

پژوهش‌های دینی

سال دوم، شماره چهارم، بهار ۱۳۸۵

ص ۲۱۷ - ۱۹۱

مقایسه شرط نامشروع و شرط خلاف مقتضای عقد[□]

دکتر زهرا شبیری^{□□}

چکیده

از میان شروطی که در کتاب‌های فقها مطرح گردیده، دو شرط خلاف مقتضای عقد و شرط نامشروع از مهم‌ترین شروطی هستند که دارای ویژگی‌ها و آثار گوناگونی هستند. اکثر علما شرط خلاف مقتضای عقد را یکی از انواع شروط نامشروع شمرده‌اند. در این نوشتار این دو شرط از جهات مختلف مورد مقایسه قرار گرفته و به نقاط اشتراک و افتراق آن‌ها پرداخته و آرا و اقوال فقها شیعه و اهل سنت مورد بررسی و تحقیق قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: ماهیت شرط، شرط نامشروع، شرط خلاف مقتضای عقد، بطلان عقد، وجوه اشتراک، وجوه افتراق، کتاب و سنت.

[□] تاریخ دریافت: ۸۵/۱/۲۰ تاریخ پذیرش: ۸۵/۲/۲۵

^{□□} استادیار دانشگاه آزاد اسلامی قم

مقدمه

در کتاب‌های فقها، در بحث شروط، اموری به عنوان شروط صحت شرط مطرح شده، از میان شروط، دو شرط خلاف مقتضای عقد و شرط نامشروع از مهم‌ترین شروطی هستند که دارای ویژگی‌ها، مصادیق، احکام و آثار گوناگونی می‌باشند.

گرچه این دو شرط به عنوان دو شرط مستقل و در عرض هم در بسیاری از کتاب‌ها آورده شده است، بین این دو، ارتباط بسیار نزدیک و تنگاتنگی وجود دارد، به گونه‌ای که برخی از فقها اولی را مصداقی از دومی دانسته و حتی برخی دیگر هر کدام را به دیگری بازگردانده‌اند. با وجود این، دو شرط فوق هر کدام دارای آثار ویژه‌ای می‌باشند که پی بردن به این آثار مستلزم مقایسه و تطبیق کامل این دو شرط است. بدیهی است مقایسه بین این دو نیازمند شناخت ماهیت، احکام و آثار این دو شرط است که فصل اول و دوم این نوشتار به آن پرداخته است. با تعمق در این دو فصل می‌توان شباهت‌ها و تفاوت‌های این دو را دریافت؛ اما برای روشن‌تر و شفاف‌تر شدن این بحث، فصل سوم را مستقلاً به مقایسه بین این دو اختصاص داده‌ایم.

شایان ذکر است برخی از فقها معاصر، نسبت به دو مقوله یاد شده تأملات جدیدی داشته که در لابه‌لای این مقاله به آن اشاره شده است.

فصل اول: شرط نامشروع در فقه مذاهب اسلامی

مبحث اول: تعریف و ماهیت شرط نامشروع

گفتار اول: مفهوم شرط نامشروع در فقه شیعه

در کلمات فقهای شیعه، تا کنون سه تعریف از این شرط به عمل آمده است:

الف) مرحوم محقق نراقی در کتاب شریف عوائد الایام، شرط مزبور را این چنین معنا

نموده است:

«فقه چهار شرط را به عنوان شروط غیر جائز شمرده‌اند که از جمله آن‌ها دو شرط مخالف کتاب و سنت و شرطی است که حلالی را حرام و حرامی را حلال کند» (نراقی، ۱۴۰۸، ص ۴۷)

از این کلام و نیز کلمات برخی فقهای دیگر این چنین برداشت می‌شود که آن‌ها شرط نامشروع را به صورت دو شرط جداگانه به شکل زیر معنا نموده‌اند:

۱- شرط مخالف کتاب و سنت؛

۲- شرطی که حلالی را حرام و یا حرامی را حلال کند.

ب) اما مرحوم شیخ انصاری و برخی دیگر به تبع ایشان شرط نامشروع را شامل موارد زیر دانسته‌اند:

«شرطی که فی نفسه جائز نباشد». ایشان در بحث شرایط صحت شرط در مکاسب هشت شرط (و به بیانی نه شرط) را به عنوان شروط صحت ذکر نموده‌اند که از بین این شروط، دو شرط در ارتباط با موضوع این بحث، یعنی شرط نامشروع، می‌باشد که عبارت ایشان با تلخیص این گونه می‌باشد:

«شروط صحة الشرط: ... الثاني: أن يكون الشرط سائغاً في نفسه... الرابع، ان لا يكون مخالفاً للكتاب و السنة.»

اما شرط دوّم یاد شده، یعنی شرطی که حرامی را حلال یا حلالی را حرام کند، در شرط چهارم، یعنی شرط عدم مخالفت با کتاب و سنت ادغام نموده و عنوان مستقلی برای آن در نظر نگرفته است.

اضافه شدن مفهوم «جایز بودن شرط فی نفسه» در تعریف «شرط مشروع» انتقادات را به همراه داشته است.

از جمله مرحوم سید در حاشیه مکاسب، این ایراد را به مرحوم شیخ وارد کرده که شرط مزبور در واقع به همان شرط چهارم، یعنی شرط عدم مخالفت با کتاب و سنت بازگشت می‌کند (یزدی، ۱۳۷۸، ص ۱۰۹).

ج) در هر صورت، با توجه به عبات‌های فقها شیعه و صرف نظر از اشکالات وارده، می‌توان تعریف زیر را برای شرط نامشروع استنباط نمود:

«شرط نامشروع، شرطی است که دست کم یکی از عناوین زیر بر آن منطبق باشد:

۱- با کتاب و یا سنت مخالفت داشته باشد؛

۲- حلالی را حرام و یا حرامی را حلال موجب گردد؛

۳- شرط فی نفسه جایز نباشد.

برخی از فقها در مقام توجیه تعریف سه گانه فوق، بین شرط غیر سائق فی نفسه و شرط عدم مخالفت با کتاب و سنت تفاوتی به شرح زیر گذارده‌اند. در شرط سائق فی نفسه، مراد از جواز شرعی شرط این است که ملتزم شرعاً جایز بوده و فعل حرام یا ترک آن واجب نباشد. مثلاً اشتراط شرب خمر یا ترک نماز از مواردی است که توجه به این شرط، به عنوان مصادیق شرط نامشروع شمرده شده؛ اما مراد از عدم مخالفت با کتاب و سنت، عدم مغایرت و منافات شرط با جعل خداوند در کتاب و سنت است که مثال آن، اشتراط توریث کافر می‌باشد.

اما انتقادی که به این توجیه وارد شده این است که باز هم شرط اول جزئی از شرط دوم است؛ زیرا شرط غیر جایی هم از مصادیق شرط «ما وضع و جعله الله» تلقی می‌گردد (خوانساری، ۱۳۵۵، ص ۲۰۳).

الف. فقه حنفی

در نزد حنفی‌ها، شرط مشروع، شرطی است که شرع به جواز اشتراط آن تصریح نموده است، مثل شرط مؤجل بودن ثمن که در آیه شریفه «اذا تداینتم بدین الی اجل مسمی

فاکتیوه» به صراحت از آن یاد شده و یا شرط خیار در عقد. در فقه حنفی این گونه شروط یکی از پنج شرط صحت قلمداد شده است.

ب. فقه شافعی

در کتاب های شافعی ها، درباره مفهوم این شرط این چنین اظهار شده است که شرط بایستی امری باشد که مصلحت مشروعی را برای عاقد محقق سازد، از قبیل شرط تأجیل ثمن در بیع و برای مفهوم سه مصداق زیر در نظر گرفته شده است:

- ۱- شرط نامشروع نباشد (مانند اشتراط نفع در عقد قرض برای مقترض)؛
- ۲- بی فایده نباشد

ج. فقه مالکی

از جمله شرایط صحت در نزد مالکی ها این است که موضوع شرط امر محظوری نباشد، مثل این که در ضمن فروش خانه ای شرط شود که مشتری منزل مورد معامله را خانه اهل فساد قرار دهد. (الجزیری، بی تا، ص ۲۲۹)

د. فقه حنبلی

انظار فقهای حنبلی در این موضوع بسیار نزدیک به آرای فقهای شیعه است؛ زیرا در عداد شرط سوم از شرایط صحت عقد، این گونه بیان شده که شرط نباید منجر به امر نامشروعی گردد (ابن قدامه، بی تا، ص ۲۳۷).

مبحث دوم: اقسام شرط نامشروع

شرط نامشروع از سه حیثیت مختلف دارای تقسیمات سه گانه زیر می باشد:

الف) تقسیم بندی اول:

۱- شرط مخالف کتاب و سنت؛

۲- شرط غیر موافق کتاب و سنت

در توضیح این تقسیم بندی بایستی گفت که لسان روایات وارده در این خصوص متفاوت می باشد، در حالی که مطابق نص برخی دیگر از روایات معیار صرف عدم مخالفت با کتاب می باشد. از جمله روایات دسته اول این روایت نبوی می باشد: «من اشترط شرطاً سوی کتاب الله عزوجل فلا يجوز ذلك به ولا عليه؛ کسی که شرطی غیر از آن چه در کتاب خداوند عزوجل تجویز شده بنماید، شرط مزبور نه به نفع او و نه به ضرر او هیچ کدام جایز نیست».

«و باسناده عن علي بن اسماعيل الميثمي، عن حماد، عن عبدالله بن مغيرة عن ابن سنان، عن ابي عبدالله (ع) في رجل قال لامرأته: ان نكحت عليك او تسربت فهي طالق قال: ليس ذلك بشيء ان رسول الله (ص) قال: «من اشترط شرطاً سوی كتاب الله لا يجوز ذلك له و لا عليه (الخر العساملی، ۱۴۱۸، ص ۵۰) و المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عزوجل».

در مقابل این روایت روایات دیگری وجود دارند که معیار را فقط در عدم مخالفت با شرع دانسته‌اند. دو روایت زیر از جمله این روایات است:

۱- «و باسناده عن الحسين بن سعيد، عن النضر بن سويد عن عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله (ع) قال: المسلمون عند شروطهم الاكل شرط مخالف كتاب الله عزوجل فلا يجوز» (همان، ص ۱۶).

۲- «و عنه، عن صفوان، عن ابن سنان، قال: سألت ابا عبدالله (ع) عن الشرط في الاماء لاتباع و لا توهب، قال: يجوز ذلك غير الميراث، فانما تورث لان كل شرط مخالف الكتاب باطل».

مرحوم شیخ انصاری در مکاسب بعد از نقل این دو دسته روایات که بظاهر متعارضند، آن‌ها را به این صورت جمع کرده که ضابطه و معیار اصلی، عدم مخالفت شرط با شرع است، چرا که هر شرط غیر مخالف، ناگزیر با توجه به عمومات و اطلاعات ادله موافق شرع خواهد بود.

با این تفسیر، مثلاً خیاطت لباس توسط فروشنده به عنوان مصداقی از مصادیق موافق کتاب محسوب خواهد گشت (شیخ انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۸۱)

ب: تقسیم بندی دوم

از دیدگاه دیگر، شرط نامشروع تقسیم بندی دیگری را دارا می باشد:

۱- شرط مخالف با احکام وضعی ناشی از عقد؛

۲- شرط مخالف با سایر احکام شرعی.

این تقسیم از این سؤال ناشی شده است که آیا معیار در نامشروع بودن مخالفت با مطلق احکام شرع است یا شامل مخالفت با احکام وضعی ناشی از عقد نیز می باشد؟ در پاسخ به این سؤال فقها دو دسته شده اند: برخی از آن‌ها همچون مرحوم صاحب جواهر، مرحوم صاحب ریاض و مرحوم سید عاملی صاحب مفتاح الکلام، معیار را مخالفت با منطق احکام شرع پنداشته اند، اما در مقابل یزرگانی همچون ملا احمد نراقی در مشارق الاحکام، ضابطه نامشروع بودن را مخالفت با احکام وضعی ناشی از عقد دانسته اند.

قائلین به نظر اخیر این چنین استدلال نموده اند که گرچه شرط در مواردی هم چون شرط عدم ملکیت، مخالف حکم شرع نیست، چون مخالفت با آثار بیع است، این نوع شرط باطل است. این نوع شرط بیش تر به شرط خلاف مقتضای عقد نزدیک است که در فصل آتی درباره آن بیش تر سخن خواهیم گفت. در واقع این گروه، ملاک اصلی را در مخالفت شرط با مقتضای عقد می دانند و به علت تناقض ذات عقد با متعلقات و شروط آن، این نوع شروط را باطل می انگارند (نجفی، ۱۲۵۶، ص ۲۰۲). اما قائلین نظر اول، معیار در شرط نامشروع را مخالفت با کتاب و سنت می دانند (طباطبایی، ۱۴۱۲، ص ۴۳۸).

ج) تقسیم بندی سوم

۱- نامشروع بودن نفس شرط؛

۲- نامشروع بودن التزام به شرط.

این تقسیم بندی بر پایه این مطلب است که برخی از شروط، خود فی نفسه نامشروع هستند؛ ولی برخی دیگر ذاتاً حرمتی ندارند، اما التزام به آنها نامشروع و غیرمجاز است. مورد اول مانند صورتی است که هر عقد بیع شرط عدم جواز تصرف مشتری در بیع شود (امام خمینی، ۱۳۷۹، ص ۱۶۶) مثال مورد دوم هم در جایی است که در عقدی شرط عدم ازدواج تا آخر عمر بر یکی از طرفین عقد شود بر اساس تقسیم بندی فوق، این اختلاف بین فقها وجود دارد که در شرط، معیار نامشروع بودن نفس شرط است یا التزام به شرط؟ در پاسخ به این سؤال، هر گروه راهی رفته‌اند، اما حق مطلب همان نظری است که به آن معتقد شده و آن این که هر دو معتبر است. (شیخ انصاری، ۱۳۷۵، ص ۳۹۴) مرحوم سید محمد کاظم هم در حاشیه عروه الوثقی آن را تأیید نموده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ص ۱۰۹).

مبحث سوم: معیارها و ضوابط تشخیص مخالفت شرط با شرع

درباره این که با چه معیارهایی می‌توان پی به نامشروع بودن شرط برد، شش ضابطه از سوی فقها ارائه شده است که ذیلاً به آن می‌پردازیم:

۱) ضابطه اول

معیار، مخالفت شرط با حکم ناشی از اصل شرع است، بدون این که احکام مترتبه بر عقد ملاحظه گردد. این معیار توسط بزرگانی هم چون مرحوم (طباطبایی، ۱۴۱۲، ص ۴۳۷) و مرحوم سید جواد آملی در مفتاح الکرامه عنوان شده است (جوادی آملی، ۱۴۱۸، ص ۷۳۱).

۲) ضابطه دوم

بین شروطی که قطع نظر از شرط و التزام در عقد، ذاتاً حرام شرعی است، مثل حرمت شرب خمر و شروطی که التزام به آن حرام است، مثل تفویض طلاق به زوجه تفکیک شده و معیار و شرط نامشروع همان شروط نوع اول است. از این رو این دسته شروط باطل و دسته دوم صحیح دانسته شده است. مرحوم میرزای قمی در رساله‌ای که در موضوع شرط ضمن عقد تألیف نموده‌اند و نیز در کتاب شریف غنائم الأيام فی مسایل الحلال و الحرام (چاپ سنگی، ص ۷۳۲) این ضابطه را مطرح ساخته‌اند.

۳) ضابطه سوم

برخی وجه فارق بین شرط نامشروع و مشروع را در این دانسته‌اند که شرط نامشروع شرطی است که نص خاصی بر جواز خلاف آن چه در آن درج شده است، وارد شده باشد.

صاحب مشارق الاحکام این معیار را از قول دیگران نقل کرده و برای آن این مثال را زده است، شرط عدم تزویج بیش از یک زن که در خصوص آیه شریفه «فانکحوا ما طاب لکم من النساء مثنی و ثلاث و رباع» وارد شده است. (نراقی، ۱۴۰۸، ص ۷۱)

۴) ضابطه چهارم

بر اساس این ضابطه، شرطی نامشروع است که بر خلاف و در تضاد با حکم حاصله از کتاب و سنت باشد. برای روشن شدن این ضابطه دو مثال زیر با هم مقایسه می‌شوند:

احکام ثابت از کتاب و سنت همچون عدم اختیار زوجه بر طلاق و نیز عدم جواز تصرف مشتری در بیع این‌ها بر خلاف حکم ثابت از کتاب و سنت است، بنابراین شرط نامشروع خواهد بود، در حالی که بر اساس این معیار، شرط عدم تصرف در مبیع خاص، نه عدم جواز تصرف، شرط نامشروع تلقی نخواهد شد. ملا احمد نراقی در کتاب ارزشمند عوائد الايام این ضابطه را بیان فرموده است. (همان، ۴۷ و ۴۸)

۵) ضابطه پنجم

در این ضابطه بین احکامی که مجرد از ملاحظه هر عنوان خارجی، بر موضوع ثابت گردیده‌اند به نحوی که می‌تواند حکم دیگری شرعاً بر همان موضوع ثابت شود، مثل بیش تر از مستحبات و مکروهات و بین احکامی که با ملاحظه تمامی عوارض و طواری بر موضوع ثابت گردیده‌اند، مثل حرمت شرب خمر تفکیک ایجاد می‌شود. مورد دوم را نمی‌توان با شرط تغییر داد و قابل تغییر نمی‌باشد و این بر خلاف مورد اول است که با شرط قابل تغییر است.

شیخ انصاری در مکاسب (۱۳۷۵، ص ۲۷۷) و مرحوم مامقانی در مناہج المتقین ضابطه فوق را مطرح نموده‌اند. البته در کتاب منبه الطالب به شیخ انصاری اشکالی شده است که به دلیل این که از حوصله مقال خارج است از طرح آن صرف نظر می‌کنیم.

۶) ضابطه ششم

بر پایه این ضابطه، بین امور وضعی و تکلیفی تفکیکی انجام شده و امور وضعی هم به امور قابل تغییر به وسیله اشخاص و امور غیر قابل تغییر توسط اشخاص تقسیم شده است، و در مورد قسم اخیر احکام وضعی، اصل بر عدم جواز شرطیت و نامشروع بودن آن است. در مورد احکام تکلیفی هم اصولاً بایستی گفت که نه حرام و نه واجب هیچ کدام قابلیت تغییر را نداشته و مباحات هم غالباً هیچ مخالفتی با کتاب و سنت ندارند. این ضابطه مرحوم نایینی است که در تقریرات ایشان منعکس شده است (خوانساری، ۱۳۵۵، صص ۱۰۴ و ۱۰۵).

۷) ضابطه نهمی: قول مختار در ضابطه تشخیص نامشروع بودن شرط:

با ملاحظه ضابطه‌های یاد شده، به نظر می‌رسد می‌توان قول مرحوم نایینی را به صواب نزدیک‌تر دیده جمع بندی زیر را نتیجه گرفت:

- ۱- شرط نامشروع شرطی است که مخالف حکمی از احکام شرع باشد که قابلیت تغییر بواسطه شرط را دارا نباشد.
- ۲- اگر متعلق شرط از امور وضعیه‌ای است که تحت سلطه و اختیار انسان است، مانند باب حقوق و احوال، این نوع شرط صحیح است؟
- ۳- اگر شرط از امور وضعیه‌ای باشد که تحت سلطه و اختیار اشخاص نیست، شرط باطل است؟
- ۴- اگر شرط از امور تکلیفی واجب و حرام باشد، شرط باطل است؟
- ۵- اگر شرط فعل مباح باشد. با این قید که شرط در واقع صرفاً ترک مصداق ذر برهه‌ای از زمان باشد، صحیح است و اگر مطلق باشد، شرط باطل است.

مبحث چهارم: آثار شروط نامشروع

شکی نیست که شرط نامشروع خود فی نفسه فاسد و بی اعتبار است. در بین فقها اختلاف بر سر این است که شروط نامشروع چه تأثیری در عقد اصلی خود دارند. برخی از فقها قائل به بطلان عقد گشته اما نظر مشهور فقها، بر خلاف آن استوار است، یعنی معتقدند که شرط نامشروع تأثیری در عقد نمی‌گذارد و به عبارتی دیگر شرط نامشروع از جمله شروط فاسد غیر مفسد است (محقق بحرانی، ۱۳۶۳، ص ۱۶۴) از جهت احادیث هم دو دسته روایات دیده می‌شود: مفاد برخی از آن‌ها مطابق قول اول بوده و برخی دیگر منطبق بر قول دوم می‌باشد. از جمله روایاتی که دلالت بر قول مشهور می‌کند، صحیحه محمد بن قیس درباره عقد نکاحی است که در آن شرط شده که آمیزش و طلاق در اختیار زن باشد که در آن حضرت فقط شرط را باطل دانسته و عقد نکاح را باطل دانسته‌اند. (الحرالعاملی، ۱۴۱۸، ص ۲۹) روایت دیگری که مؤید این قول می‌باشد، حدیثی در باب نکاح در مورد شرط دادن مهریه علیه مرد و به نفع زن است، که در آن حضرت این شرط

باطل را مفسد عقد نکاح تلقی ننموده‌اند (همان، ص ۱۰) همچنین روایت مرسله جمیل بن دراج زیر دلالت بر قول مشهور می‌کند:

«في الرجل يشترى الجارية و يشترط لاهلها ان لا يبيع و لا يهب و لا يورث؟ قال: يفي بسذلك اذا شرط لهم الا الميراث».

البته روایات دیگری نیز در این خصوص وارد شده است که ذکر آن از حوصله این نوشتار خارج است.

شایان ذکر است که قانون مدنی ایران از این قول تبعیت نموده است.

مخالفین نظر مشهور که قائل به بطلان اصل عقد می‌باشند، این چنین استدلال نموده‌اند که چون مقصود از عقد، تنها ذات آن نبوده، بلکه عقد عبارت از مجموع شرط و شروط است و در واقع اصل عقد مجرد از شرط مقصود طرفین نبوده، لذا عقد به لحاظ بطلان یکی از اجزایش باطل می‌باشد، چرا که «العقود تابعة للمقصود» پس آن چه مقصود و مورد نظر طرفین نبوده، صحیح نمی‌باشد، و آن چه صحیح می‌باشد (یعنی نفس ذات عقد) مقصود نمی‌باشد. مرحوم صاحب مدارک از مدافعین این نظریه می‌باشد (محقق بحرانی، ۱۳۶۳، ص ۱۶۵) محقق اردبیلی نیز در کتاب مجمع القاعده و البرهان در کتاب متاجر نیز به این قول متمایل گشته است؛ به این بیان که اگر رضای 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 (محقق اردبیلی، ۱۴۱۸، ص ۱۴۸).

فصل دوم: شرط خلاف مقتضای عقد در فقه مذاهب اسلامی مبحث اول: تعریف انواع شروط خلاف مقتضای عقد

گفتار اول: فقه شیعه

درباره مفهوم واقعی مقتضای عقد و این که چه مواردی را شامل می شود، فقها تقسیم بندی های متعددی را مطرح ساخته اند. قبل از بیان تقسیمات، مناسب است به تعریف این مفهوم و انطباق آن بر عقد بپردازیم:

الف: مفهوم کلی مقتضی و مفهوم مقتضای عقد

همان طور که در برخی از دایره المعارف ها آمده است، «مقتضی آن است که هر گاه مانعی به آن برنخورد نتیجه ای در پی داشته است». در مورد عقد هم اثر حاصله از عقد را «مقتضای عقد» می نامیم. به عنوان نمونه، عقدی که مخالف کتاب و سنت (مانع) نباشد، مقتضی تأثیر گذاری تام است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۳۹۲)

ب) انواع آثار مقتضای عقد:

تقسیم اول:

الف: مقتضای ذات عقد و این خود بر دو قسم است:

- ۱- مقتضای خود ذات عقد؛
 - ۲- مقتضای اثر عقد مانند هبه بیع.
- ب: مقتضای اطلاق عقد (مانند شرط حال بودن مبیع اگر طرفین معامله در آن باره مذاکره ننموده باشند)

تقسیم دوم:

برخی دیگر مخالفت با مقتضای عقد را به سه قسم زیر تقسیم نموده اند:

- ۱- مخالفت با مضمون یا مفاد اصلی عقد؛
- ۲- مخالفت با احکام عقد؛

۳- مخالفت با اهداف عقد.

تقسیم سوم

مرحوم نراقی در کتاب شریف عوائد الأيام (نراقی، ۱۴۰۸، صص ۵۰ و ۵۱) در تبیین مفهوم خلاف مقتضای عقد تقسیم بندی زیر را ارائه داده است:

۱- مقتضای ذات عقد بدون نیاز به جعل شارع

توضیح این که برخی از امور از مقتضیات ذات عقد می باشند، بدون این که نیاز باشد شارع آن را بر عقد جعل و مترتب کرده باشد. به عبارت دیگر مقتضای عقد از این زاویه، هر گونه امری است که عقد بدون آن متحقق نمی شود، به گونه‌ای که با انتفا و فقدان آن عقد از لحاظ عرفی یا شرعی و یا لغوی و مفهومی نیز منتفی می گردد. مانند مقتضای بیع، نقل و انتقال ملکیت و جابه جایی دو ملک است.

۲- مقتضای جعل شارع

بیان مطلب این که برخی از امور مقتضی و لازمه جعلی است که شارع بر آن عقد مترتب نموده است، و لو این که امکان تحقق عقد بدون آن امر قابل تصویر باشد، مثل خیار مجلس و یا خیار حیوان در عقد بیع. علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
هر کدام از این به دو قسم زیر منقسم می شوند:

۱- مقتضای بدون واسطه مثل انتقال ملکیت در عقد بیع؛

۲- مقتضای با واسطه مثل تسلط مشتری بر بیع که از لوازم انتقال بیع بوده و انتقال بیع هم از مقتضیات عقد بیع می باشد.

با توجه به مطالب یاد شده، در جمع بندی اقوال علما می توان موارد شرط خلاف مقتضای عقد را به ۵ دسته زیر تقسیم نمود:

۱- در صورتی که شرط به طور مستقیم با موضوع عقد تنافی دارد، مثل شرط عدم ملکیت در بیع؛

۲- در صورتی که شرط عرفاً یا عقلاً با لوازم عقد متنافی باشد، مثل شرط عدم تصرف در مبیع؛

۳- در صورتی که شرط مخالف مقتضای عقد منجر به دگرگونی عقد به عقد دیگر شود، مثل عقد قرضی که با شرط خاصی تبدیل به عقد عاریه گردد (نراقی، ۱۴۰۸، ص ۵۰).

۴- در صورت تناهی شرط با حکم شارع، مانند شرط عدم تسلیم در هبه؛

۵- موردی که هدف نهایی مجموع عقد و شرط با حکم شارع در تضاد باشد.

گفتار دوم: فقه اهل سنت

الف) فقه حنفی

علمای حنفی، شرط مقتضای عقد را به صورت زیر تعریف نموده‌اند:

۱- شرط از مقتضای ذات عقد باشد؛

۲- شرط از اموری باشد که ملائم مقتضای عقد است؛ مثل شرط رهن در متن معامله یا معرفی ضامن.

ب) فقه شافعی

شافعیون، مفهوم شرط مقتضای عقد را این گونه تقسیم نموده‌اند:

۱- شرطی که از مقتضیات ذات عقد باشد، و در واقع شرط تأکید مقتضای ذات عقد خواهد بود؛ مثل شرط قبض عوضین در معامله طلا و نقره؛

۲- شرط از اموری باشد که مصلحت شرعی را برای عاقد محقق سازد که از جمله مصادیق این شرط، شرطی است که مخالف مقتضای عقد نیست.

ج) فقه مالکی (عبدالرحمن الجزیری، بی تا، ص ۲۲۹)

فقها مالکی، در مفهوم شرط مقتضای عقد این گونه مشی نموده‌اند:

۱- شرطی که منافی مقتضای عقد و مقصود آن نباشد؛

۲- شرطی که مخل به ثمن معامله نباشد، مثل شرط قرض دادن بایع مبلغی را به مشتری که در واقع به این بازگشت می‌کند که بیع را به ثمن بیش تری فروخته است.

(د) فقه حنبلی (ابن قدامه، بی تا، ص ۵۳)

در نهایت حنبلی‌ها، سه مصداق زیر را برای مفهوم شرط مقتضای عقد ذکر نموده‌اند:

۱- شرط مطابق مقتضای ذات عقد باشد؛

۲- شرط ملائم عقد باشد؛

۳- شرط نیابستی منافی مقتضای عقد باشد.

مبحث دوم: ضوابط تشخیص و معیارهای شرط خلاف مقتضای عقد

همان‌طور که در اولین تقسیم‌بندی فوق‌گذشت، فقهای هم‌چون شیخ انصاری میان شرطی که با مطلق عقد در تضاد است و شرطی که عقد مطلق اقتضای آن را دارد تفاوت قایل شده‌اند (شیخ انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۸۱) و مورد اول را که شرط با مقتضای عقد مخالف است، به اتفاق باطل دانسته، ولی در مورد دوم که شرط خلاف اطلاق عقد باشد، باطل نبوده و تنها عقد اطلاق خود را از دست خواهد داد. اما آن چه در این میان مورد اختلاف است، ملاک‌های تمیز و تفکیک بین مقتضای عقد و اطلاق عقد می‌باشد.

۱- برخی از بزرگان، جعل شارع را ملاک تشخیص مقتضای عقد دانسته و هر گونه اثری که شارع برای ذات عقد قلمداد نموده و شرط مخالف با آن را باطل دانسته‌اند. (البحر العاملی، ۱۴۱۸، ص ۱۲۵۴).

این ضابطه مبتلا به این اشکال است که در بسیاری از موارد در لسان شرع میان آثار لاینفک ذات عقد و سایر آثار و لوازم، به صراحت تفکیکی دیده نمی‌شود، حال تشخیص این که آیا اثر لازمه مطلق عقد است یا لازمه اطلاق عقد، باز در هاله‌ای از ابهام باقی خواهد ماند.

۲- برخی دیگر از فقها با عنایت به اشکال‌های فوق، عرف را ملاک و معیار شناسایی مقتضای عقد دانسته‌اند. این گروه از فقهای امامیه، بین مقتضیات عرفی و شرعی عقد تفکیک قایل شده و نوع دوم را نه به لحاظ مخالفت شرط با مقتضای عقد، بلکه به خاطر این که شرط خلاف کتاب و سنت (شرط نامشروع) است، آن را باطل دانسته‌اند.

مرحوم نایینی از جمله طرفداران این نظریه است. مطابق این نظریه با توجه به این که قالب‌های معاملات از عرف منشأ شده‌اند. از این رو عرف، اثر ذاتی و لاینفک هر عقد را مشخص و تبیین می‌نماید؛ بنابراین برای تشخیص و تمییز مقتضای ذات هر عقد می‌بایست به عرف مراجعه نمود.

به نظر می‌رسد این معیار هم نمی‌تواند مؤثر و مفید واقع شود و به تنهایی نمی‌تواند معیار کافی برای تشخیص مقتضیات ذات عقد از دیگر لوازم عقد باشد؛ زیرا بسیاری از امور در قراردادها صرفاً ساخته و پرداخته اراده‌ها و تراضی مشترک طرفین می‌باشد و هیچ سابقه‌ای در عرف ندارد.

۳- عده‌ای دیگر از فقهای امامیه، همچون شیخ انصاری، برای تمییز مقتضیات عقد، به هر دو ملاک شرع و عرف روی آورده‌اند. مرحوم نراقی هم سه معیار عرف، مفهوم لغوی و شرع را مورد توجه قرار داده است. بر اساس این نظر، معیار تشخیص و تفکیک بین مقتضای ذات عقد و اطلاق، در درجه اول عرف است، اگر با این ملاک تشخیص حاصل نیامد، بایستی به شرع مراجعه نمود. ایراد این نظریه اختلاط بین شروط خلاف مقتضای عقد و شروط مخالف کتاب و سنت (شروط نامشروع) است که در فصول بعدی در مقام مقایسه این دو بتفصیل به آن خواهیم پرداخت. برخی دیگر از علما علاوه بر دو معیار فوق، اراده و خواست مشترک طرفین را نیز مورد نظر قرار داده‌اند. بر این اساس به منظور تشخیص مقتضیات عقد مفاد تراضی و انشای طرفین را بایستی مورد توجه قرار داد و هر آن چه را طرفین به عنوان اساس و پایه‌های اراده شان ملحوظ داشته‌اند، مقتضای عقد دانست. مرحوم نایینی به این قول نیز تمایل دارد.

مبحث سوم: مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد

همان طور که گذشت بطلان این نوع شرط بین فقها اتفاق و اجماعی است، اما در مورد مبنای این بطلان با بررسی اقوال بزرگان امامیه به سه نظر مهم و قابل توجه زیر برمی‌خوریم:

۱- اکثر علمای متقدم (علامه حلی، بی‌تا، ص ۱۵۲ و محقق حلی، ۱۳۸۹، ص ۳۳) شرط خلاف مقتضای عقد را یکی از انواع شروط نامشروع تلقی نموده‌اند. بدیهی است مبنای بطلان بر این اساس، مخالفت شرط را با کتاب و سنت دانسته‌اند. مرحوم صاحب جواهر هم پس از بیان اقوال فقها در این موضوع بطلان این شرط را بالمآل به مخالفت شرط با شرع و به عبارتی تحلیل حرام و تحریم حلال برگردانده است.

در توجه این نظر، گفته شده که وفای به عقود ریشه در اوفوا بالعقود شارع دارد و شرط مخالف مقتضی در واقع با امر شارع به وفای به عقود مغایرت دارد. به نظر برخی، استدلال فوق قابل خدشه است. «رضای طرفین و قصد مشترک آن دو به عقد و شرط توأماً تعلق گرفته و متعلق امر شارع در وفای به عهد نیز مجموع عقد و شرط است. بنابراین مخالفت شرط با مقتضای قرارداد را نمی‌توان خلاف ادله وفای به عهد دانست» (عابدین، ۱۳۷۹، ص ۲۵۱).

۲- عده‌ای دیگر از فقها مبنای بطلان شرط را به تناقض موجود در مجموعه عقد و شرط بازگردانده‌اند.

۳- برخی از فقها مقتضیات مطلق عقد را به دو قسم لوازم عرفی و شرعی تقسیم نموده‌اند و در خصوص شرط خلاف لوازم عرفی که عقد عرفاً قائم به آن‌هاست، علت بطلان شرط را تناقض بین مقتضیات عقد و شرط که موجب عدم تحقق قرارداد و در نتیجه بطلان شرط ضمن آن است، شمرده‌اند؛ اما در مورد شروط مخالف لوازم شرعی، وجود تناقض را مورد تردید قرار داده و این گونه استدلال نموده‌اند که با وجود از بین رفتن لازمه شرعی عقد،

حقیقت عرفی قرارداد کماکان محفوظ است. بنابراین در خصوص لوازم شرعی، علت و مبنای بطلان شرط را مخالفت آن با کتاب و سنت دانسته‌اند. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، صص ۱۱۲ و ۱۱۳)

از مجموع نظرات ارائه شده فوق، می‌توان این قول را اختیار نمود که مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد، منافی و تناقض درونی مجموعه عقد و شرط است و همان‌طور که بعداً خواهد آمد، شرط خلاف مقتضای عقد را نمی‌توان به‌طور کامل از مصادیق شرط نامشروع دانست.

فصل سوم: مقایسه بین شرط خلاف مقتضای عقد و شرط نامشروع

مبحث اول: وجوه اشتراک شرط خلاف مقتضای عقد و شرط نامشروع

۱- این دو شرط هر دو از جمله شروطی هستند که خود فاسد و باطل می‌باشند و عدم آن از شرایط صحت شرط شمرده شده است.

۲- مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد در برخی از صور، به علت نامشروع بودن شرط می‌باشد. توضیح مطلب: همان‌طور که گذشت، در مورد مقتضای عقد، صور مختلفی قابل تصویر است:

یکی از صورت‌های قابل تصویر مقتضای عقد اثری است که شارع بر ذات عقد من حیث هو جعل نموده است، به گونه‌ای که شرط قابل تفکیک نمی‌باشد، ولو این‌که از لحاظ عرفی و لغوی تفکیک آن اثر از ذات عقد قابل تصویر باشد. در این گونه موارد علت بطلان شرط می‌تواند همان نامشروع بودن شرط باشد.

برخی از فقهای معاصر، همچون میرزا حسن بجنوردی در قواعد فقهیه، فرض یابد شده را این گونه توضیح و تفسیر نموده است: از جمله صورت‌های مخالف با مقتضای عقد، این است که شرط با بعضی از آثار شرعی‌ای که شارع برای عقد جعل نموده است منافی و در تضاد باشد، مثل این‌که زوجه در عقد نکاح شرط کند که اختیار محل سکنی به

اختیار خودش باشد یا این که زوج را مجبور به اقامت در شهر پدر و مادر خود کند. جهت صحت این گونه شروط بایستی دلیلی را که این اثر را بر عقد اثبات نموده، ملاحظه نمود، که آیا این مستفاد از آن این است که اثر از حقوق قابل اسقاط است؛ یا این که حق نبوده بلکه حکم شرعی است که طبیعتاً غیر قابل اسقاط خواهد بود؟

چنانچه این اثر از نوع اول باشد، در اشتراط عدم این اثر از عقد هیچ اشکال و منعی وجود ندارد و در واقع این بازگشت به این می کند که مشروط له حق خود را ساقط نموده باشد، مثل شرط عدم خیار حیوان در عقد بیع و اسقاط حق مضاجعه در عقد نکاح.

اما در صورتی که این اثر از قبیل نوع دوم باشد، در این صورت اشتراط عدم آن در واقع از مصادیق و موارد مخالفت با کتاب و سنت خواهد بود. به عبارت دیگر در این صورت است که شرط خلاف مقتضی با شرط نامشروع متحد و مشترک خواهند گشت. مثالی که صاحب قواعد فقهیه برای این زده است موردی است که در عقد نکاح زوجه شرط نماید که بتواند بدون اجازه شوهر خود از منزل خارج شده و یا به مسافرت (البته غیر از سفر واجب) برود بدون این که از شوهر اذن بگیرد.

برخی از فقها در مقام استدلال برای لزوم عدم مخالفت شرط با مقتضای عقد پا را فراتر نهاده و یکی از دلایل را مخالفت شرط با کتاب و سنت دانسته‌اند (الخویی، ۱۴۱۵، ص ۱۴۲ به بعد) و در توضیح این مطلب این گونه استدلال کرده‌اند که چون کتاب و سنت دال بر عدم تخلف عقد از مقتضایش می کند؛ پس شروط تخلف از مقتضی (یا شرط خلاف مقتضای عقد) شرط مخالف کتاب و سنت خواهد شد.

علامه در تذکره در بحث شروط بیع، موردی را که در بیع، شرط عدم فروش مبیع شود با مقتضای ملکیت منافی دانسته و این گونه نتیجه‌گیری نمود که بنابر این قول پیامبر که «الناس مسلطون علی اموالهم» مخالفت داشته و به عبارتی مخالف کتاب و سنت بوده و به عنوان شرط نامشروع باطل خواهد بود.

ارتباط بین این دو نوع شرط به حدی است که برخی از فقها شرط خلاف مقتضای عقد را با شرط مخالف با کتاب و سنت اختلاط نموده و در آن بحث، این شرط را مطرح ساخته‌اند. برخی دیگر در مقام تمثیل، هر کدام را مثال دیگری دانسته‌اند، بلکه برخی دیگر از فقها همچون سبزواری در کفایه، محل شرط فوق را معیاری برای شرط مخالف کتاب و سنت دانسته‌اند. (سبزواری، ۱۴۲۳، ص ۹۷) در نهایت برخی، ضابط شرط مخالف کتاب و عدم منافات آن با مقتضای عقد پنداشته‌اند.

مبحث دوم: وجوه اختلاف بین شرط خلاف مقتضای عقد و شرط نامشروع

گرچه این دو شرط از جمله شروطی است که در باب شرایط صحت شرط مشترکاً از آن دو سخن به میان آمده است، دارای نقاط افتراقی می‌باشند که ذیل آن می‌پردازیم:

الف) تفاوت اول

شرط خلاف مقتضای عقد، نه تنها خود باطل است، بلکه علاوه بر فساد خود مفسد نیز می‌باشد، به عبارت دیگر شرط خلاف مقتضای عقد نه تنها بی اعتبار و کأن لم یکن است، بلکه سبب می‌شود که مشروط آن یعنی عقد نیز باطل و بی اعتبار گردد و این به خاطر تناقض بین شرط و مفاد عقد است و این بر خلاف شرط نامشروع است که غالباً تنها خود فاسد و باطل بوده و در بطلان مشروط خود یعنی عقد تأثیری نمی‌گذارد. فقها برای شرط فاسد غیر مفسد، شرط نامشروع را مثال زده و برای شرط فاسد مفسد، شرط خلاف مقتضای عقد را تمثیل می‌آورند. البته برخی از بزرگان در مقایسه این دو شرط مدعی شده‌اند که اصل این است که شرط نامشروع مفسد عقد نباشد، مگر این که منجر به تبدیل ماهیت عقد گشته و یا به غیر اخلاقی شدن جهت عقد بینجامد.

ب) تفاوت دوم

شرط نامشروع از جمله شروطی باطلی است که مشمول قواعد عمومی تعهدات بوده و مبنای بطلان آن را می‌توان با فقدان شرایط عمومی تعهدات نیز توجیه نمود، اما شرط مخالف با مقتضای عقد از موارد مختص به شرط است و تنها نسبت به تعهداتی که در ضمن عقد دیگری واقع می‌شود، قابل تطبیق است. از این رو، شرط عدم مخالفت با مقتضای را می‌توان از شروط اختصاصی صحت شرط به حساب آورد.

ج) تفاوت سوم

برخی از متأخرین در مقام مقایسه این دو شرط، قائل شده‌اند که اصولاً علت بطلان شرط خلاف مقتضای عقد، نه مخالفت با کتاب و سنت است، نه اجماع و نه چیز دیگری است. این شرط اصلاً تحقق خارجی ندارد. همچنین استدلال برخی به صحت عقد و فساد شرط هم ناصحیح است؛ زیرا اصلاً عقدی در خارج متحقق نشده، زیرا به علت تناقض بین مفاد عقد و شرط، قصد جدی به هر دو محال است، پس از باب سالبه به انتفای موضوع، نوبت به طرح استدلال‌های فوق نمی‌رسد.

با توجه به مطالب یاد شده تفاوت بین شرط عدم مخالفت با کتاب و سنت و شرط عدم مخالفت با مقتضای عقد، در این خواهد شد که اولی از شرایط صحت شرط و نفوذ آن است و دومی از شرایط تحقق و وجود شرط است. (الخویی، ۱۴۱۵، ص ۱۵۰)

د) تفاوت چهارم

محقق ایروانی در حاشیه خود بر مکاسب، در فرق بین این دو شرط این گونه اظهار نموده است. (محقق ایروانی، ۱۴۲۱، صص ۶۴ و ۶۵) که تمامی مطالب مربوط به شرط مخالف مقتضای عقد در ارتباط با شرط عدم اثر عرفی برای عقد است، و الا شرط عدم اثر شرعی از بحث خارج بوده و در بحث شرط خلاف کتاب و سنت داخل می‌شود. به عبارت دیگر مقتضای عقد مورد نظر در شرط مخالف مقتضای عقد، نفس احکام و آثار شرعیه

مترتب شده بر عقد نیست؛ زیرا عقد، موضوع آن احکام و آثار است و آن آثار از جانب شارع جعل شده است نه این که در حاق ذات عقد باشد. همچنین شرط منافی با حکم شرعی که شارع بر عقد جعل کرده، وجه بطلانش مخالفت با کتاب و سنت است و وجهی ندارد این شرط را بر یک شرط دیگر که قیم آن است، منطبق نماییم.

ه) تفاوت پنجم

سید میرزا حسن بجنوردی در کتاب قواعد فقهیه در مقام تفکیک بین این دو نوع شرط، دو مورد از موارد مقتضی و آثار عقد را ذکر نموده و در آن موارد به فرق بین این دو توجه نموده است:

مورد اول: موردی است که شرط منافی با اثر ظاهر و هدف عمده عقد باشد، به قسمی که تمام نظر و هدف طرفین از معامله رسیدن به آن اثر است، همانند نفی وطی که اثر ظاهر و عمده نکاح، شرعاً می باشد. ایشان در این فرض با بیانی، احتمال صحت عقد و شرط را مطرح ساخته و فرموده اند که پس اشکالی ندارد که از ناحیه منافات با مقتضای عقد قایل به صحت شرط شده و از این حیث شرط را باطل ندانیم، اما ممکن است شرط را از جهات دیگر همچون مخالفت با کتاب و سنت (شرط نامشروع) باطل بدانیم.

مورد دوم: ایشان موردی را متعرض شده اند که شرط با بعضی از آثار عرفیه عقد که از آثار عقد به حساب نمی آیند، منافات داشته باشد، به گونه ای که بین نفی این اثر و نفی مضمون عقد ملازمه عرفیه وجود داشته باشد، مانند شرط بایع که مبیع به زید فروخته نشود و یا به پسرش هدیه شود. ایشان در این فرض هم مانعی بر صحت شرط از جهت منافات آن با مقتضای عقد نداشته اند، اما این احتمال را داده اند که ممکن است از جهت دیگر همچون نامشروع بودن شرط، باطل باشد.

کلام مرحوم نراقی در مقایسه این دو شرط

مرحوم نراقی بعد از تبیین صور مختلف شروط خلاف مقتضای عقد، تمامی اقسام را به نحوی با شرط مخالف کتاب و سنت (یا شرط نامشروع) پیوند داده و آن‌ها را نیز از مصادیق شرط مخالف کتاب و سنت پنداشته و مبنای بطلان آن اقسام را مخالف کتاب و سنت بودن آن شروط دانسته است. ایشان نه تنها هر گونه شرطی را که با اثر و مقتضای مجعوله شرعی عقد (همچون جعل خیار حیوان برای بیع) مخالف است به عنوان شرط مخالف کتاب و سنت باطل و فاسد شمرده‌اند، بلکه شرطی که با اثر و مقتضای عرفی و لغوی ذاتی عقد نیز در تضاد باشد، نیز از مصادیق شرط مخالف کتاب و سنت تلقی نموده‌اند. استدلال ایشان در خصوص مورد اخیر این است که ادله شرعی از قبیل «اوفوا بالعقود» ما را ملزم می‌کند که به کل مفاد و آثار عرفی و غیر عرفی آن ترتیب اثر داده و پایبند باشیم. پس هر گونه شرطی که با این پایبندی شرعی در تضاد باشد، به عنوان شرط مخالف کتاب و سنت قلمداد شده، و تحت ادله مربوطه قرار گرفته و باطل شمرده می‌شوند. (نراقی، ۱۴۰۸، ص ۵۱)

در مجموع از کلام ایشان این گونه استنباط می‌شود که ایشان رابطه بین این دو شرط راه، عام و خاص مطلق دانسته‌اند. به این معنا که هر شرط خلاف مقتضای عقد عنوان شرط خلاف کتاب و سنت یا شرط نامشروع بر آن صدق می‌کند؛ اما دایره شروط نامشروع وسیع‌تر بوده و علاوه بر این مورد، موارد دیگری را که شرط با مفاد و آثار عقد در تضاد هست، نیز شامل می‌گردد.

خ) تفاوت ششم

شرط نامشروع موجب ایجاد حق فسخ بر طرف مقابل می‌شود، البته مشروط به این که طرف مقابل بر نامشروع بودن عقد جاهل باشد؛ اما شرط خلاف مقتضای عقد به

علت مفسد بودنش، عقد را از ریشه باطل و کأن لم یکن می‌سازد و اصلاً عقدی باقی نمی‌ماند تا نوبت به خیار فسخ داشتن به طرف مقابل برسد.

نتیجه گیری

در این نوشتار سعی گردیده است به تشریح ابعاد مختلف دو شرط نامشروع و شرط خلاف کتاب و سنت پرداخته، این دو شرط از جهات گوناگون مقایسه شوند. با بررسی اقوال و آرا فقها به این نتیجه رسیدیم که این دو شرط، دارای نقاط اشتراک و افتراق فراوانی هستند، از جمله مشترکات این دو شرط، باطل بودن نفس این دو شرط بود؛ اما از موارد افتراق این دو شرط مبطل بودن عقد در شروط خلاف مقتضای عقد و مفسد نبودن شرط نامشروع نسبت به مشروط خود یعنی عقد در بسیاری از موارد به استثنای صورت‌هایی که به قلب ماهیت عقد یا غیر اخلاقی بودن جهت آن منجر شود.

بدیهی است در شرط نامشروع برای طرف مقابل جهت جبران ضرر او، خیار فسخ وجود دارد. برخی از فقهای معاصر با تدقیق و تدبیر فراوان در شرط خلاف مقتضای عقد، با دیدی متفاوت با دیگران به این شرط نگریسته، علت فساد آن را عدم تحقق واقعی عقد مشتمل بر شرط خلاف مقتضای خود به لحاظ وجود تناقض بین مفاد این دو و عدم امکان نسبت به متناقضین دانسته‌اند. امید است این نوشتار توانسته باشد به سهم خود تا حدودی مفهوم این دو شرط را در قیاس با یکدیگر روشن نموده باشد.

منابع

الف - فارسی

۱. عابدین، میرحسین، شروط باطل و تأثیر آن در عقد، چاپ اول، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۹ ش.

ب - عربی

۱. ابن قدامه، شمس‌الدین عبدالرحمن، الشرح الكبير، قم، انتشارات دارالفکر، بی تا.
۲. الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، الطبعة السادسة، قم، المعاملات، يطلب من المكتبة التجاریه الكبرى، بمصر، بی تا.
۳. الحر العاملی، الشیخ محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، تهران، انتشارات المكتبة الاسلامیه، ۱۴۱۸ ق.
۴. الخوی، السید محمدتقی، الشروط او التزامات التبعیه فی العقود، الطبعة الثالثة، موسسه المنار، ۱۴۱۵ ق.
۵. العاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، الطبعة الاولى، بیروت، دارالتراث، ۱۴۱۸ ق، ۱۹۹۸ م.
۶. الامام خمینی، السید روح الله، کتاب البیع، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار الامام خمینی، المطبعة موسسه العروج، ۱۳۷۹ ش، ۱۴۲۱ ق.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، چاپ چهارم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۶ ش.
۸. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، قم، انتشارات صدوق، ۱۳۵۵ ش.
۹. سیزواری، محمد باقر، کفایه الاحکام، قم، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۲۳ ق.
۱۰. شیخ انصاری، مرتضی، مکاسب، چاپ سنگی، تبریز، چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ ش.
۱۱. طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، الطبعة الاولى، بیروت، دارالهادی للطباعة و النشر التوزیع، ۱۴۱۲ ق، ۱۹۹۲ م.

مقایسه شرط نامشروع و شرط خلاف مقتضای عقد/۲۱۷

۱۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۷۸ش.
۱۳. علامه حلی، الحسن بن یوسف، قواعد الاحکام، قم، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، بی تا.
۱۴. محقق اردبیلی، الشیخ احمد، مجمع القائده والبرهان فی شرح ارشاد الأذهان، الطبعة الثالثة، قم، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۸ق.
۱۵. محقق ایروانی، حاج میرزا علی، تعلیقه بر مکاسب، الطبعة الاولى، الناشر دار ذوی القربی، تهران، المطبعة سپهر، ۱۴۲۱ق.
۱۶. محقق بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناضره، قم، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۳۶۳ش.
۱۷. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، الطبعة، بی تا. الثانيه، تهران، انتشارات العلمیه، ۱۳۸۹ش، ۱۹۶۹م.
۱۸. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، الطبعة السابعة، بیروت، انتشارات دار احیاء التراث العربی، ۱۲۵۶ق.
۱۹. نراقی، ملا احمد، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، چاپ سوم، انتشارات بصیرتی، ۱۴۰۸ق.
۲۰. یزدی، محمد کاظم، حاشیه مکاسب، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۷۸ش.



ژوئیه‌شگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی