

آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره پانزدهم، شماره ۲۷، بهار - تابستان ۱۴۰۲  
نوع مقاله: علمی - پژوهشی (۳۱۷-۳۳۶)

## شرط خلاف مقتضای ذات عقد\*

- رضا مقصودی<sup>۱</sup>
- سیدمصطفی محقق داماد<sup>۲</sup>
- سیدمهدی علامه<sup>۳</sup>
- علیرضا مظلوم رهنی<sup>۴</sup>
- هرمز اسدی کوه‌باد<sup>۵</sup>

### چکیده

بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی، یکی از شرایط اختصاصی صحت شرط را

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۸/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۳.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران (maghsoudi99@gmail.com).
۲. استاد گروه حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) (mostafa.ahmadabadi@gmail.com).
۳. استادیار گروه حقوق، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران (sm\_allameh@khuisf.ac.ir).
۴. استادیار گروه حقوق، واحد شهر قدس، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (dr.mazloom14@yahoo.com).
۵. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران (asadi.koohbad@gmail.com).

سازگاری آن با مقتضای عقد می‌داند. اما نسبت به مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد و اینکه ضابط در تعیین و تمیز مقتضای ذات از اطلاق چیست، ساکت است. لذا حکم مذکور جامع و روشن نبوده، ناکافی است. این نقص و اجمال، موجب اختلاف نظر بین نویسندگان حقوق مدنی شده است. نگارندگان با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی، ابتدا مبانی نظری حکم مذکور شامل برهان عقلی و برهان نقلی را در آثار فقهی احصا و تبیین نموده، سپس از بین تفاسیر موجود در معیار تشخیص اقتضای ذات از اطلاق، نظریه عناصرشناسی عقود را ترجیح داده، برمی‌گزینند. پس هر شرطی که ضد یکی از عناصر عمومی یا اختصاصی عقدی باشد، به جهت تضاد درون آن شرط در رابطه با آن عقد، مانع تحقق عقد و مخالف مقتضای ذات عقد است.

**واژگان کلیدی:** شرط، مقتضای عقد، اثر عقد، عناصر عقد.

### مقدمه

قانون مدنی، فصل چهارم از باب اول کتاب مربوط به معاملات و تعهدات را به بیان شروط ضمن عقد اختصاص داده و در ۱۵ ماده، اقسام و احکام این شروط را ذکر کرده است. آنچه در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ احصا شده، درباره شرایط اختصاصی صحت شرط است. بند ۱ ماده ۲۳۳ یکی از این شرایط را عدم منافات شرط با مقتضای عقد می‌داند؛ اما در اینکه مقصود از مقتضای عقد، کدام یک از مصادیق آن (ذات یا اطلاق) است و مبنای باطل و مبطل بودن چیست، قانون مدنی ساکت است. همچنین در شناسایی ضابطی برای تشخیص مقتضای ذات از اطلاق، ابزاری به دست نمی‌دهد. از آنجا که نظام حقوق مدنی ایران به ویژه شاکله قانون مدنی و از جمله حکم مذکور، از فقه غنی و پویای امامیه نشئت گرفته، وابسته به منبع و مبنای اصلی است. پژوهنده برای فهم آثار و احکام مسکوت یا مغفول، ناگزیر از مراجعه به آثار فقهی است. لذا شرط نخست، مطالعه و فهم موضوع، توانایی رجوع و بهره‌گیری از این معدن غنی و استخراج احکام و قواعد راهگشا از آن است. وانگهی، اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز دادرس را در هر موردی که حکم دعوی را در متون قانونی نیابد، ناگزیر از مراجعه به این سرمایه ارزشمند ساخته است. در این طرح، مبانی اصلی پژوهش، منبعث و ملهم از چنین میراث کهن و پایداری است.



## جنبه نوآوری

سکوت و ابهام قانون مدنی، ناکافی بودن تحقیقات انجام شده و اضطراب عبارات نویسندگان از یکسو و اهمیت و تأثیر کاربردی موضوع از سوی دیگر ایجاب می‌کند که موضوع نزاع در دو حوزه تحریر و تبیین گردد؛ نخست، مبنای فاسد و مفسد بودن شرط خلاف مقتضای عقد، و دوم ارائه معیاری روشن و دقیق که در هر عقدی بتوان مقتضای ذات را از اطلاق بازشناخت. در تحقیق حاضر، چرایی افساد عقد در نتیجه شرط خلاف مقتضای ذات با دو برهان عقلی و نقلی، تحلیل و ایرادات هر یک شمارش شده است. از این مهم‌تر در مرحله اثبات یعنی شناسایی و تشخیص و تفکیک مصادیق شرط مخالف مقتضای ذات عقد به روشی ابداعی، نظرات فقیهان و حقوق دانان در سه ضابط کلی دسته‌بندی و تنظیم و سپس ملاک عناصرشناسی به عنوان معیار برتر برگزیده شده است. با در اختیار داشتن معیاری منضبط، یعنی احصاء عناصر عمومی و اختصاصی سازنده ماهیت هر عقد می‌توان مقتضای ذات را به روشنی از اقتضای اطلاق تشخیص داد و آثار شرط باطل مبطل و یا باطل غیر مبطل را بسته به مورد جاری ساخت.

### ۱. تعریف

مقتضای عقد یا راجع به مطلق عقد (ذات عقد) است یا منظور، عقد مطلق است. مقصود از مقتضای مطلق عقد، آن دسته عناصری است که در تحقق ماهیت عقد تأثیر داشته و انتفاء آن موجب زوال عقد است؛ چه آن عنصر از ارکان داخلی عقد باشد، مثل خروج مال از ملک ناقل و دخول در ملک منقول‌الیه که مقتضای ذات عقود تملیکی (بیع، اجاره، صلح...) است، یا از لوازم و آثار خارجی ماهیت عقد محسوب شود، چون سلطه بر مورد معامله در عقود تملیکی. مراد از عقد مطلق، اثری است که اطلاق عقد، گواه و گویای آن است؛ پس عقدی که مقید به وصف، وقت، مکان یا مانند آن نیست و نیز مشروط به شرطی نباشد، عقد مطلق است؛ خواه آن اثر، عرفی باشد، مثل اقتضای تسلیم و تسلّم عوضین و نقد بودن ثمن، خواه از حقوق مجعول شرعی شمرده شود، مانند خیار حیوان، خیار مجلس و خیار تأخیر ثمن در بیع.



کلام جایی است که مورد شرط، منافی مقتضای اطلاق عقد (یا مطلق عقد یعنی جزء طبیعت یا لازمه ماهیت عقد) باشد نه منافی آنچه عقد مطلق (آثار و تعهدات تبعی و فرعی) اقتضا می‌کند. عقد مطلق، در مقابل عقد مشروط است. اگر مخالفت را به معنای تنافی با عقد مطلق بدانیم، هیچ شرطی خلاف مقتضای عقد نیست؛ مثلاً عقد بیع وقتی مطلق باشد، اقتضای نقد بودن ثمن را دارد و شرط مخالف آن صحیح است؛ زیرا چنین اثری با فرض مطلق بودن عقد، بر بیع حاکم است. پس تناقضی که مراد شیخ انصاری است، در فرض اول (مخالفت شرط با ذات و ذاتی عقد) قابل تحقق نیست و در وجه دوم یعنی ضدیت شرط با اثر فرعی عقد نیز شرط مخالف، نافذ است.

جعفری لنگرودی بر این نظر است که شرط مخالف مقتضای ذات عقد سبب می‌شود که درون آن شرط در رابطه با آن عقد، تضادی حاصل شود که مانع تحقق عقد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۷۳).

بنابراین اگر بایع مال خود را بفروشد و شرط کند که میباید را به مشتری تحویل ندهد یا مشتری شرط کند که ثمن را به بایع تحویل ندهد یا هر دو یا یکی از آنها با اعتراف به تحقق ملکیت، شرط کند که طرف مقابل از آنچه به او منتقل شده، بهره نبرد، شرط خلاف مقتضای ذات عقد و باطل و مبطل است؛ زیرا تحقق بیع در عرف، فقط در صورتی است که عوضین تحویل داده شوند و تحقق ملکیت بدون انتفاع از آن کار، غیر عقلایی شمرده می‌شود و سفهی بودن بیع، از نظر عقلاً موجب بطلان بیع است، اگر نگوییم که به واسطه سفهی بودن، عرفاً نیز از مصداق بیع خارج می‌شود. پس معیار این است که عقد به سبب شرط، از حقیقت عرفی یا شرعی خود خارج نشود (میرزای قمی، ۱۳۹۶: ۳۵).

حاصل آنکه شرط خلاف مقتضای عقد به استحاله عقلی برمی‌گردد. چگونه ممکن است مشروط‌له بدون اینکه ساهی، ناسی، غافل و جاهل به حکم و موضوع باشد، شرطی بگذارد که به امر محال و هزل منجر شود؟ کسی که می‌داند بیع مفید تملیک است، چگونه می‌تواند با انشای تملیک، شرط عدم تملیک کند؟ چنین شرطی دارای امتناع عقلی است که اصطلاحاً می‌گویند جدّ او متمسّی نمی‌شود؛ یعنی تلاشش سامان نمی‌یابد و به ثمر نمی‌رسد.

## ۲-۲. برهان نقلی (شرط نامشروع)

### ۱-۲-۲. مخالفت با کتاب و سنت

دلیل دیگری که شیخ انصاری بر بطلان شرط مخالف مقتضای عقد آورده است، نقلی است. شرط مخالف مقتضای عقد، به شرط مخالف با کتاب برگشت دارد؛ چرا که امر مشروط، ملازم با ذات عقد است و قابل انفکاک از آن نیست. شرط منافی باعث تخلف لازم از ملزوم و انفکاک عقد از لازمه ذات خود می‌شود. لازمه لاینفک زوجیت، جواز تمتع است و شرط عدم، مخالفت با کتاب دارد. کتاب و سنت، فعل مشروط را لازمه ذات عقد قرار داده و شرط باعث جدایی لازم از عقد می‌شود و لذا باطل است (انصاری، ۱۴۳۴: ۴۴).

برخی فقها، لزوم وفای به شرط را شامل هر موردی دانسته‌اند که در کتاب و سنت تصریح بر خلاف آن نشده باشد. پس در موضوعی که کتاب و سنت رخصت داده یا سکوت کرده یا اشتراط فعل و ترک فعل در آن، موافق احکام شریعت باشد (که در این صورت مثل نذر بر امر واجب یا ترک حرام است)، شرط صحیح و ملزم است (امامی خوانساری، بی‌تا: ۴۶۰).

اما گاهی ممکن است در شناخت مسئله شک حاصل شود و ندانیم که موضوع در کدام طبقه قرار می‌گیرد که از موارد تعارض یا تراحم دو حکم است. شیخ انصاری با رجوع به عموم «المؤمنون عند شروطهم»، اصل را بر عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت می‌گذارد (انصاری، ۱۴۳۴: ۳۱)؛ مثلاً اگر شک شود که حرمت شطرنج قابل تغییر با شرط است یا خیر، در واقع نمی‌دانیم که آیا بازی شطرنج مطلقاً حرام است یا تا زمانی که عنوان قمار را دارد به وصف حرمت متصف است، که با جریان اصل عدم، حکم قابل تغییر است و شرط خلاف، مخالف کتاب و سنت تلقی نمی‌شود.

### ملاحظه

استناد به دلیل نقلی به جهات زیر مخدوش است:  
اولاً: از نظر برخی فقیهان، شرطی که علت بطلان آن مستقل نبوده و مستند به سایر اسباب باشد، مبنای تازه‌ای نیست. سبب بطلان شرط، باید نفس تنافی با مقتضای عقد

باشد. پس اگر دلیل بطلان، مثلاً بازگشت به مخالفت شرط با کتاب و سنت باشد، از مدار بحث خارج است (موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۱۸۸).

ثانیاً: اگر مقتضای را به تبعات و لوازم ذاتی عقد تعبیر کنیم، سلب لازمه عقد به صورت جزئی مانند اینکه مشتری حق تصرف خاصی را در مبیع نداشته باشد، خلاف کتاب و سنت نیست و صحیح است. پس در این برهان نیز دلیل اخص از مدعاست؛ یعنی شرط مخالف مقتضای عقد همیشه خلاف کتاب و سنت نیست.

صاحب جواهر از زاویه‌ای دیگر، ضابطه را به چهره شرط وابسته می‌سازد و برای تشخیص شرط مخالف کتاب، ملاک متفاوتی عرضه می‌دارد:

«وعن جماعة أنّ ضابطَ المنافی كُلُّ ما يقتضی عدمَ ترتّب الأثرِ الذی جعلَ الشارعُ العقدَ من حیث هو هو یقتضیه ورتبه» (نجفی، ۱۴۳۷: ۲۰۹).

در واقع، شرط خلاف کتاب را به شرط مخالف مقتضای مطلق عقد برمی‌گرداند. اثر عقد بیع، مالکیت مشتری بر مبیع و ملکیت بایع بر ثمن است. اگر شرطی این اثر را نفی کند، خلاف کتاب و سنت است. پس شرط مخالف اثری که شارع برای یک عمل حقوقی وضع یا امضا کرده، موجب تخلف از کتاب و سنت است.

همچنین در عقود نامعین، چنانچه از عقود معهود در عرف بوده، یعنی عرف خاص یا عامی در آن مورد شکل گرفته باشد، برای تعیین مقتضای باید به آن عرف رجوع کرد و در مورد عقود بی‌سابقه و جدید نیز که نه در قانون تصریح شده و نه عرف خاصی وجود دارد، اگر دو طرف به صراحت یا به طور ضمنی مقتضای ذات را تعیین کرده باشند، همان ملاک است، والا تابع مفاد عقد و نظر عرف است. در این موارد نیز از آنجا که اساس عقود و تعهدات بر فهم عرفی مردمان استوار است و احکام شارع در معاملات امضایی و تابع نظر عرف است، می‌توان گفت که شرط خلاف مقتضای مطلق عقد، نامشروع است.

ایراد این مبنا آن است که اگر مراد از اثر عقد، اثر عقد مطلق، یعنی اثری باشد که بدون ملاحظه شروط و طواری و حالات دیگر بر یک عمل حقوقی عارض می‌شود، لازمه‌اش این است که همه شروط ضمن عقد، مخالف کتاب و سنت و باطل باشند؛ مثلاً عقد بیع، بدون شرط ضمن عقد، موجب خیار است. بنابراین شرط عدم خیار به معنای



مخالفت با اقتضای عقد و باطل است. از طرفی، حدیث «المؤمنون عند شروطهم»، آنگاه دارای معنا و اثر است که بتوان با شرط احکامی را تغییر داد. اگر مبنا به گونه‌ای باشد که با شرط نتوان حکمی را دگرگون ساخت، حدیث لغو و بی‌معنا می‌شود.

## ۲-۲-۲. تحریم حلال و تحلیل حرام

آنچه کانون مطالعه در این بخش را تشکیل می‌دهد، تحلیل روایت «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً أو أحلاً حراماً» است. در واقع محور بحث، در معنای شرط محلل حرام یا محرم حلال است و اینکه آیا اساساً تحلیل و تحریم به دست شارط است یا شارع؟ یعنی آیا شارط می‌تواند با شرط، حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند؟ شیخ انصاری شرط خلاف حکم خدا را شرط غیر مقدور می‌داند و چون شرط غیر مقدور، عقلایی نیست، باطل است؛ چرا که حلال و حرام در اختیار اشخاص نیست که بتوانند تسبیحاً حکم الهی را تغییر دهند. از این رو چنین مبنایی به اشتراط امر غیر مقدور بازگشت دارد (انصاری، ۱۴۳۴: ۲۶).

اگر گفته شود که حکم شارط می‌تواند حلال را حرام یا حرام را حلال نماید، زمام تغییر حکم و قانون‌گذاری را به شارط سپرده‌ایم. عقلاً در مناسبات اجتماعی و روابط معاملی خود از شرط چنین مفهومی که مشروط‌علیه حرامی مثل قمار، خیانت و دزدی را حلال کند، استفاده نمی‌کنند؛ چون هم غیر مقدور است و هم غیر مفید. به علاوه ضابط در شرط سائق آن است که قبل از اشتراط، فعل یا ترک آن برای مشروط‌علیه جایز باشد تا الزام و التزام به مفاد شرط معنا یابد. محال بودن تغییر حکم شرعی از راه اشتراط به دلیل مخالفت با کتاب و سنت نیست؛ بلکه به این جهت است که بندگان قادر به تغییر نفس حکم (وضعی یا تکلیفی) نیستند و شرط امر نامقدور باطل است. این تفسیر عبارتی است که می‌گوید: «تحلیل و تحریم به ید شارع است نه شارط».

بنا بر نظر امامی خوانساری، در مباحث نیز مفاد شرط نمی‌تواند بر تحریم حلال یا تحلیل حرام تعلق گیرد، مثل اینکه بگوید نمک را بر تو حرام کردم؛ زیرا شرط باید مقدور باشد و شرط مذکور از این جهت که بندگان قادر بر تغییر نفس حکم شرعی نیستند، غیر مقدور و باطل است. اما درج آنچه مقتضای شرط یعنی التزام به فعل یا

ترک فعل است، مغایر حکم شرع نیست؛ زیرا شارع، زمام احکام وضعی در حقوق و اموال را در توان و اقتدار شرط قرار داده است. پس او می‌تواند حق استفاده از این امور را (مانند اسقاط خیار) ممنوع یا محدود سازد (امامی خوانساری، بی‌تا: ۴۶۰).

در حقوق موضوعه، این عنوان ذیل موضوع «التزام به ترک مباح یا شرط اسقاط حق» بررسی و تحلیل می‌شود. واژه «حق» در این کاربرد به معنای امتیازی است که شرع یا قانون برای اشخاص به رسمیت شناخته است و با معنای دیگر این اصطلاح یعنی توانستن یا مجاز بودن تفاوت دارد.

مبنای میرزای قمی این است که بین سلب حق کلی که قاعده‌ساز است و سلب حکم جزئی، تفاوت وجود دارد. از نظر ایشان، شرطی که موجب سلب یک امر مباح به صورت جزئی شود، صحیح، اما سلب حق به شکل کلی، مصداق تحریم حلال است. لذا ایشان مراد از عبارت «حلال کردن حرام و حرام کردن حلال» را که مورد نهی واقع شده، تأسیس قاعده‌ای کلی و ابداع حکمی جدید می‌داند. پس در شرع، بنا گذاشتن بر شروط اجازه داده شده است، مگر شرطی که موجب ابداع حکم کلی جدید باشد؛ مثل تحریم ازدواج یا شرط منع بهره‌وری جنسی از کنیز. از جمله مثال‌های شرطی که التزام به آن و استمرار بر آن از محرمات است، انجام دادن کارهای مرجوح و ترک کارهای مباح و انجام دادن مستحبات است؛ مثل اینکه شرط شود که برای همیشه ناخن‌ها را با دندان بگیرد یا لباس خز نپوشد یا نوافل را ترک نکند؛ زیرا واجب کردن مکروه و مستحب و حرام کردن مباح، بدون رخصت شارع که با یکی از اسباب شرعی مثل نذر و قسم و عهد حاصل می‌شود، از محرمات است. وی سپس برای همین مطلب از گفتار حضرت علی علیه السلام استفاده می‌کند که فرمود:

«من شرط لامرأة شرطاً فلیف لها به فإن المسلمین عند شروطهم إلا شرطاً حرمَ حلالاً  
أو أحلَّ حراماً» (میرزای قمی، ۱۳۹۶: ۳۸).

محقق داماد در تفسیری بدیع از ماده ۹۵۹ ق.م.، سلب حق تمتع و حق استیفا را از احکام و رخصت‌های قانونی دانسته که بر خلاف حق مدنی، قابل اسقاط و انتقال نیست. گاهی شارع مصلحت را در آزادی و برخورداری انسان از حق دانسته است. در این صورت، اباحه مانند واجب و حرام، حکم است. پس اباحه اقتضایی از کاربرد حق

در معنای توانستن و مجاز بودن فاصله می‌گیرد و به مقصود دیگر از حق، یعنی معنای امتیاز نزدیک می‌شود.<sup>۱</sup> حق تمتع، حکم شرعی و حق استیفا، جواز شرعی است. این دو با حق مدنی قابل اسقاط متفاوت‌اند و لذا توافق بر سلب آن معتبر نبوده و از قبیل «شرط محرّم حلال» شمرده می‌شود. پس اگر منظور از شرط تحدیدی این باشد که مثلاً کسی حق خرید و فروش یا اجاره کردن را ساقط و از خود سلب کند، باطل است؛ اما اگر قصد مشترک مفید این معنا باشد که مشروط‌علیه تعهد نموده از جواز شرعی خود در مورد تمتع از حق عینی یا جواز شرعی نسبت به مالک شدن استفاده نکند، به معنای سلب حق مدنی نیست و نافذ است (محقق داماد، ۱۳۹۸: ۲۷۱/۱).

### ۳. ضابط در تشخیص مقتضای ذات از اطلاق

مقصود آن است که معیار شناسایی مقتضای ذات عقد از اطلاق آن چیست و چه ابزار یا قوه‌ای برای تعیین دقیق مرز باریک بین این دو مفهوم وجود دارد. تعاریف و دلایل مذکور، مربوط به مقام ثبوت است؛ اما مسئله مهم در این طرح، مرحله اثبات و شناسایی، تشخیص و تفکیک مصادیق شرط مخالف مقتضای ذات عقد در عمل است. شیخ انصاری نیز بر مشکل بودن تشخیص این موارد اذعان نموده و ۱۰ مورد را به عنوان موارد شبهه مثال می‌زند (انصاری، ۱۴۳۴: ۴۵-۴۷). برخی نویسندگان نیز به بیان نفوذ و اعتبار شروطی چون شرط خیار، شرط فرزندآوری و یا عدم آن، شرط عدم رابطه زناشویی در عقد نکاح و شرط انفاق و توارث در خصوص عقد منقطع از حیث مخالفت با مقتضای عقد، به طور جداگانه پرداخته‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۷: ۳۹۲/۲). تشخیص مقتضای ذات از اطلاق عقد، آن‌چنان خطیر و از مرتبه‌ای برخوردار است که کاشف‌الغطاء فایده فقاها، قوه استنباط، دقت نظر و لطف قریحه فقیه را در فهم

۱. برخی نویسندگان در تحلیل واژه «حق»، آن را واجد دو معنا دانسته‌اند: نخست، معنای توانستن یا مجاز بودن از نظر شرع یا قانون. «در این معنا، واژه «حق» همراه با فعل «داشتن» به کار می‌رود و بعد از آن دو، یک فعل می‌آید؛ مانند: «مرد حق دارد همسر خود را طلاق دهد» و دوم، معنای امتیاز؛ مانند: حق مالکیت یا حق تحجیر» (محقق داماد، ۱۳۹۸: ۴۰/۱). مطابق نظر یادشده در تعریف حق، اولین عنصر اصلی سازنده حق، اختصاص و امتیاز آن برای صاحب حق است. لذا در اصطلاح فقهی، به مباحثاتی از نوع رخصت، توانستن و مجاز بودن، «اباحه لاقتضایی» گفته می‌شود.

این تفاوت و تمییز آن می‌داند (کاشف‌الغطاء، ۱۳۹۰: ۲۳۵).

لذا ضرورت ابداع ضابط و تأسیس معیاری دقیق که در هر مورد به فراخور موضوع بتوان خلاف مقتضای ذات را بازشناخت و از اقتضای اطلاق تمییز داد، همواره مورد توجه و سبب دغدغه بوده است. شیخ هادی تهرانی عبارات بزرگان را در شناسایی ضابط در غایت اضطراب و سرگشتگی می‌بیند (طهرانی نجفی، ۱۳۹۰: ۱۹۶). با وجود این، شاید بتوان با استقرا در آثار و کلمات فقها و حقوق‌دانان، سه معیار را شناسایی و ارائه کرد.

### ۳-۱. شناسایی ارکان، اجزا و اسباب عقد

#### ۳-۱-۱. معیار تعیین از نگاه فقیهان

فقها در شناخت سبب و رکن هر عقد و ارائه روشی مضبوط برای تشخیص مقتضای ذات از اطلاق، روش‌های مختلفی برگزیده‌اند.

برخی مخالفت شرط را به مخالفت با مقتضای عقد، مخالفت در هویت عقد و مخالفت در اثر جدانشدنی عقد تقسیم کرده‌اند. اگر شخصی ملکی را بفروشد، به این شرط که خریدار آن را وقف کند، فقها گفته‌اند که چنین شرطی صحیح است؛ اما اگر شرط این باشد که مشتری حق فروش ملک را نداشته باشد، به دلیل مخالفت با مقتضای عقد باطل است. فرق میان دو مثال آن است که اولی، تثبیت مالکیت است و دومی، نفی مالکیت (مبیزای قمی، ۱۳۹۶: ۳۵).

دسته‌ای دیگر مسئله را موشکافانه‌تر بررسی کرده و حالات مختلفی برای مخالفت شرط با مطلق عقد به تصویر کشیده‌اند:

الف) منافی صورت عقد؛ مثل اشتراط اینکه الفاظ عقد بیع مفید اجاره، و نکاح دائم مفید موقت، و مضاربه موجب شرکت باشد، یا بیع سلم به نقد، و بیع نقد به نسیه واقع شود.

ب) منافی معنا و ماهیت عقد؛ مانند اشتراط تملیک عین به عقد اجاره یا تملیک بعضی رأس‌المال در مضاربه و منافع در ودیعه.

ج) منافی طبیعت یا یکی از ارکان سازنده عقد؛ مثل اشتراط اینکه عقد بیع بدون عوض یا اجاره بدون اجرت باشد که با طبیعت بیع (مبادله اعیان به اموال) و اجاره

(مبادله منافع به اموال) ناسازگار است.

د) منافی مدلول التزامی عقد؛ نظیر اشتراط بقای سلطه فروشنده بر مبیع بعد از بیع یا تسلط موجر بر منفعت بعد از اجاره یا سلطنت راهن بر مرهونه بعد از رهن.

ه) منافی آثار طبیعی عقد؛ سلب کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی (ماده ۹۵۹ ق.م.) می‌تواند مصداق این بند باشد. پس اشتراط سلب مطلق تصرفات در مبیع توسط مشتری یا عدم استمتاع در همه وجوه (حتی به نظر) در نکاح، باطل مبطل است (فَبَطُلُ وَ يُبْطَلُ). این قسم آثار به مثابه مقومات عقد است و شروط منافی آن، عقد را بدون منشأ می‌سازد.

و) منافی اثر ظاهری عقد؛ اگر حقیقت بیع را «مبادله مال به مال» بدانیم، شرط عدم ملکیت مشتری بر مبیع با اثر ظاهری عقد منافات دارد. اما اگر به تبع قانون مدنی، بیع را «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف کنیم، چنین شرطی با ماهیت عقد در تضاد است (امامی خوانساری، بی تا: ۴۷۷).

نگاه اجتهادی و تأسیسی برای تعیین این ضابطه در برخی آثار دیگر دیده می‌شود. کاشف الغطاء در یک تقسیم بدیع، شروط ضمن عقد را از حیث مضمون به مؤکدات، مقتضیات، مؤسسات و منافیات دسته‌بندی می‌کند. مؤکدات زمانی است که یکی از مقتضیات عقد یا لوازم آن را شرط کنند؛ مانند شرط انتقال مال از دارایی فروشنده به کیسه خریدار و انتقال ثمن از مالکیت خریدار به فروشنده یا شرط مالکیت نمائات و منافع و شرط خیار مجلس، تأخیر ثمن یا حیوان در عقد بیع که به این قبیل شروط، لوازم مقتضی عقد گویند. شروط مؤکد، نفع و ضرر و تأثیری بر صحت و فساد عقد ندارند. شرط مقتضی صحت عقد نظیر شرط قدرت و منفعت. شرط تأسیسی نیز شرطی است که متعاقدين در راستای منافع خود در عقد درج می‌کنند؛ مانند شرط رهن و ضمان و اجل و خیار و شهادت. اما گاهی شرط با قسم اول یعنی مؤکدات در تضاد است که آن را منافیات نام می‌نهد (کاشف الغطاء، بی تا: ۱۱۹).

گروهی دیگر برای تشخیص مقتضای ذات از اطلاق، معیار اثرشناسی عقود را ترجیح داده‌اند. لذا مقتضای عقد چیزی است که شرعاً به سبب ذات عقد، بدون مدخلیت و تأثیر چیز دیگر حاصل می‌شود. بنابراین عقد نباید از مقتضای خود عاری

باشد؛ مثلاً مقتضای عموم آیه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» این است که آثار بیع بر هر آنچه در عرف، بیع نامیده می‌شود، در صورتی که جامع شرایط صحت باشد، بار شود. از جمله مثال‌های مخالف این مقتضا آن است که بایع شرط کند مبیع را به مشتری تحویل ندهد یا مشتری شرط کند که ثمن را تحویل بایع ندهد یا هر دو یا یکی از دو طرف شرط کند که طرف مقابل از آنچه به او منتقل شده است، بهره نبرد؛ زیرا تحقق بیع در عرف، فقط در صورتی است که عوضین تحویل داده شوند و تحقق مالکیت بدون انتفاع از آن، کار سفیهانه‌ای است و سفیهانه بودن بیع، شرعاً موجب بطلان بیع است؛ اگر نگوییم که به واسطه سفهی بودن، عرفاً نیز از مصداق بیع خارج می‌شود. پس معیار، این است که عقد به سبب شرط، از حقیقت عرفی یا شرعی خود خارج نشود. اگر بین مقتضای دلیل شرط با دلیل بیع تنافی باشد، بطلان شرط موجه است (میرزای قمی، ۱۳۹۶: ۳۵).

به نظر می‌رسد اقتضای ذات عقد به معنای اثر اصلی و مستقیم یا مقصود بالاصالة عقد است. عاقدین در هر عقد، چند اثر را در ظرف اعتبار انشاء می‌کنند: محور اصلی اثر عقد، شامل تبادل دو مال نظیر عین (بیع)، منفعت (اجاره)، حق (انتفاع - ارتفاق) یا تبادل (پیوند) زوجین در عقد نکاح می‌شود. دومین اثر، تسلیم است که در طول و تابع اثر نخست است. این دو اثر، یعنی تملیک و تعهد تسلیم، در حریم انشاء واقع می‌شود و الفاظ عقد بر آن گواهی می‌دهد. امر سوم که از لوازم عرفی عقد است، شامل ترتب آثار مالکیت از جمله سلطه بر مورد معامله است. امر چهارم، آن است که شارع با امضای لوازم عرفی معامله، برخی احکام و آثار خاص را بر آن بار نموده است؛ نظیر خیار مجلس، خیار حیوان و خیار تأخیر ثمن در عقد بیع. پس هر عقدی غیر از آثار ذاتی خود، دارای آثار و نتایج فرعی هم هست که از عقد قابل تفکیک و در صورت سکوت طرفین بر رابطه آنها حاکم است که از آن به مقتضای اطلاق یاد می‌شود. دو اثر نخست، مربوط به منشئات عاقدین و از عناصر تشکیل دهنده عقد است؛ ولی دو امر بعدی، جزء آثار مترتب بر عقد و از دایره انشاء بیرون است. بیان این مطلب که شرط، وقتی صحیح است که مخالف مقتضای عقد نباشد، به چه معناست؟ آیا شرط نباید مخالف هیچ یک از امور چهارگانه باشد یا مخالفت آثار اصلی و محوری که در حوزه انشاء قرار دارند، منوط اعتبار است؟

دو اثر نخست عقد در حوزه انعقاد و انتقال است. پس شرط مخالف با این آثار، موجب عدم انعقاد قرارداد و باطل است. در آن واحد نمی‌توان دو انشای متضاد اعتبار کرد که یکی دلالت بر تملیک متقابل و دیگری شامل شرط عدم تملیک باشد. این، جمع نقیضین و فی‌نفسه محال است. سخن از صحت و فساد، فرع بر اصل وجود است؛ امری که تحقق آن مشروط به عدم ایجاد شده است؛ یعنی معدوم محض، و این، طرح مسئله صحت و فساد را منتفی می‌سازد. تسلیم نیز اگرچه اثر طولی و تبعی انتقال است، اما خود از عناصر عمومی عقد است. بنابراین اگر حین عقد معلوم باشد که موضوع قرارداد یا شرط در خارج قابل تحقق نیست یا زمام شرط از اختیار مشروطه خارج است یا شرط سلب مطلق تسلیم گردد، شرط حوزه انعقاد را درگیر می‌کند و لذا باطل و مبطل است. چنین شروطی لغو، سفهی و لقلقه زبان است و جز از غافل، ساهی، نائم یا سکران صادر نمی‌شود؛ اما اگر تحقق این اثر تنها توسط فروشنده ممتنع باشد و خریدار خود قادر بر تسلّم باشد، صحیح است (ماده ۳۴۸ ق.م.ا.).

دو اثر اخیر (سوم و چهارم) از مقومات و ارکان سازنده عقد نیستند و شرط خلاف آن‌ها قابل بررسی است. شرط سلب اثر خاص معامله و حق سلطنت خریدار بر مبیع، مثلاً فروشنده ضمن عقد بیع بر خریدار شرط کند که مبیع را به دیگری اجاره ندهد یا به مدت محدودی حق فروش آن را نداشته باشد، در آثار نویسندگان حقوق تحت عنوان «اسقاط حق» (موضوع ماده ۹۵۹ ق.م.ا.) و در تألیفات فقهی با نام «تحریم حلال» مرکز مطالعه قرار گرفته است. بنابراین با تحلیل محورهای اصلی و فرعی می‌توان از راه اسباب و ارکان تشکیل دهنده جوهر و طبیعت هر عقد، اقتضای ذات آن را از اطلاق تشخیص و تمییز داد.

### ۲-۱-۳. معیار تعیین در دکترین حقوقی

#### ۱-۲-۱-۳. شناسایی از راه تشخیص قصد مشترک

برخی حقوق دانان ضابط شناسایی مقتضای ذات را لازمه ماهیت عقد دانسته‌اند. کاتوزیان در مرجع‌شناسی معیار مقتضای عقد، از بین عرف، قانون و قصد مشترک، ضابط اخیر را که مبنای میرزای نائینی است، با اصلاحاتی پذیرفته و جنس و فصل

تعریف مقتضای عقد را چنین طرح می‌کند:

«موضوع اصلی است که عقد به خاطر ایجاد آن واقع می‌شود و به خواست طرفین یا احکام مترتب بر آن، لازمه ماهیت عقد است» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۸۲).

نشان و اثر این معیار در نظرات دیگر فقیهان جز میرزای نائینی نیز دیده می‌شود. امام خمینی نیز از شناسایی قصد مشترک برای تشخیص شرط خلاف مقتضای عقد بهره برده است. با این استدلال که عناوین اعتباری مثل بیع، وسیله‌ای برای رسیدن عاقدین به اغراض عقلایی است که از معامله داشته‌اند. پس نفس عنوان بیع، مطلوب دو طرف نیست؛ بلکه ابزاری برای نیل به مقصود اصلی یعنی مبیع و ثمن است. لذا با فرض عدم تسلیم و تسلّم، انشاء بیع جز هزل و لقلقهٔ زبان نیست (موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۱۸۶).

کاشف‌الغطاء شرط منافی با عقد را چهار قسم می‌داند: نخست، شرطی که با شکل عقد مخالفت دارد؛ مانند اینکه در عقد بیع اجاره، در عقد نکاح موقت دوام، و در عقد سلم نقد بودن مبیع را شرط کنند. دوم، شرطی است که با ماهیت و ارکان عقد در تنافی است؛ مانند اشتراط تملیک عین در عقد اجاره. سوم اینکه گاهی شرط با لوازم عقد منافات دارد؛ مثل شرط بقای سلطهٔ بایع بر مبیع یا استفادهٔ منفعت توسط موجر یا اشتراط ضرر تنها بر یک شریک در عقد شرکت. چهارم، عبارت از شرطی است که با غرض عاقدین از معامله در تضاد باشد؛ از قبیل شرط عدم فروش مال به طور کلی یا در مدت معین و اشتراط سلب تصرف خاص (کاشف‌الغطاء، بی‌تا: ۱۱۹).

### ۳-۱-۲-۲. شناسایی از راه آثار

حقوق‌دانان تابع این معیار نیز تصویر یکسان و روشنی از اثر ذات عقد و شرط خلاف مقتضای آن ارائه نداده‌اند و در تعریف و ترسیم حدود و ثغور آن اختلاف دارند:

۱- شهیدی اثر ذاتی عقد را با اثر طبیعی امور مادی مقایسه کرده و نتیجه می‌گیرد همان طور که شوری نمک یا شیرینی شکر، مقتضای این دو ماده است، مقتضای ذات عقد نیز اثری است که عقد بدون وجود آن تشکیل نمی‌شود و به عبارتی، عقد بالذات تولیدکنندهٔ آن اثر است (شهیدی، ۱۳۹۳: ۱۱۳).



۲- محقق داماد مقتضای ذات عقد را نتیجه و اثر مستقیمی می‌داند که طرفین به قصد حصول، آن را منعقد کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۸: ۱۳۳/۱).

۳- علامه مقتضای ذات را اثر «من حیث هی» دانسته است؛ به گونه‌ای که به جعل شارع بر اینکه آن امر بر عقد مترتب گردد، نیازی ندارد (علامه، ۱۳۸۷: ۱۵۱).

### ۲-۳. شناسایی از راه عناصرشناسی عقود

جعفری لنگرودی دریچه‌ای تازه بر فهم شرط مخالف مقتضای عقد گشوده و مسئله را از راه عناصرشناسی عقود حل کرده است؛ نه به روش سنتی که ماهیات حقوقی را به وسیله دستگاه (ارکان، اجزاء، شروط، اسباب) شناسایی می‌کند. ایشان می‌گوید:

«هر شرطی که ضد یکی از عناصر عمومی یا اختصاصی عقدی باشد، آن شرط، مخالف مقتضای عقد است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۰۶).

و چون تعریف به گونه‌ای مبهم و منوط به شناسایی عناصر مذکور است، ذیل بحث کلیات عقود و ایقاعات، عناصر عمومی عقود را در ۹ بند احصا نموده است. عناصر اختصاصی نیز در هر عقد منحصر و محتاج احصا و تمیز است؛ مانند زمان در عقد اجاره و مغاینه در عقد بیع و اجاره (همان: ۷۶۲). در اثری دیگر، مقتضای ذات عقد را شامل سه دسته امور می‌داند؛ آنچه از عناصر عمومی یا اختصاصی عقود باشد، عوارض لازم ماهیت عقد (مثل تعهد تسلیم مبیع یا ثمن)، و قانون که چیزی را جزء ذات عقد قرار داده باشد (مانند عقد نکاح که شرع آن را شبه عبادی دانسته است. پس شرط خیار در نکاح، منافی عبادی بودن و فاسد و مفسد است) (همو، ۱۳۹۰: ۲۷۲).

### ۳-۳. نظر برگزیده

شاید تفصیل و تفکیک جعفری لنگرودی در ضابط قرار دادن عناصر عمومی و اختصاصی عقد بتواند گره فروبسته این امر را بگشاید و راه خلاصی را رهنمون گردد. با عناصرشناسی عقود، راه تشخیص مقتضا با ذات هموار شده و مسئله از انضباط حقوقی برخوردار می‌گردد؛ چرا که نداشتن معیار و ابزار دقیق اندازه‌گیری، موجب اختلاط و التقاط در موارد شبهه است. چنانچه گاهی یک شرط در عقدی صحیح و در

عقدی دیگر باطل است؛ مثلاً اگر در معامله‌ای شرط عدم فروش مبیع بر مشتری شود، شرط باطل، اما همین شرط در عقد وقف صحیح است. اقتضای ذات عقد وقف، عدم حق بیع است، جز در موارد خاص (ماده ۸۸ ق.م.ا). حتی در یک عقد، گاهی یک شرط در فرضی درست و در حالتی دیگر باطل است. بنابراین احصا و تعیین دقیق عناصر عمومی و اختصاصی هر عقد، ملاک لازم را به دست می‌دهد؛ مثلاً در عقد شرکت، مشهور فقها شرطی را که به موجب آن، یک شریک از زیان معاف می‌شود، خلاف مقتضای عقد دانسته‌اند. پس اگر این اصل را که در هر معامله، عوض و معوض جایگزین یکدیگرند و عوض از کیسه هر کس خارج شد، معوض باید به دارایی او اضافه شود، مسلم و از عناصر عمومی عقود انگاریم، شرط معافیت از ضرر، باطل و مبطل شرکت است. معنای چنین شرطی این است که عوضی که از جیب یک شریک رفته و دارای معوض زیانبار است، این ضرر به دارایی منفی آن شریک وارد نشود و به شریک دیگر بخورد. عقد مضاربه نیز همین حکم را دارد. برای اجتناب از چنین پیامدی، در قراردادهای مشارکت مدنی بانک‌ها، در قالب شرط فعل، ضرر نه دفع بلکه رفع می‌شود. لذا مضمون شرط چنین است که اگر به سرمایه مشترک خسارت وارد شد، مشتری در قبال مبلغ ناچیزی که بانک به حسابش واریز می‌کند (۱۰۰۰ ریال)، تعهد می‌کند که معادل زیان وارد شده به سهم شرکت متعلق به بانک را صلحاً و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت نماید. پس زیان به سرمایه مشترک وارد، اما به وسیله شرط مذکور برداشته می‌شود. قسمت دوم ماده ۵۵۷ ق.م.ا نیز شرط ضمان بر مضارب را نه به صورت دفع بلکه به نحو رفع و در چهره جبران خسارت پذیرفته است:

«اگر شرط شود که مضارب، ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت، متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است؛ مگر اینکه به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف، مجاناً به مالک تملیک کند.»

### نتیجه‌گیری

مطابق نظر مشهور فقها، هر شرط فاسدی مبطل نیست. اگر التزام به عقد را مستقل

از التزام به شرط بدانیم و تقیید رضای معاملی به شرط را برداریم، فساد شرط به عقد سرایت نمی‌کند؛ چرا که معامله مشروط، قرارداد مرگبی است که به اجزای خود تحلیل و به دو انشاء تجزیه می‌شود.

با وجود این، گاهی شرط فاسد موجب باطل شدن خود عقد می‌شود و این زمانی اتفاق می‌افتد که مدلول شرط با عقد، تنافی داشته باشد و به یکی از عناصر اصلی قرارداد آسیب بزند و بالمآل مانع تحقق عقد شود. یکی از این موارد، شرط خلاف مقتضای عقد است. مقتضا به مقتضای ذات و مقتضای اطلاق تقسیم می‌شود. باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای ذات عقد، مورد اتفاق فقهاست. قانون مدنی نیز به موجب بند ۱ ماده ۲۳۳، در این حکم تابع نظر اجماع است. اما همچنان در اینکه مبنای بطلان و غرض از مقتضای عقد چیست، معیاری تعیین نکرده است. مسئله مهم‌تر، تمییز اقتضای ذات از اطلاق است که بنا بر اذعان بزرگانی از فقها، محتاج قوه استنباط و لطف قریحه می‌باشد.

در این پژوهش، ابتدا به مبانی یعنی موجبات باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد پرداخته شد که علاوه بر اجماع، شامل دلایلی چون وجود مانع ذاتی برای تحقق شرط یعنی عدم امکان تحقق قصد انشاء با وجود شرط مخالف، و نامشروع بودن چنین شرطی از باب مخالفت با کتاب و سنت یا بازگشت آن به تحریم حلال و تحلیل حرام می‌گردد. آنگاه ایرادات هر نظریه مطرح شد.

در مقام دشوار اثبات، موضوع تفسیر مقتضای ذات و مقتضای اطلاق و معیار تشخیص هر یک از دیگری قرار دارد که موجب اختلاف در نظرات فقهی و حقوقی شده است. در این مرحله، با احصای سه روش شناسایی از راه ارکان، اسباب و اجزاء و نیز تشخیص آثار و نظریه متفاوت و بدیع عناصرشناسی، در نهایت معیار سوم به عنوان ضابطی دقیق و مورد اطمینان برگزیده شد. پس مقتضای ذات عقد شامل عناصر عمومی یا اختصاصی تشکیل‌دهنده عقود، عوارض لازم ماهیت عقد مثل تعهد تسلیم مبیع یا ثمن و قانون است که چیزی را جزء ذات عقد قرار داده باشد. هر شرطی که مخالف منشئات عاقدین یا ضد یکی از موارد مذکور باشد، آن شرط مخالف مقتضای عقد است. عناصرشناسی عقود، محتاج صعود به قلل ماهیات حقوقی و غوص در ژرفای شروط است.

## کتاب‌شناسی

۱. امامی خوانساری، محمد، *الحاشیة الثانية على المكاسب*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، بی تا.
۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۴ ق.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۴. همو، *فلسفه حقوق مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش.
۵. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی - جلد چهارم: شروط ضمن عقد*، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۳ ش.
۶. طهرانی نجفی، محمد هادی، *ذخائر النبوة فی الخيارات والصلح*، اهواز، مکتبه دار العلم للآیة الحجة البیهانی، ۱۳۹۰ ق.
۷. علامه، مهدی، *شروط باطل و تأثیر آن در عقود*، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۸. علامه فانی اصفهانی، علی، *کتاب الاجاره*، قم، بی تا، ۱۴۰۳ ق.
۹. علی آبادی، علی، «تحلیل مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد»، *فصلنامه مقالات و بررسی‌ها*، سال سی و ششم، شماره ۷۳، تابستان ۱۳۸۲ ش.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشار، ۱۳۷۶ ش.
۱۱. کاشف الغطاء، محمد حسین بن محمد رضا، *تحریر المجله*، تهران، مجمع تقریب مذاهب اسلامی، ۱۳۹۰ ش.
۱۲. محقق داماد، سید مصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات*، ج ۱، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۸ ش.
۱۳. همو، *نظریه عمومی شروط و التزامات*، ج ۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۷ ش.
۱۴. موسوی خمینی، سید روح الله، *کتاب البیع*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۸ ش.
۱۵. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *رساله در شروط ضمن عقد*، تصحیح و ترجمه امیر بارانی بیرانوند و فاطمه امیری پاک، تهران، خرسندی، ۱۳۹۶ ش.
۱۶. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی ثوبه الجدید*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۳۷ ق.