

نگرشی نو بر مفهوم «شرط نامشروع» و اثر آن بر صحت عقد از دیدگاه مذاهب خمس و حقوق ایران*

محدثه معینی فر**

چکیده

عقود و متعلقات آن به جهت ارتباط عمیق و پیچیده‌ای که با ساحت‌های مختلف زندگی بشر دارند، از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند. یکی از متعلقات مهم عقود، شروط هستند که به واسطه رابطه‌ای که با عقود دارند، می‌توانند بر صحت یا عدم صحت آن مؤثر باشند. در پژوهش پیش رو کوشیده شده به روش اسنادی و با استفاده از روش توصیفی، تحلیلی به این پرسش اساسی پاسخ داده شود که تعریف و اثر «شرط نامشروع» بر صحت عقود در فقه و حقوق ایران چیست؟ نتایج این پژوهش نشان می‌دهد، تعاریف فقها از شرط نامشروع با وجود تفاوت ظاهری به یک مفهوم بازمی‌گردد. علاوه بر این، درباره اثر آن بر صحت عقود میان فقها اختلاف است؛ عده‌ای آن را فاسد و غیر مفسد، عقد و برخی آن را فاسد و مفسد عقد می‌دانند و در نهایت، برخی قائل به تفصیل شدند که از میان تفصیلات، به نظر می‌رسد تفصیل مرحوم نجفی (صاحب جواهر) نسبت به سایر تفصیلات دقیق‌تر باشد، زیرا ویژگی‌ها و احوالات شرط نامشروع و نحوه تأثیر آن را بر عقد مورد بررسی قرار داده است. در این تفصیل ایشان معتقد است شرط نامشروع فاسد است، اما مفسد عقد نیست، مگر اینکه مستلزم انتفای شرطی از شروط صحت عقد باشد. قانون مدنی از نظریه نخست تبعیت نموده است که البته به نظر می‌رسد از این میان، نظریه تفصیلی صاحب جواهر، مطلوب‌تر و در عین حال دقیق‌تر است.

کلید واژه‌ها: شرط، نامشروع، عقد، سائخ، فاسد، مفسد.

* تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۸/۰۴/۱۸ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۸/۰۷/۲۰.

** استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشکده علوم و تحقیقات اسلامی دانشگاه بین‌المللی



مقدمه

با توجه به اهمیت عقود در زندگی اجتماعی انسان‌ها، پرداختن به عقود و بررسی جوانب مختلف آن مانند «شروط عقد» ضروری است. یکی از اقسام شروط که در عدم صحت آن میان فقها اختلافی نیست، «شرط نامشروع» است. اهمیت شرط نامشروع از آنجا نشئت می‌گیرد که شرع و در پی آن قانون، نقش بسیار مهمی در زندگی افراد جامعه اسلامی بازی می‌کنند. بنابراین، در جامعه اسلامی، افراد به دنبال آن هستند که رفتار خلاف موازین شرعی نداشته باشند. در نتیجه، آشنایی با ابعاد مختلف شروط به ویژه شرط نامشروع ضروری به نظر می‌رسد. چه بسا ممکن است هیچ یک از طرفین هنگام عقد، نسبت به نامشروع بودن شرط مطلع نباشند و این امر می‌تواند مسائل و مشکلات بسیاری را به همراه داشته باشد.

پژوهش حاضر درصدد پاسخگویی به این سؤال است که مفهوم و اثر شرط نامشروع بر صحت عقود در فقه امامیه، فقه اهل سنت و حقوق ایران چیست؟ این پژوهش به روش اسنادی و با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی انجام شده و بر این فرضیه مبتنی است که شرط نامشروع دارای تعریف نسبتاً یکسانی در سه حوزه فوق‌الذکر است و اثر آن را بر صحت عقود می‌توان در چند نظریه خلاصه نمود که مهم‌ترین آن‌ها، صحت عقد باوجود ابطال شرط نامشروع و عدم صحت آن با وجود ابطال شرط مذکور است.

در این مقاله، پس از بررسی مفهوم شرط نامشروع از دیدگاه فقهای امامیه و اهل سنت و حقوق مدنی، انواع شرط نامشروع از دیدگاه فقهای امامیه بررسی و در نهایت، دیدگاه‌های فقهای مذاهب خمس دربارۀ آثار و احکام آن در عقد بیان می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی

در این قسمت از مقاله، به مفهوم شرط از دیدگاه فقه امامیه، اهل سنت و حقوق ایران پرداخته می‌شود.

أ) مفهوم شرط نامشروع در فقه امامیه

از منطوق و مفهوم کلام فقهای امامیه می‌توان چند دیدگاه را درباره مفهوم شرط نامشروع به دست آورد. برخی آن را فقط شرط مخالف کتاب خدا (فاضل آبی، ۱۴۰۸ق، ج ۱: ۴۷۴) و برخی دیگر آن را شرط مخالف کتاب و سنت می‌دانند. (طوسی، ۱۴۰۸ق:

۲۹۷؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ۳۴۹؛ حلی، ۱۴۱۳ق: ۲: ۱۳۶؛ قمی، بی تا: ۲۵۹؛ حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱: ۲۴۶ و ۲۶۲؛ محقق کرکی، ۱۴۱۱ق، ج ۱۳: ۳۱؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۵۰۵؛ حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱۰: ۲۶۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۲: ۲۵۲)

از این گروه، ابن ادریس حلی برای نظر خود به دو روایت «المؤمنون عند شروطهم» و «شرط جائز بین المسلمین» (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۳۳۳) و محقق حلی تنها به حدیث «المؤمنون عند شروطهم» استناد کرده‌اند. (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۱۳۶)

علاوه بر این، برخی در کنار کتاب و سنت، مخالفت با اجماع را نیز لحاظ می‌کنند. (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۴۱۰) همچنین، برخی علاوه بر مخالفت با کتاب و سنت، شرطی را که حلالی را حرام و حرامی را حلال کند، شرط نامشروع تلقی کرده‌اند. (نراقی، ۱۴۱۷ق: ۱۲۸) البته برخی دیگر از فقها شرط نامشروع را فقط شرطی می‌دانند که حلالی را حرام و حرامی را حلال کند. (بحرانی، ۱۳۶۹، ج ۱۹: ۳۲)

بعضی نیز شرط نامشروع را شرطی تلقی کرده‌اند که با شرع منافات دارد. (حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۹؛ حلی، ۱۳۸۷، ج ۱: ۵۱۱) به علاوه، شیخ انصاری و برخی به تبع ایشان، شرط نامشروع را «شرطی می‌دانند که فی نفسه جایز نباشد». (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۶: ۲۵)

برخی نیز این شرط را با شرط مخالف اقتضای عقد درآمیختند و در تعریف شرط نامشروع گفته‌اند: «شرطی که اقتضای عقد را ندارد و مخالف کتاب و سنت است که شرط مذکور، شرطی باطل است، اما مبطل عقد نیست». (طوسی، ۱۴۰۸ق: ۲۹۷)

علاوه بر آنچه در مطالب فوق اشاره شد، علامه در بحث بیع در کتاب *تذکره الفقهاء* در تعریف شرط مشروع گفته است: «شرطی که در بیع مطلوب عقلا باشد، جایز و در نتیجه، مشروع است». (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱۰: ۱۳۳)

به نظر می‌رسد علامه حلی، بنای عقلا را نیز معیاری برای شرط مشروع می‌داند و در مقابل، شرط نامشروع، شرطی است که عقلا آن را مطلوب ندانند؛ بنابراین، هر یک از شروط که دست‌کم با یکی از منابع فقهی (قرآن، سنت، اجماع و عقل) در تعارض باشد، می‌تواند شرط نامشروع تلقی شود.

در نهایت، با توجه به عبارت‌های فقهای امامیه، می‌توان تعریف زیر را برای شرط نامشروع استنباط کرد:



- شرط نامشروع، شرطی است که دست‌کم یکی از عناوین زیر بر آن منطبق باشد:
- با کتاب یا سنت یا اجماع یا بنای عقلا مخالفت داشته باشد یا به عبارتی با شرع منافات داشته باشد؛
 - حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند؛
 - شرطی که فی‌نفسه جایز نباشد.

ب) مفهوم شرط نامشروع در فقه اهل سنت

برخی فقهای حنفی با استناد به حدیث «کل شرط لیس فی کتاب الله فهو باطل و ان کان مائه شرط» معتقدند شرط نامشروع، شرطی است که در کتاب خدا بیان نشده است. (ازدی حجری مصری، ۱۴۲۲ق، ج ۲: ۴۹۷) همچنین، برخی فقهای حنفی شرط فاسد یا به تعبیر بهتر مفسد را چنین تعریف می‌کنند:

شرطی که با مقتضیات عقد تناسب ندارد و شرع آن را تأیید نکرده و عرف مردم نیز آن را معتبر ندانسته است، بلکه در آن منفعتی برای یکی از متعاقدان وجود دارد.

فقهای شافعی ذیل موضوع شروط مقتضای عقد بیان می‌کنند:

اگر شرط، خلاف مقتضای عقد باشد، ولی در آن مصلحتی باشد، آن شرط جایز است، زیرا شرع آن را تأیید نموده و نیاز به آن، موجب عدم فساد عقد است. (نووی، بی‌تا، ج ۹: ۳۶۳؛ زحیلی، بی‌تا، ج ۵: ۱۶۳؛ فیروزآبادی، بی‌تا، ج ۲: ۲۲؛ فیروزآبادی، بی‌تا، ج ۱: ۸۱) و اگر شرطی خلاف دو مورد فوق باشد، بیع باطل است. (زحیلی، بی‌تا، ج ۵: ۱۶۴؛ فیروزآبادی، بی‌تا، ج ۱: ۸۱)

بنابراین، اگر شرطی خلاف مقتضای عقد باشد و مصلحتی نداشته باشد، شرط نامشروع است. علاوه بر این، در تعریف دیگر آمده است: «ذک لیس فی معنی ما ورد به الشرع». (شریبینی، ۱۳۷۷، ج ۶: ۳۷۳)

از دیدگاه فقهای حنبلی، منظور از شرط نامشروع همان شرط غیر صحیح است که در شرع نسبت به آن نهی وارد شده است یا منافی با مقتضای عقد است که به دو بخش تقسیم می‌شود: ۱. آنچه باطل است و مبطل نیست؛ ۲. آنچه باطل و مبطل است. (زحیلی، بی‌تا، ج ۹: ۵۱-۵۰)

علاوه بر این، از دیدگاه آنان، طبق حدیث نبوی ﷺ: «کل شرط لیس فی کتاب الله فهو باطل»، شرطی را که خدا بیان نموده، مشروع است و آنچه دلالت بر عدم

مشروعیت دارد، حرام کردن حلال و حلال کردن حرام است. همچنین، آنان با استناد به حدیث «المسلمون عند شروطهم الا شرطاً احلّ حراماً او حرّم حلالاً»، معتقدند شرط نامشروع شرطی است که حلالی را حرام و حرامی را حلال کند. ضمن آنکه این شرط از مصلحت‌های عقد نیست، بلکه خلاف مقتضای عقد است. (مقدسی، بی‌تا، ج ۷: ۵۲۸)

فقه‌های مالکی هرچند به شرط فاسد اشاره کرده، اما درباره شرط نامشروع مطلبی را طرح نکرده‌اند. از دیدگاه آنان، شرط فاسد، شرطی است که تأثیر در ثمن دارد که در نتیجه، بیع در اثر آن فاسد می‌شود و شرط فاسدی که تأثیری در ثمن ندارد، هر چند خود، فاسد است، اما مفسد عقد نیست. (قرطبی، ۱۴۰۸ق، ج ۹: ۷۷)

در یک جمع‌بندی از آرای دانشمندان اهل سنت، می‌توان به دو قول درباره شرط نامشروع رسید:

از نظر فقه‌های ظاهری، تنها شرطی جایز است که شرع آن را اجازه داده است و غیر از آن‌ها نامشروع هستند. (مبنای حظری) ادله فقه‌های ظاهری شامل سه روایت زیر است:

۱. روایت بریره: «ماکان من شرط لیس فی کتاب الله فهو باطل». هر شرطی که در قرآن یا حدیث نباشد، باطل است و اگر اجماعی درباره آن نیز نباشد، در کتاب خدا هم نیست.

۲. قیاس همه شروط منافی موجب عقد با اشتراط ولاء: علت در این قیاس، مخالفت با مقتضای عقد است، زیرا مقتضیات عقود به واسطه شرع واجب شده‌اند، بنابراین، تغییر آن‌ها به منزله تغییر عبادات و تغییری است که شارع لازم دانسته است. پس اشتراط یا شرط گذاشتن، خلاف مقتضای عقود شرعی، تغییر مشروع است.

۳. حدیثی از ابوحنیفه و ابن ابی لیلی: «ان النبی ﷺ نهی عن بیع و شرط».

اما فقه‌های حنفی، حنبلی و شافعی با اهل ظاهر مخالف‌اند و این شروط را بسط داده‌اند، زیرا از نظر آنان قیاس، معانی و آثار صحابه نیز معتبر هستند. جمهور فقها علاوه بر سنت و اجماع، قیاس را نیز ملاک عدم مخالفت با شرع دانسته‌اند؛ بنابراین، اگر بر صحت شرط قیاسی دلالت کند که مدلول آن سنت یا اجماع باشد، گویی مدلول آن کتاب خداست و داخل در قرآن است. از این دیدگاه، اصل در عقود و شروط، جواز و



صحت است. پس هیچ شرطی حرام یا باطل نیست، مگر اینکه شرع از طریق نص یا قیاس دلالت بر تحریم یا ابطال آن نماید. (نووی، بی تا، ج ۹: ۳۶۵-۳۶۲)

علاوه بر این، حدیث دیگری نیز وجود دارد (الناس علی شروطهم ما وافقت الحق) که منظور از حق در آن، حقیقت مذهب است، پس شرط نباید حلالی را حرام و حرامی را حلال کند. اگر چنین کند، شرط مبطل حکم خداست و در واقع آنچه را خدا واجب گردانیده، ساقط کرده است. (همان: ۳۶۷)

در قانون مدنی ایران، تعریفی از شرط نامشروع وجود ندارد و تنها در ماده ۲۳۲ به این امر اشاره شده که شرط نامشروع و دو شرط دیگر ذیل این ماده باطل هستند، اما مفسد عقد نیستند، اما حقوق دانان در تعریف شرط نامشروع گفته اند:

شرطی را نامشروع گویند که با قوانین امری یا نظم عمومی و اخلاق حسنه منافی باشد. مقصود ماده ۲۳۲ تنها حمایت از قانون در برابر قراردادهای خصوصی نیست، بلکه قانونگذار با به کار بردن اصطلاح «نامشروع» خواسته است اخلاقی بودن شروط را نیز تأمین کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۰۴)

۲. اقسام شرط نامشروع

فقه‌های اهل سنت بحثی را با عنوان انواع شرط نامشروع مطرح نکرده‌اند، اما از دیدگاه فقه‌های امامیه شرط نامشروع به سه نوع تقسیم می‌شود:

أ) تقسیم نخست

در یک تقسیم شرط نامشروع به دو گروه تقسیم شده است:

۱. شرط مخالف کتاب و سنت؛
 ۲. شرط غیر موافق کتاب و سنت.
- لسان روایات وارده در خصوص مخالفت یا عدم موافقت با کتاب و سنت متفاوت است، درحالی که معیار بر اساس نص روایات دیگر، صرف عدم مخالفت با کتاب و سنت است.

شیخ انصاری بعد از نقل این دو دسته روایات که به ظاهر متعارض‌اند، آن‌ها را به این صورت جمع کرده که ضابطه و معیار اصلی، عدم مخالفت شرط با شرع است، زیرا هر شرط غیر مخالف، با توجه به عمومات و اطلاقات ادله، ناگزیر موافق شرع خواهد بود. (طباطبایی یزدی، ۱۳۳۷، ج ۲: ۱۰۹)

ب) تقسیم دوم

از دیدگاه دیگر، شرط نامشروع دارای انواعی است:

۱. شرط مخالف با احکام وضعی ناشی از عقد؛

۲. شرط مخالف با مطلق احکام شرعی.

بر همین اساس، برخی چون صاحب جواهر، صاحب ریاض و سید عاملی، معیار را مخالفت با مطلق احکام شرع دانسته‌اند، اما در مقابل بزرگانی چون ملا احمد نراقی، ضابطه نامشروع بودن را مخالفت با احکام وضعی ناشی از عقد دانسته‌اند.

قائلان به نظر اخیر استدلال نموده‌اند که گرچه شرط در مواردی همچون شرط عدم ملکیت، مخالف حکم شرع نیست، اما چون مخالف آثار بیع است، پس باطل است؛ البته این شرط بیشتر به شرط خلاف مقتضای عقد نزدیک است و این گروه در واقع، ملاک اصلی را در مخالفت شرط با مقتضای عقد می‌دانند و در نتیجه، این نوع از شروط را به علت تناقض با ذات عقد باطل می‌انگارند. (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۳: ۲۰۲)

اما قائلان نظر نخست، معیار در شرط نامشروع را مخالفت با کتاب و سنت می‌دانند. (طباطبایی، ۱۴۱۵ق، ج ۸: ۲۵۵)

ج) تقسیم سوم

در تقسیم دیگر، شرط نامشروع شامل موارد زیر است:

۱. نامشروع بودن نفس شرط؛

۲. نامشروع بودن التزام به شرط.

این تقسیم ناشی از تفاوت شروط با یکدیگر است، زیرا برخی شروط، خود نامشروع هستند، ولی برخی دیگر ذاتاً حرمتی ندارند، اما التزام به آن‌ها نامشروع و غیرمجاز است. البته نظر فقها در اینجا متفاوت است، عده‌ای مانند شیخ انصاری معتقدند هر دو ملاک معتبر می‌باشد. (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۶: ۲۵) اما عده‌ای دیگر بر این نظرند که معیار، نامشروع بودن نفس شرط است. (همان)

در حقوق ایران نیز شرط نامشروع دارای اقسامی است که در ذیل اشاره می‌شود:

۱. شرط خلاف قانون: شرط خلاف قانون در صورت امری بودن قوانین باطل است،

زیرا مقصود قانونگذار در مورد قوانین تکمیلی و تفسیری، تعبیر اراده اشخاص و کامل



ساختن قراردادهای ناقص است و در نتیجه، شرط کردن آن‌ها زیانی به این هدف نمی‌رساند.

۲. شرط خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه: قاعده‌ای مربوط به نظم عمومی است که در شمار اصولی قرار گیرد که دولت در انجام وظایف خود باید از آن پیروی کند، خواه این نظم مربوط به سیاست و اقتصاد یا امور اداری یا خانواده باشد. غالب قواعد مربوط به نظم عمومی ناشی از قوانین امری است، ولی گاه اتفاق می‌افتد که قراردادی با هیچ یک از مواد قانون منافات ندارد و با این وجود، به دلیل مخالفت با اخلاق حسنه و جریحه‌دار کردن احساسات مردم، با نظم عمومی برخورد پیدا می‌کند.

نکته مهم دیگر این است که نامشروع بودن جهت شرط برای بطلان آن کافی است، زیرا نه تنها این امر از اطلاق ماده ۲۳۳ به‌خوبی برمی‌آید، منطقی هم نیست که قانون مشروعیت جهت را در قراردادهای اصلی منع کند و در عقود تبعی مباح شمارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۰۵-۳۰۴)

۳. اثر شرط نامشروع بر صحت عقد در فقه امامیه و اهل سنت

هر چند حکم جواز شروط ضمن عقد در میان فقهای امامیه از جمله مباحث اتفاقی است، اما در میان فقهای اهل سنت، اختلاف نظرهایی درباره حکم خود شروط وجود دارد. بنابراین، پیش از پرداختن به بحث اثر شرط نامشروع بر صحت عقد، لازم است دیدگاه فقهای اهل سنت درباره شروط زائد بر عقد مطرح شود. از دیدگاه فقهای اهل سنت، شروط زائد بر عقد یا شروط جعلی، شروطی هستند که همراه با انشای عقد لحاظ می‌شوند، در حالی که به پیکره عقد ارتباطی ندارند و نصی هم درباره اباحه یا تحریم آن‌ها وجود ندارد. آرای فقهای اهل سنت درباره جواز یا عدم جواز آن به سه دسته تقسیم می‌شود:

۱. جمهور فقهای اهل سنت

اصل عدم پذیرش این شروط است، مگر آنکه موافق مقتضای عقد باشند یا آنکه نصی در مورد اباحه آن‌ها وجود داشته باشد، مانند روایتهای پیامبر ﷺ:

- من اشترط شرطا لیس فی کتاب الله فهو باطل. (ترمذی، ۱۴۰۳ق، ج ۳: ۲۹۵)؛

- لایحل سلف و بیع و لا شرطان فی بیع (احمد بن حنبل، بی تا، ج ۲: ۱۷۹)
از میان این گروه، فقهای حنفی عقود را به دو دسته تقسیم نمودند که این عقود یا به واسطه شرط فاسد، فاسد می‌شوند یا نمی‌شوند:

۱. بیع، اجاره، کتابت و رهن با شرط فاسد، باطل می‌شود.
 ۲. نکاح، هبه، صدقه، خلع و صلح در قتل عمد با وجود شرط فاسد، فاسد نمی‌شوند. (سرخسی، ۱۳۳۱، ج ۱۲: ۶۵؛ کاسانی، بی تا، ج ۱۳: ۲۸۲؛ حداد عبادی یمنی، ۱۳۲۲، ج ۲: ۲۶۵)
 ۳. وصیت که هر دو شرط فاسد و صحیح در آن صحیح هستند. (سرخسی، ۱۳۳۱، ج ۱۲: ۶۵)
- همچنین، فقهای حنفی در جای دیگر میان باطل و فاسد تفاوت می‌گذارند و در تعریف باطل می‌گویند، آنچه که اصلاً و وصفاً صحیح نیست، اما فاسد آن است که وصفاً صحیح نیست، پس هر آنچه که موجب خلل در رکن مبیع شود، مبطل است، اما شرطی که موجب اختلال در غیر آن شود، مفسد است. (بابرتی رومی، بی تا، ج ۹: ۹۰؛ ابن عابدین، ۱۴۱۵ق، ج ۱۹: ۲۰۸)

۲. فقهای حنبلی

اصل پذیرش شروط جعلیه است، مگر آنکه مخالف مقتضای عقد باشد یا دلیلی بر ممنوعیت آن وجود داشته باشد. مستند این نظر روایت پیامبر ﷺ: «المسلمون علی شروطهم» (بخاری، ۱۴۰۱ق، ج ۳: ۵۲) و مصلحت است. (ابن قدامه، بی تا، ج ۴: ۴۸، ۱۰۷ و ۱۰۹؛ مقدسی، بی تا، ج ۴: ۶۰)

۳. ابن حزم

بطلان شرط زائد و عقد با یکدیگر، مگر در مواردی که صریحاً شروطی در روایات آورده شده باشد که در بیع تنها هفت شرط جایزند. (ابن حزم، بی تا، ج ۸: ۴۱۲)

ابن حزم ظاهری پس از آنکه شروط را به دو دسته تقسیم می‌کند، تنها هفت شرط مثل شرط رهن، شرط تأخیر ثمن و... را معتبر دانسته است و اگر شرطی غیر از این هفت مورد گذاشته شود، از نظر وی شرط باطل و مبطل است. (همان: ۴۱۲) این هفت شرط شروطی هستند که در شرع و نصوص شرعی به آن تصریح شده است و در کتاب



خدا موجود است. پس اصطلاحاً این شروط مشروع‌اند، اما سایر شروط غیر از این هفت مورد نامشروع، باطل و در نهایت مبطل عقد هستند. (همان: ۴۱۴)

با توجه دیدگاه‌های فوق، شرط نامشروع نیز یکی از شروط زائد است که باید وضعیت آن از دیدگاه فقهای اهل سنت و امامیه بررسی شود.

شکی نیست که شرط نامشروع خود فی نفسه فاسد و بی اعتبار است، اما در بین فقها اختلاف بر سر این است که شرط نامشروع چه تأثیری بر عقد اصلی دارد. در این میان چند نظر وجود دارد:

نظریه اول

برخی فقها مانند شهیدین، علامه حلی، محقق ثانی (خوانساری، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ۲۷۵)، شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۶: ۱۰۱)، آیت الله حکیم (مصطفوی، ۱۴۱۷ق: ۱۴۸)، ابن ابی لیلی (ابن حزم، بی تا، ج ۸: ۴۱۶)، صاحب مفتاح الکرامه (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق، ج ۵: ۱۸۸۵)، محقق بحرانی (بحرانسی، ۱۳۶۹، ج ۱۹: ۳۳) و مرحوم کمپانی (اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ج ۵: ۲۱۷) معتقدند شرط نامشروع تأثیری بر عقد نمی گذارد و به عبارتی دیگر، شرط نامشروع از شروط فاسد غیر مفسد است.

مرحوم یزدی نیز با مبطل دانستن شروط موجب جهالت یا غرر یا مخالف مقتضای ذات عقد، شرط نامشروع را مبطل عقد نمی داند. (طباطبایی یزدی، ۱۳۳۷، ج ۲: ۱۳۷)

ادله این گروه به شرح ذیل است:

۱. عموماً و اطلاعات

عموماً و اطلاعاتی که بر مشروعیت معامله از نظر تأسیسی و امضایی دلالت دارند. (خوانساری، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ۲۷۵)

۲. لزوم دور

صحت شرط فرع بر صحت بیع است، پس اگر صحت عقد موقوف بر صحت شرط باشد، دور لازم می آید. پس مراد از صحت شرط صلاحیت آن است که صحیح واقع شود و واجب الوفاء باشد، پس شرط متوقف بر صحت بیع نیست، بلکه متوقف بر شروط متقدم است. (همان: ۲۸۳ و ۲۸۴)

۳. مماثلت میان تعذر شرعی و تعذر عقلی

خیار تخلف شرط، یکی از مصادیق شرط است و تعذر شرعی مثل تعذر عقلی است، زیرا هر دو موجب تخلف متعاقدان از التزام می‌شوند. به این معنا که در خیار تخلف شرط، صاحب شرط ملتزم به امری است و از سوی دیگر، ملزم به عقدی نشده است که نسبت به او شرعی نیست. پس وجوب وفا به آنچه به آن ملتزم شده، دلیل لزوم مفاد آن است و مفروض، تعذر اوست. پس در اینجا فرقی میان علم و جهل مشروط له نیست. (همان: ۲۸۴)

۴. قاعده «شرط فاسد لیس بمفسد»

معنای قاعده مذکور این است که شرط باطل همچون شرط مخالف کتاب و سنت موجب بطلان عقد نیست و فساد شرط در صحت عقد تأثیری ندارد و عقد صحیح است و شرط ملغی می‌شود. مدرک این قاعده، روایات بسیاری است که در این باب وارد شده، مانند صحیح حلی از ابی عبدالله علیه السلام درباره بریره. (مصطفوی، ۱۴۱۷ق: ۱۴۸) از نظر مرحوم یزدی، ادله نظریه عدم بطلان، روایات است، نه قاعده فقهی که برخی فقها به آن استناد جسته‌اند. (طباطبایی یزدی، ۱۳۳۷، ج ۲: ۱۳۷)

پنجم) عدم وجود دلیل بر بطلان

شیخ طایفه در بیان شروط می‌فرماید:

شرطی که مصلحت عقد به آن تعلق نگرفته و مبنی بر تغلیب و سرایت نیست، این شرط باطل است، اما مبطل عقد نیست، زیرا دلیلی برای آن نیست. نتیجه آنکه عقد و شرط دو التزام مستقل هستند و حتی گفته شده که شرط، التزام در التزام است و بر این اساس، فساد شرط به عقد منتقل نمی‌شود، چون داخل در ماهیت عقد نیست. (مصطفوی، ۱۴۱۷ق: ۱۴۸) علاوه بر ماهیت مستقل شرط و عقد، به دلیل کاربرد تعابیر جداگانه برای این دو، ابطال شرط منجر به ابطال عقد نمی‌شود. (جیلانی قمی، ۱۳۷۱، ج ۴: ۱۵۵)

نظریه دوم

شیخ طوسی، اسکافی، ابن براج، ابن سعید (خوانساری، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ۲۷۵)، ابن حزم ظاهری (ابن حزم، بی تا، ج ۸: ۴۱۲)، ابوحنیفه (همان: ۴۱۶) و میرزای قمی (جیلانی قمی،



۱۳۷۱، ج ۳: ۴۴۰) قائل به بطلان اصل عقد می‌باشند و برای نظر خود ادله زیر را اقامه کرده‌اند:

۱. روایات

بعضی روایات در خصوص برخی موضوعات، بر بطلان اصل بیع دلالت دارد. (طباطبایی یزدی، ۱۳۳۷، ج ۲: ۱۳۷)

یکم) روایت عبدالملک از امام رضا علیه السلام

موضوع این روایت، استفاده از ودیعه در صورت نداشتن مال است که بر اساس آن شایسته نیست که بیع شامل شرطی خلاف سنت مثل گرفتن ودیعه شود، پس عقد باطل است، زیرا در غیر این صورت، موجب کراهت نمی‌شد. (خوانساری، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ۲۸۲)

ممکن است مراد از کراهت علاوه بر بطلان عقد، گرفتن ودیعه باشد، نه آنکه دلالت بر فساد شرط کند، همان‌طور که این احتمال وجود دارد که این امر به شرط بازگردد و عدم صحت و کراهت شرط را برساند. به هر حال، غایت آن کراهت است، نه فساد، زیرا در آن اجمال و ابهام وجود دارد.

دوم) روایت حسین بن منذر از ابی‌عبدالله علیه السلام

در بیع عین که به دلیل خلاصی مردم از ربا مرسوم بوده است، کالایی را با ثمن مؤجل می‌فروشد، سپس آن را از بایع به اقل قیمت نقد که پیش از عقد بر آن نظر داشتند، می‌خرد. در این باره از امام علیه السلام می‌پرسد و پاسخ می‌گیرد که: اگر خیار باشد، می‌تواند بخرد و می‌تواند نخرد و تو نیز خیار داری که آن را بفروشی یا نفروشی... .

از این روایت می‌توان دریافت که خیار، مقابل التزام متعاقدان در بیع دوم است و آن چیزی جز شرط در بیع بر خریدار نیست و فساد این شرط واضح است و در نتیجه، عقد به واسطه آن اشکال دارد، اما این امر باعث تکلف است، زیرا ظاهر مراد امام علیه السلام، «این کان بالخیار و کنت بالخیار» است. پس معامله نخست، به صورت جدی و حقیقی واقع شده است، زیرا در صورتی که یکی از آن دو با بیع دوم مخالف باشد، بیع نخست، صوری و وسیله‌ای برای بیع دوم خواهد بود.

سوم) روایت علی بن جعفر در بیع عین

مردی لباسی را به ده درهم با توجه به اجل می‌خرد و سپس آن را به پنج درهم نقد می‌فروشد، آیا [این خرید و فروش] حلال است؟ امام علیه السلام فرمود: اگر شرط نکرده باشد و راضی باشد، اشکالی ندارد... .

دلالت این حدیث واضح‌تر از حدیث اولی است، زیرا امام علیه السلام به دو موضوع عدم اشتراط و رضایت تصریح کرده است؛ یعنی بیع نخست، باید با رضایت و طیب خاطر صورت گیرد، نه صوری و با هدف انعقاد بیع دوم.

انصاف آن است که هیچ یک از این دو حدیث بر مدعا دلالت ندارد، خصوصاً وقتی در مقابل این روایات، روایات واضح بسیاری مانند روایت بریره وجود دارد. (خوانساری، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ۲۸۳-۲۸۲)

۲. جهالت در عوض به دلیل فساد شرط

فساد شرط، موجب جهالت در عوض می‌شود، زیرا شرط بخشی از ثمن است و جهالت در عوض موجب غرر است که باعث ابطال معامله می‌شود. (همان: ۲۷۵) البته این دلیل مردود است، زیرا ثمن در مقابل شرط و اوصاف قرار نمی‌گیرد، بلکه موجب وقوع زیادتی در مثنی می‌شود که عوض به طور کامل در مقابلش قرار می‌گیرد و بر فرض تسلیم، در برابر ایجاد زیادت در ثمن، موجب فساد عقد نمی‌شود، مانند صورت-هایی که جزئی از عقد، فاسد می‌شود، ولی عقد فاسد نیست، مثل معامله خوک و عبد با هم. (قسمتی را مالک می‌شود و قسمت دیگر را خیر) یا عقد فضولی (آنچه مالک شده، همراه است با آنچه مالک نیست). این جهالت به صحت معامله ضرری نمی‌رساند، زیرا عوضین در هنگام عقد معلوم هستند و امکان رفع جهالت، با تقویم جزء صحیح به صورت منفرد و منضم وجود دارد و در نهایت، موجب خیار تبعض صفت می‌شود. (همان: ۲۷۶)

۳. از بین رفتن تراضی به واسطه مخدوش بودن شرط

عمده دعوا، به ابتدای تراضی حاصل از عقد، بر وجود شرط باز می‌گردد، پس اگر شرط منتفی شود، به جهت فساد آن، رضای معتبر در صحت معامله نیز عرفاً و شرعاً منتفی می‌شود. (همان: ۲۷۶) در رد این دلیل، دو پاسخ نقضی و حلی وجود دارد. مثال نقض برای این نظر، شروط فاسد در نکاح است که بدون هیچ اختلافی در نص و فتوا،



موجب فساد آن نیست. پاسخ حلی آن است که مراد از تراضی معتبر در عقود، معنای قلبی نیست که از آن تعبیر به طیب نفس می‌شود؛ بلکه غالباً از قبیل داعی است و در نتیجه، تخلف از آن موجب بطلان معامله نمی‌شود، زیرا در این صورت، کثرت بطلان معاملات به دلیل فقر و نیاز یا برخی اغراض دیگر لازم می‌آید، بنابراین، مراد از «رضا» در مقام عقد و انشای خارجی، ایجاب یا قبول بدون اکراه و اجبار است. (همان: ۲۷۸)

۴. قاعده «العقود تابعه للقصود»

مقصود از عقد، تنها ذات آن نبوده، بلکه عقد عبارت از مجموع شرط و مشروط است و عقد بدون شرط، مقصود طرفین نبوده، لذا عقد به لحاظ بطلان یکی از اجزایش باطل می‌شود، زیرا «العقود تابعه للقصود». صاحب مدارک از مدافعان این نظریه است. (جیلانی قمی، ۱۳۷۱، ج ۴: ۱۱۵) محقق اردبیلی نیز به این قول متمایل گشته و بیان می‌کند:

اگر رضایت طرفین معلق بر وجود شرط باشد به گونه‌ای که اگر شرط حاصل نشود، رضایت به اصل عقد نیز منتفی باشد. در این صورت بطلان شرط به مشروط نیز سرایت نموده و باعث بطلان عقد می‌گردد. (اردبیلی، بی‌تا، ج ۸: ۱۴۸)

این دلیل نیز پذیرفته نیست، چون شروط داخل در ماهیت عقد نیستند و عقد بدون وجود آنها نیز شکل گرفته و استوار است.

۵. اجماع

دلیل دیگر، اجماع منقول از ابن ادریس است که معارض با اجماع سید است و شاید اجماع ابن ادریس اقوی باشد، زیرا به زمان معصوم علیه السلام نزدیک است. این اجماع حاکی از آن است که این شرط به دلیل مخالفت با مقتضای عقد باطل است و با بطلان آن، مشروط هم باطل می‌شود. (جیلانی قمی، ۱۳۷۱، ج ۴: ۹۲)

علاوه بر اشکالاتی که می‌تواند دلیل اجماع را مخدوش کند، اجماع مذکور در مقابل جماعی دیگر واقع شده است که در نتیجه، هر دو اجماع از اعتبار ساقط می‌شوند.

دیدگاه سوم

صاحب جواهر معتقد است شرط نامشروع فاسد است، اما مفسد عقد نیست، مگر اینکه مستلزم انتفای شرطی از شروط صحت عقد باشد، مثل شرط مجهول که موجب جهالت در عوضین می‌شود. (طباطبایی یزدی، ۱۳۳۷، ج ۲: ۱۳۷)

نظریه چهارم

مروح نائینی میان صورت علم مشروط له به فساد شرط و جهل او تفاوت گذاشته است. (خوانساری، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ۲۸۱) ادله ایشان اجماع و قاعده لاضرر است که در پاسخ به این دو دلیل باید گفت قاعده لاضرر شامل این مورد نمی‌شود، زیرا در اینجا، قاعده اقدام اجرا می‌شود و اجماع نیز منتفی است. (همان: ۲۸۴)

نظریه پنجم

برخی معتقدند شرط مخالف کتاب و سنت، شرط صحیحی است، زیرا عموم کتاب و سنت توسط ادله «وفای به عهد» تخصیص می‌خورد و حکم خاص، مخصص حکم عام می‌گردد و در نتیجه، حکم خاص در موضوع جریان می‌یابد، بنابراین، مضمول روایت «المؤمنون عند شروطهم» می‌شود، لیکن در ضعف این استدلال، شکی وجود ندارد، زیرا احادیث بسیاری در باب لزوم عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت وجود دارند. (محدثی، ۱۳۸۴: ۲۶) که پیش از این به آن اشاره شد.

۴. اثر شرط نامشروع بر صحت عقود در حقوق ایران

شرط از جهت تأثیر و نفوذ آن در عقد به سه نوع صحیح، شرط باطل و مفسد و شرط باطل و غیر مفسد تقسیم می‌شود که مورد آخر شامل سه قسم به شرح ذیل است:

۱. شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد؛

۲. شرطی که در آن نفع و فایده‌ای نباشد؛

۳. شرطی که نامشروع باشد.

منظور از «نامشروع» در اینجا، غیرشرعی بودن شرط به معنای خاص آن نیست، بلکه خلاف قوانین موضوعه بودن شرط است و علم و جهل طرفین یا یکی از آنها به نامشروع بودن شرط تأثیر در این امر نمی‌کند. شرط نامشروع اعم است از آنکه انجام



امری باشد که قانون جرم شناخته باشد یا آنکه عدم انجام امری باشد که تکلیف‌های قانونی است.

در موارد سه‌گانه فوق، رابطه بین شرط و معامله، فقط بستگی امر فرعی به اصلی است که در اثر اندراج شرط، ضمن معامله حاصل شده و هیچ‌گونه بستگی دیگری ندارد که بطلان شرط بتواند تأثیر در معامله بنماید و آن را باطل گرداند. سؤال مهم دیگری که وجود دارد این است که آیا در مواردی که شرط ضمن عقد باطل است، مشروط‌له می‌تواند معامله را فسخ نماید؟ قانون مدنی ماده‌ای راجع به این امر ندارد، ولی با تحلیل حقوقی که از شرط ضمن عقد به عمل می‌آید، پاسخ آن معلوم می‌شود.

در صورتی که مشروط‌له در حین معامله آگاه از فساد شرط باشد، نمی‌تواند معامله اصلی را فسخ نماید، زیرا مشروط‌له با علم به آنکه شرط باطل و بلا اثر است، معامله نموده و در حقیقت عقد را بدون شرط منعقد ساخته است و عقد مزبور مانند عقد مطلق و بسیط خواهد بود، اما در صورتی که مشروط‌له در حین عقد جاهل به بطلان شرط باشد، خواه مشروط‌له علیه عالم به آن باشد یا جاهل می‌تواند معامله اصلی را فسخ نماید (امامی، ۱۳۶۸، ج ۱: ۲۷۶-۲۷۴)، زیرا در صورتی که شرط نامشروع باشد، مشروط‌له می‌تواند معامله اصلی را که شرط در ضمن آن قرار داده شده فسخ نماید، چون معامله اصلی با لحاظ انجام شرط منعقد شده و چون کشف شود که شرط باطل است و خسارت متوجه مشروط‌له می‌شود، می‌تواند به وسیله حق فسخ آن را جبران کند، چنان‌که در مورد شرط غیرمقدور است، زیرا از نظر حقوقی آنچه قانوناً ممنوع باشد، مانند آن است که طبیعتاً غیرمقدور است. در مورد مزبور فرقی نخواهد داشت که مشروط‌له جاهل به حکم باشد، چنان‌که نمی‌دانسته معامله ارز خارجی قانوناً ممنوع است و آن را به صورت شرط ضمن عقد قرار داده یا جاهل به موضوع باشد، چنان‌که می‌دانسته ارز خارجی ممنوع است، ولی نمی‌دانسته که گرفتن حواله نیز معامله ارز خارجی است، بلکه تصور می‌کرده که معامله بر عین ارز خارجی ممنوع است. در صورتی که شرط در حین معامله مشروع بوده، ولی در اثر وضع قانون جدیدی پس از انعقاد معامله غیر مشروع شود، مانند آن است که شرط در حین معامله مشروع نبوده است. در مورد شرط نامشروع نیز ماده‌ای موجود نیست که حق فسخ به مشروط‌له بدهد، ولی می‌توان آن را به آسانی از ماده ۲۴۰ قانون مدنی

استنباط نمود، زیرا چنان که گذشت آنچه قانوناً ممنوع است، مانند آن است که عقلاً ممتنع و غیرمقدور باشد. (همان: ۲۷۸-۲۷۷)

البته در اینجا نظر دیگری نیز مطرح است:

از مفاد ماده ۲۴۰ به خوبی برمی آید که باید بین موردی که او به بطلان شرط آگاه است و موردی که به پندار درستی شرط حاضر به معامله کردن شده است، تفاوت گذاشت. در مورد نخست، چون فرض این است که مشروط له با علم به بطلان شرط آن را به سود خود پذیرفته است، دیگر نمی تواند به این بهانه عقد را برهم زند، زیرا ظاهر حکم می کند که او بدون اجرای شرط نیز به معامله راضی بوده است؛ اما در حالتی که مشروط له از فساد شرط اطلاع ندارد، دادن حق فسخ به او منطقی و عادلانه به نظر می رسد، زیرا شروط معامله، هرچند جنبه فرعی داشته باشد، باز هم در ایجاد رضای به آن مؤثر است و مشروط له هنگام بستن عقد به منافع حاصل از تعهد تبعی نیز توجه دارد. پس حال که وضع را به خلاف پندار خود می بیند، بایستی بتواند در صورت عدم رضایت به عقد، آن را بر هم زند. چنان که ماده ۲۴۰ همین ترتیب را در شرط نامقدور اعمال کرده است و می گوید: «اگر بعد از عقد، انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین ممتنع بوده است، کسی که به نفع او شرط شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد.» خیار فسخ، حکمی است برای جلوگیری از ضرر ناروای مشروط له، پس جایی که شرط نفع عقلایی ندارد و بدین جهت باطل است، خیار نیز به وجود نمی آید. حقوق بر شرطی که خردمندان مفید نمی دانند هیچ اثری بار نمی کند و به جبران محروم ماندن از آن نمی اندیشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۰۷)

۵. ارزیابی طرفین و ارائه طریق

همان طور که پیش از این بیان شد، شروط از ملحقات عقد و دارای اهمیت ویژه ای هستند. اهمیت شروط به جهت ماهیت و ارتباط آن با عقد است. یکی از انواع شروط، شرط نامشروع است. جایگاه شرط نامشروع در مباحث فقهی ناشی از این امر است که شرع خود به عنوان منبع صدور احکام اسلامی مطرح است و در نتیجه، از منظر فقها مخالفت با آن هرگز روا نیست. تفاوت دیدگاه فقها در تعریف شرط نامشروع می رساند





که هرچند در ظاهر معنای این شرط واضح به نظر می‌رسد، اما دارای زوایای مختلفی است.

ملاک‌هایی که فقها در این رابطه اتخاذ کرده‌اند، دامنه نسبتاً گسترده‌ای چون مخالفت با کتاب و سنت، مخالفت با کتاب، سنت و اجماع، حرام کردن حلالی و حلال کردن حرامی، منافات با شرع و عدم جواز نفسی را شامل می‌شود. برخی نیز آن را با شرط خلاف مقتضای عقد پیوند زده و در نتیجه هر دو ملاک را در تعریف این شرط لحاظ کرده‌اند و جالب آن است که در نهایت، شرط مذکور را باطل و غیر مبطل می‌دانند.

روشن است که نگاه متفاوت فقهای امامیه به منابع استخراج حکم شرعی و تطور این بحث در تاریخ فقه امامیه، سبب گردیده است که هر یک در تعریف خود، ملاکی را مدنظر قرار دهند، اما آنچه در این میان قابل نقد جدی است، آن است که برخی مخالفت با اجماع را به عنوان ملاکی برای مخالفت با شرع در نظر گرفته‌اند، درحالی که شرط مقبولیت اجماع، کاشف بودن آن از قول معصوم علیه السلام است و در نتیجه فاقد اعتبار ذاتی است. بنابراین، اجماع نیز به نوعی به سنت بازمی‌گردد و در نهایت، ذکر سنت به عنوان ملاک مخالفت با شرع می‌تواند ما را از تمسک به اجماع در این موضوع بی-نیاز کند.

نکته قابل تأمل دیگر این است که پیوند میان شرط نامشروع و شرط خلاف مقتضای عقد یا به عبارت دیگر، عدم تفکیک میان این دو، خود نیز از اشکالات مطرح در این زمینه است، زیرا این موضوع خلط مبحثی آشکار است که خود می‌تواند اختلاف نظرهای زیادی را در موضوع اثر شرط نامشروع بر صحت عقد در پی داشته باشد. توجه به مفهوم و ماهیت شرط نامشروع بسیار ضروری است، زیرا بحث اثر آن بر صحت عقد کاملاً منوط به تبیین مفهوم و ماهیت آن است. به علاوه، ماهیت خود شرط و رابطه آن با عقد نیز در این موضوع تأثیر بسیاری دارد.

نکته قابل تأمل دیگر آن است که دامنه این اختلاف‌ها در میان فقهای امامیه به حدی است که به شکل ویژه‌ای، در تقسیم شرط نامشروع بروز یافته‌اند. اختلاف فقها در اینکه شرط نامشروع، مخالف کتاب و سنت است یا غیر موافق آن‌ها، نشان می‌دهد عدم ارائه ملاک مناسب در تعریف شرط نامشروع می‌تواند بر نحوه انعقاد عقود و ثبات

آن‌ها مؤثر باشد، زیرا هر چه ملاک‌ها با دقت عقلی بیشتری در نظر گرفته شوند، امکان حفظ عقود، کمتر فراهم خواهد بود.

علاوه بر این، اختلاف فقها درباره مخالفت شرط نامشروع با مطلق احکام یا فقط احکام وضعی نیز از مباحث عمده‌ای است که باید به آن توجه شود. اگر ملاک مخالفت با کتاب و سنت است، پس باید شامل مطلق احکام اعم از وضعی و تکلیفی باشد و محدود کردن آن به احکام وضعی و جاهتی ندارد. به علاوه سایر احکام چون تأسیسی و امضایی، اولیه و ثانویه و حتی حکومتی هم باید در ملاک مخالفت با شرع لحاظ شوند تا صحت شرط و عقد باهم تأمین شوند. همچنین، دقت فقها به‌ویژه شیخ انصاری در موضوع نامشروع بودن نفس شرط و نامشروع بودن التزام به آن نیز می‌تواند موقعیت شرط نامشروع را بهتر مشخص کند.

در فقه اهل سنت نیز باید اذعان نمود، فقهای مالکی درباره شرط نامشروع مطالبی را ننگاشته‌اند، اما فقهای سایر فرق درباره شرط نامشروع به ملاک‌هایی چون عدم بیان آن شرط در قرآن، عدم بیان شارع، حرام کردن حلال و حلال کردن حرام و مخالفت با مصلحت‌های عقد و مقتضای عقد اشاره کرده‌اند. فقهای اهل سنت نیز ملاک شرط نامشروع را با ملاک شرط خلاف مقتضای عقد درآمیختند؛ البته با توجه به اینکه شرایط عقود از سوی شارع تعیین می‌شود، شاید بتوان شروط خلاف مقتضای عقد را نیز شروطی نامشروع و غیرشرعی دانست و به همین جهت است که در کلام فقهای امامیه و اهل سنت این آمیختگی مباحث در حوزه این دو شرط دیده می‌شود. نکته قابل توجه آن است که اگر از این منظر به شرط نگاه شود، همه شروط به جز شروط صحیح، شروط غیرشرعی و نامشروع به معنای اعم هستند و قطعاً با شرط نامشروع به معنای اخص و با محتوای غیرشرعی تفاوت دارند.

فقهای اهل سنت در ادله خود، تأکید بیشتری بر ملاک مخالفت با مقتضای عقد دارند، درحالی که تأثیر دو شرط نامشروع و شرط خلاف مقتضای عقد با هم متفاوت است؛ اولی عقد را باطل نمی‌کند، درحالی که دومی عقد را فاسد می‌نماید و به همین دلیل است که ابوحنیفه نظریه مبطل بودن شرط نامشروع را پذیرفته است.



تفاوت شرط نامشروع با شرط خلاف مقتضای عقد در رابطه این دو با عقد است؛ اولی تأثیر چندانی بر عقد ندارد، اما دومی با عقد پیوند عمیقی دارد و می‌تواند ماهیت آن را تحت تأثیر خود قرار دهد.

علاوه بر این، موضع حقوق ایران نیز قابل توجه است، زیرا تعریف متفاوتی از شرط نامشروع ارائه کرده است. از دیدگاه حقوقی، شرط نامشروع، شرط خلاف قوانین امری یا نظم عمومی و اخلاق حسنه است، در حالی که از دیدگاه فقه، شرط نامشروع به معنای جامع خلاف موازین شرعی بازمی‌گردد.

هرچند رابطه این دو تعریف، عموم و خصوص من وجه است، اما پسندیده‌تر آن است که قانون مدنی سایر شروط نامشروعی را که مخالف قانون یا اخلاق حسنه و نظم عمومی نیست، ولی در فقه شرط نامشروع تلقی می‌شوند به عنوان شرط نامشروع در نظر می‌گرفت. هماهنگی هرچه بیشتر میان مواضع فقهی و حقوقی می‌تواند نابسامانی‌های موجود را کاهش دهد، بنابراین، لزوم تغییر قوانین در تطبیق بیشتر با فقه ضروری است.

همان‌طور که پیش‌ازاین اشاره شد، بحث اثر شرط نامشروع بر صحت عقود، تابع تبیین مفهوم و ماهیت شرط نامشروع و حتی شروط به طور کلی است. هرچند در نظریه نخست، فقها معتقدند که شرط نامشروع تأثیری بر صحت عقود ندارد و ادله‌ای را برای نظر خود بیان کرده‌اند، اما باید دانست پذیرش مطلق این نظر خالی از اشکال نیست، زیرا چه بسا شرط نامشروع به گونه‌ای باشد که موجب تزلزل عقد گردد و در نتیجه، فساد عقد را در پی داشته باشد، بنابراین، تبیین ویژگی‌های شرط نامشروع و نحوه تأثیر آن بر عقود برای اتخاذ نظریه‌ای دقیق، لازم و ضروری است.

همچنین فقهای گروه دوم معتقدند شرط نامشروع موجب بطلان عقد است، در حالی که این نظر نیز به همان اشکال پیشین مبتلا است و همان‌طور که پیش‌ازاین بیان شد، نمی‌توان به صورت مطلق درباره آن سخن گفت.

در نظریه‌های تفصیلی نیز به نظر می‌رسد تفصیل صاحب جواهر نسبت به سایر تفصیل‌ها دقیق‌تر باشد، زیرا ویژگی‌ها و احوالات شرط نامشروع و نحوه تأثیر آن بر عقد را مورد بررسی قرار داده است. همچنین، در مورد تفصیل مرحوم نائینی باید اذعان داشت که این مورد از مواردی است که جهل یا علم مشروطاً له در آن تأثیری ندارد،

زیرا با دقت عقلی می‌توان ادعا کرد آنچه مهم است تأثیر شرط بر عقد است، نه جهل یا علم مشروطه به فساد شرط.

یافته‌های پژوهش

هرچند فقها در تعریف شرط نامشروع، از عبارات متفاوتی بهره برده‌اند، اما معنای واحدی از آن را ارائه کرده‌اند. با توجه به عبارت‌های فقهای امامیه می‌توان تعریف زیر را برای شرط نامشروع استنباط نمود: «شرط نامشروع، شرطی است که دست‌کم یکی از این عناوین بر آن منطبق باشد؛ با کتاب یا سنت یا اجماع یا بنای عقلا مخالفت داشته باشد یا به عبارتی با شرع منافات داشته باشد یا حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند یا شرط فی نفسه جایز نباشد».

در میان فقهای اهل سنت، نیز دو دیدگاه درباره شرط نامشروع وجود دارد؛ از نظر فقهای ظاهری، تنها شرطی جایز است که شرع آن را اجازه داده و غیر از آن‌ها نامشروع هستند، اما فقهای حنفی، حنبلی و شافعی با اهل ظاهر مخالف‌اند و این شروط را بسط داده‌اند، زیرا از نظر آنان قیاس، معانی و آثار صحابه نیز معتبر هستند.

درباره اثر آن بر صحت عقود نیز میان فقها اختلاف است. عده‌ای با استناد به «عمومات و اطلاقات»، «لزوم دور»، «مماثلت میان تعذر شرعی و تعذر عقلی»، «قاعده فقهی شرط فاسد لیس بمفسد» و «عدم وجود دلیل بر بطلان»، قائل به صحت عقد هستند، هرچند که خود شرط نامشروع، باطل است و قانون مدنی نیز از این نظر تبعیت نموده است.

باید دانست پذیرش مطلق این نظر خالی از اشکال نیست، زیرا چه بسا شرط نامشروع به‌گونه‌ای باشد که موجب تزلزل عقد گردد و در نتیجه، فساد عقد را در پی داشته باشد. بنابراین، تبیین ویژگی‌های شرط نامشروع و نحوه تأثیر آن بر عقود برای اتخاذ نظریه‌ای دقیق، لازم و ضروری است.

اما عده‌ای دیگر، با ادله‌ای چون:

۱. روایات (روایت حسین بن منذر از امام صادق علیه السلام)، روایت عبدالملک از امام رضا علیه السلام و علی بن جعفر از امام موسی کاظم علیه السلام؛
۲. ایجاد جهالت در عوض به موجب فساد شرط؛
۳. منتفی شدن رضا در صورت فساد شرط؛
۴. قاعده العقود تابعه للقصد؛
۵. اجماع.



حکم به ابطال عقد و شرط باهم نموده‌اند. البته نظر اخیر از قوت چندانی برخوردار نیست، زیرا روایات مستند آن اشکال دارند، مانند آنکه در روایت عبدالملک از امام رضا علیه السلام ممکن است کراهت به گرفتن ودیعه بازگردد، نه آنکه دلالت بر فساد شرط کند و روایت حسین بن منذر نیز نتیجه‌ای جز تکلف ندارد. به علاوه، روایت علی بن جعفر نیز همچون روایت نخست بر مدعا دلالتی ندارد، اما درباره دلیل دوم باید گفت که ثمن در مقابل شرط و اوصاف آن قرار نمی‌گیرد، بلکه موجب وقوع زیادتى در مثنى مى‌شود که موجب فساد عقد نیست.

در رد دلیل سوم نیز می‌توان گفت اولاً بدون هیچ اختلافی شروط فاسد در نکاح موجب فساد آن نمی‌شوند. ثانیاً مراد از تراضی، طیب نفس نیست، بلکه از قبیل داعی است که تخلف از آن موجب بطلان معامله نمی‌شود. علاوه بر این، به نظر می‌رسد دلیل چهارم نیز داخل در مدعا نباشد. دلیل پنجم نیز پذیرفته نیست، زیرا شروط، داخل در ماهیت عقد نیستند و عقد بدون وجود آن‌ها نیز واقع می‌شود. دلیل اجماع نیز که علاوه بر ادله‌ای که غالباً آن را نفی می‌کند، در اینجا در مقابل اجماعی دیگر واقع شده است که هر دو اجماع را از اعتبار ساقط می‌کند. علاوه بر این، این نظر نیز به جهت اطلاقی، با اشکال پیشین نیز روبه‌رو است.

نظریات دیگری نیز مطرح است که قائل به تفصیل شده‌اند، مانند تفصیل میان علم و جهل به فساد شرط که به دو دلیل «اجماع» و قاعده «لاضرر» تکیه دارد یا نظریه دیگر که در آن شرط نامشروع فاسد است، اما مفسد عقد نیست، مگر اینکه مستلزم انتفای شرطی از شروط صحت عقد باشد.

در مورد تفصیل نخست باید اذعان داشت که این موضوع از موضوعاتی است که جهل یا علم مشروطاً له در آن تأثیری ندارد، زیرا با دقت عقلی می‌توان ادعا کرد آنچه مهم است تأثیر شرط بر عقد است، نه جهل یا علم مشروطاً له به فساد شرط. در این میان، به نظر می‌رسد تفصیل صاحب جواهر نسبت به سایر تفصیلات دقیق‌تر باشد، زیرا ویژگی‌ها و احوالات شرط نامشروع و نحوه تأثیر آن بر عقد را مورد بررسی قرار داده است. بنابراین، در میان نظریات مطرح، نظریه تفصیل صاحب جواهر به جهت دقت و عدم اطلاقی از وجاهت بیشتری برخوردار است.

منابع و مأخذ:

- آبی، فاضل (۱۴۰۸ق)، *كشف الرموز*، ج ۱، ج ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- ابن حزم، علی بن احمد (بی تا)، *المحلی*، ج ۸، بیروت: دارالفکر.
- ابن عابدین، محمد امین (۱۴۱۵ق)، *حاشیة رد المحتار علی الدر المختار*، ج ۱۹، بیروت: دارالفکر.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد (بی تا)، *المعنی فی فقه الامام احمد بن حنبل الشیبانی*، ج ۴، ج ۱، بیروت: دار الكتاب العربی.
- احمد بن حنبل (بی تا)، *مسند احمد*، ج ۲، ج ۱، بیروت: دارصادر.
- اردبیلی، احمد (بی تا)، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان*، تحقیق: مجتبی عراقی، علی پناه اشتهااردی و حسین یزدی، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۹ق)، *حاشیة کتاب المكاسب*، تحقیق: عباس محمد آل سباع، ج ۵، ج ۱، [بی جا]: ذوی القربی.
- ازدی حجری مصری، احمد بن محمد (۱۴۲۲ق)، *شرح معانی الآثار*، ج ۲، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۴)، *حقوق مدنی*، ج ۱، ج ۱۵، تهران: اسلامیة.
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۰ق)، *المکاسب*، ج ۶، ج ۱، قم: المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئویة الثانیة لمیلاد الشیخ الانصاری.
- بابر تی رومی، محمد بن محمود ابو عبدالله اکمل الدین (بی تا)، *العنایة شرح الهدایة*، ج ۹، بیروت: دارالفکر.
- بحرانی، یوسف (۱۳۶۹)، *الحدائق الناضرة*، ج ۱۹، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- بخاری، محمد بن اسماعیل (۱۴۰۱ق)، *صحیح البخاری*، ج ۳، ج ۱، استانبول: دارالفکر.

- ترمذی، عیسی بن سوره (۱۴۰۳هـ)، سنن الترمذی، ج ۳، ج ۱، بیروت: دارالفکر.
- جبعی عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰هـ)، شرح الروضة فی شرح اللمعة الدمشقیه، ج ۳، ج ۱، قم: امیر.
- جیلانی قمی، ابی القاسم بن الحسن (۱۳۷۱)، جامع الشتات، تصحیح: مرتضی رضوی، ج ۳ و ۴، ج ۱، تهران: کیهان.
- حداد عبادی یمنی، ابوبکر بن علی (۱۳۲۲)، الجوهرة النيرة علی مختصر القدوری فی فروع الحنفیه، ج ۲، ج ۱، مصر: مطبعة الخیریه.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد (۱۴۱۸ق)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة، ج ۵، بیروت: دارالتراث.
- حلبی، ابن زهره (۱۴۱۷ق)، غنیة النزوع، ج ۱، قم: اعتماد.
- حلبی، احمد بن ادریس (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۱، ج ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- حلبی، جعفر بن حسن (محقق حلبی) (۱۴۰۳ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، تحقیق: سید صادق شیرازی، ج ۲، ج ۳، تهران: استقلال.
- _____ (۱۴۱۳ق)، الرسائل التسع، تحقیق: رضا استادی، ج ۱، قم: کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی.
- حلبی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق)، ارشاد الاذهان، تحقیق: فارس حسون، ج ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- _____ (۱۴۲۰ق)، تذکرة الفقهاء، ج ۱۰، ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
- _____ (۱۴۱۸ق)، قواعد الاحکام، ج ۲، ج ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

- حلی، فخرالدین محمد بن حسن (۱۳۸۷)، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، تحقیق: سید حسین موسوی کرمانی و دیگران، ج ۱، قم: العلمیه.

- زحیلی، وهبه (بی تا)، *الفقه الاسلامی و ادلته*، ج ۵، دمشق: دارالفکر.

- سرخسی، أبو بکر محمد بن أحمد (۱۳۳۱ق)، *المبسوط*، ج ۱۲، مصر: مطبعة السعادة.

- سمرقندی، علاء الدین (۱۴۱۴ق)، *التحفة الفقهاء*، ج ۳، بیروت: دارالکتب العلمیه.

- شربینی، شمس الدین محمد بن احمد (۱۳۷۷ق)، *معنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج*، ج ۶، مصر: مکتبه مصطفی البابی و اولاده.

- طباطبایی، سید علی (۱۴۱۵ق)، *ریاض المسائل*، ج ۸، ج ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

- طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۰۴ق)، *مستمک العروه*، ج ۱۲، قم: منشورات مکتبه آیت الله العظمی المرعشی.

- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۳۷ق)، *حاشیة المکاسب*، ج ۲، قم: اسماعیلیان.

- طوسی، محمد بن حسن (بی تا)، *المبسوط*، تحقیق: سید محمد تقی کشفی، ج ۲، قم: المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه.

- طوسی، ابن حمزه (۱۴۰۸ق)، *الوسیله*، تحقیق: محمد الحسون، اشراف: سید محمود مرعشی، ج ۱، قم: خیام.

- عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، *اللمعة الدمشقیه فی فقه الامامیه*، ج ۱، قم: دار الفکر.

- فیروزآبادی، ابراهیم بن علی (بی تا)، *المهذب*، [بی جا]: [بی نا].

- _____ (بی تا)، *التنبيه فی الفقه الشافعی*، ج ۱، دمشق: دارالنشر.



- قرطبی، ابوالولید محمد بن احمد بن رشد (۱۴۰۸ق)، *البيان و التحصيل و الشرح و التوجيه و التعلیل لمسائل المستخرجه*، تحقیق: محمد حجبی و دیگران، ج ۹، ج ۲، بیروت: دار الغرب الاسلامی.
- قمی، علی بن احمد (بی تا)، *جامع الخلاف و الرفاق*، قم: پاسدار اسلام.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، *حقوق مدنی*، ج ۳، ج ۱۰، تهران: سهامی انتشار و بهمن برنا.
- کاسانی، علاء الدین بن مسعود (بی تا)، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، ج ۱۳، قاهره: مطبعة الامام.
- کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۱ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۱۳، ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
- محدثی، علی (۱۳۸۴)، *ماهیت حقوقی شرط نتیجه*، ج ۱، تهران: آریان.
- مصطفوی، محمد کاظم (۱۴۱۷ق)، *مائة قاعدة الفقهیه*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- مقدسی، محمد بن احمد بن قدامه (بی تا)، *الشرح الكبير*، ج ۱۰، بیروت: دارالکتب العربی.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۶۸)، *جواهر الکلام فی شرح شریع الاسلام*، تحقیق: علی آخوندی، ج ۲۳، ج ۹، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نجفی خوانساری، موسی بن محمد (۱۴۱۸ق)، *منیة الطالب*، تقریر بحث میرزا محمد حسین نائینی، ج ۳، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- نراقی، احمد (۱۴۱۷ق)، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، ج ۱، [بی جا]: مکتب الاعلام الاسلامی.
- نووی، محی الدین (بی تا)، *المجموع شرح المهذب*، ج ۹، بیروت: دارالفکر.