

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۰،
پاییز ۱۳۹۱، ص ۱۲۵-۱۰۱

نگرشی بر تأثیر شروط باطل در عقد*

دکتر حسین صابری

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: hsaberi66@yahoo.com,

مریم صفایی^۱

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: safae.maryam@yahoo.com

چکیده

هرچند شرط فاسد، فاقد ضمانت اجرائی است، اما در این خصوص که آیا فساد آن به عقد نیز سرایت می‌کند یا نه، سه نظریه وجود دارد: نظریه‌ی افساد، نظریه‌ی عدم سرایت فساد و نظریه‌ی تفصیل.

طرفداران نظریه‌ی اخیر با ادعای خروج تخصصی شرطی که موجب اختلال در ارکان عقد می‌شود - مانند: شرط منافی ذات و شرط مجهول - مبطل بودن آن را مفروغ‌عنه تلقی می‌کنند و به طور مطلق، به عدم افساد سایر شروط قائل می‌باشند.

در مقاله‌ی پیش‌رو، از این سخن به میان می‌آید که شرط منافی، موجب اختلال در ارکان عقد نمی‌شود و شرط مجهول نیز که معامله را غرری و منهی‌عنه می‌کند، چنانچه علت نهی، صرفاً ورود ضرر بر یکی از طرف‌ها باشد، می‌توان با اعطای حق فسخ به متضرر، به عدم افساد آن، قائل شد.

واژه‌های کلیدی: شرط فاسد، شرط باطل، شرط منافی عقد، شرط مجهول، بطلان عقد.

*. تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۹/۱۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۸/۱۷.
۱. نویسنده مسئول.

مقدمه

شرایط حاکم بر روابط اجتماعی افراد، مستلزم انعقاد قرارداد و پایبندی به آن می‌باشد؛ همان گونه که نص قرآن کریم به این پایبندی به عقود ناطق است (مائده: ۱). اصل آزادی قراردادها، اقتضای درج هر شرطی را دارد که مطلوب طرفین است، اما قواعد عمومی حاکم بر این اصل، مانع ابقای آن بر کلیت خود می‌باشد و شرایط خاصی را برای آن ایجاد می‌کند. آن شرایط به گونه‌ای است که افراد را برای درج هر شرطی آزاد نمی‌گذارد که مطلوب آنان است. بنابراین، درج برخی شروط در ضمن عقد، اثری ندارد. برخی متقدمان از جمله محقق حلی، علامه‌ی حلی، شهید اول و شهید ثانی، شروط فاسد را به چهار شرط منحصر می‌دانند؛ اما متأخران، از جمله شیخ انصاری، با طرح نه شرط، تحت عنوان: شروط صحت شرط، شروط فاقد شرایط نه‌گانه را فاسد تلقی می‌کنند.

پژوهش حاضر، در پی پاسخ به این پرسش است که آیا این شروط، صرفاً فاقد ضمانت اجرائی است، یا علاوه بر اینکه تحت قاعده‌ی المؤمنون عند شروطهم، قرار نمی‌گیرند، معامله‌ی مقید به آن شرط را نیز از شمول ادله‌ی وفای به عقد خارج می‌کنند و به طور کلی اجزای به هم پیوسته‌ی یک معامله را می‌گسلند؟

مسئله‌ی مذکور، معرکه‌ی آرای فقهاء است. مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از:

۱- شروط فاسد، مطلقاً عقد را فاسد نمی‌کند؛

۲- شروط فاسد مطلقاً مبطل عقد است؛

۳- برخی فقیهان شروطی را که موجب اخلال در ارکان عقد یا شرایط عوضین می‌شود، همانند: شرط منافی مقتضای عقد و شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین می‌شود، خارج از بحث می‌دانند و مفسد بودن آن را قطعی تلقی می‌کنند، ولی نسبت به غیر از این شروط، قائل به عدم افساد هستند.

همچنین، دیدگاه‌های دیگری نیز در این مورد وجود دارد که در طول مباحث، مورد اشاره قرار می‌گیرد. از این میان، قول سوم، موضوع تحلیل مقاله‌ی حاضر است و با اثبات اینکه شرط منافی، همیشه موجب اخلال در عقد نمی‌شود و شرط مجهول، دائماً موجب جهالت در عوضین نمی‌گردد، قول به عدم افساد تقویت می‌شود.

تعریف شرط

شرط، در لغت به معنای الزام به چیزی و التزام به آن در بیع و مانند آن است (ابن منظور، ۳۲۹/۷، فیروزآبادی، ۳۶۸/۲). این واژه در برخی فرهنگ‌ها، به معنای مطلق التزام نیز آمده است؛ «الشرط، الزام الشيء و التزامه» (معلوف، ۳۸۲).

برخی، بر اساس گفتار پیامبر (ص) در جریان روایت بریره که فرمود: «إن شرط الله قبل شرطکم» (حرعاملی، ۴۷/۱۵) بر الزام ابتدائی نیز، شرط اطلاق کرده‌اند (انصاری، ۳۸۹/۲). بر طبق این نظر، شرط به معنای الزامی است که به واسطه‌ی ارتباط آن با لازم دیگری، به وجود می‌آید و تا وقتی که هیچ ارتباطی وجود نداشته باشد، نمی‌توان آن را شرط نامید و حتی می‌توان واژه‌ی شرط را از آن سلب کرد (همان/۲۷۳).

با توجه به معانی مختلف شرط، مراد از آن در مقاله‌ی حاضر، تعهدی است که در ضمن عقد دیگری قرار می‌گیرد؛ به دیگر سخن، مراد از شرط، تعهدی است که در اثر ارتباط و پیوند میان عقد و تعهد، و وابستگی آن دو به یکدیگر، صورت تبعی به خود می‌گیرد.

ادله‌ی صحت شروط

با توجه به نفس ادله‌ی صحت عقد (علامه‌ی حلی، تذکره الفقهاء، ۳۷/۱۱، نجفی، ۱۹۹/۲۳، خوئی، مصباح الفقاهه، ۳۱۸/۵)، روایت‌های «المسلمون عند شروطهم إلی شرطاً فیہ المعصیة» (نوری، ۳۰۰/۱۳) و «من شرط لامرأته فلیف لها به فأن المسلمین عند شروطهم إلی شرطاً حرماً حلالاً أو أحلاً حراماً» (حرعاملی، ۳۵۴/۱۲)، اجماع (طباطبایی، ۲۴۷/۸) و بنای عقلاء (مراغی، ۲۷۵/۲)، اصل، بر صحت شروط است، اما این سخن بدان معنا نیست که طرفین عقد، به درج هر شرط مطلوبی، در عقد، مجاز باشند، بلکه آنان به قید شرطی مجاز هستند که دارای ضمانت اجرائی است. در این صورت است که قانون به هنگام تخلف از شرط، از مشروط له حمایت می‌کند و مشروط علیه را به وفای به شرط ملزم می‌نماید و یا در نهایت، اختیار فسخ را، حق مشروط له می‌داند.

شرایط صحت شرط

عده‌ای از متقدمان و متأخران، شرایط صحت شرط را به چهار شرط: عدم مخالفت با کتاب

و سنت، عدم استلزام جهل به عوضین، مقدور بودن و عدم مخالفت با مقتضای عقد، منحصر می‌دانند. (محقق حلی، ۲۸۸/۲، علامه‌ی حلی، قواعد الاحکام، ۹۰/۲، شهید ثانی، الروضة البهیه، ۵۰۵/۳، نجفی، ۱۹۹/۲۳).

برخی دیگر، با ذکر شرط عدم مخالفت کتاب و سنت، نیازی به بیان شرط دوم به صورت شرط مستقل نمی‌بینند (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۶۸/۳، طباطبایی، ۲۴۷/۸، نجفی، ۱۹۹/۲۳، خمینی، ۲۹۷/۵).

محقق نراقی نیز که قاعده‌ی شروط را به تفصیل مورد بررسی قرار می‌دهد، با عدم ذکر مقدور بودن، و افزودن شرط دیگر - یعنی: عدم استلزام حلیت حرام و حرمت حلال - با گروه اول موافق است (نراقی، ۱۴۳).

بی‌شک، عدم ذکر شرط مقدور بودن، به این معنا نیست که شرط غیر مقدور صحیح است؛ چون این امر مستلزم تکلیف مالایطاق است، بلکه شاید عدم ذکر آن بدان جهت باشد که این شرط می‌تواند مندرج در شروط دیگر - مانند: شرط عدم مخالفت کتاب و سنت - قرار گیرد؛ چون برخی، دلیل بطلان شرط غیرمقدور را غرری بودن معامله ذکر می‌کنند (بجنوردی، ۲۵۸/۳) و معامله‌ی غرری نیز در کتاب و سنت مورد نهی است.

مراغی نیز با وجود اینکه یکی از عناوین کتاب خود را تحت عنوان: شروط چهارگانه‌ی باطل، قرار می‌دهد و آن چهار شرط را به موارد مذکور در کتاب عوائدالایام منحصر می‌داند، اما در بحث تنبیهات، به مقدور بودن شرط اشاره می‌کند (مراغی، ۳۰۴/۲).

عده‌ای نیز، چهار شرط دیگر، به شروط یاد شده، می‌افزایند که عبارت است از: جایز بودن، دارا بودن منفعت عقلانی، عدم استلزام محال، التزام به ذکر آن در متن عقد (انصاری، ۵/۳، بجنوردی، ۲۴۷/۳).

بنابراین، به طور کلی، شرایط صحت را می‌توان در نه مورد خلاصه کرد: ۱- عدم مخالف کتاب و سنت؛ ۲- عدم استلزام جهل به عوضین؛ ۳- مقدور بودن؛ ۴- خلاف مقتضیات عقد نبودن؛ ۵- عدم حلیت حرام و حرمت حلال؛ ۶- جایز بودن؛ ۷- منفعت عقلانی داشتن؛ ۸- عدم استلزام محال؛ ۹- التزام به ذکر آن در متن عقد.

^۱ . مانند اینکه شرط کننده بگوید: فلان کالا را به تو فروختم به شرط اینکه آن را به من بفروشی؛ دلیل بطلان چنین شرطی، دور است.

شیخ انصاری، بعد از بیان شروط نه گانه، بیان می‌دارد: برخی فقیهان، با توجه به این نکته که شرط، جزئی، از دو عوض است، تنجیز را شرط صحت شروط، توهم کرده‌اند^۱ و پنداشته‌اند که تعلیق در شرط، به عقد سرایت می‌کند، در حالی که تعلیق، به اصل معامله، ربطی ندارد (انصاری، ۲۶/۳).

برخی دیگر نیز ذکر شرط عدم اکراه را نسبت به شرط تنجیز، اولی می‌دانند (طباطبائی یزدی، ۱۱۹/۲).

هر چند، ظاهراً، شرایط صحت شرط، به نه مورد می‌رسد، اما به نظر می‌رسد، ذکر برخی شروط، از ذکر شرایط دیگر، کفایت می‌کند؛ برای مثال با ذکر شرط اول، به ذکر شرط دوم و سوم به صورت شروط مستقل، نیازی نمی‌باشد؛ توجه به استدلال گذشته، درستی این گفته را روشن می‌سازد. همچنین با بیان شرط اول، به شرط چهارم، نیازی وجود ندارد (مراغی، ۲۹۰/۲). شرط پنجم و ششم نیز می‌تواند در شرط اول مندرج شود؛ چون شرطی که موجب تحلیل حرام و تحریم حلال شود و نیز شرط غیر جایز، در کتاب و سنت مورد نهی است. برخی، ذکر مستقل شرط هشتم را نیز ضروری نمی‌دانند و آن را به شرط غیرمقدور، غیر مشروع و غیرعقلانی، ارجاع می‌دهند (خمینی، ۳۰۰/۵). شاید اندراج برخی شروط در برخی دیگر، باعث شد تا متقدمان، شروط صحت را به چهار مورد، محدود کنند.

اقسام شرط فاسد

با توجه به شرایط صحت و اندراج برخی شروط در برخی دیگر، و نظر به نگاه ویژه‌ی برخی فقیهان در خصوص مواردی از شروط، می‌توان شروط فاسد را در این اقسام خلاصه کرد: شرط خلاف کتاب و سنت، شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین گردد، شرط خلاف مقتضای عقد، شرط غیرمقدور و شرطی که منفعت عقلانی نداشته باشد.

تأثیر شرط فاسد

در مورد اینکه آیا شرط فاسد، مفسد است یا خیر، چند نظریه وجود دارد که به شرح ذیل بیان می‌شود:

^۱ . میرزای نایینی می‌گوید: ظاهراً مراد از متوهم، محقق ثانی است. (نایینی، ۲۳۵/۳).

نظریه‌ی عدم افساد به طور مطلق

برخی، بر این نظرند که قید شرط فاسد، موجب بطلان عقد نمی‌گردد؛ ابن جنید، شیخ طوسی ابن براج وعده‌ای دیگر، از پیروان این نظریه هستند (طوسی، مبسوط، ۱۴۹/۲، خلاف، ۱۵۷/۳، علامه‌ی حلی، مختلف الشیعة، ۲۹۸/۵، حلی، ۲۷۲، فاضل آبی، ۴۷۵/۱، طباطبائی، ۲۵۴/۸).

گروهی از اهل سنت نیز از جمله: ابن ابی لیلیا، نخعی، حسن بصری، شعبی و ابو ثور، این عقیده را دارند (نووی، ۳۷۶/۹).

ادله‌ی عدم مفسد بودن شرط

پیروان این نظریه، برای ادعای خود ادله‌ای ارائه می‌کنند که به شرح ذیل است:

۱. عدم وجود دلیل بر بطلان (طوسی، مبسوط، ۱۴۹/۲)
- این گروه معتقدند دلیلی بر بطلان عقدی که متضمن شرط فاسد است وجود ندارد، بنابراین، بیع مشروط به شرط فاسد، بیع است و ظاهر آیه‌ی «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره: ۲۷۵) آن را شامل می‌شود. (طوسی، خلاف، ۱۵۷/۵).
۲. اجماع منقول (ابن زهره، ۲۱۵)
۳. دلالت اصل (همان) یعنی اصل، صحت عقدی است که شرط فاسد در آن مندرج است؛ مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد.
۴. تراضی به هر کدام از عقد و شرط، مستقلاً تعلق می‌گیرد و با انتفای یکی، دیگری باقی می‌ماند؛ بنابراین، با از بین رفتن شرط، تراضی نسبت به عقد باقی است، پس، می‌توان ضمن حکم بر فساد شرط، به صحت عقد ملتزم شد.
- شاهد ثانی، این استدلال را به شیخ طوسی نسبت می‌دهد (شاهد ثانی، مسالک، ۲۷۳/۳). محقق ثانی نیز در وجه صحت عقد، همین استدلال را بیان می‌کند؛ اما آن را ضعیف می‌شمارد (محقق کرکی، ۴۱۵/۴). صاحب جواهر نیز بعد از بیان این استدلال، مقرر می‌دارد: حتی اگر شرط و عقد به هیأت اجتماعی مطلوب باشد، باز هم با فساد شرط، عقد باطل نمی‌گردد، بلکه برای جلوگیری از ضرر، عقد خیار می‌شود (نجفی، ۲۱۳/۲۳).
۵. استدلال به روایات:

الف) در مرسله‌ی ابن ابی دَرَاج آمده است: از حضرت علی (ع) سؤال شد: کسی، کنیزی

می‌خرد و بر او شرط می‌شود آن کنیز، هبه و فروخته نشود و به میراث نرسد، آیا این شرط صحیح است؟ امام فرمودند: باید به شرط عمل شود؛ مگر در مورد میراث (حرعاملی، ۴۹/۱۵). وجه استدلال به روایت مزبور این است که امام علی (ع) حکم بر صحت عقد و بطلان شرط میراث نمودند (بجنوردی، ۱۹۶/۴).

ب) استدلال به روایت معروف به خبر بریره. از امام صادق (ع) نقل شده است: بریره، کنیزی دارای شوهر بود که عایشه وی را خرید و آزاد کرد. پیامبر (ص) فرمودند: اگر بریره بخواهد، می‌تواند نزد شوهرش بماند؛ و اگر بخواهد می‌تواند، جدا شود. از طرفی، اربابان قبلی بریره که او را به عایشه فروختند و لاء او را بر خریدار شرط کردند. پیامبر (ص) فرمودند: و لاء برای کسی است که کنیز را آزاد می‌کند (حرعاملی، ۵۶۰/۱۴).

وجه استدلال به روایت مذکور، این است که با وجود شرط فاسد، پیامبر (ص) با اعطای اختیار به کنیز، در خصوص بقاء به زوجیت یا مفارقت از شوهرش، بر صحت بیع مذکور، صحه گذاشتند و با گفتن: «الولاء لمن اعتق»، به بطلان شرط اشاره فرمودند.^۱

ج) استدلال به روایات باب نکاح که در آنها، امام (ع) ضمن حکم به بطلان شرط، به صحت عقد نکاح، حکم می‌کنند (آل کاشف الغطاء، ۲۳۶).

از جمله‌ی این روایات، روایتی از امام باقر (ع) است در خصوص ازدواجی که در آن، صدق برای مرد و حق جماع و طلاق برای زن شرط شد. امام (ع) فرمودند: با سنت مخالفت کردند و ولایت بر حق را، به کسی دادند که اهلیت آن را ندارد. آن‌گاه امام (ع) با مسئول دانستن مرد نسبت به پرداخت صدق، و اعطای حق جماع و طلاق به وی، به صحت نکاح حکم کردند (حرعاملی، ۴۱/۱۵).

۶. اگر صحت عقد، بر صحت شرط، متوقف باشد، دور لازم می‌آید (بجنوردی، ۲۰۰/۴)؛ مثل بیع به شرط فروش مبیع به خود با بیع، که به دور علامه، مشهور است (علامه‌ی حلی، تذکره الفقهاء، ۴۹۰/۱).

شرط دارای دو معنا است. اما وجه دور در صورت معنا نمودن شرط، به چیزی که به آن ملتزم شده‌اند، بسیار واضح است؛ چون وجود مشروط بر وجود شرط، متوقف است، در نتیجه، بیع اول بر بیع دوم و بیع دوم بر بیع اول متوقف می‌باشد، به دو دلیل:

^۱. شیخ طوسی و ابن زهره به همین روایت برای حکم به بطلان شرط و صحت عقد، استدلال می‌آورند (طوسی، خلاف ۱۵/۳، ابن زهره، ۲۱۶).

۱. بیعی صورت نمی‌گیرد، مگر اینکه فروشنده، مالک باشد و در بیع به شرط فروش به بایع، قبل از تحقق بیع اول، مالکیتی برای شخص وجود ندارد تا به شرط عمل کند.

۲. فروش مبیع به مالک آن، معقول نیست؛ چون تحصیل حاصل است.

اما وجه دور بنا بر این معنا که مراد از شرط، نفس التزام است، دور این گونه قابل تصور است که بیع اول، بر التزام به بیع دوم متوقف است و بیع دوم نیز واقع نمی‌شود، مگر بعد از تحقق بیع اول (بجنوردی، ۲۸۲/۳).

نقد ادله‌ی دیدگاه عدم افساد

به این ادله چنین پاسخ می‌دهند:

اولاً، اصل صحت عقد، با اصل عدم انتقال ملک از فروشنده به بایع در صورت فساد شرط، معارض است.

ثانیاً، هنگامی، عقد موافق با ظاهر آیات: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره: ۲۷۵) و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) عقدی صحیح است که شرط فاسد در آن درج نشده باشد؛ چون ظاهر این آیات، شامل عقدی می‌شود که در آن، قصد باشد، حال این که در معامله‌ی مقید به شرط فاسد، قصدی وجود ندارد؛ چون رضایت به معامله، به شرط، ضمیمه می‌باشد، در حالی که شرط فاسد، فاقد اثر است و مشروط له نیز به معامله‌ی بدون شرط، رضایتی ندارد؛ بنابراین، به معامله‌ی بدون شرط، قصدی تعلق نگرفته است.

ثالثاً، اجماع ادعای شده‌ی برای صحت عقد، پذیرفتنی نیست؛ چون در مقابل فتوای مشهور قرار دارد (آل کاشف الغطاء، ۲۳۷).

رابعاً، در مورد مرسله‌ی ابنِ دراج نیز، چون مشهور، به فساد شرط عدم هبه و عدم بیع، قائل هستند، به روایت یاد شده، عمل نکرده‌اند (بجنوردی، ۱۹۶/۴)؛ چنان‌که فاضل آبی نیز در مورد روایت مزبور می‌گوید: من عامل به این روایت را ندیده‌ام (فاضل آبی، ۴۷۵).

خامساً، در مورد دور، بنا بر معنای نخستِ شرط، بیع اول، بر وجود بیع دوم، متوقف نیست، بلکه بر التزام به بیع دوم متوقف است؛ به همین دلیل است که اگر خریدار ملتزم شود، اما به شرط، عمل نکند، بیع باطل نیست، بلکه به جهت تخلف از شرط، معامله‌ی انجام شده، خیار می‌شود.

بر اساس معنای دوم نیز، ایجاد مورد التزام در ظرف زمان خاص، محال است؛ اما احتمال تحقق در زمان دیگر، وجود دارد. اغلب التزامات، عقلاً این گونه است؛ یعنی: در زمان التزام، وفای به آن ممکن نیست، اما بعد از آن، امکان عمل وجود دارد (بجنوردی ۲۸۳/۳).

نظریه‌ی فساد عقد به طور مطلق

گروهی بر این نظرند که شرط فاسد نه تنها اثری ندارد، بلکه موجب بطلان عقد نیز می‌شود (علامه‌ی حلی، تذکرة الفقهاء، ۴۹۰/۱، قواعد الاحکام، ۹۰/۲، مختلف الشیعة، ۳۵۹/۵، فخرالمحققین، ۵۱۲/۱، شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ۱۱۰، محقق کرکی، ۴۱۵/۴، شهید ثانی، الروضة البهیة، ۵۰۵/۳، مقدس اردبیلی، ۱۴۸/۸، محقق سبزواری، ۴۹۰/۱، نراقی، ۱۵۷، مراغی، ۳۶۲/۲).

عده‌ای از اهل سنت نیز از جمله: ابوحنیفه و شافعی به این قول قائل می‌باشند (نووی، ۳۶/۹).

ادله‌ی قائلان به مفسد بودن شرط

کسانی که شرط فاسد را موجب فساد عقد می‌دانند، ادله‌ی زیر را ذکر می‌کنند:

۱. رضایت، به عقد مقید به شرط، تعلق می‌گیرد؛ بنابراین، متعلق تراضی، مجموع عقد و شرط من حیث المجموع است؛ پس، اگر قید منتفی گردد، متعلق تراضی نیز از بین می‌رود و در نتیجه مشمول: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نساء: ۲۹) قرار می‌گیرد و بیع باطل می‌شود (علامه‌ی حلی، تذکرة الفقهاء، ۴۹۰/۱، محقق کرکی، ۴۱۵/۴، شهید ثانی، مسالک، ۲۷۳/۳).

۲. هرگاه در عقد، شرطی قید گردد شرط مزبور دارای سهمی از ثمن است و به اعتبار این شرط، ثمن کم و زیاد می‌شود، بنابراین، هرگاه، شرط، باطل گردد، به ازای آن، از ثمن کم می‌شود و چون مقدار آن نامعلوم است، موجب جهالت می‌شود که در صورت جهل به ثمن، بیع باطل می‌گردد؛ چون معامله‌ی مزبور، غرری خواهد بود (علامه‌ی حلی، مختلف الشیعة، ۲۹۸/۵، شهید ثانی، الروضة البهیة، ۵۰۵/۳؛ بجنوردی، ۲۰۲/۴).

۳. استدلال به روایاتی که در این خصوص وارد شده است که به جهت رعایت اختصار، از ذکر آن‌ها خودداری می‌شود.

نقد ادله‌ی دیدگاه افساد

فقیهان به دو نحو به دلیل اول جواب می‌دهند: نقضی و حلی.

در پاسخ نقضی، به شروط فاسد ضمن عقد نکاح، (انصاری، ۴۲/۳؛ نایینی، ۲۷۶/۳)، جزء فاسد (نایینی، ۲۷۷/۳) و تعذر وفای به شرط (همان، ۲۷۷) اشاره می‌شود که هیچ کدام، مبطل عقد نیستند، در حالی که خود، باطل شمرده می‌شوند.

اما در پاسخ حلی، اولاً، مراد از تراضی معتبر در معاملات، رضایت قلبی که از آن به طیب نفس، تعبیر می‌شود نیست؛ چون اگر این معنا، مراد باشد، باید به بطلان اغلب معاملاتی حکم کرد که به خاطر فقر و نیاز واقع می‌شوند؛ چون در این گونه معاملات، رضایت به معنای مذکور، وجود ندارد.

بلکه مراد از رضای معاملی در مقام عقد و انشاء، اختیار و عدم اکراه و اجبار است که این معنا در معامله با قید شرط فاسد نیز حاصل است (نایینی، ۲۷۷/۳، بجنوردی، ۲۰۵/۴).

ثانیاً، قیودی که در قرارداد، مأخوذ است و عقد بر آن واقع می‌شود، گاهی از صور نوعیه هستند و گاهی از عوارض خارجی.

چیزی که مبادله بر آن واقع می‌گردد و در برابر آن عوض قرار می‌گیرد، جزء صور نوعیه یا صورت جوهریه‌ای است که مالیت شیء به آن است.

اما عوارض خارجی، هر چند موجب رغبت بیشتری برای طرف معامله می‌گردند، اما مالیت ندارند تا عوضی در برابر آن‌ها قرار گیرد.

بنابراین، مبادله‌ی بین دو شیء، به لحاظ صورت نوعیه است و رضای معتبر در معاملات نیز منوط به صورت نوعیه است؛ پس، اگر صورت نوعیه تغییر کند، قطعاً، معامله، باطل است، اما با انتفای عوارض خارجی، به عقد خللی وارد نمی‌شود تا موجب بطلان معامله گردد (نایینی، ۲۷۸/۳).

به دلیل دوم نیز این گونه جواب می‌دهند که هر چند شرط، موجب افزایش مالیت مثنی می‌شود که ثمن در برابر آن قرار می‌گیرد، اما ثمن به ازای شرط قرار نمی‌گیرد ظاهراً به همین دلیل است که مشهور معتقدند در شرط صحیح، چنانچه مشروط‌علیه به شرط وفا نکند، مشروط‌له، حق مطالبه‌ی ارزش را ندارد، در حالی که اگر شرط، مقابل ثمن قرار می‌گرفت، مطالبه‌ی ارزش از سوی مشروط‌له، منعی نداشت (نجفی، ۲۱۹/۲۳).

به فرض پذیرش وقوع ثمن در مقابل شرط، فساد شرط، موجب جهالت نمی‌شود؛ همان

طور که در بیع مایملک و مالایملک با بطلان بیع مالایملک، ثمن مجهول نمی‌گردد؛ چون به هنگام عقد، هر یک از عوضین معلومند و امکان رفع جهالت با تقویم جزء صحیح معامله وجود دارد، اما در نهایت، خیار تبعض صفقه برای خریدار، ایجاد می‌شود (همان/۲۷۵).

بنابراین، با توجه به ادله‌ی ذکر شده، می‌توان به فساد شرط و صحت عقد حکم کرد؛ چون هدف اصلی طرفین، تحقق شرط نیست، بلکه غرض اصلی آنان، وقوع عقد است که آن نیز با تمام شرایط ایجاد شده است شرطی که جنبه‌ی فرعی دارد، نباید به هدف اصلی آنان لطمه‌ای وارد کند.

البته ناگفته پیداست که چنانچه تحقق شرط، قصد اصلی آنان بوده، به گونه‌ای که اگر تحقق شرط، مقصود اساسی آنان نبود، اقدام به انعقاد عقد نمی‌کردند، با بطلان شرط، نظر به تبعیت عقد از قصد و این که ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع، نمی‌توان به صحت عقد، حکم کرد. اما اگر شرط، جنبه‌ی تبعی داشته باشد، با فساد شرط، به صحت عقد، خللی وارد نمی‌آید، لیکن، آنچه باعث می‌شود قائلان به افساد، صحت عقد را نپذیرند، این است که اگر چه شرط، جنبه‌ی تبعی دارد و مقصود بالاصاله نمی‌باشد، اما در هنگام عقد، مطلوب می‌باشد و با قید آن در ضمن عقد، هدفی دنبال می‌شود و بی‌شک در صورت فساد عقد و عدم لزوم وفای به آن، هدف منظور، محقق نمی‌گردد.

بنابراین، قول به صحت عقد و الزام به پایبندی آن، در جایی که همه‌ی اهداف مورد نظر، تامین نشود، و چه بسا ممکن است موجب ضرر مشروط له گردد، جای تأمل دارد؛ لیکن با پذیرش ثبوت خیار در این گونه عقود، می‌توان اشکال مزبور را مرتفع ساخت.

بجنوردی، بعد از رد ادله‌ی قائلان به افساد، الزام به معامله‌ی فاقد وصف یا شرط را نفی می‌کند و آن را از شمول عمومات ادله‌ی لزوم وفای به عقود، خارج می‌نماید (بجنوردی، ۲۰۶/۴)؛ چون ثبوت خیار به موارد تخلف از شرط صحیح، اختصاص ندارد. خیار تخلف، در صورت عدم تحقق شرط، ثابت می‌شود؛ خواه عدم تحقق آن، ناشی از فساد شرط باشد، یا علت آن، عدم پایبندی مشروط‌علیه باشد.

البته، ثبوت این خیار در جایی است که با عدم تحقق شرط، مشروط‌له، متضرر شود و به مطلوب کامل خود نرسد؛ اما در جایی که چنین نیست، خیاری، محقق نمی‌گردد.

همچنین جهل مشروط‌له به فساد شرط، در ثبوت خیار، مؤثر است؛ چون با علم به فساد شرط، معامله‌ی مزبور، مشمول قاعده‌ی لاضرر نمی‌گردد، بلکه با علم به فساد شرط، فعل او

تحت قاعده‌ی اقدام قرار می‌گیرد و راهی برای دفع ضرری که خود ایجاد نموده است ندارد. بنابراین، آنچه می‌توان در مورد عقد متضمن شرط فاسد، گفت، این است که عموماً ادله‌ی صحت عقود، چنین عقده‌ی را شامل می‌شود و در نتیجه، به صحت آن، حکم می‌گردد، اما ادله‌ی لزوم وفای به عقد، آن را در بر نمی‌گیرد؛ لذا، عقد مزبور، خیاری خواهد بود.

نظریه‌ی تفصیل

سه دیدگاه برای نظریه‌ی تفصیل وجود دارد:

۱. دیدگاه ابن زهره

ابن زهره، بر این باور است که، تنها، شرط غیرمقدور، مفسد عقد است، اما شروط فاسد دیگر، موجب بطلان عقد نمی‌شود و برای عدم فساد عقد، به اجماع، ظاهر قرآن، دلالت اصل و خبر بریره، استدلال می‌نماید (ابن زهره، ۲۱۵-۲۱۶).

وجه مفسد بودن شرط غیر مقدور، این است که این شرط، قابل وفاء نیست؛ بنابراین، با چنین شرطی، تسلیم مورد معامله‌ی همراه شرط، مقدور نیست، حال اینکه، قدرت بر تسلیم، از شرایط صحت عقد است؛ پس، انتفای این شرط، موجب بطلان معامله می‌شود.

لازم به ذکر است که مثال فقیهان برای شرط غیر مقدور، فروش زرع به شرط تبدیل شدن آن به خوشه است؛ حاله اگر مراد، این باشد که مشروط‌علیه، ملزم به تبدیل کردن زرع به خوشه است، چون این عمل، فعل خداوند قادر است، پس، شرط آن، لغو است و تعلق اراده‌ی جدی به آن، معقول نیست؛ بنابراین، شرط مذکور، کان لم یکن است و چنین عقده‌ی در واقع، بدون شرط، تلقی می‌شود و دلیلی بر فساد عقد، وجود ندارد.

اما اگر مراد، این باشد که زرع به خوشه تبدیل شود، در این صورت، چند حالت قابل تصور است:

حالت اول: عدم علم به امکان تسلیم مبیع

هر چند در این حالت، علم به عدم امکان تسلیم مبیع، ضمن تحقق شرط، وجود ندارد؛ چون، چه بسا، شرط حاصل شود و تسلیم ممکن باشد، اما به علت عدم وثوق به امکان تسلیم، معامله، غرری شده و در نتیجه، به بطلان بیع، حکم می‌گردد.

استدلال مزبور، قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ به جهت این که اصل مبیع که مقصود از بیع می‌باشد، بدون تحقق شرط، قابل تسلیم است و شرط، جزء مبیع نیست تا موجب تعذر تسلیم

شود و عدم رضایت مشروطه را نسبت به مبیع، بدون تحقق شرط نیز می‌توان با اثبات حق اختیار، جبران نمود.

شیخ انصاری نیز می‌گوید: حق آن است که شرط غیرمقدور از حیث اینکه غیرمقدور است، موجب تعذر تسلیم در احد العوضین نمی‌شود (انصاری، ۴۱/۳).

حالت دوم، علم به امکان تسلیم در آینده

در این حالت، هر چند در هنگام عقد و قید شرط، امکان تسلیم وجود ندارد، اما، چون علم به امکان تسلیم مبیع با تحقق شرط در آینده وجود دارد، در این صورت، شرط، صحیح است؛ چون شرط مزبور، از مصادیق شرط مقدور تلقی می‌شود.

حالت سوم، علم به عدم امکان تسلیم در آینده

این حالت، ظاهراً از مواردی است که تعلق اراده‌ی جدی به آن، عقلانی نیست؛ بنابراین، نفس شرط، لغو است؛ اما چون مقصود طرفین نمی‌باشد، به عقد، ضرری نمی‌رساند.

۲. دیدگاه منسوب به ابن متوج بحرانی

ایشان، شروط فاسد را، به جز شرط فاقد نفع عقلانی، مفسد می‌دانند. بنابراین، بر طبق این نظریه، شرط فاقد نفع عقلانی، باطل است، اما موجب بطلان عقد نمی‌شود (انصاری، ۴۱/۳).

۳. دیدگاه برخی از متأخران و معاصران

این گروه، بر این باورند که شروط باطل، مطلقاً موجب فساد عقد نمی‌شوند. با تأمل در بیانات ایشان، می‌توان عقیده‌ی ایشان را بر پذیرش تفصیل استنباط کرد؛ تفصیل بین شروطی که در ارکان عقد، اختلال ایجاد می‌کند و شروطی که ربطی به اصل عقد ندارد و خارج از آن می‌باشد. شروط دسته‌ی اول را خارج از محل نزاع فرض می‌کنند و قطعاً، مبطل عقد می‌دانند، اما نسبت به دسته‌ی دوم، قائل به عدم افساد هستند (نجفی، ۲۱۶/۲۳، انصاری، ۴۰/۳، طباطبائی یزدی ۱۳۵/۲، نایینی، ۲۷۱/۳، اصفهانی، ۲۱۷/۵، حکیم، ۷۸/۲، خوئی، منهج الصالحین، ۴۲/۲، مصباح الفقاهه، ۳۸۴/۵-۳۸۱، خمینی، ۳۵۹/۵، روحانی، ۴۸/۱۸).

بر طبق نظر این گروه، شروط دسته‌ی اول در ارکان عقد یا شرایط عوضین، اختلال ایجاد می‌کند؛ بنابراین، بطلان عقد، به این اختلال مستند است، نه شرط فاسد؛ به عبارت دیگر، این گروه، محل نزاع را در جایی می‌دانند که فساد شرط، از قبیل واسطه‌ی در عروض باشد؛ به این معنا که فساد، اولاً و بالذات بر شرط عارض شود و ثانیاً و بالعرض، موجب فساد عقد گردد، اما در جایی که شرط، واسطه‌ی در ثبوت می‌باشد و فساد، اولاً و بالذات، به خاطر اختلال در

بعضی از ارکان عقد، بر معامله عارض می‌شود، و شرط، سبب عروض آن اختلال، در نفس عقد است، ربطی به بحث ندارد (بجنوردی، ۲۲۲/۴-۲۲۱).

بنابراین، چون برخی شروط، تخصصاً از بحث خارجند، این گروه، تفصیل این زهره را- که صرفاً شرط غیرمقدور را مفسد می‌داند- از محل کلام، خارج فرض می‌کنند (روحانی، ۴۸/۱۸).

گفتنی است که این گروه، بر این اعتقادند: کسانی که به طور مطلق، به مفسد بودن و یا مفسد نبودن شرط، قائل هستند، در بیان محل نزاع، با آن‌ها اختلافی ندارند؛ به عبارت دیگر، دسته‌ی سوم از صاحبان نظریه‌ی تفصیل، بر این باورند که قائلان به افساد و کسانی که به مفسد نبودن، معتقدند، شروط دسته‌ی اول را -که قائلان به تفصیل از محل کلام خارج می‌کنند و قطعاً، مفسد عقد می‌دانند- از محل بحث خارج می‌دانند و مفسد بودن آن را مسلم می‌گیرند (بجنوردی، ۲۲۲/۳). به همین دلیل، این (گروه دسته‌ی سوم از صاحبان نظریه‌ی تفصیل)، بعد از تبیین محل نزاع، دو قول مفسد بودن و مفسد نبودن را نقل می‌کنند و نظریه‌ی عدم افساد را مطابق با قول خود می‌دانند، در حالی که ظاهراً گفتار قائلان به افساد و عدم افساد چیز دیگری است.

تأمل در کلام محقق ثانی، مطلب مذکور را تأیید می‌کند. ایشان، بعد از بیان حکم مفسد بودن شرط خلاف مقتضای عقد و شرط مجهول، صحت عقد متضمن این دو شرط را احتمال می‌دهد و دلیل این احتمال ضعیف را همان دلیلی ذکر می‌کند که قائلان عدم افساد، بیان می‌نمایند؛ و آن اینکه قصد و تراضی، به عقد و شرط، به طور مستقل تعلق می‌گیرد و با انتفای یکی (شرط)، دیگری (عقد) باطل نمی‌شود. (محقق کرکی، ۴۱۵/۴).

بنابراین، با عنایت به مطلب یاد شده، محل نزاع هر دو گروه، همان مواردی است که قائلان نظریه‌ی تفصیل، آن را از محل بحث، خارج می‌دانند.

همچنین، کلام شهید ثانی، موید دیگری بر این ادعاست. در مسالک آمده است: در صورت ورود ضرر، چنانچه تحمل خسارت بر خریدار شرط شود، شرط مزبور، باطل است؛ چون این شرط، با مقتضای عقد و ثبوت ملک منافات دارد؛ اما در مورد اینکه بیع مزبور، باطل می‌شود یا خیر؟ دو قول است که صحیح‌ترین آن، قول به بطلان عقد است؛ چون متعلق تراضی، عقد و شرط من حیث المجموع است که با بطلان جزئی از آن مجموع، متعلق تراضی نیز از بین می‌رود، و باقی مانده نیز تجارت لا عن تراضی خواهد بود.

اما وجه صحت بیع، این است که رضایت به هر کدام، به طور مستقل تعلق می‌گیرد. اگر یکی منتفی شود، دیگری، باقی می‌ماند. قول اخیر، نظر شیخ طوسی است و این دو قول در هر بیعی که متضمن شرط فاسد است جاری می‌شود (شهید ثانی، مسالک، ۲۷۳/۳).

بنابراین، در نتیجه‌گیری کلی، می‌توان گفت: قائلان به افساد، همه‌ی شروط فاسد را - اعم از شروطی که معاصران، آن را از محل نزاع خارج می‌کنند و مواردی که تحت مبحث قرار می‌دهند - داخل در محل بحث می‌دانند، و به مفسد بودن آن، حکم می‌کنند و نیز همه‌ی موارد مذکور، تحت نظریه‌ی قائلان به عدم افساد قرار می‌گیرد.

البته با تکیه به ادله‌ی برخی از قائلان به عدم افساد، مبنی بر عدم وجود دلیل بر بطلان، اجماع منقول، شمول ظاهر آیات قرآن و دلالت اصل که همه‌ی این موارد، از تحقق عقد مقید به شرط فاسد، حکایت دارد، می‌تواند، مویدی بر درستی این گفتار معاصران تلقی گردد که قائلان به عدم افساد، شروط مخل ارکان عقد را خارج از محل نزاع و مبطل عقد می‌دانند؛ چون ادله‌ی پیروان نظریه‌ی عدم افساد، شامل صحت عقدی می‌شود که آن عقد، تمام شرایط صحت را دارا می‌باشد و ارکان آن، تمام است؛ تنها ایراد آن، درج شرط فاسد در آن عقد است که ممکن است از تأثیرگذاری آن جلوگیری کند که آن ایراد نیز با ادله‌ی مذکور دفع می‌شود؛ اما عقدی که یکی از ارکان آن به علت نقض قصد یا جهالت نسبت به احد العوضین، مختل می‌باشد، ادله‌ی مذکور، شامل آن نمی‌شود تا بر صحت آن حکم شود. این گروه با ذکر این ادله، در صدد اثبات صحت چنین عقدی نیستند. بنابراین، با توجه به این مطلب می‌توان گفت: نظریه‌ی معاصران، با قائلان عدم افساد و نظریه‌ی افساد، در شروط مخل ارکان عقد، موافق است که البته هر دو گروه، آن را مبطل عقد می‌دانند؛ اما ذکر برخی مصادیق شروط فاسد مخل ارکان عقد، مانند: شرط خلاف مقتضای عقد، توسط قائلان به افساد و نیز بیان حکم مبطل بودن و احتمال عدم مبطل بودن آن (محقق کرکی، ۴/۱۵ و شهید ثانی، مسالک، ۲۷۳/۳) و همچنین ادعای اجماع ابن زهره (۲۱۶) بر بطلان شرط مذکور و صحت عقد متضمن چنین شرطی، اندکی، پذیرفتن این مطلب را با مشکل مواجه می‌کند؛ والله العالم.

ادله‌ی دیدگاه متأخران و معاصران

مهمترین دلیل پیروان این دیدگاه، همان ادله‌ی صاحبان نظریه‌ی عدم افساد است. همچنین این گروه با رد ادله‌ی پیروان نظریه‌ی قائلان افساد، عدم مفسد بودن را ثابت می‌کنند؛ اما خروج

تخصصی برخی شروط فاسد از تحت کلیت مطلب، به دلیل اختلال در ارکان عقد و یا شرایط عوضین است و علت عمده‌ی این اختلال، از شرط خلاف مقتضای عقد و نیز شروط مجهولی نشأت می‌گیرد که موجب جهل به عوضین می‌شود که به بررسی آن دو پرداخته می‌شود:

۱. شرط خلاف مقتضای عقد

فقیهان، مقتضای عقد را به دو قسم تقسیم کرده‌اند:

الف) مقتضای اطلاق؛

ب) مقتضای ذات.

اما مقتضای اطلاق، امری است که شارع آن را از جهت اینکه عقد است، بر آن مترتب می‌کند و آن را اقتضاء کننده‌ی عقد قرار می‌دهد؛ هر چند بدون جعل شارع نیز امکان تحقق آن وجود دارد (نراقی / ۱۵۲).

اما در مورد تعریف مقتضای ذات، اختلاف فراوان است؛ برخی، آثار ی را که شارع بر عقد مترتب می‌سازد، مقتضای ذات می‌دانند و نفی آن آثار را، منافی مقتضای عقد می‌دانند؛ همانند: بیع به شرط عدم فروش (محقق کرکی، ۴/۴۱۴).

مراغی می‌گوید: مقتضای ذات، چیزی است که ماهیت و صحت عقد، به واسطه‌ی آن محقق می‌شود و با انتفاء آن، ماهیت عقد، منتفی می‌گردد؛ خواه از ارکان داخلی عقد باشد و یا از لوازم و آثار خارجی (مراغی، ۲/۲۴۸).

بنابراین، طبق این تعریف، نفی آثار مترتب بر بیع، همانند نفی مضمون عقد، منافی مقتضای عقد است.

بجنوردی نیز نفی جمیع آثار مترتب بر عقد را به نفی مضمون عقد ملحق می‌داند و آن را با مقتضای ذات عقد، منافی می‌شمارد، لیکن اگر چه در مقام اثبات، نفی اثر بارز^۱ را، منافی با مقتضای عقد می‌داند، اما در مقام ثبوت، امکان عدم تنافی را نفی نمی‌کند (بجنوردی، ۳/۲۶۸).

میرزای نائینی نیز، مقتضای ذات را چیزی می‌داند که عقد به مدلول مطابقی، بر آن دلالت دارد؛ پس، شرط خلاف این مدلول را منافی مقتضای ذات، تلقی می‌کند، اما نفی برخی آثار را مانند عدم بیع، و حتی نفی اثر ظاهر را نیز با مقتضای عقد در تضاد نمی‌بیند (نائینی، ۳/۲۱۱).

۱. شرط عدم بیع بر تاجری که حرفه‌ی وی خرید و فروش است و صرفاً کالا را به جهت فروش آن خریداری می‌کند، نفی اثر بارز بیع است.

او در مورد نفی جمیع آثار می‌گوید: چون آنچه انشاء می‌شود وسیله‌ی رسیدن به آن آثار است، پس، شرط عدم ترتب آن، به منزله‌ی عدم انشاء عقد است که موجب تناقض می‌گردد (همان).

هر چند در مورد معنای مقتضای ذات اختلاف است، اما تمییز مقتضای ذات، از مقتضای اطلاق، بسیار حائز اهمیت است؛ چون اختلاف در این امر، در بعضی از موارد، موجب صدور احکام متعارض، در مورد برخی از عقود می‌شود؛ برای مثال، برخی بر این باورند که عدم ضمانت مستأجر، جزء مقتضای ذات عقد است، لذا، شرط ضمانت را منافی با این اقتضاء می‌دانند و به بطلان شرط و عقد حکم می‌دهند (علامه‌ی حلی، قواعد الاحکام، ۳۰۴/۲، محقق کرکی، ۲۵۸/۷)؛ اما برخی دیگر که آن را از مقتضیات اطلاق فرض می‌کنند نه تنها شرط خلاف آن را مبطل نمی‌دانند، بلکه عمل به شرط را نیز لازم می‌دانند (مقدس اردبیلی، ۶۹/۱۰، خوئی، کتاب الإجاره، ۲۲۵).

بنابراین، در بطلان شرط منافی ذات عقد، خلافاً نیست؛ اختلاف در تعیین مصادیق این شرط است، البته، هر چند در مورد نفی برخی آثار اختلاف است، اما بی‌شک نفی چیزی که عقد به خاطر آن محقق می‌شود و هدف اساسی طرفین را تأمین می‌کند، منافی مقتضای ذات است که بارزترین مصداق آن، نفی ملکیت در عقد بیع است.

مبنای مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد

می‌توان گفت: ایجاد اختلال در ارکان عقد، دلیل عمده‌ی قائلان به مبطل بودن این شرط است (بجنوردی، ۱۹۲/۴). بر طبق این نظر، شرط خلاف مقتضای ذات، موجب تناقض می‌شود و عدم تحقق عقد را در پی دارد (طباطبائی یزدی، ۱۵۳/۲)؛ به این معنا که عقد به انجام مقتضای خود امر می‌کند و شرط به عدم انجام آن؛ از این رو، این امر، سبب ایجاد تردید در تصمیم برای انجام معامله می‌شود و در نتیجه، قصد انعقاد عقد، سلب می‌شود، حال اینکه قصد، از ارکان عقد می‌باشد و شکی در بطلان معامله‌ی فاقد قصد وجود ندارد؛ بنابراین، آنچه از تاثیرگذاری چنین عقده‌ی مانع می‌شود، عدم وجود قصد، برای انجام معامله است، حال باید دید که آیا ماهیت چنین عملی، فاقد قصد است تا آن را از حال عقد بودن، خارج کند یا خیر؟ به طور کلی، کسی که شرط خلاف مقتضای ذات را در ضمن عقده‌ی درج می‌کند، دو حالت دارد: یا قصد انجام معامله را ندارد، یا دارد؛ اگر قصد انجام معامله را ندارد، بی‌شک،

چنین معامله‌ای به جهت فقدان قصد، باطل است و بطلان معامله‌ی مذکور نیز ربطی به وجود شرط یا فساد آن ندارد.

اما اگر قصد معامله را دارد، دو صورت متصور است: صورت اول، قصد، به طور همزمان، به عقد و شرط منافی عقد، تعلق می‌گیرد و بی‌هیچ فاصله‌ای هر دو مورد قصد، واقع می‌شوند؛ این حالت، لامحاله، باطل است و عقدی محقق نمی‌شود.

صورت دوم، بین قصد عقد و قصد شرط، ترتیب زمانی وجود دارد؛ یعنی: بعد از قصد بیع، شرط منافی عقد را قصد می‌کند؛ این صورت نیز دو حالت دارد: حالت اول، اینکه با بقاء بر قصد عقد، شرط منافی عقد را قصد می‌کند؛ در این حالت، تحقق شرط، معقول نیست؛ چون محال است، چیزی محقق شود که منافی آن، قبلاً ایجاد شده است، اما هیچ مانع عقلی و نقلی برای تحقق عقد وجود ندارد (اصفهانی، ۱۳۸۵/۵).

حالت دوم، اینکه با رفع ید از قصد قبلی، شرط منافی را قصد می‌کند؛ این حالت نیز غیر معقول به نظر می‌رسد؛ چون عقد با تمام شرایط، از جمله قصد، محقق می‌باشد و شرط منافی، نمی‌تواند اختلال را در ارکان آن، موجب گردد مگر اینکه شرط منافی، به گونه‌ای باشد که قرینه‌ی برای انصراف ایجاب کننده از ایجاب تلقی شود که در این صورت، عقدی محقق نمی‌شود، لیکن نه به خاطر شرط منافی، بلکه به جهت انصراف موجب، از انعقاد عقد؛ چون عدول از ایجاب قبل از انجام عقد، به دست موجب است، اما شرط منافی، به منزله‌ی ابزار است که انصراف را احراز می‌کند و نقش ثبوتی ندارد.

از طرفی، این شرط، در صورتی احراز کننده است که اولاً، تعلق قصد جدی به شرط ثابت شود؛ و ثانیاً، شرط به گونه‌ای باشد که هدف اساسی عقد، و یا به عبارت بهتر، ماهیت عقد را نفی کند - همانند: نفی مالکیت مشتری در بیع - و الا نفی برخی آثار، حتی اثر بارز - که لازمه‌ی عرفی مالکیت است - نمی‌تواند این امر را احراز کند.

اما شرط نفی همه آثار، اگر حکماً، به نفی مضمون عقد ملحق شود، می‌تواند احراز کننده‌ی انصراف جدی از ایجاب باشد.

بنابراین، در نتیجه‌گیری کلی، می‌توان گفت: اگر شرط منافی، احراز کننده‌ی انصراف از قصد انجام معامله دانسته شود، در صورت وجود شرایط محرزیت، عقدی محقق نمی‌شود؛ اما اگر شرط منافی، مخل ارکان عقد، تلقی گردد، به جهت لغو بودن شرطی که بر فساد آن، حکم می‌شود، نباید هیچ‌گونه تأثیری در عقد، حتی در ارکان آن، ایجاد کند.

میرزای نائینی، بعد از تحریر محل نزاع و بیان اینکه شروط مخل به ارکان عقد، مبطل عقد است، مقرر می‌دارد: منظور از صحت شرط، اعتبار بخشیدن شارع، بعد از انشاء آن، از جانب منشأ است؛ و فساد شرط، به این معنی است که چیزی محقق نمی‌گردد و معتبر شناخته نمی‌شود و صرفاً مجرد لفظ و لقلقه‌ی لسان است.

حال که معنای فساد شرط، این است که حتی اگر شرط، انشاء گردد، اعتبار پیدا نمی‌کند، بنابراین، چگونه ممکن است در فساد عقد، موثر باشد؟ چون، بدیهی است که مجرد لفظ و انشاء، این صلاحیت را ندارد؛ چون، گاهی این انشاء، منافی مقتضای عقد و مخالف کتاب و سنت است، مگر اینکه گفته شود: مجرد انشاء شرط، انشاء سابق را (عقد) نقض می‌کند لیکن با این سخن اشکال مرتفع نمی‌شود (نائینی، ۲۷۳/۳).

بنابراین، بر طبق این سخن، هر شرط فاسدی لغو است و اثری ندارد تا مفسد باشد، یا موجب اختلال در ارکان عقد یا شرایط عوضین شود.

۲. شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین می‌شود.

شرط مجهول، باطل است؛ خواه جهالت آن به نفس معامله سرایت کند، یا خیر (بجنوردی، ۲۷۹/۳)؛ اما سؤال این است که آیا این شرط، موجب بطلان عقد می‌شود، یا خیر؟ از گفتار فقیهان آشکار است که شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین می‌شود، سبب بطلان عقد می‌گردد (نجفی، ۲۱۶/۲۳، انصاری، ۴۰/۳، خراسانی، ۴۹، بجنوردی، ۲۸۰/۳). زیرا چنین معامله‌ای اگر چه برخی از شرایط عمومی صحت عقد را - همانند: اهلیت، قصد، رضا و اختیار - داراست؛ اما علم به عوضین، که یکی از شرایط اساسی معامله است را ندارد و جهل به عوضین، معامله را غرری می‌کند و معامله‌ی غرری نیز باطل است. اما آنچه باعث اختلاف می‌گردد، این است که آیا شرط مجهول، موجب جهل به عوضین می‌شود، یا خیر؟

برخی بر این عقیده‌اند که جهالت شرط، موجب جهالت بیع می‌شود (علامه‌ی حلی، تذکره الفقهاء، ۴۷۲/۱، مراغی، ۲۸۸/۲، انصاری، ۲۳/۳). این گروه، براساس: «للشرط قسط من الثمن»، معتقدند وجود شرط، موجب بذل ثمن در برابر آن می‌شود، به طوری که اگر چنین شرطی نباشد، این مقدار از ثمن در برابر آن، پرداخت نمی‌شود؛ بنابراین، نمی‌توان غیر مقصود بودن آن را در عقد، ادعاء نمود.

پس، از نظر این گروه، قول موجه، بطلان عقد است؛ چون، شرط، به ضمیمه‌ی یکی از عوضین، مد نظر قرار می‌گیرد. از این جهت، مجهول بودن آن، لامحاله، موجب جهل به عوضین می‌شود؛ مضافاً اینکه اطلاق نبوی مشهور که از بیع غرری نهی می‌فرماید، بطلان عقد متضمن شرط مجهول را اقتضاء دارد (نایینی، ۲۲۷/۳).

اما برخی دیگر از فقیهان، هر شرطی را موجب جهل به عوضین نمی‌دانند و در نتیجه، هر شرط مجهولی را مبطل عقد نمی‌دانند؛ چون شرط، تابع است و مقصود بالاصاله نمی‌باشد (شهید اول، دروس، ۲۱۶/۳).

بر اساس این نظر، شرط مجهول، به اصل بیع سرایت نمی‌کند تا موجب غرری شدن معامله گردد؛ چون غرری شدن معامله، فرع بر آن است که شرط، جزئی از احد العوضین باشد تا از این جهت، جهل به آن، به عوضین سرایت کند و فرض این است که در عالم انشاء، شرط، مقابل عوض قرار نمی‌گیرد تا در صورت جهل، به غرری بودن معامله حکم شود؛ حتی اگر سرایت جهل، به اصل معامله، پذیرفته شود، این امر، کلیت ندارد و تنها، در برخی از موارد، صادق است (طباطبائی یزدی، ۱۳۵/۲).

بر طبق این نظر، شرط مجهول، همیشه موجب جهل به عوضین نمی‌شود؛ برای مثال اگر فروشنده‌ای، ضمن عقد بیع، بر خریداری، انجام عمل غیر معینی را شرط کند، با وجود اینکه عمل مزبور، مجهول است، اما این جهالت، به عوضین سرایت نمی‌کند تا به بطلان بیع، حکم شود.

اما اگر شرط، به گونه‌ای باشد که جهالت در آن، احد العوضین را مجهول نماید، بیع متضمن چنین شرطی، باطل است؛ برای مثال، اگر خریداری بر فروشنده‌ای، بدون ذکر مدت، مؤجل بودن ثمن را شرط بنماید، در این صورت، شرط مجهول، به ثمن نیز سرایت می‌کند و موجب بطلان بیع می‌گردد، به این استدلال که در شرط مزبور، مدت پرداخت ثمن معلوم نیست و براساس سخن مشهور «للاجل قسط من الثمن»، برای مدت، سهمی از ثمن است، جهل به مدت، موجب جهل به ثمن می‌شود و در این صورت، معامله به جهت مجهول بودن یکی از عوضین، غرری می‌شود و مشمول نهی پیامبر از معامله‌ی غرری می‌گردد.

البته، اگر فلسفه‌ی منع پیامبر از معامله‌ی غرری، ضرر وارده بر متضرر باشد، و بتوان در مثال مزبور، از ضرری که در نتیجه‌ی جهالت، بر متضرر وارد می‌شود، به گونه‌ای جلوگیری کرد ممکن است بتوان ضمن حکم بر فساد شرط، به صحت عقد، حکم نمود، بنابراین با اثبات

دو نکته می‌توان بر صحت چنین عقدی حکم کرد:

نکته اول اینکه علت منع از معامله‌ی غرری، ضرر باشد؛ حاله آیا این نکته، ثابت است، یا خیر؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت: در کلام فقیهان، درباره‌ی فلسفه نهی پیامبر (ص) از معامله‌ی غرری، تصریحی به ضرر وجود ندارد، اما آنان در بیان مواردی که مشمول معامله‌ی غرری می‌شود، به مصادیقی اشاره می‌کنند که در آن، ضرر غیر قابل جبرانی وجود دارد؛ مثل: بیع پرندگان در حال پرواز که عادتاً به خانه باز نمی‌گردند (نجفی ۳۷۸/۲۲). در معامله‌ی مزبور، هرچند خریدار، قبل از عقد، مورد معامله را مشاهده می‌کند و هیچ گونه ابهامی در مورد آن ندارد، اما به جهت ضرری که خریدار از عدم دستیابی به کالای خریداری شده، متحمل می‌شود، به بطلان بیع، حکم می‌کنند، در حالی که آنان قائل به جواز بیع پرندگانی هستند که عادتاً به خانه باز می‌گردند (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۴۹/۳).

بنابراین، به نظر می‌رسد آنچه این‌گونه معاملات را، از غرری بودن خارج می‌کند، عدم ورود ضرر بر مشتری است و به مسأله‌ی ظهور اختلاف ناشی از معامله‌ی غرری، ربطی ندارد که برخی آن را ادعا کرده‌اند؛ البته، گاهی معامله‌ی غرری، منشأ اختلاف است، اما نفس اختلاف نیز خود از ضرر وارده، ناشی می‌شود؛ چون هر شخصی برای دفع ضرر از خود، با گفته‌ی طرف مقابل موافق نیست؛ ضمن اینکه عوامل متعددی در معاملات، منشأ اختلاف می‌شود، در حالی که احدی به لزوم رعایت آن در عقد اشاره نکرده است؛ برای نمونه، حضور شاهد در معاملات، از اختلافات زیادی جلوگیری می‌کند، اما با این وجود، احدی از فقیهان، حضور شاهد را شرط نمی‌دانند و برای رفع اختلاف ناشی از عدم حضور شاهد، به اصول موجود در مسأله‌ی مورد اختلاف، مراجعه می‌کنند.

بنابراین، احتمال بروز اختلاف، نمی‌تواند منشأ نهی از معاملات غرری شود.

همچنین، روایتی از حضرت علی (ع) وارد شده است که در آن به صراحت، علت منع معامله‌ی غرری را وجود ضرر می‌داند؛ «ان الغر عمل لا یؤمن معه من الضرر». البته، اگر چه این روایت در هیچ کدام از کتب روایتی یافت نشده است، اما برخی آن را نقل کرده‌اند (نجفی، ۳۸۷/۲۲، انصاری، ۱۷۶/۴).

نکته دوم، اینکه در این گونه موارد، دفع ضرر، ممکن باشد؛ حاله آیا در معاملات مقید به شرط مجهول، راهی برای دفع ضرر وجود دارد یا خیر؟

به نظر می‌رسد، گاهی، دفع ضرر در معامله‌ی مقید به شرط مجهول، قابل تصور است با این تقریر که طرفین معامله، یا به فساد شرط، عالم هستند، و یا جاهل.

اگر طرفین معامله، به فساد شرط، عالم باشند، شرط، اثری ندارد؛ چون قصد جدی به آن تعلق نمی‌گیرد؛ بنابراین، لغو و بی اثر خواهد بود؛ پس، شرطی نیست تا مجهول باشد و ضرری در پی داشته باشد.

اگر طرفین معامله، به فساد شرط، جاهل باشند، با اعطای حق خیار به متضرر، می‌توان ضمن فساد شرط، به صحت عقد، حکم نمود؛ بنابراین، متضرر می‌تواند با استفاده از خیار غبنی که از عدم علم به قیمت واقعی، ناشی است، معامله را فسخ و ضرر را از خود دفع کند.

و در صورت عدم فسخ و عدم بروز اختلاف، به معامله مزبور، با قیمت ثمن‌المثل، ملتزم می‌گردند؛ چون فلسفه‌ی معاملات، دستیابی هر یک از طرفین، به خواسته‌ی مد نظر خویشتن است که در صورت عدم وجود مانع شرعی، به هر طریق می‌توانند به خواسته‌ی خود برسند.

طرف معامله، گاهی مصلحت را در این می‌بیند که معامله را برای دفع ضرر، فسخ کند؛ و گاهی التزام به معامله را با ثمن‌المثل - ثمنی که عرف بلد به آن ملتزم است - مفیدتر می‌بیند.

بنابراین، اگر بتوان به گونه‌ای عمل کرد که معاملات، کمتر در معرض بطلان قرار گیرند، با قواعد عمومی معاملات در اسلام سازگارتر است؛ چون این قواعد، بر پایبندی به معاملات، تاکید دارد.

اما اگر فلسفه‌ی منع از معاملات غرری، صرفاً وجود ضرر نباشد، بی‌شک، معامله‌ی مقید به شرط مجهول، باطل است؛ شرط مجهولی که جهل به عوضین را باعث می‌شود.

نتیجه‌گیری

آنچه از این نوشتار، حاصل گردید، این است که شرط فاسد، تاثیری در عقد ندارد و موجب بطلان آن نمی‌گردد و ادله‌ی صحت عقد، آن را شامل می‌شود؛ چون قصد و رضا، مستقلاً به عقد تعلق می‌گیرد و شرط، تابع است و با فساد تابع، متبوع، باطل نمی‌شود و عدم حصول شرط که مورد تراضی می‌باشد، با عدم رضایت به عقد، ملازمه‌ای ندارد تا موجب ایجاد اختلال در عقد شود.

وانگهی، عدم رضایت به عقدی که شرط آن حاصل نمی‌گردد، می‌تواند با ثبوت خیار جبران شود؛ از این رو معامله، باطل نمی‌گردد.

شروطی همچون: شرط خلاف مقتضای عقد نیز چنانچه همزمان با عقد، متعلق قصد، واقع شود، چون این امر، عقلاً ممتنع است، از محل بحث، خارج می‌شود، اما اگر به ترتیب زمانی ایجاد شود؛ یعنی: بعد از انعقاد عقد، و با ابقای بر قصد عقد، شرطی منافی عقد، ایجاد شود، چون نافی آن شرط، قبلاً واقع شده است، شرط، کان لم یکن تلقی می‌گردد و عقد بر صحت خود باقی می‌ماند.

اما اگر شرط منافی، با رفع ید از قصد قبلی، ایجاد شود، در صورتی که این شرط، احراز کننده‌ی انصراف موجب از ایجاب باشد، جنبه‌ی اثباتی دارد؛ اما اگر شرط، از جنبه‌ی ثبوتی مورد ملاحظه قرار گیرد، چون لغو و بی‌اثر می‌باشد، کان لم یکن فرض می‌شود و عاملی برای ایجاد اختلال در ارکان عقد محسوب نمی‌گردد.

شرط مجهول نیز اگر موجب جهل به عوضین نشود و عقد را به معامله‌ی غرری، تبدیل نکند، موجب بطلان عقد نمی‌شود.

همچنین، اگر فلسفه‌ی منع از معامله‌ی غرری، وجود ضرر باشد، با اثبات خیار، هیچ گونه شرط مجهولی، موجب بطلان عقد نمی‌گردد.

منابع

قرآن کریم.

آخوند خراسانی، محمدکاظم، *حاشیه المکاسب*، سید مهدی شمس‌الدین، وزارت ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۰۶ ق.

آل کاشف الغطاء، علی، *شرح خيارات لعمه*، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، ۱۴۲۲ ق.
 ابن زهره، سید حمزه بن علی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، ابراهیم بهادری، قم، مؤسسة الامام الصادق، قم، ۱۴۱۷ ق.

ابن منظور، محمدبن مکرم، *لسان العرب*، نشر ادب الحوزة، قم، ۱۴۰۵ ق.
 اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه المکاسب*، عباس محمد آل سیب القطیفی، بی‌جا، ۱۴۱۸ ق.
 انصاری، مرتضی، *کتاب المکاسب*، اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۶.

بجنوردی، سیدحسن، *القواعد الفقهیة*، محمد مهدی مهریزی، محمد حسین درایتی، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹ ق.

- حرعاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة*، محمد رازی، دار إحياء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- مراغی، سید میر عبدالفتاح، *العناوین*، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، بی تا.
- حکیم، سید محسن، *مستمک العروة الوثقی*، مكتبة المرعشی النجفی، قم، ١٤٠٤ ق.
- حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرایع*، مؤسسة سید الشهداء، قم، ١٤٠٥ ق.
- خمینی، امام روح الله، *کتاب البیع*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ١٤٢١ ق.
- خوئی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، مكتبة داوری، قم، بی تا.
- همو، *کتاب الإجاره*، لطفی، قم، ١٣٦٥.
- همو، *منهاج الصالحین*، بی نا، قم، ١٤١٠ ق.
- روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق*، دار الکتاب، قم، بی تا.
- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعية*، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، بی تا.
- همو، *اللمعة الدمشقیة*، دارالفکر، قم، ١٤١١ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، سید محمد کلانتر، جامعة النجف، نجف، ١٣٨٧ ق.
- همو، *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، مؤسسة المعارف الإسلامیة، قم، ١٤١٤ ق.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیه بر مکاسب*، اسماعیلیان، قم، ١٤١٧ ق.
- طباطبائی، سید علی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، ١٤١٩ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیة*، سید محمد تقی کشفی، المكتبة المرتضویة لإحياء آثار الجعفریة، تهران، ١٣٨٧.
- همو، *الخلاف*، سید جواد شهرستانی، مهدی طه نجف، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ١٤١٤ ق.
- علامه یحیی، حسن بن یوسف، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، ١٤١٨ ق.
- همو، *تذکرة الفقهاء*، مكتبة المرتضویة لإحياء آثار الجعفریة، بی جا، بی تا.
- همو، *مختلف الشيعة فی أحكام الشریعة*، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، ١٤١٣ ق.
- فاضل آبی، زین الدین ابی علی، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، علی پناه اشتهاودی، حسین یزدی، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، ١٤١٠ ق.

- فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، سید حسین موسوی کرمانی، شیخ علی پناه اشتهااردی، عبدالرحیم بروجردی، قم، ۱۳۸۷ ق.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، *القاموس المحيط*، بی نا، بی جا، بی تا.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، سید صادق شیرازی، انتشارات استقلال، بی جا، بی تا.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مومن، *کفایة الاحکام*، مرتضی واعظی اراکی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، بی تا.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد*، مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث، قم، ۱۴۰۸ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، مجتبی عراقی، علی پناه اشتهااردی، حسین یزدی مؤسسه النشر الإسلامی، قم، بی تا.
- معلوف، لويس، *المنجد*، نشر پرتو، تهران، ۱۳۷۱ ق.
- نایینی، محمدحسین، *منیة الطالب فی شرح المکاسب*، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۴۱۸ ق.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، دارالکتب الإسلامیة، قم، ۱۳۶۵ ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام*، مکتب الاعلام الإسلامی، قم، ۱۴۱۷ ق.
- نوری، حسین، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث، بیروت، ۱۴۰۸ ق.
- نووی، یحیی بن شرف، *المجموع، شرح المهدب*، دارالفکر، بیروت، بی تا.