «المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حلالا» ملاحظه می‌شود که تاکید بر روی فعل شرط کننده است و همچنین به روایت دیگری اشاره نموده است که می‌فرماید «الشرط جائز بین المسلمین مال یمنع منه کتاب اوسنه» یعنی مادامی که کتاب و سنت شرط (به معنی مصدری) را ممنوع نکرده باشد جائز است.^۱

۲- شرط مستلزم تحلیل حرام و تحریم حلال

در روایتی که اسحاق بن عمار نقل کرده است چنین آمده است که: «المؤمنون عند

شروطهم الا شرطا حلالا او احل حراما»

حال باید روشن شود که مقصود از تحریم حلال و تحلیل حرام چیست؟

هر گاه طرفین به شرطی توافق نمایند که براساس آن حکم حرامی مانند حرمت شرب خمر حلال شمرده شود و یا حکم واجبی مانند وجوب اقامه نماز حرام گردد یقیناً این شرط باطل و بلااثر است و بلکه به اعتقاد بعضی از فقها این امر غیرمقدور و ناممکن است زیرا تحریم حلال و تحلیل حرام در محدوده اختیارات انسان نیست و این امر در اختیار شارع است. اما اگر طرفین بر انجام فعل حرامی مانند قماربازی و یا ترک عمل واجبی نظیر دادن نفقه به عائله

^۱ انصاری شیخ مرتضی، مکاسب ج ۳، صفحه ۹ و ۱۰

^۲ انصاری شیخ مرتضی، همان منبع، صفحه ۱۷

واجب النفقه ترازی نمایند اینگونه شروط از مصادیق شروط حلال کننده حرام و حرام کننده حلال محسوب می‌شوند. بنابر این اگر به حسب حکم شرعی امری حرام شده باشد ولی به واسطه شرط ضمن عقد امر مورد نظر بخواهد حلال شود و یا امر حلالی بخواهد حرام گردد در چنین وضعیتی چون شرط و حکم آن موضوع متعارض هستند^۱ شرط مقدور لازم الوفاء نیست. چنین وضعیتی را در حقوق کنونی می‌توان با قوانین آمده و تکمیلی مقایسه نمود. چرا که در عالم حقوق، متعاملین نمی‌توانند برخلاف قواعد و قوانین آمره شرطی را در ضمن عقد درج کنند و چنانچه بر چنین شرطی توافق کنند شرط باطل و بلااثر خواهد بود. با توجه به آنچه ذکر شد معلوم می‌شود که دلالت بعضی از احکام نظیر حرمت شرب خمر بر موضوعشان ثابت است به گونه‌ای که تحت هر شرایطی این موضوع دارای حکم مزبور بوده و قابل سلب از آن نیست بنابراین هر گونه تعهد به انجام یا ترک فعل متعلق چنین احکامی چنانچه بر خلاف حکم تشریحی باشد از موارد تحلیل حرام و تحریم حرام خواهد بود^۲ اکثر واجبات و محرمات از این دسته اند بطوری که این احکام نسبت به موضوع خود ثابت هستند و توافق بر خلاف آنها بی اعتبار و غیرقابل اجرا است. دسته دیگری از احکامی هستند که بر موضوع خود بطور مطلق حاکمند و لیکن چنانچه موضوع آنها دچار تغییر شود حکم اولیه متغیر خواهد بود یعنی عنوان ثانوی سبب تغییر موضوع و تغییر موضوع نیز موجب تغییر حکم اولیه می‌شود به عنوان مثال



^۱ تحقق تعارض به این صورت است که از یکسو با حکم و جوب و فاء به شرط که مستفاد از احادیث وارده است مواجه هستیم و از سوی دیگر با حکم لزوم اجتناب از ارتکاب فعل حرام روبرو هستیم.

^۲ از یک دیدگاه احکام بر دو دسته اند: احکام وضعی و احکام تکلیفی: به آنچه که در لسان فقهی و اصول و شرعی حکم گفته می‌شود و یکی از پنج حکم تکلیفی هم نباشد حکم وضعی گفته می‌شود مانند شرطیت و سببیت احکام تکلیفی که احکام خمسه تکلیفیه هم خوانده شده اند شامل ۵ حکم است. ۱- وجوب که عبارت است از خواستن انجام کاری از سوی شارع و یا راضی نبودن به ترک آن بطوری که انجامش پاداش و ترک آن کیفر داشته باشد مانند وجوب نماز و ادای امانت ۲- حرمت که عبارت است از خواستن ترک کاری و راضی نبودن به انجام آن بطوری که ترک آن پاداش و انجامش کیفر داشته باشد مانند شراب خواری ۳- استحباب که عبارت از خواستن انجام کاری بنحوی که انجامش پاداش ولی ترک آن کیفر نداشته باشد مانند کمک به مستمندان ۴- کراهت که عبارت است از طلب انجام کاری و یا ترک انجام کاری نظیر مسافرت با اتوبوس (رجوع شود به محمدی ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی نشر دانشگاه تهران- ۱۳۶۸)



دادن نفقه از طرف زوج به زوجه در شرایط اولیه واجب است اما اگر زوجه بنا به دلایلی ناشزه گشته و بدون عذر موجه از انجام وظایف قانونی و شرعی خود سرپیچی کند دیگر مستحق دریافت نفقه نخواهد بود بنابراین حکم و جوب انفاق با تغییر در موضوع، حکم و جوب از ذمه زوج برداشته می شود و حکم اباحه جایگزین آن می شود و یا مثال دیگری که در رابطه با شرط می توان عنوان کرد این است که: در شرایط عادی و اولیه خوردن میوه امری مباح است لیکن اگر در ضمن عقدی نخوردن میوه برای مدت معینی شرط شود، در اینجا حکم اباحه اولیه رفع و بجای آن لزوم وفای به شرط که همان نخوردن میوه است جایگزین می شود. بحث ما در این مقاله عمدتاً به دو قسم اول از احکام تکلیفی یعنی وجوب و حرمت مربوط می شود که شرط مخالف آنها موجب تحریم حلال یا تحلیل حرام می شود. خلاصه اینکه اگر شرط به احکام وضعیه شرعیه غیر قابل تغییر تعلق داشته باشد و یا احکام تکلیفیه مثل حرام و ترک واجب تعلق یابد چنین شرطی باطل است و الاشکالی در اشتراط آن نیست. نکته دیگری که در این بحث قابل ذکر است این است که در مقام تردید در مورد اینکه آیا شرطی که مقرر شده است فاسد یا صحیح است باید گفت همانگونه که شیخ انصاری (ره) فرموده اند اصل صحت شرط است مگر اینکه دلیل خاصی برفساد آن وجود داشته باشد که بموجب آن تحلیل حرام یا تحریم حلال محقق شود و عموم «المؤمنون عند شروطهم» بر صحت شرط به عنوان یک اصل دلالت دارد.^۱

۳- التزام به ترک مباح

گفته شد هر شرطی که مخالف حکم شرعی باشد باطل است و چنانچه اشتراط به انجام یا ترک آن واقع شود اگر از مصادیق تحلیل حرام و تحریمی حلال باشد فاسد خواهد بود، همانگونه که نفس ارتکاب حرام و یا ترک واجب (بدون اشتراط) در مورد احکام تکلیفیه الزامیه خلاف حکم خداوند است. اما در مورد احکام غیر الزامیه یعنی اباحه، استحباب و کراهت چنین نیست یعنی می توان فعل یا ترک فعل متعلق احکام غیر الزامیه را مورد اشتراط

^۱ شیخ انصاری، مرتضی مکاسب جلد ۳ صفحه ۱۷

قرار داد کمااینکه بدون اشتراط هم این موارد را می توان انجام داد و یا ترک کرد زیرا خود شارع مقدس این اجازه را داده است. و هر گاه فعل یا ترک امور مذکور در عقد شرط شود وفای به شرط بر مشروط علیه واجب می شود به عنوان مثال فروش مال توسط مالک یا به نمایندگی از او توسط دیگری و نیز اجاره آن به دیگری مباح است اما اگر در ضمن عقد فروش آنرا به دیگری شرط نموده باشد بر او واجب می شود زیرا وجه غالب در شرط ایجاد امری است که قبل از اشتراط بر شخصی واجب نبوده است و پس از آن به واسطه ادله لزوم وفای به شرط انجام امر مورد توافق بر او واجب می شود.^۱ در خصوص اشتراط موارد یاد شده نظرات گوناگون وجود دارد. بعضی از بزرگان بر این اعتقادند که اشتراط بر فعل مرجوح و ترک مستحب مطلقا (چه بصورت مستمر و دائمی و چه بصورت موقت) مخالف کتاب و سنت نیست.^۲ بعضی دیگر نیز معتقدند که اگر مشروط از مباحات و شرط متضمن ترک آن باشد از جهت شرط بر ترک امر مباح، چنین شرطی فاسد می گردد زیرا امر حلالی را حرام کرده است اما اگر شرط به انجام امر مباحی تعلق گیرد صحیح می باشد چون در این صورت نه حرامی حلال شده و نه حلالی حرام شده است. هر چند تعهد بر ترک فعل مباح سبب انجام فعل به واسطه وجوب عمل به شرط می گردد و مسئولیت مشروط علیه را در صورت عدم وفا به همراه دارد ولی این امر حکمی ثانویه است که از عقد و تعهد نشات گرفته است ضمن اینکه اشتراط بنحوی است که صدمه ای به حکم اولیه (اباحه) وارد نمی سازد بلکه تنها مشروط علیه مکلف می شود تا به واسطه ایجاد یک مانع (تعهد) مدتی آنچه را به مقتضای اصاله الاباحه قابل انجام بود ترک نماید نه اینکه اشتراط به معنای تحریم فعل حلال و رفع حکم اولیه (اباحه) باشد^۳ به این ترتیب التزام به ترک مباح به معنای تحریم حلال نیست. اما آیا اگر این التزام بطور مداوم و به نحو مستمر بر کسی شرط شود باز هم چنین شرطی جائز است و عملا از موارد تحریم حلال به شمار نمی آید؟ در پاسخ به این سوال گفته شده است اشتراط بر ترک امر واجبی نشده است

^۱ انصاری شیخ مرتضی مکاسب، جلد ۳، صفحه ۲۸ و ۲۹

^۲ نراقی مولی احمد عوائد الایام صفحه ۱۵۱

^۳ شهیدی مهدی، مجموعه مقالات (مقاله رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق کلی اجرای حقوق) صفحه ۱۸۱ و ۱۸۲



تا مصداق مخالفت با کتاب و سنت را پیدا کند. همچنین گفته اند صدق تحریم حلال، مشروط به دو امر است: اول) دائمی بودن شرط دوم) مشروط ترک نوعی مباح باشد نه یکی از مصادیق آن و از این رو نتیجه گرفته اند که اگر مورد اشتراط ترک یکی از موارد مباح باشد حتی اگر بطور دائم نیز باشد اشکالی ندارد.^۱ بنابراین آنچه که به عنوان التزام به ترک مباح مورد قبول است التزامی است که بطور جزئی و مرحله ای بوده نه اینکه کلی و دائمی باشد به عبارت دیگر باید بین التزام بر ترک مباح بطور نوعی و نسبت به بعضی از مصادیق آن تفاوت قائل شد همانگونه که بین ترک مباح بطور دائم است که منهی عنه است. به این ترتیب ملاحظه می شود که هر شرط متضمن ترک امر مباح را نمی توان از مصادیق تحریم حلال و نتیجتاً باطل و بلااثر دانست و روشن است که در اینصورت یعنی اگر التزام به ترک مباح بصورت خاص و جزئی را از مصادیق تحریم حلال بدانیم ناگزیر باید بسیاری از تعهدات روزمره موجود در زندگی حقوقی جامعه را باطل بدانیم. به عنوان مثال اگر این تلقی را بپذیریم طلبکار علی رغم اینکه صاحب حق محترمی است نمی تواند در مقابل مدیون ملتزم شود که تا یک سال طلب خود را مطالبه نماید و یا اینکه مالک دربر ابر مستاجر خود نتواند دریافت اجاره بهای مقرر را به تاخیر اندازد در حالیکه اگر مورد از مصادیق تحریم حلال باشد این امر امکان پذیر نیست زیرا در مورد اخیر اجرای حکم نهی مستلزم ترک تمامی مصادیق فعل منهی عنه است و بدیهی است که ارتکاب هر کدام از مصادیق امر مباح تحریم حلال محسوب نمی شود چون در این صورت اول یعنی ارتکاب یک مورد از موارد متعلق حکم نهی به معنی رفع حکم نهی تلقی می شود اما در صورت دوم یعنی التزام به ترک یکی از مصادیق امر مباح به معنای رفع حکم جواز نبوده و بنابراین فاقد اشکال است.^۲ نتیجه مباحث مطرح شده در این قسمت این است که التزام به ترک مباح چنانچه دائمی نبوده و نوع مباحات را شامل نشود از مصادیق تحریم حلال و یا تحلیل

^۱ موسوی بجنوردی سیدحسن، القواعد الفقهیه جلد ۳، صفحه ۲۳۱ تا ۲۳۳

^۲ شهیدی مهدی - مجموعه مقالات حقوقی، مقاله رابطه انسانی با حقوق کلی مدنی و حق کلی اجرای حقوق صفحه ۱۸۱ تا



حرام نیست و از این رو با کتاب و سنت منافاتی ندارد بنابراین چنین شرطی بلاشکال و صحیح است که لازمه این امر و وجوب وفاء به آن است.

نتیجه گیری

براساس اصل حاکمیت اراده که در ماده ۱۰ قانون مدنی منعکس شده است متعاملین می توانند هر امری را که بخواهند تعهد نمایند یکی از اموری که این اصل متریقی را محدود می سازد این است که کلیه تعهدات و الزامات و التزامات باید در محدوده قانون و شرع تشکیل شده و به زندگی خود ادامه دهند. در غیر این صورت اعتباری برای آنان نمی توان قائل شد بنابراین تا زمانی که تعهدی خلاف قانون و شرع نباشد نافذ و لازم الاجراء است. در این میان شرط ضمن عقد به عنوان وسیله ای برای تعدیل خواسته های طرفین و یا تحدید اراده آنها جایگاه خاصی را به خود اختصاص داده است در فقه امامیه به استناد بعضی از روایات واصله از ائمه علیهم السلام نظیر حدیث شریف نبوی «المؤمنون عند شروطهم» برپابندی به شروط تاکید شده است مگر آنجا که شرط مخالف شرع (اعم از کتاب و سنت) باشد. قانون مدنی ایران که عموماً مقتبس از فقه امامیه است این تاسیس حقوقی را در قالب موادی مطرح نموده است. البته با پذیرش ماده ۱۰ قانون مدنی که تعهدات ابتدایی را نیز در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد در بر می گیرد چندان نیازی به طرح مباحث مربوط به شرط ضمن عقد احساس نمی شود. لیکن به هر تقدیر قانون مدنی شرط را به عنوان یک تعهد تبعی به طور جدی مورد توجه قرار داده و در موارد قانونی زیادی به آن پرداخته است. شرط به معنای بکار برده شده در حقوق مدنی به عنوان یک تعهد تبعی با عقدی که ضمن آن آمده است بستگی و رابطه نزدیکی پیدا می کند بطوری که گاهی نمی توان آنها را از یکدیگر جدا دانست و در واقع پیکره واحدی را تشکیل می دهند و به همین دلیل اگر تعهد اصلی که همان عقد است بنا به دلایلی باطل شود ضمن آن نیز باطل خواهد شد زیرا وجود شرط (تعهد فرعی) قائم به وجود عقد (تعهد اصلی) است اما عکس این قضیه همیشه صادق نیست یعنی اگر بنا به جهتی تعهد فرعی باطل شود موجب بطلان تعهد اصلی نمی شود مگر اینکه بطلان شرط موجب اخلال در ارکان اصلی عقد شود. بر همین مبنا تفاوت ماده ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی و تقسیم بندی خاصی



که در این ماده صورت گرفته است روشن شود به این توضیح که شروط مندرج در ماده نخست که خود باطلند ولی مبطل عقد نیستند شروطی هستند که در انعقاد یا عدم انعقاد معامله موثر نیستند بنابراین در مورد شرط نامشروع مندرج در عقد می‌توان گفت که اندراج آن در ضمن عقد از سوی طرفین حامی از عدم علاقه آنها به انجام شرط مورد نظر است زیرا وقتی متعاملین می‌دانند که شرط مورد توافق امری است که قانوناً غیرممکن است و با این فرض اقدام به درج آن می‌نمایند گویا علاقه‌ای به انجام آن ندارند. لیکن شروط موضوع ماده ۲۳۳ که هم باطل و هم مبطل عقد شناخته شده‌اند شروطی هستند که طرفین با در نظر گرفتن آنها به معامله تن در می‌دهند بطوری که اگر آن شروط محقق نشوند معامله‌ای صورت نخواهد گرفت به عبارت دیگر چون در ماده ۲۳۲ رابطه شرط و معامله رابطه فرعی به اصلی است بطلان شرط موجب معامله نمی‌شود.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی



منابع و ماخذ

- ۱- دکتر اسکینی ربیعا، مباحثی از حقوق تجارت بین المللی، نشر ندا، چاپ اول ۱۳۷۱
- ۲- دکتر الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، ناشر: مرکز نشر دانشگاهی چاپ اول ۱۳۶۸
- ۳- دکتر امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۱ و ۴، ناشر: اسلامیه، چاپ هفتم، ۱۳۶۸
- ۴- حائری (شاهباغ)، سیدعلی، ناشر گنج دانش، چاپ اول ۱۳۷۶
- ۵- دکتر جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، ناشر گنج دانش، چاپ سوم ۱۳۷۱
- ۶- دکتر جعفر لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، ناشر: گنج دانش، چاپ دوم ۱۳۶۷
- ۷- دکتر جعفر لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، ناشر: انتشارات دانشگاه تهران ۱۳۶۹
- ۸- دکتر شایگان، سیدعلی، حقوق مدنی، انتشارات طه، چاپ اول ۱۳۷۵
- ۹- دکتر شهیدی، مهدی، مجموع مقالات حقوقی (مقاله: رابطه انسان با حقوق مدنی و حق کلی اجرای حقوق)
- ۱۰- عدل، مصطفی (منصور السطنه)، حقوق مدنی ناشر: بجرالعلوم، چاپ اول ۱۳۷۳
- ۱۱- علامه، سیدمهدی، شروط باطل و تاثیر آن در عقود، ناشر: مانی چاپ اول ۱۳۷۵
- ۱۲- عمید، حسن، فرهنگ عمید، انتشارات امیرکبیر، چاپ اول ۱۳۶۳
- ۱۳- دکتر کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (وقایع حقوقی)، ناشر شرکت سهامی انتشار چاپ دوم ۱۳۷۷
- ۱۴- دکتر کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها) جلد پنجم، ناشر: شرکت سهامی انتشار چاپ دوم

