

## تحلیل فقهی و حقوقی شروط باطل غیر مبطل

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۳/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۹/۰۹/۱۲)

مریم نقدی

### چکیده

شرط تعهدی است که ضمن تعهد دیگر درج می‌شود و در اثر این امر، بستگی و رابطه میان آن دو تعهد ایجاد می‌شود که شرط، صورت تعهد تبعی به خود می‌گیرد شرط یکی از اعمال حقوقی متداول بوده که در قالب تعهد اثری از خود به جا می‌گذارد. شرط یک الزام و تعهد تبعی است که با درج در متن عقد، مشروط علیه به ایفای آن ملزم می‌شود یعنی دارای ادله وجوب و فاء است. ولی اگر طرفین به شرط باطلی توافق کنند مشروط علیه را نمی‌توان به ایفای آن مجبور کرد چون برای شرط باطل آثاری مترتب نمی‌شود شرط باطل زمانی موجب بطلان عقد می‌شود که فساد ناشی از شرط به یکی از ارکان اساسی عقد لطمه وارد سازد در غیر این صورت فساد شرط به عقد سرایت نمی‌کند چون شرط تعهدی تبعی است که همیشه وابسته به عقد است این در حالی است که اگر عقدی باطل باشد به تبعیت از آن شرط نیز باطل اعلام می‌شود. فساد شرط در شروط باطلی همچون شرط غیرمقدور و شرط نامشروع، به عقد سرایت نمی‌کند چرا که فقط خودشان باطل هستند و عقد به تبع این شروط باطل نمی‌شود ولی به خاطر جبران ضرری که از عدم ایفای شرط متوجه مشروط‌له می‌شود، البته زمانی خیار فسخ معامله برای مشروط‌له ثابت می‌شود که مشروط ثابت شود گرچه شرط بخشی از عقد اصلی است و تراضی به مجموعه‌ی از تعهدهای اصلی و فرعی تعلق می‌گیرد ولی این بدان معنا نیست که همواره بطلان شرط به نظم مجموعه صدمه می‌زند و عقد را باطل می‌کند. شرط مبطل، عقد اصلی را فاسد می‌کند و عقد فاسد نیز هیچ اثری ندارد. یعنی چنانچه بیع فاسد باشد به موجب آن ملکیتی برای مشتری بر مبیع حاصل نمی‌شود و حتی در صورتی که آن را قبض کند، مالک آن نخواهد بود شروط مبطل به دو قسم تقسیم می‌شود که هدف این پژوهش شروط باطل غیر مبطل ( ماده ۲۳۲) قانون مدنی است.

واژگان کلیدی: شرط، شرط فاسد، خلاف شرع بودن، خلاف قانون بودن



## مقدمه

جایگاه برجسته و ویژگی‌های را به خود اختصاص داده اند. به گونه‌ای که اشخاص برای نیل به اهداف خاص و رفع حوائج و خواسته‌های درونی خود، ناگزیر به بستن قراردادهای و توافق‌های گوناگون تحت عناوین مختلف مبادرت می‌ورزند. بیشتر اوقات، طرفین ضمن عقد تمایل دارند، نسبت به حذف و یا سلب قسمتی از عقد یا آثار آن توافق نمایند و یا اموری زاید بر آنچه که در متن قرارداد وجود دارد را مورد توافق قرار دهند. به عبارت دیگر گاهی طرفین قرارداد در ضمن معامله بر تحدید دامنه آثار عقد و یا افزایش اثری بر آن موافقت می‌کنند که چنین حذف و اضافه‌ای محصول عامل و یا پدیده حقوقی دیگری به نام شرط است، که چون در ضمن قرارداد اصلی می‌آید، شرط ضمن عقد نامیده می‌شود. از آنجا که شروط ضمن عقد، رابطه تنگاتنگی با عقود و قراردادهای دارند و جامعه‌ای را نمی‌توان یافت که از وجود قراردادهای و تعهدات فیمابین تهی و بی‌نیاز باشد، می‌توان گفت پیشینه شروط به پیشینه عقود و همزاد و همراه با نخستین زندگی‌های جمعی است. نظر به همین جایگاه، اسلام از آغاز، توجه ویژه‌ای به عقود و تعهدات اجتماعی داشته است؛ و با امضاء و تأسیس برای اصلاح و تکمیل تعهدات اجتماعی، اهتمام داشته است. از همان روزهای آغازین، در کنار بیان ضرورت وفا به عقود - به بیان قرآن کریم: «اوفوا بالعقود»- بر پایبندی مؤمنان به شروط نیز اصرار ورزیده است که «المؤمنون عند شروطهم». حال شروطی که ضمن عقد قرار می‌گیرند، یا شروطی هستند که صحیح و مشروع می‌باشند، یا نامشروع و باطل. باید دانست که در صورت مشروعیت شرط بر اساس اصل لزوم پایبندی به عهد، چنانچه وفاء به شرط مستلزم انجام فعلی باشد، انجام آن واجب و اگر مبتنی بر ترک عملی باشد، ترک فعل مشروط بر مشروط‌علیه لازم می‌شود. 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 فاسد می‌باشد. شرع مقدس اسلام نیز اگر چه بر اصول مسلمی مبنی بر لزوم پایداری مؤمنین بر تعهدات و 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. توجه به مطالب فوق، اهمیت شروط ضمن عقد را در روابط روزمره حقوقی مردم مشخص می‌کند و بحث تفصیلی در مورد صحت و بطلان شروط ضروری است. از مطالب مهمی که در بحث شرط ضمن عقد باید بدان پرداخت، مطالعه تفصیلی هر یک از شروط باطل و تأثیر آن در عقد است. قانون مدنی به ذکر دو ماده در این خصوص اکتفا کرده است. مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ شرط غیر مقدور، بی فایده و نامشروع را در زمره شروط باطل و غیر مفسد و شروط خلاف مقتضای عقد و مجهولی که موجب جهل به یکی از دو عوض شود را به عنوان شروط باطل و مبطل قرارداد، شمرده است. در فقه شیعه و حقوق مدنی ایران، معاملات در یک تقسیم‌بندی به معاملات مطلق و مشروط تقسیم می‌شوند. معاملات مطلق به معاملاتی گفته می‌شود که هیچ شرطی در آنها نباشد و صرفاً توافق بر موضوع اصلی قرارداد واقع شود و در مقابل آن، معاملات مشروط قرار دارند که به معاملاتی گفته می‌شود که در آنها حداقل یک شرط گنجانده شده باشد. بعضی از شروطی که در قراردادها گنجانده می‌شوند، شروط مجاز و بعضی دیگر شروط غیر مجاز هستند. از جمله شروطی که طبق فقه امامیه و بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی غیر مجاز و فاسداند، شروط مخالف با شرع و قانون می‌باشند. در کتاب‌های فقهی، برای شرط خلاف شرع تعاریفی بیان شده است؛ محقق نراقی به نقل از فقها چنین آورده: «فقها پنج شرط را به عنوان شروط غیر مجاز برشمرده‌اند که آن‌ها عبارتند از: ۱- شرطی که منافی با مقتضای عقد باشد ۲- شرطی که مخالف کتاب و سنت باشد ۳- شرطی که حلالی را حرام و حرامی را حلال کند ۴- شرطی که موجب جهل به یکی از عوضین شود ۵- شرطی که غیر مقدور باشد». (نراقی، مشارق الاحکام، ۹۵) از این کلام چنین برداشت می‌شود که فقها شرط خلاف شرع را به صورت دو شرط جداگانه به شکل زیر معنا نموده‌اند: ۱- شرط مخالف کتاب و سنت؛ مثلاً مرد شرط می‌کند که بیگانه و اجنبی از او ارث ببرد یا عکس آن کسانی که شرعاً از او ارث می‌برند، محروم از ارث باشند. (بجنوردی، قواعد فقهیه، ۲/۴۳۸) ۲- شرطی که حلالی را حرام و یا حرامی را حلال کند؛ مانند اینکه حرمت شرب خمر حلال شمرده شود. 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. (انصاری، مکاسب، ۱۷/۳) از طرف دیگر از نظر حقوقی 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 شروط و تعهداتی را به نفع یا به ضرر یکدیگر درج نمایند؛ لیکن نکته مهم این است که این شروط باید در محدوده قانون و به عبارت دیگر مشروع باشند. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۹۷/۲) 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 نمی‌شود؛ زیرا عمل کردن به شرط نامشروع ممکن نیست. قانون نیز مشروط علیه اینگونه شروط را ملزم به ایفای آن نمی‌نماید. بعضی از حقوقدانان معتقدند که منظور قانونگذار از واژه‌ی نامشروع در بند سوم ماده ۲۳۲ قانون مدنی شرط خلاف قوانین موضوعه‌ی کشوری است (امامی، حقوق مدنی، ۱/۲۷۵)، در حالیکه از اطلاق آن چنین استنباط می‌شود که شرط نامشروع، علاوه بر اینکه شرط خلاف قوانین موضوعه را شامل می‌شود، شرط خلاف شرع به معنی اخص کلمه (یعنی شرط خلاف کتاب و سنت) و همچنین شرط مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه و عرف را، در آنجا که قانون امری را به عرف محول کرده است و یا در جایی که عرف به منزله قانون محسوب می‌گردد را نیز در بر می‌گیرد. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۷۲/۳) بنابراین می‌توان گفت از نظر قانون مدنی نیز طبق بند ۳ ماده ۲۳۲، یکی از شروطی که باطل است ولی مبطل عقد نیست، شرطی است که نامشروع باشد؛ ولی در این خصوص نیز باید دید که از نظر حقوقی چه معیارهایی برای تشخیص شرط خلاف شرع و قانون وجود دارد. نکته دیگر اینکه، هرگاه متعاقدین مبادرت به انعقاد عقدی نموده و در ضمن آن نیز شرط یا شروطی را درج نمایند، بی‌گمان هدف خاصی را از این رهگذر تعقیب می‌کنند؛ ولی باید گفت، شرط به عنوان یک تعهد تبعی فقط زمانی می‌تواند موجد آثار مورد انتظار طرفین باشد که بر طبق قانون و شرع تشکیل شده باشد؛ بر همین اساس شرط نامشروعی که در ضمن عقد گنجانده می‌شود موجب بروز و ظهور آثاری است که در این پایان نامه به صورت مبسوط مورد بررسی قرار می‌گیرد. نظر به

اینکه یکی از ابزارهای محدود کننده و کنترل کننده اراده افراد در مورد شرط، لزوم همگامی آن با شرع و قانون می‌باشد و از آنجایی که در منابع فقهی و حقوقی شرح جامع و مانعی از شروط خلاف شرع و قانون نشده و نیز معیارهایی برای تشخیص اینگونه شروط ارائه نشده است، بنابراین لازم است، در مورد شرط خلاف شرع و قانون، معیارهای شناسایی اینگونه شروط و آثار آن نیز بحث شود، تا روشن شود که آثار چنین شروطی نسبت به قرارداد، نسبت به طرفین قرارداد و نسبت به شخص ثالث چیست؟

## بخش اول: مفهوم شناسی

### بند اول: مفهوم شرط در لغت

بی تردید کلمه شرط در علوم مختلف به کار رفته، و در هر یک از آن‌ها کاربردی به خصوص و مفهومی مستقل از معانی دیگر دارد که در ادامه ابتدا معنای لغوی و سپس معانی اصطلاحی آن در علوم مختلف مورد بررسی قرار می‌گیرد. شرط در لغت به معنای "ملزم ساختن" و یا "ملزم شدن به چیزی در هنگام معامله"، "الزام" و "تعلیق چیزی به چیز دیگر" آمده است. (ابن منظور، لسان العرب، ۲۳۹/۷؛ فیروز آبادی، القاموس المحيط، ۳۸۱/۲؛ عمید، فرهنگ عمید، ۸۶) در کتب لغت، معانی متعدد دیگری نیز برای شرط ذکر کرده اند؛ از قبیل: علامت، عهد و پیمان، لازم گردانیدن امری یا چیزی در بیع یا در هر عقد و پیمانی، رسم، شیوه، واجب، وابستن قول یا فعل به چیزی و امثال آن. (ر. ک. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ۴۵۰؛ فراهیدی، العین، ۲۳۴/۶؛ صاحب بن عباد، المحيط فی اللغة، ۲۹۱/۷؛ ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۲۶۰/۳)

### بند دوم: شرط در اصطلاح

شرط در ادبیات و علم نحو، در معنای گزاره‌های است که پس از ادوات شرط می‌آید و وقوع امری را به حدوث و یا عدم حدوث چیز دیگری مشروط می‌کند مانند: «ان احسن صدیقک فاحسن الیه» گزاره‌های که پس از واژه «ان» آمده است، شرط نام دارد و آنچه که پس از





شرط می‌آید، جزای شرط می‌نامند. جملات غیر شرطی را جملات خبری می‌نامند. (ر.ک. شر تونی، مبادی العریب، ۴/ ۲۰؛ بجنوردی، قواعد فقهیه، ۲/ ۳۷۲)

### بند سوم: شرط در اصطلاح اصول فقه

در علم اصول فقه، آنچه را که از عدمش، عدم چیزی دیگر لازم می‌آید - اعم از آن که از وجودش وجود دیگری لازم بیاید یا خیر - شرط آن چیز می‌نامند و در توضیح می‌گویند الشَّرْطُ «ما یلزم من عدمه عدم الشَّیء». به تعبیر دیگر، شرط چیزی است که چیزی دیگر بر آن متوقف باشد؛ یعنی الشَّرْطُ «ما یتوقَّف علیه الشَّیء». البته توقف شیء بر شرط چند حالت دارد: گاه وجود شیء متوقف بر چیزی است، مانند توقف معلول بر اجزای علت؛ گاه وجوب امری متوقف بر چیزی دیگر است، مثل وجوب حج بر استطاعت؛ گاه نیز لزوم عقد متوقف بر امری است، مثل لزوم عقد خیاری که بر سقوط خیار متوقف است و گاه آنچه متوقف است، صحت یک امر است، مانند توقف صحت عقد بر وجود اختیار در متعاملین. (ر.ک. میرزای قمی، قوانین الاصول، ۱/ ۱۰۰؛ میرزای تبریزی، اوثق الوسائل، محقق داماد، قواعد فقه، ۲/ ۳۵) ۵۶۷. این معنی در مقابل معنی سبب و علت است چرا که در تعریف سبب آمده «ما یلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم لذاته» یعنی آنچه که از وجودش وجود مشروط لازم می‌آید و از عدم آن عدم مشروط. پس از ناحیه وجود بین شرط و سبب فرق هست زیرا که در سبب از وجودش وجود مشروط لازم و ضروری است در حالی که در شرط اینگونه نیست. به بیانی دیگر، سبب مستلزم وجوب مسبب می‌شود ولی شرط مستلزم وجوب مشروط نیست اما در شرط از عدم آن عدم مشروط لازم می‌آید و از وجود آن نه وجود مشروط لازم می‌آید و نه عدم مشروط و ممکن است گفته شود که مسبب در وجود خود مربوط است و مشروط در عدم خود به شرط وابسته است. (شهید اول، القواعد الفواعل، ۱/ ۲۵۵)

### بخش دوم: شرط در اصطلاح فقه

در فقه، شرط عبارتست از "مطلق تعهد" اعم از ضمن عقد یا به طور مستقل و جدای از عقد، "الزام" و "التزام". (نراقی، عوائد الایام، ۴۱؛ میرزای قمی، غنائم الایام، ۷۳۰، نراقی، مشارق

الاحکام، ۵۹) با توجه به اهمیت تعریف فقها از شرط در این پایان نامه، ذکر نظر تعدادی از فقها در این مورد و بررسی آنها ضروری است. شهید اول از نخستین فقیهانی است که شرط را تعریف کرده است. وی پس از بیان مفهوم لغوی در مقام تعریف اصطلاحی شرط می‌نویسد: «شرط از نظر عرف عبارت است از چیزی که اثرگذاری هر چیز اثر گذار، بستگی به آن دارد نه وجود اثر گذار». (شهید اول، القواعد الفوائد، ۱/۶۴) شیخ انصاری در مبحث خیارات در مورد معنای شرط می‌فرماید: شرط در عرف بر دو معنی اطلاق می‌شود:

اول- عبارت است از معنای "حدثی" که شرط به این معنی مصدر(شرط) است یعنی الزام و التزام به چیزی که اسم فاعل آن شارط و اسم مفعول آن مشروط می باشد. در لغت شرط را به معنای مصدری آن تفسیر کرده اند؛ چرا که گفته‌اند (الزام الشیء و التزامه فی البیع و غیره)، گاهی نیز شرط بر عهد و نذر اطلاق می‌شود.

دوم- شرط چیزی است که از عدم آن، عدم مشروط لازم می آید بدون اینکه ملاحظه شود که آیا از وجود آن وجود مشروط هم لازم می آید یا خیر؟ مثل وضو برای نماز که با نبود آن، نماز هم نبود است و نمازی به وجود نمی آید؛ ولی اینگونه نیست که از وجود وضو، وجود نماز هم حتماً حاصل گردد؛ چرا که گاهی انسان وضو می‌گیرد ولی نماز نمی‌خواند. شرط به این معنا اسم جامد است و مصدر نداشته و معنای حدثی ندارد و اشتقاق مشروط از آن بنابر اصل نیست؛ لذا شارط و مشروط مثل فعل و انفعال متضایفین نیستند بلکه شارط، قراردهنده شرط است و مشروط علیه، کسی است که شرط بر او قرار داده شده است. ایشان در ادامه می‌گویند: شرط در هر دو معنی مانند امر است به معنی مصدر و به معنی شیء، پس اگر قرینه بر اراده مصدر اقامه شود، شرط به معنی اول است و اگر قرینه بر اراده جامد اقامه شود، شرط به معنی دوم است. (انصاری، مکاسب، ۲۷۵)

### بخش سوم: شرط در اصطلاح حقوقی

هرچند در قانون مدنی از شرط تعریفی نشده اما با توجه به تأثیر عمیق فقه امامیه در حقوق کشور ما، به ویژه در باب شروط، لفظ شرط نزدیک به معنی فقهی آن استعمال شده و حقوقدانان در کتب حقوقی خویش شرط را اینگونه تعریف کرده اند:



دکتر جعفری لنگرودی در تعریف شرط می‌نویسد: «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 آن امر محتمل الوقوع نماید. ب- وصفی که یکی از طرفین، وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده باشد بدون اینکه آن وصف، محتمل الوقوع در آینده باشد. در فقه هم به معنی مطلق تعهد (اعم از ضمن عقد یا به طور مستقل و جدای از عقد) است به همین جهت، شرط را به دو قسم تقسیم می‌کنند: شرط ضمن عقد و شرط ابتدائی». (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۳۸۵) سنه‌وری حقوقدان برجسته معاصر نیز در تعریف شرط می‌نویسد: «شرط امری است مربوط به آینده که حدوث یا زوال تعهد منوط بر آن است». (سنه‌وری، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ۷/۳) شهیدی نیز در تعریف شرط می‌نویسد: «تعهد مستقیم یا غیر مستقیم به عقد مشروط». (شهیدی، حقوق مدنی شروط ضمن عقد، ۱۸/۴) دکتر کاتوزیان نیز معتقد است که شرط در اصطلاح حقوقی یکی از این دو مفهوم را بیان می‌کند:

۱- امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد. برای مثال، شرایط اساسی صحت معامله که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ذکر شده است از مصادیق شرط به معنی مذکور است، برای مثال اهلیت و قصد و رضای متعاملین در یک عمل حقوقی، شرط تحقق و صحت آن عمل است.

۲- توافقی است که بر حسب طبیعت خاص موضوع یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری درآمده است. به عبارت دیگر شرط در این معنی عبارت از تعهد فرعی یا الزام و التزامی است که در ضمن عقد دیگری مندرج شده است. این تعهد فرعی با توجه به طبیعت خاص موضوع آن ممکن است چنان باشد که نشود استقلالی برای آن تصور کرد و بایستی الزاماً ضمن عقد دیگری مندرج شود، مانند وصفی که برای مبیع عقد بیع شرط می‌شود (شرط وصف) یا اجلی که برای اجرای تعهدات ناشی از عقد شرط می‌گردد (شرط اجل). همچنین ممکن است از جهت ذاتی، وابستگی به عقد نداشته باشد اما صرفاً آورده طرفین آن را به صورت تعهدی فرعی در ضمن عقد اصلی آورده باشد مانند: اشتراط عقد وکالت ضمن عقد نکاح. (ر.ک. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۱۲/۳-۱۱۳) منظور از شرط در این پایان نامه نیز همین نوع شرط است.



## بخش چهارم: مبانی نظری

فقه‌های امامیه شرط را به لحاظ اعتبار و عدم اعتبار به صحیح و فاسد تقسیم کرده‌اند و همواره یکی از شرایط صحت شروط را نامشروع نبودن آن می‌دانند و در صورتی که شروط ضمن عقد متصف به وصف نامشروع باشند، آن‌ها را از درجه اعتبار ساقط می‌دانند. سؤالی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که چه معیارها و ضابطه‌هایی برای تشخیص شرط نامشروع در فقه وجود دارد؟ در این بخش به بیان و بررسی ضوابط و معیارهایی برای تشخیص شروط نامشروع از شروط مشروع در فقه امامیه پرداخته می‌شود. معیارهایی همچون خلاف کتاب و سنت بودن شرط، محلل حرام و محرم حلال بودن، مخالف مقتضای عقد بودن و ... می‌توانند در اغلب موارد راهگشا بوده و با تمسک به آن‌ها شروط نامشروع را از شروط مشروع شناسایی کرد. در ادامه به بررسی هر یک از این معیارها پرداخته می‌شود. یکی از معیارهای اساسی و مهم، برای شناسایی شرط نامشروع، مخالف بودن شرط با کتاب و سنت است. بدین صورت که شخص ملتزم به امری شود که آن امر مخالف باشد با آنچه که در کتاب و سنت ثابت است حاصل. آنکه حکمی در کتاب و سنت ثابت و یقینی است لکن شخص بر خلاف آن حکم، شرط می‌نماید خواه این حکم تکلیفی باشد یا وضعی. از جمله مثال‌هایی که در این مورد می‌توان ذکر کرد: ۱- مردی شرط کند که بیگانه و اجنبی از او ارث ببرد یا برعکس، کسانی که شرعاً از او ارث می‌برند، از ارث محروم باشند. ۲- طبق آیاتی از قرآن از جمله: ۲۷۷ و ۲۲۱ سوره بقره<sup>۶</sup> و همچنین آیات ۱ و ۲ سوره طلاق<sup>۷</sup>، طلاق در دست مردان است و نیز طبق حدیث نبوی «الطلاق بید من اخذ بالساق» (محدث نوری، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ۳۰۶/۱۵) طلاق در دست مرد است ولی علی‌رغم این حکم الهی، کسی شرط کند که امر طلاق به دست زن باشد. (بجنوردی، قواعد فقهیه، ۴۳۸/۲) ۳- طبق حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» (مجلسی، بحار الانوار، ۲۷۲/۲) مردم بر اموالشان مسلط و صاحب اختیارند. ولی با این حال شخصی در عقد شرط کند که طرف دیگر بر بعضی از اموال خویش صاحب اختیار نباشد. ۴- شخصی شرطی مخالف با آیه صریح قرآن کند و آن اینکه شراب حرام نباشد در حالی که حرمت آن در شرع مقدس، مسلم و محقق است ۵- زوج



نگاه به زوجه و همسر خویش را که شرع حلال کرده بر خود حرام کند. اینگونه شروط از جمله شروط مخالف با کتاب خدا و سنت هستند که الزام و التزام به چنین شروطی صحیح نبوده و باطل است. (نراقی، عوائد الایام، ۱۴۷)

## بخش پنجم: بطلان شروط مخالف کتاب و سنت

### بند اول: روایات

در خصوص جایز نبودن شرط مخالف کتاب و سنت، روایاتی از جانب ائمه اطهار وارد شده است که در زیر به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۱- عبد الله بن سنان از امام صادق (ع) نقل می‌کند که امام فرمودند: شنیدم که می‌فرمود: کسی که شرطی مخالف با کتاب خدا کند، بر او و بر کسی که شرط بر علیه او شده وفا به شرط جایز نیست. مسلمانان در آن شروطی که موافق با کتاب خداست ملتزم و متعهد می‌باشند. (حرعاملی، وسائل الشیعه، ۱۶/۱۸) دلالت این روایت بر باطل بودن شرط مخالف کتاب صریح است. چرا که امام فرمودند: کسی که شرطی مخالف با کتاب خدا کند بر مشروطه و مشروط علیه وفا به آن شرط جایز نیست. در ذیل روایت که امام فرمودند شروط موافق کتاب منظور شروطی هستند که مخالف با کتاب خدا نباشند.

۲- عبد الله بن سنان از امام صادق (ع) روایت می‌کند که امام فرمود: مسلمانان ملتزم به شرطشان می‌باشند مگر آن شرطی که با کتاب خدا مخالفت داشته باشد که در این صورت التزام به آن جایز نیست. (حرعاملی، همان، ۱۶/۱۸) دلالت این حدیث نیز بر جایز نبودن شروط مخالف با کتاب روشن است. چرا که طبق این حدیث، از قاعدة المؤمنون عند شروطهم، شروط مخالف کتاب استثناء شده و وفا به آنها جایز نیست.

۳- عبد الله بن سنان از امام صادق (ع) در مورد مردی روایت می‌کند که به زنش گفت: اگر بر تو زنی یا کنیزی گرفتم، آن زن مطلقه باشد. امام فرمود: این چیزی نیست (این شرط لازم الوفاء نیست) چرا که پیامبر گرامی اکرم (ص) فرمود: کسی که شرطی خارج از کتاب خدا کند این شرط چه به نفع او یا علیه او باشد، جایز نیست. (طوسی، تهذیب الاحکام، ۷/ ۳۷۳)



این حدیث نیز دلالت می‌کند که شرط نباید مخالف کتاب باشد. منظور از شرط خارج از کتاب خدا، شرط مخالف با کتاب خداست.

۴- علی (ع) فرمود: عایشه خواست بریره را خریداری نماید صاحبان بریره شرط ولاء بریره را بر عایشه نمودند. عایشه با پذیرش این شرط بریره را از آنها خریداری نمود. این مطلب به رسول گرامی اکرم (ص) رسید. ایشان بالای منبر رفتند و حمد و ثنای خدا را نموده و فرمودند: چه شده است که قومی شروطی می‌کنند که در کتاب خدا نیست و بنده را می‌فروشند و شرط ولاء می‌کنند در حالی که ولاء از آن کسی است که آن را آزاد کند و شرط و حکم خداوند مؤکدتر از شرط بندگان خداست و هر شرطی که با کتاب خدا مخالفت کند، آن شرط مردود است. (محدث نوری، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ۳/۱۳۰۱) دلالت این روایت نیز بر باطل بودن شرط مخالف کتاب صریح است، چرا که پیامبر اکرم (ص) فرمود: هر شرطی که با کتاب خدا مخالفت کند، آن شرط مردود است.

۵- عبد الله بن سنان گفت از امام صادق (ع) سؤال کردم راجع به شرط در مورد کنیزها که فروخته نشود و هبه نیز داده نشود، امام صادق (ع) فرمودند: بجز میراث، این شرط جایز است و کنیزها به ارث برده می‌شوند. برای اینکه هر شرطی که مخالفت با کتاب خدای عزوجل کند، آن شرط باطل است. (حرعاملی، وسائل الشیعه، ۱۸/۱۶) دلالت این حدیث نیز بر باطل بودن شرط خلاف کتاب صریح است.

۶- امام صادق (ع) فرمود: کسی که کنیزی را فروخت و شرط کرد که کنیز نه فروخته شود و نه به دیگری بخشیده شود و نه اینکه میراث واقع گردد، همه این شروط بجز میراث قبول است و هر شرطی که مخالف کتاب خدا باشد آن شرط به کتاب برگردانده می‌شود. کسی که کنیزی را خریده مشروط بر اینکه آزاد شود و یا اینکه به عنوان ام ولد انتخاب گردد. این عمل جایز است و شرط لازم الوفاء می‌باشد. (محدث نوری، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ۳/۱۳۰۱) این حدیث نیز دلالت می‌کند بر اینکه شرط مخالف با کتاب باطل است و لازم الوفاء نیست. بنابراین، روایت در این باب فراوان است به طوری که شیخ انصاری (ره) در این



مورد ادعای تواتر معنوی کرده است (انصاری، مکاسب، ۱۱/۳) و باز در کتاب منیه الطالب ف حاشیه المکاسب آمده است: اخبار متضافری وجود دارد که مضمون آن ها بطلان شرط مخالف کتاب یا بطلان آنچه که در کتاب خدا نیست یا بطلان آنچه که غیر از کتاب خداست یا اینکه حرامی را حلال و یا حلالی را حرام می کند. (نائینی، منیه الطالب ف حاشیه المکاسب، ۱۰۳/۲)

### بند دوم: اجماع

بر بطلان شرط مخالف کتاب و سنت نقل اجماع شده است. (نراقی، عوائد الایام، ۴۷) ولی باید گفت این اجماع، از نوع اجماع مصطلح علم اصول نیست بلکه به معنی تسالم و توافق است. این نوع اجماع را به اصطلاح اجماع مدرکی می گویند زیرا به خاطر وجود روایات، اجماع حاصل شده است و دلیل مستقلی حساب نمی شود.

در پاسخ باید گفت که در این مورد دو قول وارد شده است:

قول اول: منظور از کتاب قرآن مجید است. این گروه دلیلی که برای نظر خویش اقامه می کنند، همان لزوم اتباع از ظهور لفظ است و می گویند لفظ کتاب ظهور در همان قرآن مجید دارد. (ذوالمجدین، فقه و تجارت، ۱۸۰)

قول دوم: منظور از کتاب، مجموع احکامی است که خداوند تبارک و تعالی بر بندگانش واجب کرده است؛ هر چند این احکام به زبان رسول گرامی (ص) و در سنت اعلام شده باشد. (بجنوردی، قواعد فقهیه، ۴۴۴/۲) مرحوم شیخ انصاری (ره) نیز در این خصوص می فرماید: 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» می باشد و تفاوتی ندارد که در قرآن مجید مذکور باشد و یا در احادیث نبویه از حضرت رسول منقول باشد. بنابراین در این صورت مخالفت با آنچه که حضرت رسول در مقام تشریح می فرمایند مخالفت با کتاب الله است. (انصاری، مکاسب،

۱۳/۳)



## بخش ششم: اقسام شروط

### بند اول: شروط ابتدایی

شروط ابتدایی شروطی هستند که در متن عقد ذکر نشده بلکه تعهدات و التزاماتی هستند که بدون اینکه عقدی به دنبال آن بیاید یکی از طرفین معامله برای دیگری می کند و حکم آن عدم التزام به اینگونه شروط است، برای مثال شخصی به صورت ابتدایی نه به شکل شرط ضمن عقد تعهد می کند که ملک خود را در تاریخ معین بفروشد در این صورت چون این شرط ابتدایی است نافذ نیست و لزوم وفا ندارد. (بجنوردی، قواعد فقهیه، ۳۹۲/۲) طبق نظر امام خمینی (ره) منظور از شرط ابتدایی به معنای اخص، شرطی است که قبل از عقد یا بعد از عقد آورده شود بی آنکه به عقد ارتباطی داشته باشد یا عقد بر مبنای آن جاری شده باشد. (امام خمینی، البیع، ۳/۵۳۸)

### بند دوم: شروط تبانی

شروطی هستند که قبل از عقد بر آن تبانی و توطئه صورت گرفته و لکن به هنگام عقد ذکری از این شروط نشده است به عبارت دیگر یعنی شروطی که متعاقدين قبل از اجرای عقد پیرامون آن صحبت کرده باشند. لیکن هنگام انشاء عقد آن را ذکر نمی کنند حال یا به خاطر فراموشی آن را ذکر نکرده و یا فکر کرده اند ذکر آن در متن عقد لازم نیست. به عنوان مثال قبل از اینکه صیغه عقد بیع انشاء شود شرط کرده باشد، متعاقدين خیار مجلس نداشته باشند یا شرط شده باشد که مبیع در فلان محل تحویل داده شود؛ لیکن هنگام عقد ذکر آن را در متن عقد لازم نمی بینند و یا اصلاً فراموش می کنند. (بجنوردی، قواعد فقهیه، ۳۹۲/۲) در بیان تفاوت بین شرط ابتدایی و شرط تبانی باید گفت که شرط ابتدایی شرطی است که در متن عقد ذکر نمی شود و ممکن است قبل یا بعد از عقد ذکر شود ولی مفاد آن با عقد نیز غیر مرتبط است، در حالی که شرط بنایی شرط قبل از عقد و مرتبط با آن عقد است.

### بخش هفتم: شروط ضمن عقد

شرط ضمن عقد، شرطی است که در ارتباط با عقد دیگر و به تبع آن مورد الزام و التزام قرار گیرد. به تعبیر دیگر شرط ضمن عقد التزامی است که ضمیمه تعهدهای اصلی عقد دیگر قرار



گرفته و حدود و شرایط آن تعهد ها را کامل می‌سازد. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۱۴/۳) شروطی که در ضمن عقد قرار می‌گیرند از حیث صحت و فساد بر دو قسم‌اند: یا شروطی هستند که صحیح می‌باشند و وفا به آن‌ها طبق قاعده «المؤمنون عند شروطهم» لازم است و یا شروطی هستند که باطل می‌باشند و وفا به آن‌ها لازم نمی‌باشد.

### بند اول: شروط صحیح

شرط اگر ضمن عقد باشد و فاسد یا مفسد نباشد، تمام فقها و حقوقدانان اتفاق نظر دارند که به مقتضای قاعده «المؤمنون عند شروطهم» بر طرفین عقد یا مشروط‌علیه لازم است که به شروط خود وفا کنند. (بجنوردی، قواعد فقهیه، ۳۹۳/۲) بر این اساس شروط صحیحی که ضمن عقد قرار می‌گیرند عبارتند از: شرط صفت، شرط فعل و شرط نتیجه.

شرط صفت: شرط صفت عبارت از شرطی است که: موضوع آن صفتی از صفات مورد معامله که عین خارجی است، باشد. بنابراین، در شرط صفت دو خصوصیت مطرح است، یکی آن که مورد معامله باید عین خارجی باشد، و دیگر آن که شرط باید راجع به صفتی از صفات مورد معامله باشد، چه آن که آن صفت راجع به کیفیت مورد معامله باشد یا راجع به کمیت آن، مثل این که، شخصی زمینی را برای ساختمان می‌خرد به شرط آن که قطعه شمالی بوده و عرض آن ۲۰ و طول آن ۵۰ متر باشد. در این مثال، مورد معامله زمینی است که عین خارجی است و شمالی بودن شرط راجع به کیفیت آن زمین است؛ زیرا زمین شمالی مرغوبتر از زمین جنوبی است؛ و شرط ۵۰ در ۲۰ بودن زمین راجع به کمیت آن است؛ و یا شخصی اسبی می‌خرد به شرط اینکه دارای اوصافی مانند اینکه درشت اندام و قوی باشد، بارکش و تندرو باشد، این نوع شرایط را «شرط صفت» می‌گویند. (ر.ک. طاهری، حقوق مدنی، ۹۵/۲؛ بجنوردی، قواعد فقهیه، ۴۱۸/۲؛ امامی، حقوق مدنی، ۱۱۱/۵؛ محقق داماد، قواعد فقه، ۱۴۱/۲)

شرط فعل: طبق «ماده ۲۳۴» شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود. فرقی نمی‌کند که آن فعل عمل قضایی باشد، مانند یکی از عقود، مثل این که بائع در ضمن فروش خانه خود بر مشتری شرط کند که باغ خود را به بائع، یا به دیگری بفروشد و یا بابت بدهکاری و قرضی که گرفته است، مالی را به رهن



بگذارد و یا ضامنی بدهد؛ و یا عمل مادی باشد، مثل این که با بایع با مشتری (یا بالعکس) شرط کند که فلان خانه را نقاشی کند، و باز فرق نمی‌کند که آن فعل مشروط، مثبت باشد یا منفی؛ یعنی ممکن است در ضمن عقدی شرط شود که «مشروط علیه» فلان عمل قضایی یا مادی را انجام دهد، و یا شرط شود که فلان عمل را ترک نماید؛ مثلاً: بگویند من مغازه ام را در بازار به تو اجاره می‌دهم مشروط بر این که شما مغازه‌تان را که نزدیک خانه من است به آهنگر اجاره ندهید؛ زیرا با وجود آهنگر آسایش از ما سلب می‌شود و امثال این امور. (محقق داماد، قواعد فقه، ۴۳/۲؛ طاهری، حقوق مدنی، ۹۷/۲)

شرط نتیجه: شرط نتیجه طبق ماده ۲۳۴ قانون مدنی: «... آن است که تحقق امری در خارج شرط شود.» مثل این که با بایع در ضمن معامله‌ای با مشتری شرط کند که من خانه‌ام را به تو به فلان قیمت می‌فروشم به شرط این که فلان زمین تو مال من باشد یا عبد تو آزاد باشد؛ در این صورت مشروط، به محض تحقق عقد اصلی، خود به خود تحقق پیدا می‌کند و برای انتقال و تحقق آن نیاز به عقد جدیدی نیست؛ یعنی تعهد تبعی و اصلی با همان یک عقد تحقق پیدا می‌کند. ولی توجه به یک نکته در اینجا لازم است و آن این که، آن چیزی که به عنوان «شرط نتیجه» در ضمن این معامله شرط شد، اگر در تحقق آن سبب خاصی دخیل نباشد و نیاز به عقد و تشریفات خاصی نباشد، در اثر همان توافق طرفین، نتیجه مورد نظر در ضمن عقد اصلی تحقق پیدا می‌کند، اما اگر تحقق آن شرط که به صورت «شرط نتیجه» شرط شد، علاوه بر تراضی طرفین، نیازمند به تشریفات خاصی بوده و برای خود سبب خاص داشته باشد، تنها به صرف عقد اصلی و تراضی طرفین، حاصل نمی‌گردد؛ مثل این که، با بایع در ضمن عقد بیع بر مشتری شرط کند که زنش مطلقه باشد یا دخترش زوجه بایع یا زوجه فرزند بایع و یا شخص ثالثی دیگر باشد که در این صورت، طلاق و یا ازدواج برای خود، عقد مخصوص و سبب خاص دارند و تنها با شرط در ضمن عقد حاصل نمی‌گردند، لذا در «ماده ۲۳۶ ق. م» آمده است که: «شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد، آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود.» یعنی اگر دارای سبب خاص باشد به نفس اشتراط حاصل نمی‌گردد. (طاهری، حقوق مدنی، ۹۶/۲؛ محقق داماد، قواعد فقه، ۴۲/۲)



## بند دوم: شروط باطل

شروط در صورتی الزام آورند که فاسد نباشند. شروط فاسد در دو ماده ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی<sup>۱</sup> بیان شده و بر دو قسم است: دسته‌ای که باطل می‌باشند ولی در عقد تأثیر نمی‌نمایند و آن را باطل نمی‌کنند. دسته‌ای دیگر که باطل می‌باشند و مبطل عقد نیز هستند، یعنی فساد آنها در عقد تأثیر می‌کند و آن را باطل می‌گرداند.

شروط باطلی که مبطل عقد نیستند: بطلان شرطی که در ضمن عقد است سرایت به عقد نمی‌نماید و موجب بطلان آن نمی‌شود، مگر آنکه مفاد آن شرط طوری باشد که موجب اخلال یکی از ارکان اساسی عقد گردد. بر این اساس شروط باطلی که مبطل عقد نیستند عبارتند از: شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد، شرطی که در آن نفع و فایده نباشد و شرطی که نامشروع باشد. در زیر توضیح مختصری در مورد هر یک از این شروط ارائه می‌شود.

شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد: هدف نهایی طرفین از الزام و التزام، اجرای تعهد مشروط است بنابراین شرطی که انجام آن از حیثه اقتدار مشروط<sup>۲</sup> علیه یا اشخاص دیگر در صورتی که شرط مباشرت نشده باشد، خارج باشد مانند هر تعهد غیر قابل اجرایی باطل است. البته علم به مقدور بودن شرط به هنگام اندراج آن در عقد لازم نیست بلکه ظن به امکان ایجاد و عمل به شرط کافی است. مبنای بطلان شرط را می‌توان لغویت اشتراط و لزوم غرر در شرط دانست؛ زیرا با توجه به اینکه هدف نهایی متعاقدین از تعلق الزام و التزام به تعهد مذکور، اجرای آن است و در صورت کشف عدم اقتدار به انجام تعهد ناشی از شرط، مقصود مشروط<sup>۳</sup> له از درج شرط در ضمن عقد حاصل نمی‌گردد و تعهد خارج از حیثه مشروط<sup>۴</sup> علیه لغو و بیهوده است. از سوی دیگر چون مشروط<sup>۵</sup> علیه قادر بر انجام متعلق شرط نیست مستلزم حصول غرر در شرط است. راجع به صور مختلف شرط غیر مقدور باید گفت: گاهی شرط غیر مقدور از منظر عقل و عرف، محال و ممتنع است مانند جمع بین ضدین. در بعضی موارد طرفین به هنگام انعقاد عقد، به قدرت مشروط<sup>۶</sup> علیه به انجام آن اعتقاد داشته ولی بعد معلوم می‌گردد که وی قادر به انجام آن نیست که عدم توانائی مشروط<sup>۷</sup> علیه،





گاه به دلیل عدم برخورداری مشروطاً علیه از قدرت فیزیکی و جسمانی لازم و گاهی به دلیل سلب قدرت توسط قانونگذار می‌باشد. در موارد عدم توانایی مشروطاً علیه، اختیار فسخ معامله برای مشروطاً له وجود خواهد داشت در صورتی که به هنگام انعقاد عقد مشروط، مشروطاً له از غیر مقدور بودن شرط آگاهی نداشته باشد. (شکاری، "۱۳۷۷: ص ۷۱). در موارد تردید در اطلاع مشروطاً له از غیر مقدور بودن شرط، فرض بر عدم اطلاع مشروطاً له است و ادعای عدم آگاهی با اصل منطبق است. همچنین در کلیه موارد مذکور در قدرت تسلیم موضوع معامله، نسبت به موضوع مورد اشتراط نیز صادق است با این تفاوت که نتیجه عدم مقدوریت در تسلیم موضوع معامله، بطلان است و در موارد شرط، ثبوت خیار، فسخ برای مشروطاً له است. همچنین هرگاه موضوع شرط عملی باشد که مشروطاً علیه قادر به انجام آن نبوده اما دیگری بتواند انجام دهد، امر مشروط به هزینه متعهد و بدست دیگری که قادر بر انجام است حاصل می‌گردد و این موردی است که در انجام شرط، مباشرت شرط نیست. در این موارد مشروطاً له با رجوع به حاکم تقاضای اجبار به وفاء شرط می‌نماید و حاکم نیز می‌تواند به خرج ملتزم، موجبات انجام آن فعل را فراهم آورد. ملاک و معیار سنجش غیر مقدور بودن در این موارد عقل و عرف است. در موارد دیگری که در انجام شرط، شرط مباشرت قید می‌شود و یا از قراین و اوضاع و احوال چنین استنباط می‌شود، معیار در این حالت، عدم قدرت شخص مشروطاً علیه است و اگر وی قادر به انجام تعهد نباشد یا اجبار او مقدور نباشد، مشروطاً له حق فسخ معامله را خواهد داشت. (صفائی، ۱۳۸۵، ۴۵) در زمینه اشتراط قدرت در شرط فعل، گاه شرط فعل بر یکی از متعاقدین و گاه بر شخص ثالث شرط می‌شود. در مورد اول اگر انجام فعلی بر یکی از متعاقدین شرط شود، بایستی که تحت قدرت او باشد و قدرت مشروطاً علیه بر انجام این شرط در صحت آن معتبر است. تعهدات گاه تعهد به نتیجه (تعهد به غایت) و گاه تعهد به وسیله (تهیه مقدمات) است. اگر تعهد به وسیله در توان مشروطاً علیه باشد شرط را باید صحیح دانست اما چنانچه تعهد انجام مقدمات و وسایل از ناحیه مشروطاً علیه توأم با التزام به نتیجه باشد، با توجه به اینکه بازگشت این فرض نیز به تعهد به نتیجه است و با توجه به عدم توانایی مشروطاً علیه در ایجاد نتیجه





مطلوب بایستی قابل به بطلان چنین شرطی شد و فقهای امامیه نیز اغلب به بطلان چنین شرطی که انجام آن از حیثه اقتدار و سلطه مشروطاً علیه خارج باشد تصریح نموده‌اند.

در موارد تردید به تعلق موضوع شرط به حصول نتیجه یا به تهیه اسباب و مقدمات، اصل صحت شرط مقتضی این است که الفاظ چنان تفسیر شود که شرط صحیح باشد و معنایی که فساد شرط را به دنبال دارد خلاف اصل تلقی گردد. به عبارت دیگر در چنین صورتی باید تراضی متعاقدین را محمول بر تعهد به وسیله دانست و به صحت شرط معتقد شد مگر اینکه مدعی فساد شرط دلیلی اقامه نماید که مثبت تعلق تراضی طرفین به تحقق نتیجه مطلوب باشد. در توان مکلف به انجام شرط و مقدوریت او در انجام آن، جدای از مقدوریت مشروطاً علیه، شرط نیز بایستی سائغ باشد از این رو شرط شرب خمر را نمی‌توان از آنجا که در قدرت مکلف است صحیح پنداشت زیرا چنین شرطی شرعاً ممتنع است و با کتاب و سنت مخالفت دارد. در ارزیابی توان مشروطاً علیه بر ایفای تعهد ناشی از شرط، اینکه علم طرفین به توانایی متعهد به اجرای مفاد شرط ضروری است یا ظن بر امکان ایجاد آن کفایت می‌کند، در میان فقهاء اختلاف است. مرحوم سید محمد کاظم یزدی (ره) حصول ظن به امکان تحقق و ایجاد تعهد ناشی از شرط بلکه مجرد امکان را کافی می‌داند که در بین اقوال فقها نظر ایشان صائب‌تر است زیرا سخت‌گیری بیش از حد باعث بطلان اکثر شروط و معاملات متداول میان مردم به لحاظ عدم حصول علم به اقتدار مشروط علیه به اجرای مفاد شرط می‌شود و این خلاف اصل استحکام و صحت معاملات و شرط است و با اصل ثبات و لزوم در قراردادها و تعهدات سازگار نیست؛ از این جهت که طبق این اصل تا آنجا که ممکن است، قراردادها را باید حفظ و از زوال آن جلوگیری کرد. همچنین در روابط معاملاتی طرفین عقد، اعتماد به یکدیگر در انجام تعهدات متقابل از اهمیت شایانی برخوردار است و در صورتی که این امر مهم دچار خدشه شود، نتیجه سوء آن، عدم اعتماد طرفین به یکدیگر و در نتیجه بروز مشکلات عدیده‌ای در روابط معاملاتی آنها خواهد بود. بنابراین باید وجود احتمال انجام کار و غیرمقدور بودن فعل شرط در دید عرف را کافی برای صحت اشتراط فعل دانست. (بابا پور، ۱۳۹۰، ص ۹) قانون مدنی نیز با پذیرش اشتراط فعل به

شخص خارجی، درجه احتمال معقول را برای درستی شرط کافی دانسته است. همچنین راجع به شرط فعل بر ثالث باید گفت شرط مذکور از مصادیق شرط غیر مقدور نیست و متعاقدين می‌توانند در ضمن عقد، اقدام به فعل یا ترک عملی را بر ثالث شرط نمایند و آن را مورد توافق واقع سازند. در این صورت لازم نیست قبول ثالث به انجام یا ترک فعل مورد اشتراط یا حصول آن در آینده به فعل او در حین عقد و موقع اشتراط به قطع و یقین معلوم باشد بلکه احتمال وقوع آن از جانب ثالث کفایت دارد. (عدل، ۱۳۸۹، ۶۸) مسأله بعدی اشتراط قدرت در شرط صفت است که برخی از فقها بین وصف حالی و استقبالی تفاوت گذاشته‌اند، لیکن نظر به ملاک عرفی در ارزیابی توان مشروطاً علیه بر فعل مشروط و با عنایت به اتخاذ ضابطه اطمینان و وثوق به تحقق فعل مشروط از ناحیه ثالث «شرط فعل بر شخص خارجی» در قول به صحت آن است. در خصوص شرط وصف نیز باید گفت که همانند شرط فعل بر ثالث، چنانچه تحقق وصف مشروط اعم از حالی و استقبالی محل اطمینان و امیدواری باشد در اقتدار و سلطه مشروطاً علیه بر آن نباید تردید کرد و ضابطه نیز در ارزیابی درجه امیدواری مذکور، عرف است. بنابراین اگر عرفاً وثوق و اطمینان به حصول تحقق وصف معهود در مورد معامله وجود داشته باشد، شرط را باید مقدور و صحیح دانست اما در صورتی که چنین اطمینانی عرفاً حاصل نشود، قول به بطلان شرط، صحیح به نظر می‌رسد و شرط به لحاظ عرفی بودن باطل است. در زمینه اشتراط قدرت در شرط نتیجه نیز باید گفت چنانچه شرط نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد، در صورتی غیر مقدور و باطل است که ایجاد اسباب عمومی نتیجه مطلوب، تحت سلطه و اقتدار مشروط علیه نباشد و در صورتی که حصول نتیجه موقوف به سبب خاصی باشد در این صورت اگر قصد متعاقدين به صراحت یا به طور ضمنی تحقق آن نتیجه، بدون سبب مذکور باشد شرط غیر مقدور است.

شرطی که در آن نفع و فائده نباشد: شرط بی‌فایده شرطی است که دارای فایده‌های عقلایی برای مشروط‌له یا ثالث نباشد. التزام به امر بیهوده و اجرا و عدم اجرای چنین شرطی اثری در وضعیت متعاقدين به بار نمی‌آورد و حقی از مشروط‌له تزییع نمی‌کند بلکه اساساً موجد حقی برای نامبرده نیست. لذا لغویت شرط بی‌فایده و عدم ترتب اثری بر آن به عنوان



مبنای بطلان شرط قابل‌پذیرش است. ضابطه و معیار تشخیص غرض معقول که فقدان آن بطلان شرط را به همراه دارد، بنای عقلا و خردمندان با ملحوظ نظر قراردادن وضعیت خاص و شخصیت و روابط بین طرفین و خواستها و نیازهای ویژه دو طرف عقد است. (امامی، ۱۳۸۴، ص ۲۵) لذا باید ضابطه مختلطی از معیارهای شخصی و نوعی به عنوان ضابطه تمیز تعلق غرض عقلایی به شرط رامد نظر داشت. در موارد تردید (تعلق غرض عقلایی به شرط یا عدم آن) اصل صحت شرط اقتضا دارد که شرط صحیح فرض شود. لذا باید فرض را بر این گذاشت که شرط، متعلق غرض عقلایی بوده و صحیح است. فقها نیز تعلق غرض عقلایی را با نظر به خصوص مورد و مشروطاً له، از شرایط صحت شرط احصاء کرده اند و این مطلب بیانگر اعتقاد آنها به حاکمیت ضابطه مختلطی از معیارهای نوعی و شخصی در تمیز فایده شرط است.

شرطی که نامشروع باشد: شرط قراردادی است فرعی که به انگیزه های خاص یا به لحاظ طبیعت خاص خود تابع عقد دیگری قرار گرفته است. بنابراین اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای را بدون تردید می‌توان در خصوص شروط ضمن عقد نیز جاری دانست. به استناد ماده ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی، اصل آزادی قراردادهای به عدم مغایرت با «قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه» محدود شده است. لذا اصل حاکمیت اراده در باب شرط ضمن عقد نیز به عدم مخالفت با «قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه» محدود می‌شود. از سوی دیگر اصل چهارم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشد». در نتیجه «عدم مغایرت با موازین اسلامی» را نیز باید از قیود اصل آزادی شروط دانست. لذا شرط نامشروع مذکور در ماده ۲۳۲ قانون مدنی اعم از «شرط خلاف قانون»، «شرط خلاف شرع» و «شرط خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه» خواهد بود. فقهای امامیه «شرط مخالفت کتاب و سنت» و «شرط محلل حرام و محرم حلال» را در زمره شروط باطل می‌دانند. با توجه به مقتضای روایات، مراد از موافقت شرط با کتاب و سنت همان عدم مخالفت شرط با آن دو است زیرا هر آنچه با حکم خداوند عزوجل مخالفت نداشته باشد با توجه به عمومات تجویز کننده تصرفات غیر حرام،

موافق شرع است. همچنین با توجه به اینکه اشتراط امر غیر مشروع که منجر به تحلیل حرام یا تحریم حلال و مخالفت شرط با کتاب و سنت بشود شرعاً منع گردیده است، لذا به هر نحوی که شرط منجر به مخالفت با شرع انور بشود بایستی قایل به بطلان شد. عدم مشروعیت مذکور ممکن است ناشی از مخالفت امر مشروط با موازین شرعی یا مخالفت التزام به شرط باشد. لذا قولی که مشروعیت شرط را اعم از مخالفت ملتزم یا نفس التزام با شرع داشته باشد قوی تر به نظر می‌رسد. ضابطه تشخیص شرط مخالفت کتاب و سنت محل بحث و اختلاف فراوان است. در تشخیص مصادیق احکام غیر قابل تغییر به واسطه شرط می‌توان گفت: اگر حکم راجع به وجوب یا حرمت امری باشد. شرط خلاف آن بدون تردید نامشروع است، لکن اگر حکم راجع به مباحات، مستحبات و مکروهات باشد دو فرض متصور است: اگر شرط مخالف نوع آنها و برای همیشه باشد در این صورت آن شرط، شرط مخالف محسوب می‌شود اما چنانچه شرط برخلاف بعضی از مصادیق آنها و برای مدت محدودی باشد شرط مخالف تلقی نمی‌شود. منظور از «شرط خلاف قانون»، که از مصادیق شرط غیر مشروع است، شرط برخلاف احکام قانونی تخلف ناپذیر و غیر قابل تغییر (قوانین آمره) است. لذا اگر شرط مخالف احکام مستنبط از قوانین تکمیلی و تفسیری باشد صحیح و معتبر خواهد بود. به منظور تشخیص «شرط خلاف قانون» ناگزیر از شناسایی قوانین امری و تکمیلی هستیم. شناسایی این دو دسته از قوانین در نهایت دشوار است و ضابطه روشن و کاملی در این میان نمی‌توان ارایه داد. در موارد تردید در تکمیلی یا امری بودن قوانین، تشخیص آن به عهده عرف است که نظر قاضی در این میان نقش اصلی را ایفاء می‌نماید و تعیین نظر عرف نیز از طریق رویه قضائی که یکی از مصادیق تشخیص عرف قلمداد می‌شود، مشخص می‌گردد. در این راستا برخی امارات نیز از قبیل لحن قانون‌گذار، احکام استثنایی برخلاف قواعد عمومی تعهدات و نظایر آن در شناسایی قوانین امری و تکمیلی ره‌گشاست. از جمله مصادیق شرط نامشروع «شرط خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه» است. قواعد مربوط به نظم عمومی شامل قواعدی است که به منظور حفظ صیانت جامعه و تأمین منافع عمومی تعدیل و حسن جریان امور وضع می‌گردد. قواعد راجع به نظم عمومی جنبه امری داشته و افراد



نمی‌توانند بر خلاف آن توافق نمایند؛ یعنی نمی‌توان از اجرای قواعد مزبور سرپیچی نمود با توجه به نسبی بودن مفهوم نظم عمومی و قابلیت تغییر آن بر اساس مقتضیات زمان و مکان، رایحه ضابطه قطعی بودن تشخیص قواعد مربوط به نظم عمومی دشوار و غیر ممکن است و با توجه به مقتضیات زمان و ملاحظه منافع و مصالح عمومی باید مصداق‌های قواعد مزبور را تشخیص داد. اخلاق حسنه عبارت است از اخلاق پسندیده اجتماعی که بر حسب زمان و مکان متغیر و ممکن است با اخلاق مذهبی تفاوت داشته باشند و از طریق شروط و قراردادهای خصوصی قابل نقض نیستند. عمده مصادیق شروط مخالف اخلاق حسنه در روابط جنسی مطرح می‌شود. بر این اساس کلیه شروطی که مربوط به برقراری، تسهیل، ادامه یا پاداش دادن به روابط نامشروع و دایر کردن اداره کردن خانه‌های فساد باشد خلاف اخلاق حسنه و باطل است.

### بخش هشتم: آثار شروط باطل غیر مبطل

هرگاه متعاقدين مبادرت به انعقاد عقدی نمایند و در ضمن آن نیز شرط یا شروطی را درج نمایند، بی‌تردید هدف خاصی را از این رهگذر تعقیب می‌کنند، به گونه‌ای به زعم آنان اجرای مفاد عقد و تعهدات فرعی و تبعی آن، آنها را به مقصود مورد نظر می‌رساند. اما هر چند وفای به این عهد امری لازم و پسندیده است ولی نباید از این مسئله غافل بود که هر تعهدی در تحت قاعده لزوم وفای به عهد قرار نمی‌گیرد و از آنان آثار مورد انتظار طرفین حاصل نمی‌شود. شرط به عنوان یک تعهد تبعی فقط زمانی می‌تواند موجب آثار مورد انتظار طرفین باشد که بر طبق شرع و قانون تشکیل شده باشد. اما به هر حال در عالم شرع و حقوق هر پدیده شرعی و حقوقی می‌تواند آثار خاصی را داشته باشد که این آثار از سوی شارع و قانونگذار پیش بینی و مشخص می‌شود. بر همین اساس شرط خلاف شرع و قانون که در ضمن عقد گنجانده می‌شود موجب بروز و ظهور آثاری است که در این بخش سعی شده است در حد توان به آن پرداخته شود. این فصل شامل دو قسمت خواهد بود که در قسمت نخست آثار شرط نامشروع نسبت به قرارداد و در قسمت دوم اثر شرط نامشروع نسبت به طرفین قرارداد و اشخاص ثالث مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### بند اول: اثر شرط خلاف شرع و قانون نسبت به قرارداد



شرع و قانون تجاوز به حریم خود را ناپسند دانسته و این تعرض را با باطل و بی اثر کردن آن عمل که در اثر آن شرع و قانون زیر پا گذاشته می شود پاسخ می دهد. بنابراین چنانچه شرط ضمن عقد با شرع و قانون مخالفت داشته باشد و انجام آن ممنوع شده باشد، چنین شرطی باطل و غیرقابل اجرا است و مشروط علیه را نیز نمی توان بر ایفاء آن ملزم نمود. به عبارت دیگر نمی توان از ضمانت اجرای پیش بینی شده در دو ماده ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی در این خصوص بهره جست. پس از تبیین اینکه شرط نامشروعی که در ضمن عقد آمده است لازم الوفاء نیست و قانونگذار نه تنها اجرای چنین شرطی را تجویز نمی کند بلکه آن را در آغاز تشکیل نشده می پندارد، حال شایسته است که روشن شود، هنگامی که طرفین در زمان بستن قرارداد شرط خاصی را درج می نمایند، قطعاً هدف خاصی را از این عمل دارند و اکنون که قانونگذار این شرط را به رسمیت نمی شناسد آیا این بی مهری مقنن نسبت به شرط (تعهد فرعی) در عقد (تعهد اصلی) نیز مؤثر است یا خیر؟ و اگر مؤثر است این تأثیر تا چه حدی و چه دگرگونی هایی در آن ایجاد می نماید؟ به عبارت دیگر با توجه به این که شرط یا تعهد در واقع پاره ای از عقد محسوب می شود آیا می توان پذیرفت که باطل شدن شرط صدمه ای به عقد نمی زند؟ یا اینکه عقد نیز از بطلان شرط متأثر می گردد؟ بنابراین در این قسمت تأثیر شرط باطل نسبت به قرارداد هم از نظر فقهی و هم از نظر حقوقی مورد بررسی قرار می گیرد.

## بند دوم: تأثیر شرط باطل نسبت به قرارداد از دیدگاه قانون مدنی

قانون مدنی در بحث از شروط باطل به ذکر دو ماده اکتفا کرده است. این دو ماده، شروط باطل را به دو دسته تقسیم می کنند:

- دسته اول شروط باطلی که مفسد عقد نیستند. در این خصوص ماده ۲۳۲ ق.م. مقرر می دارد:
- شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست: ۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد.
- ۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد. ۳- شرطی که نامشروع باشد.
- دسته دوم شروط باطلی که موجب بطلان عقد می باشند. در این خصوص ماده ۲۳۳ ق.م. مقرر می دارد: شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است: ۱- شرط خلاف مقتضای عقد. ۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.



بنابراین قانونگذار با تقسیم بندی فوق الذکر، شروط غیر مقدور، بی فایده و نامشروع را در گروه اول و شرط خلاف مقتضای عقد و شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین باشد را در دسته دوم جای داده است. دقت در مواد فوق نشانگر این مطلب است که قانونگذار مدنی اعتقاد به سرایت بطلان شرط به عقد به طور مطلق نداشته و نظریه معتقدین به حفظ دائمی عقد در کنار شرط باطل و عدم سرایت فساد آن به قرارداد را نیز پذیرفته است. با توجه به مبنای فقهی قانون مدنی و انطباق احکام مندرج در مواد مذکور با آرای فقهای امامیه و باتوجه به نحوه تقسیم شروط باطل، بدون تردید باید گفت که مقنن در تدوین مواد فوق، از نظر متأخرین فقهای امامیه پیروی کرده است. بنابراین باید گفت شرط باطل را نباید موجب بطلان عقد دانست مگر اینکه فساد شرط به نحوی باشد که به ارکان عقد یا شرایط صحت آن خلل برساند که در این صورت عقد به جهت اختلال حاصل در ارکان آن باطل خواهد شد. دکتر حسن امامی و دکتر کاتوزیان در این خصوص می گویند: با توجه به آنکه شرط ضمن عقد موجود تبعی و معامله ای که شرط، ضمن آن قرار گرفته موجود اصلی است، بطلان موجود تبعی نمی تواند سرایت در موجود اصلی نماید، زیرا وجود حقوقی معامله مزبور منوط به وجود حقوقی شرط نمی باشد تا بطلان شرط که عدم وجود حقوقی او است، موجب عدم وجود حقوقی معامله اصلی گردد، مگر در موردی که بستگی شرط مزبور به معامله اصلی به نحوی باشد که بطلان آن موجب اخلال یکی از شرایط اساسی معامله اصلی شود که در این صورت معامله اصلی در اثر آنکه دارای شرایط اساسی برای صحت معامله نمی باشد باطل خواهد بود، مانند شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می شود. این است که قانون مدنی در ماده «۲۳۲» شروط باطلی که مفسد عقد نمی باشد شمرده است و در ماده «۲۳۳» شروط باطلی که موجب بطلان عقد می باشد بیان نموده و بین آن دو دسته فرق گذارده است. (امامی، حقوق مدنی، ۱/۲۷۳؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳/۱۹۴) از نظر حقوقی نیز باید گفت که شرط نامشروع در صورتی که موجب عدم مشروعیت جهت یا موضوع معامله شود، سبب بطلان عقد است در غیر این صورت عقد را باطل نمی کند. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳/۱۹۵)





## بخش نهم: اثر شرط خلاف شرع و قانون نسبت به طرفین قرارداد

هرگاه عقد بر اساس قانون و شرع تشکیل شده باشد قاعده کلی اصلا للزوم متعاملین را به آنچه ایجاد نموده ملزم می‌نماید. قانون مدنی در ماده ۲۱۹ مقرر داشته است: «عقدی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم اتباع است» همچنین اگر در ضمن عقد طرفین به شرطی تراضی نمایند مطابق قاعده لزوم وفای به شرط باید به آن پایبند باشند. اما اگر شرط ضمن عقد خلاف شرع و قانون باشد نه از باب اینکه شرط جزء و تابع عقد اصلی است و قاعده لزوم عقد شامل آن می‌شود و نه از این جهت که وفا به تعهد و شرط لازم است، نمی‌توان مشروط‌علیه را به انجام و ایفاء آن مجبور نمود. حال باید گفت از آنجایی که شرط باطل (شرط نامشروع) لازم الوفاء نیست و مشروط‌له نمی‌تواند متعهد را مجبور به ایفاء آن نماید و بر مشروط‌علیه هم انجام آن لازم نیست ممکن است وضعیتی پیش آید که به موجب آن قبول عقد بدون شرط برای مشروط‌له با ضرر همراه باشد سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که قانونگذار در موارد عدم امکان ایفاء شرط به واسطه بطلان آن، چه راه‌حلی را برای جبران ضرر مشروط‌له اندیشیده است؟ در پاسخ می‌توان گفت که قانونگذار در ماده ۲۴۰ ق.م. درباره عدم امکان اجرای شرط اعلام می‌کند «اگر بعد از عقد انجام شده شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط‌له باشد». بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که قرار دادن حق فسخ از سوی قانونگذار در موارد عدم امکان ایفاء شرط به واسطه بطلان آن تحت عنوان «ممتنع بودن شرط» مورد نظر بوده است. در واقع خیارى که در این ماده پیش بینی شده است و گاه خیار تعذر شرط نامیده می‌شود با «خیار تخلف شرط» بسیار نزدیک بوده و از اقسام آن است، با این تفاوت که در ماده ۲۴۰ تنها به طبیعت شرط، قطع نظر از ناتوانی یا خودداری ملتزم به آن، توجه شده است، در حالی که در خیار تخلف شرط به هر دو چهره انجام ندادن شرط توجه دارد. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۹۷/۳)



## نتیجه گیری

مراد از شرط در اصطلاح فقهی و حقوقی، عبارت از توافقی است که بر اساس طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در ضمن عقد دیگری قرار گرفته و تابع آن شده است و طرفین عقد یا یکی از آن‌ها را ملزم به چیزی در هنگام معامله می‌کند شروط در یک تقسیم بندی به شروط صحیح و باطل تقسیم می‌شوند و خود شروط باطل نیز به دو دسته تقسیم می‌شوند: دسته اول شروط باطلی که مبطل عقد هستند. دسته دوم شروط باطلی که مبطل عقد نیستند. با عنایت به آنچه در صدر ماده صراحتاً عنوان گردیده (این شروط خود باطل اند ولی مفسد عقد نمی‌باشند) می‌توان گفت نهی مذکور در این ماده در قیاس با دسته بندی فقها در خصوص دلالت نهی بر فساد در معاملات از نوع نهی سببی و مصدری می‌باشد چرا که این شروط خود باطل هستند ولی مبطل عقد نمی‌باشند و بمانند منهی عنه ای می‌باشند که فساد آور نبوده و ایجاد بطلان نمی‌کنند در حقیقت نهی در ماده ۲۳۲ شامل بیان مانعیت یا شرطیت در عقد یا معامله نمی‌باشند و به بیان شرط اساسی در معقودین یا عوضین نمی‌پردازند تا بتواند فساد آور باشد و از طرف دیگر نهی در این ماده نیز به اسم مصدر یا نتیجه یا وصفی در خارج از فعل بر نمی‌گردد تا بتواند مسببی باشد و منجر به فساد شود برای اثبات سببی بودن نهی مذکور در ماده ۲۳۲ قانون مدنی می‌توان چند قرینه آورد)

۱) صراحت موجود در صدر خود ماده (باطل است ولی مبطل نمی‌باشد)

۲) وجود اختیار حق فسخ برای مشروطه در صورت جهل یا عدم قابلیت اسناد فساد شرط به وی

۳) عدم وابستگی عقد اصلی از نظر صحت و فساد به شروط تبعی

باید گفت که لفظ باطل است در ماده مزبور از جمله شیوه های بیان نهی در زبان ما باشد که به صورت جمله مثبت بیان گردیده است و در برخی موارد قانون گذار ما برای نواهی از عبارتی مانند حرام است یا ممنوع است نیز استفاده می‌کند { پس لفظ باطل است دلیل بر وجود نهی از جعل شروط مرقوم در این ماده برای متعاقدين بوده به معنای ایجاد فساد و بطلان



از جهل آنها در قرارداد نمی باشد. در خصوص اختیار حق فسخ مشروط له ارائه شد و. به عنایت به دلایلی که برای مغبوضیت قرار گرفتن این شروط در حین عقد عنوان گردید و با توجه به مطالبی در خصوص تقسیم بندی فقها از نواهی در معاملات ارائه دادیم و قیاسی که از آن با نهی ماده ۲۳۲ داشتیم می توان گفت نهی مذکور در این ماده از نوع نهی مصدری یا سببی می باشد که فساد آور نبوده و بر صحت و فساد معامله اثر گذار نمی باشد.

### پیشنهادات

۱- ضابطه تأثیر فساد شرط به عقد در فقه امامیه، طبق نظر فقهای متأخر این است که فساد شرط به عقد سرایت نمی کند مگر اینکه خللی به ارکان عقد وارد کند. ولی در قانون مدنی، قانونگذار طی دو ماده شروط باطل را به دو دسته تقسیم بندی کرده است، به این صورت که در ماده ۲۳۲ ق.م شروط غیر مقدور، بی فایده و نامشروع را جزء شروطی باطلی می داند که مفسد عقد نیستند و در ماده ۲۳۳ ق.م شرط خلاف مقتضای عقد و شرط مجهولی را که موجب جهل به یکی از عوضین شود را جزء شروط باطلی می داند که مفسد عقد نیز می باشند. حال باید گفت که با این اطلاق ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شروط غیر مقدور و نامشروع مطلقاً مفسد نیستند، در حالی که اینگونه شروط نیز در مواردی سبب بطلان عقد می شوند. بنابراین به منظور رفع اشکال از ظاهر این ماده، مناسب بود که قانونگذار به جای تقسیم شرط باطل به مفسد و غیر مفسد، ضابطه سرایت فساد شرط به عقد را معین می کرد و تمیز رابطه عقد و شرط را حسب مورد به دادرس وا می گذاشت.



## منابع و مأخذ

- قرآن کریم (مهدی محمودیان با همکاری واحد پژوهش بیت القرآن امام علی (ع) قم).
- ۱- ایروانی، میرزا علی: **تعلیقه بر مکاسب**؛ تهران: الناشر دار ذوی القربی، تهران، ۱۴۲۱ق.
  - ۲- ابن ابی عقیل (عمانی)، حسن بن علی بن ابی عقیل: **مجموعه فتاوی ابن ابی عقیل**؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، بی تا.
  - ۳- ابن ادريس، حلی، محمد بن منصور بن احمد: **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**؛ ۳ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ه ق.
  - ۴- ابن جنید، اسکافی، محمد بن احمد کاتب بغدادی: **مجموعه فتاوی ابن جنید**؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ه ق.
  - ۵- ابن فارس (ابو الحسین)، احمد بن فارس بن زکریا: **معجم مقاییس اللغ**؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ ه ق.
  - ۶- ابن منظور، ابو الفضل، جما الدین، محمد بن مکرم: **لسان العرب**؛ بیروت - لبنان: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، ۱۴۱۴ ه ق.
  - ۷- احمدی و استانی، عبدالغنی: **نظم عمومی در حقوق خصوصی**؛ تهران: چاپ روزنامه رسمی، ۱۳۴۱ش.
  - ۸- افشار، حسن: **کلیات حقوق تطبیقی (مجموعه حقوق تطبیقی شماره ۱)**؛ تهران: چاپ از طرف شرکت تعاونی دانشجویان دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۶۴.
  - ۹- امامی، سید حسن: **حقوق مدنی**؛ تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۴.
  - ۱۰- انصاری، مرتضی بن محمد امین: **کتاب المکاسب (چاپ قدیم)**؛ قم: منشورات دار الذخائر، ۱۴۱۱ ه ق.



۱۱- باباپور و همکاران: **بررسی شروط خلاف مقتضای ذات عقد نکاح؛** فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، بهار ۹۰-۶۹ تا ۸۵.

۱۲- بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی: **قواعد فقهیه؛** تهران: مؤسسه عروج، ۱۴۰۱ ه. ق.

۱۳- بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم: **الحدائق الناضر فی أحكام العتر الطاهر؛** قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ ه. ق.

۱۴- پیله پور، مرضیه: **بررسی شرط عدم ازدواج مجدد مرد؛** فصلنامه تخصصی فقه و تاریخ تمدن دانشکده الهیات دانشگاه آزاد اسلامی مشهد، زمستان ۸۹.

۱۵- تبریزی، موسی بن جعفر: **اوثق الوسائل فی شرح الرسائل؛** قم: انتشارات کتبی نجفی، ۱۳۰۷ ه. ق.

۱۶- جزیری، عبدالرحمن: **الفقه علی المذاهب الاربعه؛** مصر: انتشارات کتابخانه تجاری کبری، ۱۴۰۶ ه. ق.

۱۷- جعفریان، رسول: **رسائل حجابیه؛** قم: انتشارات دلیل ما، ۱۴۲۸ ه. ق.

۱۸- جعفری لنگرودی، محمد جعفر: **تأثیر اراده در حقوق مدنی؛** تهران: چاپخانه حیدری، ۱۳۴۰.





پروہشکاه علوم انسانی ومطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی