

فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی / سال دهم / شماره سی و هفت / پاییز ۹۳ / صفحات ۸۵-۱۱۰

بررسی مفسدیت شروط نامشروع در عقد با تأکید بر دیدگاه امام خمینی (ره)^۱

ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی *

محمد رضا حمیدی **

معصومه حمیدی ***

چکیده

شروط نامشروع، به شروطی اطلاق می‌شود که حلالی را حرام و یا حرامی را حلال کنند و یا مقتضای آن در تضاد با یک حکم وضعی ثابت باشد. این شروط، بدون شک فاسد هستند و مشروط علیه نه تنها مکلف به انجام آنها نیست، بلکه اجازه‌ی انجام آنها را هم ندارد. مسأله‌ی مورد اختلاف آنست که آیا شروط نامشروع، مفسد عقد اصلی نیز هستند؟ فقیهانی که شرط نامشروع را مفسد دانسته‌اند، عموماً به فقدان رکن «قصد» و «رضا» و نیز بروز «جهل به عوضین» در صورت فساد شرط استناد کرده‌اند و به ندرت نیز برخی «عدم مقرونیت به شرط نامشروع» را جزء شروط صحت عقد ذکر کرده‌اند. در مقابل، دیگران به این اشکالات مفصلاً پاسخ داده‌اند. از نگاه این دسته از فقیهان، شرط نسبت به عقد اصلی، جنبه‌ی فرعییت داشته و نمی‌تواند در ارکان اصلی عقد ایجاد اختلال نماید. در این نوشتار تلاش شده است، قضاوت صحیحی میان این دو نظریه صورت گیرد. بنا بر دیدگاه امام خمینی (ره)، دلیلی بر اینکه شرط نامشروع فی‌نفسه، مبطل باشد وجود ندارد و دیگر ادله‌ی افساد شرط نامشروع، با توجه به ماهیت حقوقی شرط - التزام در ضمن التزام - قابل قبول نیستند و در فرض قبول نیز همه‌ی شروط نامشروع را در بر نمی‌گیرد. البته شرط ضمن عقد، همراه با یک التزام ضمنی است که مشروط له را در صورت عدم تحقق شرط، دارای اختیار فسخ عقد می‌گرداند یا به صورت شرط نتیجه‌ی ضمنی، معامله را فسخ می‌کند.

کلید واژه‌ها: شرط نامشروع، مفسدیت، صحت عقد، شرط ضمنی.

۱- تاریخ وصول: ۹۲/۲/۲۲ تاریخ پذیرش: ۹۳/۵/۲۵

* استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران Alishahi@mail.yu.ac.ir

** دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران، تهران، ایران

*** دانشجوی کارشناسی ارشد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران

۱- مقدمه

بررسی احکام شروط ضمن عقد از مسائل مهم و مورد اختلاف فقه شیعه است. بیشتر فقیهان در ابواب مربوط به خیار شرط و نیز احکام مربوط به تخلف شرط و نیز قاعده «اصاله الصحه» و «العقود تابعه للقصود»، در مورد شروط ضمن عقد بحث‌ها و استدلالاتی داشته‌اند. از جمله بحث‌های پر دامنه در این ابواب، بحث از مفسدت شرط نامشروع نسبت به عقد است. شاید کمتر مسأله‌ای در فقه شیعه چنین مورد تطور قرار گرفته باشد چرا که اکثریت فقیهان متقدم قایل به عدم افساد شرط مزبور بوده‌اند؛ فقیهانی میانی قایل به مفسدت این شروط شده، و مجدداً فقیهانی معاصر گرایش به پذیرش نظریه‌ی عدم افساد داشته‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ۱۴، ۷۲۸). پیرو نظر اخیر فقیهان شیعه، قانون مدنی ایران نیز مفسدنبودن شرط نامشروع را پذیرفته است. این اختلاف نظر، زمینه‌ی مناسبی برای تحقیق در مبانی نظریه مفسدت شرط فاسد و علت نپذیرفته شدن آنها از سوی دیگر فقیهان است. به ویژه آنکه قایل شدن به هر یک از دو نظر، دارای آثار عملی فراوانی خواهد بود.

۲- مفهوم شرط

۲-۱- شرط در لغت

شرط در لغت به معنای علامت و نشانه (ابن فارس، ۱۳۹۹، ۳، ۲۶۰؛ طریحی، ۱۴۱۶، ۴، ۲۵۷)، آنچه وقوعش منوط به وقوع چیز دیگری باشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۱، ۴۵۰) الزام و التزام در ضمن عقد (ابن منظور، لسان العرب، ۷، ۳۳۰) و مطلق الزام و التزام آمده است (مهیار، ۱۴۱۰، ۵۱۰؛ قریشی، ۱۴۱۲، ۴، ۱۵). ظاهراً معنای اصلی آن همان معنای نخست بوده و سپس در معانی دیگر نیز به کار رفته است (ابن فارس، همان)؛ هر چند برخی گفته‌اند اصل معنای این ریشه، توقّف امری بر امر دیگر بوده و به این اعتبار آن را بر نشانه‌ها و علامات نیز اطلاق کرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۷، ۱۸، ۲۳۷؛ مصطفوی، ۱۴۰۲، ۶، ۳۹).

۲-۲- شرط در اصطلاح

واژه‌ی شرط از نظر اصطلاحی دارای چند معنای مختلف است. از نظر نحوی، جم جمله‌ی شرطی عبارتی است که پس از ادات شرط- نظیر اگر- واقع می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۱، ۱۱). نزد منطقیون قضایای شرطی به گزاره‌هایی اطلاق می‌شود که در آن به وجود یا عدم وجود نسبتی بین دو یا چند قضیه

حکم شده باشد؛ یعنی تعلیق مفاد یک قضیه بر قضیه‌ی دیگر. قضایای شرطیه دارای انواع زیادی است که در کتب منطقی مورد بررسی قرار گرفته‌اند (غروی‌ان، ۱۳۸۱، ۶۸؛ مطهری، بی‌تا، ۵، ۶۹). در اصول فقه و قواعد فقهی مراد از شرط آن چیزی است که از عدم آن می‌توان پی به عدم امر دیگر (مشروط) برد اما از وجودش وجود مشروط لازم نمی‌آید. نظیر شرطیت طهارت برای صحت نماز که بدون آن نماز صحیح نیست اما وجود آن لزوماً به معنای صحت نماز قلمداد نمی‌شود (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۲۸؛ تبریزی، بی‌تا، ۵۶۷). در اصطلاح علم حقوق، شرط دارای دو معناست؛ نخست امری که وقوع یا تأثیر عمل حقوقی متوقف بر آنست و دوم آنچه که عقد متضمن آن است (علامه، ۱۳۸۷، ۱۴). مورد نخست می‌تواند بر حسب قرارداد و تراضی طرفین عقد واقع شود به نحوی که منشا یا انشاء عقد - نفس التزام - بر آن معلق شده باشد؛ نظیر بیع معلق. یا آنکه غیر قراردادی و به موجب حکم وضعی بوده، نظیر شرطیت اهلیت طرفین برای صحت عقود (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۱، ۱۴). مورد دوم نیز می‌تواند بر حسب تراضی طرفین یا به موجب طبیعت عقد حاصل شود؛ نظیر شروط ضمن عقد و شروط تبانی. شروط ضمن عقد الزاماتی است که نسبت به تعهد اصلی، استقلال نسبی داشته و در عین حال رابطه‌ی آن با عقد رابطه‌ی اصل و فرع است (علامه، ۱۳۸۷، ۱۴ و ۲۵). شرط تبانی (بنایی) به شرطی اطلاق می‌شود که مبنیاً علیه است و عقد بر اساس آن واقع شده اما بدان تصریح نگردیده است، نظیر نقد بودن ثمن در عقد بیع (نائینی، ۱۳۷۳، ۲، ۱۳۴؛ زنجانی، ۱۴۱۹، ۱۸، ۵۹۲۶).

در متون فقهی شرط عموماً به دو معنا بکار رفته است: الف) آنچه که وقوع عقد یا ایقاع، معلق بر آن باشد که در این صورت عقد مذکور تعلیقی و به اجماع امامیه باطل خواهد بود. ب) آنچه عقد یا ایقاع واقع شده، مقید بر آن شود که این نوع شرط به صورت الزام و التزام ضمن عقد تحقق پیدا می‌کند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۱، ۶۲). در این نوشتار مقصود از شرط، همین گونه شروط است؛ یعنی الزام و التزام‌هایی که در ضمن عقد میان متعاقبین صورت می‌پذیرد و قوام این شروط به قوام عقد مذکور است نه آنکه وقوع عقد معلق بر وجود آن شرط شده باشد. در مشروعیت قرار دادن الزام و التزام در ضمن عقد تردیدی نیست و روایات فراوان و تقریر معصومین (علیهم‌السلام) و نیز سیره‌ی مسلمین، مؤید این مسأله است (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۳، ۱۹۹). در مقام تعریف، برخی از فقیهان، ماهیت شرط را الزام و التزام ضمن عقد می‌دانند و برای این سخن خود قراینی را از کلام لغت دانان ذکر کرده‌اند (خوانساری، بی‌تا، ۳، ۲۰۱). برخی دیگر شرط را مطلق الزام و التزام دانسته و قید ضمن عقد بودن را معتبر ندانسته‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ۸،

۳۸۳). این اختلاف نظر، در مسائلی مانند شروط تبانی و نیز شروط ابتدایی دارای اثر است، اما در مسأله‌ی مفسدیت شروط فاسد، اثر عملی بر آن حمل نمی‌شود؛ چرا که در این مسأله بحث از الزاماتی است که در ضمن عقد واقع شده‌اند و طبق هر دو تعریف، عنوان شرط بر این الزامات صادق است.

۳- اقسام شروط ضمن عقد.

شروط ضمن عقد را می‌توان به موارد زیر دسته‌بندی کرد:

الف) شرط فعل: یعنی شرطی که انجام یا عدم انجام فعلی توسط طرفین معامله یا شخص ثالثی مورد التزام قرار گیرد، مثل شرط اینکه بایع کاری برای مشتری انجام دهد. ب) شرط صفت که عبارت است از آنکه وجود یا عدم وجود ویژگی‌ای در ثمن یا مبیع یا متبایعان شرط شود. ج) شرط نتیجه که عبارت است از آنکه انجام گرفتن واقعه‌ای حقوقی در خارج شرط شود به گونه‌ای که به محض انشاء عقد، آن واقعه محقق گردد (قاسم زاده، حقوق مدنی اصول قراردادها، ۱۳۸).^۱

شروط ضمن عقد از جهت آثارشان به دو دسته تقسیم می‌شوند: شرط صحیح، شرط فاسد (طاهری، بی‌تا، ۳، ۲۱۹). شرط فاسد، شرطی است که فاقد دست‌کم یکی از شروط نه گانه‌ی صحت باشد (بجنوردی، ۱۴۰۱، ۲، ۴۱۱).^۲ لذا مشروط علیه نه تنها ملزم به انجام دادن آن نیست بلکه اگر وجه فساد شرط، مخالفت آن با کتاب و سنت باشد، حق چنین کاری را نیز ندارد (منتظری، بی‌تا، ۲، ۲۸۱). بدیهی است که در این حال، مشروط‌له حق فسخ عقد را خواهد داشت (علامه، ۱۳۸۷، ۱۳۲۰). به شرط فاسدی که با اختلال در یکی از شرایط صحت عقد، تحقق آن عقد جلوگیری می‌کند شرط مفسد گفته می‌شود. به بیان دیگر، شرط مفسد اصلاً نمی‌گذارد عقد شکل بگیرد، بنابراین حتی با فرض اینکه مشروط له، این شرط را ساقط نماید، خواه رضایت جدیدی به این موضوع بین طرفین صورت بگیرد یا نه، عقد نخست فاسد خواهد بود (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴، ۲۱۵). شرطی که فاسد نباشد، شرط صحیح نامیده می‌شود و بسته به ماهیت خود، دارای اثر خواهد بود. این اثر در شرط فعل به صورت وجوب انجام شرط بر مشروط علیه است، در شرط نتیجه نیز محقق شدن آنچه که مورد شرط قرار گرفته اثر شرط صحیح خواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳، ۵۰۸؛

۱- در کتب فقهی، این شروط به شکل مجزا کمتر مورد تعریف قرار گرفته‌اند و باید از میان کلام فقیهان معیارهای آنها را بیرون کشید (نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲: ۱۲۶؛ امام خمینی، کتاب البیع، ۵: ۳۷۱، ۳۱۳ و ۳۱۶).

۲- یعنی ۱- جایز باشد. ۲- مقدور باشد. ۳- غرض عقلایی داشته باشد. ۴- مخالف کتاب و سنت نباشد. ۵- منافی مقتضای عقد نباشد. ۶- مجهول نباشد. ۷- مستلزم امر محال نباشد. ۸- در متن عقد ملزم به آن شده باشد. ۹- منجز باشد. نک: (انصاری، المکاسب، ۶، ۵۷-۱۵)

نراقی، ۱۴۱۷، ۱۳۷؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲، ۴۳). همچنین اثر صحت شرط صفت، ایجاد حق فسخ برای مشروط له در صورت فقدان آن صفت است (شهید اول، ۱۴۱۰، ۱۱۹).

۴- تبیین رابطه‌ی شرط و عقد

یکی از مسایل مهم و تأثیرگذار در مبحث شروط، تبیین رابطه‌ی شرط ضمن عقد و عقد اصلی است. بدین معنا که شرط ضمن عقد چه نسبتی با عقد اصلی داشته و به تبع آن آیا عناوین عارض بر عقد و شرط (مانند جواز، غرر، فساد و...) به یکدیگر سرایت می‌کند یا نه؟

فقیهان شرط ضمن عقد را، فرع عقد می‌دانند. بدین معنا که شرط در لزوم و جواز، صحت و فساد، استقرار و تزلزل و... از عقد اصلی پیروی می‌کند (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۳۶). از همین روست که شروط ضمن عقد جایز، از عموم ادله وجوب و فایده به شرط خارج شده است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳، ۲۸۵). همچنین تردیدی نیست که اگر عقد به هر دلیل باطل شود، شرط ضمن آن نیز باطل خواهد بود (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۳۸) اما درباره نحوه‌ی فرعیت شرط نسبت به عقد اصلی، اختلاف نظر زیادی وجود دارد و این اختلاف نظرها یکی از مبانی قائل شدن به مفسدت شرط نامشروع یا قول به عدم افساد است. از این رو لازم است به بررسی وجوه فرعیت شرط نسبت به عقد پرداخته شود.

۴-۱- استقلال نسبی شرط

دسته‌ای از فقیهان، برای شرط استقلال نسبی قائلند؛ یعنی نهاد شرط - اگرچه درون عقد دیگری قرار گرفته باشد - دارای استقلال است و تحت عنوان «تعدد مطلوب» قرار می‌گیرد. به بیان دیگر، یکی از اغراض و خواست‌های متعاملین، وقوع معامله اصلی بوده است. حال اگر شرطی در این معامله مورد توافق قرار گرفته باشد، این شرط نیز مطلوب طرفین بوده و از این حیث دارای استقلال از عقد اصلی است. بر طبق این نظر، مطلوبیت موجود در معامله به جمیع آثار معامله (اصلی و تبعی) تعلق گرفته است نه به مجموع آنها. حال اگر ایراد شود که گاه در عقود، شرط صفت یا فعل به گونه‌ای است که متعاملین بدون آن شروط به هیچ عنوان به معامله‌ی اصلی راضی نمی‌شوند، در پاسخ گفته می‌شود که معیار در معاملات، اغراض نوعی است نه اغراض شخصی. و از آنجا که شرط نوعاً به صورت تبعی و مطلوب مستقل مورد لحاظ قرار می‌گیرد، در همه‌ی معاملات دارای نقش تبعی و استقلال نسبی است (مکارم شیرازی، بی‌تا، ۲،

(۳۸۱). در رد نظر استقلال نسبی شرط، گفته شده است که دلیلی بر این نظر در دست نیست و حتی نمی‌توان گفت که شرط نوعاً دلالت بر تعدد مطلوب دارد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴، ۲۰۸). افزون بر این، اصل در قیود و شروط احترازی بودن آنهاست و معامله‌ای که مشروط به یک شرط یا قید شده است، بدون آن قید مطلوبیت خود را ندارد؛ چه رسد به آنکه خود شرط هم دارای مطلوبیت مستقل فرض شود. هم‌چنین حتی اگر در نظر متعالمین، شرط دارای مطلوبیت مستقل باشد مادام که چنین چیزی در مقام انشاء بیان نشود، دارای فایده و اثر نخواهد بود (همان، ۲۰۹). بنابراین، معاملاتی که در آنها شرط دارای اثر مستقیم بر رضای طرفین است، در فرض فساد شرط فاقد رکن مطلوبیت‌اند.

۲-۴- شرط به منزله‌ی قسمتی از ثمن یا مئمن

بسیاری از فقیهان، شرط ضمن عقد را قسمتی از ثمن یا مئمن در نظر گرفته‌اند؛ بر همین اساس، فرعیات شرط نسبت به عقد اصلی به این معناست که شرط تحت تأثیر عناوین مؤثر بر عقد اصلی (نظیر فساد، صحت، لزوم و...) خواهد بود. اما در عمل، شرط قسمتی از ارکان معامله، یعنی ثمن یا مئمن است و به همین دلیل با فساد شرط، عقد اصلی دچار غرر خواهد شد؛ چرا که قسمتی از ثمن یا مئمن که مالیت آن معلوم نیست از بین رفته است. فقیهان، جزئیات شرط نسبت به عوضین را معمولاً با عبارت «أن للشرط قسطاً من الثمن فإذا بطل یجهل الثمن» بیان کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳، ۵۰۵)؛ در عبارتی دیگر علامه می‌فرماید: «شرط قسمتی از ثمن را داراست و به اعتبار شرط، ثمن کم و زیاد می‌شود و هنگامی که شرط باطل شود، آن مقدار از ثمن که به ازای آن بوده باطل می‌شود و مقدار آن نامعلوم است» (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۵، ۲۹۸).

در نظر این دسته از فقیهان، شرط به منزله‌ی جزء العوضین است. دلیل این سخن آنست که در برابر عوض، معوض قرار می‌گیرد، حال وقتی کسی چیزی را مثلاً به شرط دوخت یک لباس و به قیمت معینی به دیگری می‌فروشد، آنچه در برابر مئمن قرار گرفته شرط خیاطت و مقدار ثمن معین شده است، بنابراین شرط قسمتی از ثمن است (طوسی، ۱۳۸۷، ۲، ۱۴۹؛ نراقی، ۱۴۱۷، ۱۳۵).

پاسخی که مخالفان این نظریه داده‌اند آنست که باید بین ثمن و آنچه که موجب کم و زیاد شدن ثمن می‌شود تفاوت قائل بود. اگرچه شروط ضمن عقد ثمن را کم و زیاد می‌کنند اما به منزله‌ی ثمن نیستند و عرفاً ثمن به شرط اطلاق نمی‌شود، بلکه حقیقتاً در معامله‌ی مقرون به شرط، تنها ثمن و مئمن

روبروی هم قرار می‌گیرند و شرط تنها ثم را کاهش یا افزایش می‌دهد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴، ۲۰۳). قائل شدن به نظریه‌ی جزئیت شرط، توابعی غیر قابل پذیرش دارد؛ مثلاً اگر بایع چیزی را به شرط صفت به مشتری بفروشد و خلاف آن ثابت شود، می‌تواند معامله را به هم بزند. در حالی که اگر شرط جزء الثمن باشد، برای بایع حق ارش باقی می‌ماند، در حالی که در این مورد حق ارش وجود ندارد (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۰، ۲۵۶؛ شهید اول، ۱۴۱۰، ۱۲۰). هم‌چنین اگر شرط جزء عوضین باشد، بحث وجوب یا عدم وجوب عمل به شرط موضوعیت ندارد زیرا زیر مجموعه‌ی بحث پرداخت ثمن واقع می‌شود. برخی از فقیهانی که به جزئیت ثمن نسبت به شرط استناد کرده‌اند، در موارد دیگر در این سخن تردید کرده‌اند. مثلاً شهید ثانی، از طرفداران این نظر،^۱ در بحث بیع سلم اذعان دارد که صفات و شروط مبیع، در کم و زیاد شدن ثمن تأثیر دارند نه آنکه خود جزء عوضین باشند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳، ۴۰۳). در ادامه همین بحث، ایشان با استناد به قاعده «للاجل قسط من الثمن» ابتدا حکم به فساد کل بیع سلم در فرض تأجیل قسمتی از ثمن داده و سپس این حکم را با بیان اینکه ثمن فی الجملة معلوم است رد کرده‌اند (همان، ۴۱۷). با این حال ایشان در بحث شرط فاسد، به معلوم بودن اجمالی ثمن اشاره نکرده‌است در حالی که تفاوتی میان این دو نیست؛ در نتیجه این نظر - حتی در فرض صحت - دلیل قابل قبولی برای فساد عقد نخواهد بود.

۴-۳- شرط به منزله التزام ضمن التزام

نظریه سوم درباره‌ی ماهیت شرط ضمن عقد، نظریه «التزام ضمن التزام» است در این نظر، شرط نه به عنوان تعدد مطلوب در نظر گرفته شده که عملاً نسبت به عقد دارای استقلال باشد و نه به عنوان جزء العوضین که وارد در ارکان عقد شود. در این دیدگاه، شرط، نوعی التزام است که ارتباطی تنگاتنگ با عقد دارد؛ یعنی اگر شرط، فاسد یا غیر ممکن یا به هر نحوی باطل شد، لزوم عقد اصلی دچار تزلزل شده و تبدیل به عقدی جایز خواهد شد. به بیان دیگر شرط در ضمن عقد با عقد اصلی ارتباطی دارد و در عرف، شرط با لزوم معامله مرتبط است؛ یعنی هرگاه گفته شود این کتاب را به تو فروختم به شرط اینکه کالایی را به من عاریه دهی، معنای این شرط آنست که اگر کالای مذکور عاریه داده نشد، بایع، حق به هم زدن معامله را خواهد داشت و فایده‌ی قرار دادن شرط در ضمن عقد، ایجاد خیار برای مشروط له در فرض

۱- «اگر در عقد امر نامشروعی شرط شود، آن شرط باطل است و عقد را نیز باطل می‌کند، چرا که شرط قسطی از ثمن است (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۵، ۵۰۵).

تخلف شرط است (شهید اول، ۱۴۱۰، خوانساری، بی‌تا، ۴۹۴؛ امام خمینی، ۱۴۲۱، ۵، ۲۲۶ و ۲۲۷؛ خویی، ۱۴۱۴، ۱، ۳۱۹). این نکته که شرط قید لزوم معامله است، کلید حل مبحث مفسدیت شرط نامشروع است و رابطه‌ی شرط و عقد نه «این همانی» است و نه اینکه این دو کاملاً از هم مستقل باشند؛ بلکه شرط متعلق عقد و مرتبط با آن است، به گونه‌ای که قید لزوم عقد به شمار می‌آید (کاشف الغطاء، تحریر المجله، ۱، ۴۷). به عبارت دیگر، اگر شرطی (چه صحیح و چه فاسد) در عقد لازمی ذکر گردد، رضایت به لزوم عقد منوط به تحقق آن است. بنابراین اگر آن شرط معذور شد یا به دلیل غیر شرعی بودن از قابلیت وفا ساقط گردید، مشروط له می‌تواند عقد را فسخ نماید (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴، ۲۰۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۸، ۳۷۰). طبق این دیدگاه، قرار دادن شرط در ضمن عقد، اثر «خیار شرط» یا «خیار تخلف وصف» را خواهد داشت. با این تفاوت که در خیار شرط، مشروط له مطلقاً می‌تواند معامله را فسخ کند اما در این مورد حق فسخ عقد منوط به محقق نشدن شرط ضمن عقد است (خوانساری، بی‌تا، ۵۰۳) در واقع لزوم عقد در اینجا مانند حق مشروط له در بیع استیماری است. همانگونه که در بیع استیماری مشروط له لزوم عقد را مقید به رضایت طرف مشورت می‌نماید، در این مورد نیز لزوم عقد، مقید به متحقق شدن شرط است (انصاری، ۱۴۱۵، ۵، ۱۲۶).

۴-۴- نظر برگزیده

نظریه‌ی اول که رابطه عقد و شرط را به صورت «تعدد مطلوب» بیان می‌کند دارای ایرادات اساسی است؛ زیرا اولاً دلیلی بر آن ارائه نشده و عرفاً نیز از شرط، متعدد بودن مطلوب برداشت نمی‌شود. مثلاً اگر کسی خانه‌ای را به شرط داشتن مجوز ساخت طبقه‌ی دوم بخرد، نمی‌توان گفت که خانه مطلوب اول او و خانه‌ی مشروط به داشتن مجوز ساخت مطلوب دوم او بوده است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴، ۲۰۸) و ظاهراً برای توجیه صحت معامله‌ی مقرون به شرط فاسد، به چنین مسائلی بی‌پایه‌ای، روی آورده شده است و قائل شدن به تعدد مطلوب عملاً موجب بروز جهل در معامله می‌شود که مانند بیع با دو ثمن در دو فرض است که باطل می‌باشد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۵، ۳۶۳ و ۳۶۴). نظر دوم که شرط را جزئی از عوضین دانسته نیز دارای اشکال است؛ چرا که شروط عرفاً و شرعاً ثمن به حساب نمی‌آیند و همانگونه که گفته شد حتی خود قائلان به این نظر نیز آثار قائل شدن به آن را در سایر مباحث نپذیرفته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ۶، ۹۳). به عنوان نمونه اگر شرط را جزء الثمن بدانیم لازم است که مشروط له قبل از انجام گرفتن شرط، حق حبس مبیع را داشته

باشد و در صورتی که شرط نامشروع باشد، آثار خیار تبعض صفقه بر عقد اصلی بار شود (چرا که معامله به نسبت ثمن نقدی صحیح است و به نسبت ثمن شرطی باطل). به نظر می‌رسد دیدگاه سوم که شرط را «التزام در ضمن التزام» می‌داند، هم عرفاً و هم نوعاً پذیرفتنی‌تر است و این تبیین با معنای لغوی شرط نیز ارتباط کامل دارد (خمینی، ۱۴۱۸، ۲، ۶). فایده‌ی قرار دادن شرط بر طبق این مبنا آنست که در صورت تحقق نیافتن شرط، حتی اگر شرط جزئی از عوضین باشد، عقد اصلی به عقد جایز تبدیل می‌شود و مشروط له حق فسخ آن را خواهد داشت (شهید اول، ۱۴۱۷، ۳، ۲۱۷).^۱ به عبارت دیگر، وضعیت معامله در این فرض مانند «بیع الخيار» است که در آن بایع شرط می‌کند اگر در مدت معینی ثمن را به مشتری بازگرداند، معامله فسخ می‌شود و مشروعیت چنین معامله‌ای مورد اجماع است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳، ۲۰۲؛ امام خمینی، ۱۴۲۱، ۴، ۳۰۲).

۵- مفسدت شروط نامشروع

۵-۱- شرط نامشروع و ملاک آن

یکی از مهمترین شروط فاسد، شرط نامشروع است که در فاسد بودن آن هیچ اختلافی نیست و حتی مشروط علیه حق انجام دادن آن را هم ندارد (نابینی، ۱۳۷۳، ۲، ۱۴۴). ظاهراً عنوان شرط مخالف با کتاب و سنت، از روایاتی که بر فساد چنین شرط‌هایی دلالت دارند، گرفته شده است: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ فَلَا يَجُوزُ» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۸، ۱۶)؛ مسلمانان پایبند شروطشان هستند، مگر شرطی که مخالف کتاب خداوند عزوجل باشد که در این صورت جایز نخواهد بود. در روایت دیگری وارد شده است: «إِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطاً حَرَمَ حَلَالاً، أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً» (طوسی، بی‌تا، ۷، ۴۶۷)؛ مسلمانان پایبند شروطشان هستند مگر شرطی که حلالی را حرام یا حرامی را حلال نماید.

اما درباره‌ی شروط نامشروع، دو مسئله اختلافی است: نخست تعریف شرط نامشروع و دوم بیان مفسد بودن یا عدم افساد آن نسبت به عقد. اختلاف نظر در مفهوم شرط مخالف کتاب و سنت، به مصادیق نیز کشیده شده و مثلاً برخی شرط عدم ازدواج مجدد زوج را نامشروع و برخی دیگر چنین شرطی را صحیح دانسته‌اند (آقشهیدی، «شرط عدم ازدواج مجدد زوج»، شماره ۴، ۱۰). یکی از دلایل این اختلاف نظرها،

۱- اگر در بیع شرط شود که مبیع (حیوان) باردار باشد، بیع صحیح است و اگر معلوم شد که باردار نیست، معامله فسخ می‌شود (نه باطل) هر چند حمل را جزء مبیع بدانیم.

اختلاف لحن روایات دال بر فساد شرط نامشروع است، در این روایات گاه موافقت با کتاب خدا و گاه عدم مخالفت با کتاب به عنوان ملاک صحت شرط بیان شده است (حر عاملی، بی‌تا، ۱۸، ۱۶). اگرچه تفاوت این دو نظر زیاد است و دایره‌ی شروط غیر مخالف بسیار گسترده‌تر از دایره شروط موافق با کتاب می‌نماید، اما برخی کوشیده‌اند این دو نظر را به یک نظر برگردانند. بدین معنا که اگر شرطی مخالف کتاب نباشد تحت عموم و اطلاقات ادله صحت و وجوب به شرط قرار گرفته در نتیجه می‌توان آنها را موافق با کتاب به شمار آورد (انصاری، بی‌تا، ۶، ۲۵).

امام خمینی (ره) نیز پس از یک بحث مفصل، همین نظر را پذیرفته و نظر مخالف را مستدلاً رد کرده است (امام خمینی، بی‌تا، ۵، ۲۴۲). فقیهان متقدم نیز، عدم مخالفت شرط با کتاب خدا را معیار صحت شرط دانسته و شروط غیر مخالف با کتاب و سنت را واجب الوفا دانسته‌اند (ابن ادریس، بی‌تا، ۲، ۳۳۴). برخی نیز صراحتاً معیار مشروعیت شرط را قید «عدم مخالفت» با کتاب ذکر کرده‌اند (محقق حلی، بی‌تا، ۲، ۲۸؛ علامه حلی، بی‌تا، ۱۰، ۲۵۰؛ شبیری، مقایسه شرط نامشروع و شرط خلاف مقتضای عقد، شماره ۴، ۱۶۹). به علاوه اگر در صحت شروط، موافقت با کتاب خدا شرط دانسته شود (نه عدم مخالفت) عملاً شرط بی‌فایده خواهد شد؛ مانند آنکه زوج ضمن عقد نکاح شرط کند اجازه گرفتن زن دوم را داشته باشد (طوسی، بی‌تا، ۴، ۳۰۴؛ بجنوردی، بی‌تا، ۳، ۲۶۳).

برای شناخت شروط مخالف با کتاب و سنت، معیارهای زیادی ارائه شده که در واقع، توضیح قید «مخالفت با کتاب» هستند (نراقی، بی‌تا، ۲، ۱۰۰). یکی از معیارهای مشهور، آنست که حرامی را حلال و یا حلالی را حرام نماید (نجفی، بی‌تا، ۲۳، ۲۰۱). ظاهراً دلیل این سخن آنست که در برخی روایات، ملاک صحت شروط، «عدم مخالفت با کتاب» و در برخی روایات دیگر «عدم تحلیل حرام و عدم تحریم حلال» به عنوان ملاک صحت شرط ذکر شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۸، ۱۶).

لذا می‌توان این دو قید را به یک معنا دانست. هم‌چنین شروطی که مربوط به ایجاد یا رفع امور وضعیاتی باشد که دلیلی بر امکان ایجاد یا رفع آن توسط شرط و نذر و... وجود نداشته باشد، مانند شرط عدم ارث بری وارث و... مخالف با کتاب به حساب آمده‌اند، چنین شروطی به اجماع فقیهان باطل است.^۱

۱- احکام وضعی یا به گونه‌ای هستند که با اشتراط و نظایر آن قابل ایجاد و رفعند (مانند مالکیت) یا ایجاد و رفع آنها نیاز به اسباب خاص دارند (نظیر زوجیت) و یا مربوط به امور تکوینی می‌باشند (مانند صحت و فساد). از این سه دسته تنها دسته‌ی اول قابلیت قرار گرفتن به عنوان شرط نتیجه را داراست. نک (نائینی، بی‌تا، ۲، ۱۰۴ و ۱۰۵)

بنابراین فردی نمی‌تواند ضمن انعقاد عقد بر دیگری شرط کند که شراب بنوشد (تحلیل حرام) یا آنکه نماز نخواند (تحریم حلال) یا با محارم خود نامحرم باشد (تغییر حکم وضعی ثابت) و... بر این مبنا شروطی که در نامشروع بودن آنها از دید هیچ یک از فقیهان تردیدی نیست عبارت‌اند از:

الف) شرط فعلی که به صورت ترک واجب یا انجام حرام باشد، مانند اینکه در بیع شرط شود با بیع شراب بنوشد یا مشتری نماز نخواند.

ب) شرط صفتی که مستلزم امر حرام باشد مثلاً شرط شود که ثمن معامله از مال دزدی باشد.

ج) شرط نتیجه‌ای که مقتضایش، ایجاد یا رفع اموری باشد که شرعاً غیر ممکن یا منوط به شرایط خاص است، باشد، مثلاً شرط شود که وارث ارث نبرد و یا آنکه زوجه (بدون اجرای صیغه طلاق)، مطلقه گردد.

د) شرط نتیجه‌ای که به موجب آن، حکمی تکلیفی تغییر ماهیت دهد؛ مثلاً شرط شود خوردن شراب بر مشروط له واجب باشد.

مهم‌ترین شرطی که در نامشروع بودن یا نبودن آن تردید شده، شرطی است که به موجب آن یکی از طرفین تعهد به عدم استفاده از حق خود برای همیشه بدهد. مثل شرط عدم ازدواج مجدد مرد و یا طلاق ندادن همسر. شیخ انصاری این شکل از شروط را چنین تبیین کرده است که خود ملتزم - مثلاً ازدواج نکردن - حرام نیست اما التزام به آن حرام است برخلاف موردی که خود ملتزم حرام است و در فساد آن تردیدی نیست مانند شرط شرب خمر (انصاری، ۱۴۱۵، ۶، ۲۶).

امام خمینی (ره) تفکیک شیخ را نپذیرفته و آن را موجب فساد بیشتر شرط‌های ضمن عقد دانسته است و از نظر ایشان اگر ملتزم حرام نباشد، التزام به ترک یا انجام آن نمی‌تواند حرام باشد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۵، ۲۵۱)؛ برخی روایات که دلالت بر صحت شرط نمودن عدم ازدواج مجدد دارند، موید این دیدگاه هستند (طوسی، ۱۳۹۰، ۳، ۲۳۲). اگر مقصود شیخ و دیگر قائلین به این نظر از تفکیک یاد شده آن باشد که در فرض مذکور حکم اباحه، تغییر ماهیت می‌دهد و به حرمت تبدیل می‌شود (اباحه ازدواج مجدد به حرمت تبدیل شده است) و از این روی چنین شرطی فاسد است، بازگشت این حرف به همان قسم چهارم شروط فاسد خواهد بود؛ یعنی نمی‌توان به وسیله شرط، ماهیت احکام تکلیفی را تغییر داد و این مسأله مورد اجماع تمام فقیهان است. البته در اینجا نزاع صغروی وجود دارد که آیا شرط ترک یک کار مباح برای همیشه، تغییر حکم تکلیفی به حساب می‌آید یا نه؟ از نظر برخی، چنین شرطی با توجه به نتیجه‌ی آن تحریم حلال

خواهد بود (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳، ۲۶۴). از ظاهر عبارت فقیهانی که شرط عدم ازدواج مجدد را فاسد دانسته‌اند، همین وجه استنباط می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ۴، ۳۰۴). اما روایت صحیح بر صحت چنین شرطی دلالت دارد و به علاوه اصولاً قرار دادن چنین شرطی به معنای حرام ابدی شدن انجام مشروط نیست چراکه اگر عقد اصلی به هر دلیل از جمله طلاق و یا مرگ یکی از زوجین از بین برود، شروط ضمن آن نیز از بین می‌رود. بنابراین قوام شرط مذکور تا زمان قوام عقد اصلی است. از این روی چنین شرطی لزوماً نتیجه‌ی تغییر حکم تکلیفی را نخواهد داشت. علاوه بر این، در ایقاعاتی نظیر عهد، قسم و نذر نیز گاه یک امر مباح برای فرد تا آخر عمر حرام یا واجب می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۴۲، ۳) و چنین چیزی نامشروع به حساب نمی‌آید.

نکته‌ی قابل توجه آنکه شهید اول پس از بیان روایتی که بر صحت چنین نذری دلالت دارد از عبارت «و فیه دقیقه» استفاده کرده است و شاید آن نکته‌ی ظریف، «جواز تبدیل اباحه به حرمت» به واسطه نذر و مانند آن باشد^۱ (شهید اول، ۱۴۱۷، ۲، ۱۵۰) البته این سخن به آن معنا نیست که می‌توان به واسطه شرط، امر مباحی را در نفس الامر تبدیل به حرام کرد بلکه با تعهد به عدم انجام دادن آن امر مباح، ارتکاب آن برای شخص متعهد حرام خواهد بود. امام خمینی معتقد است در چنین مواردی اصلاً تغییر حکم رخ نداده، بلکه عنوانی ثانوی (وجوب یا حرمت) بر عنوان اولیه (اباحه) طاری شده است (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۵، ۲۵۸). بنابراین شروط یاد شده منافاتی با کتاب و سنت ندارند بلکه به منزله‌ی اسقاط حق است و عمومات ادله‌ی جواز اسقاط حق و نیز عمومات ادله‌ی وجوب عمل به شرط، مشروعیت چنین شرطی را اثبات می‌نمایند (محقق خوانساری، ۱۴۰۵، ۳، ۲۱۱).

۵-۲- تحریر محل نزاع در بحث مفسدیت شرط فاسد

«شرایط صحت عقد»، اموری هستند که اگر عقد فاقد آنها باشد، باطل است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲، ۲۳۳). این شروط از نصوص شرعی استخراج شده‌اند و احکام و مسائل زیادی بر آنها مترتب می‌شود. به عنوان مثال از حدیث «نهی رسول الله (ص) عن بیع الغرر» (مغربی، ۱۳۸۵، ۲، ۲۱)، حکم بطلان معاملات

۱- عبارت شهید اول چنین است: «در مورد جواز قرار دادن امر مباح به عنوان جزا در نذر، روایت شده است که امام (ع) به کسی که نذر کرده بود کنیز خود را نفروشد فرمود: به نذر خود وفا کن. و در این روایت نکته ظریفی وجود دارد». به موجب این روایت فروش کنیز که ابتداً برای بایع حلال و مباح بوده است به واسطه نذر حرام می‌شود.

غرری استخراج شده و لذا گفته شده است که علم یکی از شروط صحت معامله و غرر یکی از موجبات فساد معامله است (طوسی، ۱۴۰۷، ۳، ۵۵). حال اگر در مفسدت عنوان خاصی (مانند نامشروع بودن) تردید شد باید دید که آیا نقیض آن جزء شرایط صحت عقد به شمار می‌آید یا نه؟ علیرغم آنکه بسیاری از فقیهان این بحث را مفصلاً بیان کرده‌اند، اما اندکی از آنان موفق به ترسیم محل دقیق نزاع در این مسأله شده‌اند؛ به گونه‌ای که ادله‌ی مورد استناد آنان، درباره‌ی همه‌ی شروط فاسد (شرط غیر ممکن، شرط غیر عقلائی و ...) قابل طرح است در حالی که حکم شروط نامشروع، به دلایلی که گفته خواهد شد، لزوماً مشابه با حکم سایر شروط فاسد نیست. در واقع پرسش اصلی در بحث مفسدت شروط فاسد آنست که آیا «عدم مقرونیت به شرط نامشروع» بنفسه جزء شرایط صحت عقد است تا در نتیجه‌ی آن، عقد مقرون به شرط نامشروع فاسد باشد یا چنین نیست.

در صورتی که پاسخ به سؤال فوق منفی باشد، آنگاه باید بررسی نمود که آیا وجود شرط نامشروع می‌تواند همواره یا در برخی حالات، سایر شروط صحت عقد را دچار اختلال نماید یا خیر؟ لذا در بحث حاضر لازم است ابتدا تحقیق شود که آیا عنوان «عدم مقرونیت به شرط نامشروع» جزء شرایط صحت عقد به شمار می‌آید یا خیر؟ در صورت منفی بودن پاسخ می‌بایست مشخص گردد که آیا وجود شرط نامشروع در معاملات می‌تواند شروط صحت عقد را دچار اختلال نماید یا خیر؛ آیا این اختلال مربوط به همه‌ی عقود است یا برخی عقود. مثلاً اگر شرط نامشروع را از آن حیث که منجر به جهل به عوضین و بروز غرر می‌شود مفسد بدانیم، می‌توان میان عقود مبتنی بر مسامحه و عقود مغایبی قائل به تفکیک شد.^۱ بنابراین بحث حاضر را در دو قسمت بررسی می‌کنیم.

۵-۳- امکان شرط صحت بودن «عدم مقرونیت به شرط فاسد»

آیا «عدم مقرونیت به شرط فاسد» جزء شروط صحت عقد است تا در نتیجه عنوان «مقرونیت به شرط فاسد» از اسباب فساد عقد به شمار آید؟ آنگونه که گفته شد، روایات زیادی بر فاسد بودن شرط نامشروع دلالت دارند. برخی از محققان، مقتضای این روایات را دال بر فساد عقد اصلی دانسته‌اند؛ به این معنا که فساد شرط، اشعار به این مطلب دارد که عقد اصلی باطل بوده و شرط ضمن آن نیز تبعاً باطل شده

۱- چراکه وجود جهل در معاملات مبتنی بر مسامحه - نظیر هبه - منجر به غرر مبطل نمی‌شود (قمی، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، ۴، ۱۹۳).

است. به بیان دیگر، یکی از شرایط صحت عقد، عدم مقرونیت به شرط نامشروع است و این مسأله از روایات دلالت کننده بر فساد شرط نامشروع قابل استنباط است (خمینی، ۱۴۱۸، ۲، ۲۲۴).

در پاسخ می‌توان گفت: اولاً چنین ظهوری برای این روایات ثابت نیست چرا که سال‌ها فقیهان زیادی با این روایات برخورد داشته و درباره‌ی آنها بحث کرده‌اند اما هیچ یک، چنین مطلبی را از این روایات به دست نیاورده‌اند، به علاوه اگر واقعاً یکی از شرایط صحت عقد، عدم مقرونیت به شرط نامشروع باشد قطعاً این مسئله به روشنی و بدون ابهام در روایات گفته می‌شد؛ چراکه امام (ع) با آن که در مقام بیان بوده اما این روایات صراحت و حتی ظهوری در مفسدیت شروط یاد شده ندارند به عنوان نمونه یکی از مهمترین روایات این باب ذکر می‌شود:

«سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى (ع) عَنِ الرَّجُلِ أُتْبِعَ مِنْهُ طَعَامًا أَوْ أُتْبِعَ مِنْهُ مَتَاعًا عَلَيَّ أَنْ لَيْسَ عَلَيَّ مِنْهُ وَضِيعَةٌ هَلْ يَسْتَقِيمُ هَذَا وَكَيْفَ يَسْتَقِيمُ وَجْهَ ذَلِكَ قَالَ لَا يَتَّبِعِي» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۸، ۶۹)؛ از امام موسی کاظم (ع) درباره‌ی مردی پرسیدم که از او خوراک یا متاعی خریده‌ام به این شرط که خسارت آن بر عهده من نباشد، (خسارت مشتری بر عهده بائع باشد) آیا این درست است و وجه آن چیست؟ فرمود سزاوار نیست.

اگر چه این روایت از جمله روایاتی است که از آن «مفسدیت شرط فاسد» استظهار شده (سبحانی، ۱۴۱۴، ۵۳۴) اما این مسئله بر چند امر مبتنی است: الف) شرط خسارت بر غیر مالک شرطی نامشروع باشد. ب) عبارت «لاینبغی» دلالت بر فساد عقد داشته باشد نه شرط. ج) از «لاینبغی» حکم ارشادی به فساد دانسته شود نه حکم تکلیفی.

از میان این امور، تنها مسأله اول قطعی است (نامشروع بودن شرط خسارت بر بائع) اما احتمال دارد «لاینبغی» به اصل عقد برگردد یا تنها به شرط و چون احتمال آید استدلال باطل می‌گردد. بلکه احتمال برگشت عبارت لاینبغی به شرط بیشتر است چرا که در غیر این صورت نیاز به بیان اضافی بود. به علاوه برداشت حکم ارشادی از این عبارت احتمالی است و روایت مذکور توان اثبات مفسدیت شرط فاسد را ندارد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۵، ۳۶۷).

برخی دیگر از فقیهان علاوه بر ایراد رجالی بر سلسله سند، شرط مذکور را از آن جهت که منجر به جهالت می‌شود باطل و مبطل دانسته‌اند نه از جهت نامشروع بودن آن (خمینی، ۱۴۱۸، ۲، ۲۳۰). دیگر روایاتی که قائلان به مفسدیت شرط نامشروع ذکر کرده‌اند هم از نظر سندی و هم دلالتی دچار اشکال

هستند (همان، ۲۳۱؛ خویی، ۱۴۱۴، ۱، ۳۰۳) تا جایی که از آنها عدم مفسدت شرط نامشروع برداشت شده است (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۵، ۳۶۸) با چنین وصفی استناد به احادیث نمی تواند به نفع قائلین به مفسدت شرط نامشروع چیزی را اثبات کند.

از همه مهم تر، گاه این روایات در مواقعی بیان شده که قطعاً عقد صحیح بوده است، لذا نمی توان گفت مقصود از این روایات، بیان ضمنی لزوم خالی بودن عقد از شرط نامشروع است. در نمونه ای از روایات آمده است: «قال أمير المؤمنين (ع) في امرأة تزوجها رجلٌ و شرطَ عليها و على أهلها إن تزوجَ عليها امرأةً أو هجرها أو أتى عليها سُرْبَةً فإنها طالقٌ فقال شرطُ الله قبلَ شرطِكُم إن شاء و فى بشرطِهِ و إن شاء أمسك امرأته نكحَ عليها» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۱، ۲۷۷)؛ امام علی (ع) در مورد زنی که با مردی ازدواج کرده بود به شرط آنکه اگر زن بگیرد، یا او را ترک کند، یا کنیز بگیرد آن زن مطلقه باشد، فرمود: شرط خداوند قبل از شرط شماست. اگر خواست به شرطش وفا کند و اگر خواست زنش را نگهدارد و همسر دیگری بگیرد.

از این روایت صحت عقد به دست می آید؛ چرا که امام (ع) زوج را بین وفای به شرط و عدم وفای به شرط مخیر نموده است. بنابراین عباراتی مانند «شَرَطُ اللَّهِ قَبْلَ شَرَطِكُمْ» و ... دلالتی بر این ندارد که عدم مقرونیت به شرط فاسد، جزء شروط صحت عقد باشد بلکه دلالت دارد که «عدم مقرونیت به شرط فاسد» جزء شروط صحت عقد نیست؛ چرا که طبق این روایت، امام (ع) با آنکه شرط را نامشروع دانسته اما حکم به صحت عقد داده است. افزون بر آن، به موجب قاعده ای اصالت الصحه می توان شرطیت امر مشکوک (عدم مقرونیت به شرط فاسد) در صحت عقد را رد کرد؛ چرا که در معاملات، اصالت الصحه بر اصالت فساد مقدم می شود (بجنوردی، بی تا، ۱، ۲۹۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۱، ۱۴۵).

۶- مفسدت شرط نامشروع بدلیل اخلال در شرایط صحت عقد (قصد، رضا، علم)^۱

پس از مطالب گذشته، این پرسش باقی می ماند که آیا شرط نامشروع ضمن عقد، موجب اخلال در شرایط صحت عقد می شود؟ قائلان به مفسدت شرط نامشروع، این شروط را موجب اخلال در «قصد»، «تراضی» و «علم به عوضین» و در نتیجه فساد عقد دانسته اند. پیش از بررسی این سه مسأله، باید توجه

۱- این شروط سه گانه- با تفاوتی که میان آنهاست برای صحت معاملات لازمند. البته رضای به عقد ممکن است پس از عقد ایجاد شود؛ مانند اجازه دادن ببع مکره (شهید اول، اللعه الدمشقیه، ۱۰۵؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳، ۱۵۴؛ طوسی، المبسوط، ۲، ۱۵۶).

داشت که نتایج این بحث محدود به شرط نامشروع نخواهد بود بلکه عملاً می‌تواند هر شرط فاسدی را در بر گیرد.

۶-۱- اخلال در قصد

اختلافی نیست که هیچ یک از عقود شرعی، بدون قصد طرفین ایجاد نمی‌شوند، لذا معاملات انسان دیوانه، مست، هازل و... بدلیل نداشتن قصد باطل است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳، ۲۲۷؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۳، ۲۹۵). البته معنای این سخن آن نیست که هر آنچه طرفین قصد کنند شرعاً نیز واقع می‌شود (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۲، ۲۴۴)، بلکه مقصود آنست که عناوین معاملات شرعی، هنگامی محقق می‌شوند که مورد قصد طرفین قرار گرفته باشند. البته آثار این معاملات - حتی اگر مورد قصد واقع نشده باشند - محقق می‌شوند (کاشف الغطا، ۱۴۲۲، ۲۳۷). این سخن در کلام فقیهان به صورت قاعده «العقود تابعه للقصد» بیان شده است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳، ۱۳۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۲، ۳۶۷).

یکی از دلایل قائلین به مفسدیت شرط نامشروع آنست که پس از فساد معامله، آنچه واقع شده (عقد بدون شرط) مورد قصد طرفین نبوده است و آنچه که قصد شده (عقد مقرون به شرط) واقع نشده است. از این رو معامله باطل است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳، ۵۰۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۲، ۳۷۹). اما هم‌چنانکه گفته شد، برای صحت عقد لازم است نوع معامله‌ی واقع شده مورد قصد قرار گیرد نه تمام آثار آن. درباره‌ی عقد مقرون به شرط فاسد نیز چنین قصدی وجود دارد یعنی متعاملین، نوع عقد اصلی، مثلاً بیع را قصد کرده‌اند و همین قصد برای تحقق شرعی عقد کافی است. بنابراین همانگونه که ناگاه‌ی متعاقبین از وجود احکام مبیع و ثمن و مانند آن لطمه‌ای به رضای به عقد نمی‌زند، در فرض فاسد بودن شرط نیز رضای مورد نظر شارع برای صحت عقد صورت گرفته است در غیر این صورت باید بیشتر عقود رابه دلیل آنکه برخی آثار آن مورد قصد نبوده است، باطل دانست (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳، ۱۴۶؛ کاشف الغطا، ۱۴۲۲، ۲۳۷). برای همین است که امام خمینی (ره) باور دارد در این گونه موارد گویا دو انشاء صورت گرفته است که در صورت بطلان یک انشاء (انشاء شرط)، انشاء دیگر (اصل عقد) باقی است (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۲، ۶۶).

بنابراین، ماهیت شرط «التزام در ضمن التزام» است و هر یک از این دو مورد قصد واقع شده‌اند. نهایت اینکه رضای مشروط له مشروط به تحقق شرط است و این مسأله خللی در قصد آنان وارد نمی‌کند.

پس، فاسد بودن شرط نامشروع، اخلاقی در قصد متعاملین ایجاد نمی‌کند، بنابراین قایل شدن به بطلان معامله‌ی مقرون به شرط فاسد- از آن جهت که مورد قصد نبوده- وجهی ندارد.

۶-۲- اخلال در تراضی^۱

مهم‌ترین دلیلی که قائلین به مفسدت شرط نامشروع آورده‌اند، اخلال در تراضی بواسطه‌ی فساد شرط است (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۰، ۲۴۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۵، ۵۰۵؛ میرزای قمی، ۱۴۲۷، ۱، ۱۳۰؛ نراقی، ۱۴۱۷، ۱۳۹؛ همو، ۱۴۲۲، ۱۱۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۸، ۳۵۷؛ نایینی، ۱۳۷۳، ۲، ۱۴۷؛ عاملی، ۱۴۱۱، ۱، ۴۰۴؛ خویی، ۱۴۱۴، ۱، ۳۱۸). بدین معنا که معامله‌ی خالی از شرط مورد رضای مشروط له نبوده است. بنابراین آنچه واقع شده مورد رضای طرفین نبوده و آنچه مورد رضای طرفین بوده واقع نشده است. لذا معامله فاقد رکن «رضا» است (عاملی، ۱۴۱۱، ۱، ۴۰۴).

در نقد این دلیل باید گفت: اولاً رضای مورد بحث در معاملات به معنای «عدم اکراه» است نه به معنای طیب نفس و رضایت باطنی. بنابراین استناد به این دلیل نادرست است؛ چرا که در معامله‌ی مقرون به شرط فاسد، اکراه وجود ندارد بلکه مشروط له پس از اطلاع از فساد شرط، ممکن است به معامله‌ی اصلی رضایت نداشته باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴، ۲۰۶؛ امام خمینی، ۱۴۲۱، ۵، ۳۶۲). از همین روست که اگر کسی کالای خود را ارزان‌تر از مبلغ اصلی بفروشد، خیار غبن برای او ثابت می‌شود نه آنکه معامله باطل باشد؛ با اینکه او به چنین معامله‌ای رضایت نداشته است. همچنین در موارد دیگری مانند تخلف وصف، تخلف شرط، تدلیس و خیار رؤیت، علی‌رغم نبود رضایت حقیقی به معامله (مثلاً مشتری به خرید کالای دارای وصف خاص یا سالم و یا بدون تدلیس رضایت دارد)، پس از کشف واقع، معامله باطل نمی‌شود (شهید اول، ۱۴۱۰، ۱۱۹؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۴، ۴۳۲؛ خوانساری، بی‌تا، ۵۰۳). افزون بر این، پیشتر گفته شد که شرط به معنای التزام در ضمن التزام دیگر است؛ که اگر شرط محقق نشد معامله‌ی اصلی به صورت جایز در می‌آید. بنابراین در فرض فساد عقد نیز- مانند موردی که شرط صحیح مورد عمل قرار نمی‌گیرد- رضای به معامله‌ی اصلی وجود دارد؛ اما لزوم معامله مشروط به محقق شدن شرط است.

دوم اینکه این دلیل اخص از مدعاست چرا که ممکن است طرف معامله حتی در صورت فساد شرط

۱- قرآن کریم از معاملات بدون رضا نهی کرده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء/ ۲۹).

نیز به آن رضایت داشته باشد، مانند موردی که شرط از باب تعدد مطلوب باشد. به عبارت دیگر، شروط فاسد به نسبت تراضی و اخلال در آن بر سه گونه‌اند: نخست شروطی که به همراه سایر اوصاف، دخیل در رضایت طرفین‌اند. دوم شروطی که نقش تکمیلی در رضایت دارند و حتی بدون آنها نیز طرفین به معامله رضایت دارند. سوم شروطی که رضایت دایر مدار آنهاست و بدون آنها هیچ رضایتی به معامله‌ی اصلی وجود ندارد (خمینی، ۱۴۱۸، ۲، ۲۳۸). فساد شروط نوع دوم هیچ آسیبی به عقد اصلی وارد نمی‌کند چرا که وجود آنها مانند تعدد مطلوب است. شروط دسته‌ی اول نیز خللی در رضا ایجاد نمی‌کند چرا که معنای شرط آنست که در صورت فقدان آن، مشروط له دارای حق فسخ معامله باشد، نهایت امر آنکه هرگاه شرط به گونه‌ای باشد که تراضی فقط به آن تعلق گرفته باشد و عقد صرفاً جنبه‌ی ظرفیت داشته باشد، عرفاً و نوعاً این عقود با یک شرط نتیجه‌ی ضمنی همراهند که هرگاه شرط محقق نشد، معامله‌ی اصلی خود به خود منفسخ باشد^۱ و از آنجا که شرط نامشروع از همان ابتدا غیر قابل تحقق بوده است، معامله‌ی اصلی نیز از همان ابتدا باطل بوده یا بلافاصله پس از انعقاد، منفسخ شده است.

این شرط نتیجه‌ی ضمنی می‌تواند در مواردی که تراضی و قصد طرفین صرفاً بر تحقق شرط بوده است، کلید حل فساد عقود به واسطه‌ی شرط نامشروع باشد. توضیح آنکه در شرط دانستن تراضی بر صحت عقود یک اشکال مهم وجود دارد و آن اینکه برخی عقود، با آنکه قطعاً رضایت اولیه‌ی طرفین بر آنها نبوده است، صحیح‌اند؛ مانند عقودی که در آنها تبعض صفقه یا تخلف وصف و یا تخلف شرط به وجود می‌آید. بر طبق آنچه گفته شد، فساد شرط نیز ملحق به همین ابواب است، یعنی هرگاه مسأله‌ای به صورت شرط یا وصف و یا شرط ضمنی در معامله وجود داشته باشد، معنای این التزامها آنست که در صورت محقق نشدن آنها، مشروط له دارای حق فسخ است. حال اگر این قید یا وصف یا شرط به قدری مهم و اساسی باشد که بدون آنها هیچ رضایتی به عقد اصلی وجود نداشته باشد، معنای ضمنی آنها اینست که در صورت محقق نشدن، عقد اصلی خود به خود و بدون اعمال خیار، منفسخ باشد؛ چرا که هیچ قصد و یا رضایی به عقد اصلی به جز به عنوان ظرفیت برای شرط و وصف وجود نداشته است. حتی در صورت عدم پذیرش این نظر می‌توان گفت در حالتی که غرض اصلی معامله مربوط به شرط نامشروع باشد، بطلان چنین معاملاتی منتسب به عدم مشروعیت جهت آن معامله بوده و تابع احکام آن است چرا که در چنین

۱- به طور کلی قراردادن شرط انفساخ معامله به صورت شرط نتیجه‌ی دارای اشکال و ایرادی نیست. نک: (امام خمینی، کتاب البیع، ۴،

حالاتی در واقع جهت نامشروع، توسط شرط بیان شده است.^۱

۳-۶- اخلال در علم به عوضین

سومین دلیلی که قائلین به افساد شرط فاسد، ذکر کرده‌اند آنست که در صورتی که شرط فاسد را مفسد ندانیم، معامله‌ای که این شرط در ضمن آن بوده است غرری خواهد شد. نحوه‌ی استدلال به این صورت است که می‌دانیم شرط در برابر مقداری از ثمن یا مبیع قرار می‌گیرد. حال اگر شرط نامشروع را که فاسد است مفسد عقد ندانیم بدون شک آن مقدار از ثمن یا مبیع که شرط به منزله‌ی جزئی از آن بوده است نامعلوم خواهد شد چرا که مقدار دقیقی ثمن یا مبیعی که شرط جزئی از آنست نامعلوم خواهد بود و از آنجا که معامله در برابر ثمن یا مضمن نامعلوم غرری است پس معامله مذکور باطل خواهد بود.

نظر گفته شده منوط به پذیرش چند گزاره است که عبارت‌اند از الف) شرط به منزله‌ی جزئی از ثمن یا مضمن است. ب) مقدار دقیق ارزش مالی شرط قابل اندازه‌گیری نیست. ج) معامله غرری باطل است. د) اطلاق ادله بطلان معامله غرری، غرر حاصل از بطلان شرط را شامل می‌شوند (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۳، ۲۰۲).

برخی، شرط نامشروع را به همین مسأله برگردانده و گفته‌اند: «هرگاه شرط نامشروعی شرط شود، شرط باطل است و عقد را نیز باطل می‌کند، چرا که شرط به منزله جزئی از ثمن است و پس از بطلان، ثمن مجهول می‌شود» (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳، ۵۰۵؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷، ۲، ۴۰۷؛ کاشف الغطاء، شرح خیرات لمعه، ۲۳۷). در مقابل، برخی فقیهان دیگر با رد کردن پیش فرض‌های این دیدگاه، آن را تضعیف کرده‌اند. شیخ انصاری (ره)، شرط فاسد در نکاح را که موجب زیادی مهریه می‌شود، مانع از صحت نکاح نمی‌داند (انصاری، ۱۴۱۵، ۶، ۹۲). اما می‌توان در پاسخ گفت: این مسأله اول نزاع است و اصولاً نکاح عقدی کاملاً معاوضی نیست و احکام خاص خود را دارد و بر فرض وجود چنین مسأله‌ای می‌توان آن را امری استثنایی دانست. ایشان با پذیرفتن اینکه شرط می‌تواند در کم و زیاد شدن ثمن و مضمن تأثیرگذار باشد، قبول نکرده‌است که این موضوع موجب شود که شرط به عنوان قسطی از ثمن و مضمن در آید، بنابراین عقد دچار غرر نمی‌شود. حتی در صورتی که شرط را به منزله‌ی قسطی از ثمن و مضمن بدانیم، این مقدار از ثمن یا مضمن غیر قابل اندازه‌گیری نیست. به علاوه جهلی که در حال انشاء عقد به وجود می‌آید

۱- مانند آنکه فردی به دیگری انگور بفروشد، به شرط آنکه آن را به شراب تبدیل کند و غرض اصلی از معامله همین شرط باشد. در بطلان معاملاتی که دارای جهت نامشروع هستند تردیدی نیست (انصاری، المکاسب، ۱، ۱۲۳).

عقد را غرری می‌کند نه جهلی که بر عقد عارض شود (نابینی، ۱۳۷۳، ۲، ۱۴۷)؛ چرا که اگر جهل عارضی را موجب غرری شدن معامله بدانیم، معاملاتی که دارای شرط صحیح نیز هستند ولی مشروط علیه آن را انجام نمی‌دهد باید به علت بروز غرر، باطل شوند در حالی که هیچ کس به این حرف قائل نشده است. در نتیجه شرط در برابر ثمن و مثنی قرار نمی‌گیرد، فرضاً در صورتی هم که شرط در برابر ثمن و مثنی قرار گیرد، این مسئله معامله را غرری نمی‌کند (مدنی کاشانی، ۱۴۰۹، ۲۶۸؛ خویی، ۱۴۱۴، ۱، ۳۱۶).

امام خمینی (ره) و برخی از فقیهان نیز با تأکید بر همین نکات بیان می‌دارد که شرط در برابر ثمن و مثنی نیست و تنها می‌تواند باعث کم و زیاد شدن آنها شود. به بیان دیگر در مقام انشاء عقد، عوضین معامله معلوم بوده‌اند و غرر به معامله راه نیافته است، حال فرضاً که شرط مخالف کتاب را به منزله‌ی جزئی از ثمن بدانیم، علم به عوضین در حال عقد - که شرط صحت است - شکل گرفته و جهل عارض بر آن نمی‌تواند معامله را غرری کند (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۵، ۲۶۳؛ نابینی، ۱۳۷۳، ۲، ۱۴۷؛ خویی، ۱۴۱۴، ۱، ۳۱۳). به بیان بهتر و دقیق‌تر، ادله نهی کننده از غرر، آن چنان اطلاقی ندارند که حتی فرض غرر عارض از ناحیه عدم عمل به شرط را نیز در بر گیرند و می‌توان بین جهالت ذاتی و جهالت ناشی از فساد شرط تمایز قایل شد (خمینی، ۱۴۱۸، ۲، ۲۲۳).

خلاصه ایراداتی که بر نظریه غرری شدن معامله دارای شرط مخالف کتاب در فرض عدم افساد گرفته‌اند عبارت است از:

الف) شرط به منزله جزئی از ثمن و مثنی نیست و گرنه شرط صحیح هم در فرض انجام نشدن، معامله را فاسد می‌ساخت. ب) در صورتی که شرط را به منزله‌ی جزئی از ثمن و مثنی بدانیم، علم کلی به قیمت ثمن و مثنی و شرط در رفع جهالت کفایت می‌کند، همچنان که شرط نیست در بیع، قیمت تک تک مبیع‌های متعدد نیز معلوم باشد. در غیر این صورت باید بیعی را که دچار تبعض صفقه می‌شود نیز باطل دانست؛ چراکه در تبعض صفقه نیز قیمت تک تک کالاهای خریداری شده حین عقد لزوماً معلوم نبوده است (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۲، ۵). مرحوم بجنوردی، ایراد دیگری نیز مطرح ساخته و آن اینکه حتی اگر قایل شویم شرط در برابر مقداری از ثمن و مثنی قرار دارد و جهالت عارضی را موجب بروز غرر بدانیم باز هم مجالی برای فساد عقد نیست، چرا که اهل خبره می‌توانند ارزش آن را تعیین کنند. در غیر اینصورت عقدی که در آن تبعض صفقه پیش آید یا شرط صحیحی که به آن عمل نشود نیز مفسد عقد خواهند بود، چراکه قطعاً مقداری از ثمن یا مثنی در مقابل شرط یا جزء مال الغیر قرار گرفته است در حالی که هیچ کس به

فساد چنین عقودی قائل نشده و اصلاً وجود خیار تبعض صفقه نشان دهنده آنست که هر جهالتی منجر به غرر نمی‌شود یا هر غرری مبطل عقد نیست (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴، ۲۰۴).

۴-۶- جمع‌بندی نظر موافقان و مخالفان

شکل استدلالی نظر موافقان به این صورت است: مقدمه اول: شرط نامشروع ضمن عقد اگر مفسد نباشد، منجر به غرر خواهد شد. مقدمه دوم: معامله غرری باطل است. نتیجه: شرط نامشروع ضمن عقد مفسد است. در حالی که مخالفان، این استدلال را از حیث هر دو مقدمه مورد مناقشه قرار داده‌اند: ایرادات مقدمه اول:

۱) شرط نامشروع به منزله جزیی از ثمن نیست تا در فرض جهالت منجر به غرر شود. ۲) اگر هم شرط به منزله جزیی از ثمن و مئمن باشد، برای رفع غرر علم به قیمت مجموع شرط و ثمن در رفع غرر کافی است. ۳) فرضاً که شرط نامشروع به منزله جزیی از ثمن و مئمن باشد، و علم به قیمت مجموع ثمن و شرط رافع غرر نباشد، باز هم جهالت در آن راه ندارد چرا که ارزش مالی شرط توسط عرف یا کارشناس قابل قیمت‌گذاری است.

ایرادات مقدمه دوم:

۱) اگرچه در کلیت قاعده فساد معامله غرری شکی نیست اما ادله، آن چنان اطلاقی ندارند که غرر در فرض فساد شرط را هم در بر گیرد. ۲) معامله‌ای بر اثر غرر باطل است که از ابتدا در آن غرر وجود داشته باشد نه آنکه بر اثر فساد شرط، غرر در آن راه یابد.

علاوه بر ایرادات طرح شده، در صورتی که غرری بودن معامله دارای شرط نامشروع را بپذیریم باید به باطل بودن معامله‌ای که دارای شرط صحیح است که مشروط علیه آن را انجام نمی‌دهد و نیز معامله‌ای که دارای تبعض صفقه شده و هم‌چنین معامله‌ای که در آن قیمت تک‌تک مبیع‌ها معلوم نیست بلکه به صورت مجموعی فروخته شده‌اند قایل شد (طوسی، ۱۳۸۷، ۲، ۱۴۵؛ خوانساری، بی‌تا، ۵۰۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۸، ۳۷۸). هم‌چنین باید توجه داشت که ایراد غرری بودن معامله دارای شرط نامشروع، تنها در عقود مغابنی می‌تواند مطرح شود و عقودی که غرر در آنها راه ندارد، مانند صلح و جعاله، بدون شک بر اثر غرر عارضی باطل نمی‌شوند (مراعی، ۱۴۱۷، ۲، ۳۲۵). همین حکم در مورد عقود غیر معوض مانند وصیت و وقف که غرر در آنها راه ندارد نیز جاری است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۵، ۳۵).

۷- دلایل عدم مفسدیت شرط نامشروع

برخی روایات مورد استناد هر دو دیدگاه بوده‌اند، البته روایات باب عدم بطلان عقد نکاح با شرط فاسد، هم صحیح‌اند و هم دلالتشان روشن است و فقیهان نیز به آن عمل کرده‌اند (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۱، ۶۷). اما استناد به این روایات از نظر اینکه نکاح قواعد خاص خود را دارد و عقدی کاملاً معاوضی نیست، سخت است (خمینی، ۱۴۱۸، ۲، ۲۳۶).

امام خمینی با رد نظریات گروه مخالف، دلالت روایات بر مفسدیت این شروط را نمی‌پذیرد و حتی آنها را بر دال بر نظر خود می‌داند، بنابراین وجهی برای بطلان عقد باقی نمی‌ماند (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۵، ۳۶۹). در واقع از دید این دسته از فقیهان، با توجه به عدم وجود مانع، عمومات و اطلاعات صحت و لزوم عقود از قبیل «اوفوا بالعقود» عقد دارای شرط نامشروع را نیز در بر می‌گیرد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴، ۱۹۴). از همین رو است که برخی از فقیهان با استناد به همین عمومات، معامله دارای شرط فاسد را صحیح دانسته‌اند (ابن جنید، ۱۴۱۶، ۱۸۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۲، ۲۳۸).

برخی قائلند که این عمومات فقط عقد صحیح را در بر می‌گیرد و عقد مقرون به شرط نامشروع صحیح نیست (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۵، ۳۰۰) در پاسخ ایشان امام خمینی می‌نویسد: می‌توان گفت که فساد عقد مقرون به شرط نامشروع، اول کلام و مورد مناقشه است. حال وقتی دلیلی بر فساد این عقود پیدا نشد، عموم ادله آن‌ها را در بر می‌گیرد. حتی در فرض شک در صحت این عقود نیز می‌توان اصالت الصحه را جاری و سپس به آیات و روایات مربوطه استناد کرد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۵، ۳۶۹).

هم‌چنین برای اثبات عدم مفسدیت شرط نامشروع به اشکال دور استناد شده است به این صورت که صحت شرط منوط به صحت عقد است. حال اگر صحت عقد را نیز منوط به صحت شرط بدانیم، این قضیه دور و محال است. در پاسخ این اشکال، به درستی گفته شده است که طبق نظر قائلان به مفسدیت، صحت عقد منوط به صحت شرط نیست بلکه به آن است که شرط فاسدی در آن وجود نداشته باشد؛ یعنی عدم مقرونیت به شرط نامشروع و چنین چیزی مستلزم دور نیست (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۲۴۰؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴، ۲۰۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۸، ۳۷۵).

۸- دست‌آورد پژوهش

با توجه به آنچه گفته شد می‌توان نظریه‌ی عدم مفسدیت شرط نامشروع را که فقیهانی مانند امام خمینی (ره) به آن قائلند را صحیح دانست. نکته‌ی اساسی در این مسأله تحریر دقیق محل نزاع است که

اکثر فقیهان و محققان از کنار آن گذشته‌اند و آن نکته اینست که آیا شرط فاسد- لوخلی و طبعه- مفسد عقد به شمار می‌آید یا نه؟ با توجه به اینکه «عدم مقرونیت به شرط فاسد» جزء شروط صحت معاملات نیست، پاسخ این سؤال منفی است. اما مباحث دیگر مانند اینکه آیا فساد شرط موجب اخلال در تراضی یا ایجاد غرر و مانند آن می‌شود یا نه، بحث‌های ثانوی هستند که اولاً مخصوص شروط نامشروع نیست و ثانیاً همه‌ی شروط نامشروع را در بر نمی‌گیرد. بنابراین نمی‌توان درباره‌ی آن به طور کلی اظهار نظر کرد. در واقع این مباحث از صغریات مباحث مفسدت غرر و ... می‌باشند و محل بحث از آنها در ذیل همان مباحث است.

در این نوشتار با توجه به تعریفی که از رابطه‌ی شرط و عقد شده است - یعنی التزام در ضمن التزام- میان مباحث مختلفی مانند تخلف وصف، تخلف شرط، تبعض صفقه، شرط الخيار و... نوعی شباهت و همسانی برقرار شده است که عبارت است از ایجاد حق فسخ برای مشروط له در فرض عدم تحقق وصف و شرط. بنابراین بر فرض عدم تحقق این شرایط چه به دلیل فساد شرط باشد یا امور دیگر، تراضی و قصد متعاملین مورد خدشه قرار نمی‌گیرد چرا که رضا و قصد آنان بر عقد مقرون به این شرایط بوده اما به گونه‌ای که اگر آنها محقق نشوند، مشروط له دارای حق فسخ باشد.

به نظر می‌رسد هرگاه شرط به گونه‌ای باشد که تراضی و قصد طرفین صرفاً بر آن شرط تعلق قرار گرفته باشد، این معاملات دارای نوعی شرط نتیجه‌ی ضمنی هستند که در صورت عدم تحقق شرط، معامله‌ی اصلی منفسخ شود و از آنجا که شرط نامشروع از همان ابتدا قابلیت تحقق نداشته است، عقد اصلی بلافاصله پس از ایجاد، باطل شده است. همچنین بطلان چنین عقودی را می‌توان از ناحیه‌ی نامشروع بودن جهت دانست؛ چرا که چنین شرطی در واقع بیان جهت معامله می‌باشد. از این راه می‌توان میان نظری که شرط نامشروع را مفسد ندانسته و نیز نظریه‌ی افساد عقد به سبب عدم مشروعیت جهت، جمع به عمل آورد و این گزاره مهم‌ترین دستاورد این نوشتار است.

فهرست منابع

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- ابن ادریس حلی، محمد، (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، دفتر انتشارات اسلامی، تهران.
- ۳- ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد، (۱۴۱۶)، مجموعه فتاوی، دفتر نشر اسلامی، قم.
- ۴- ابن فارس، احمد، (۱۳۹۹)، معجم مقاییس اللغة، تحقیق از عبدالسلام محمد، دارالفکر، قم.

- ۵- ابن فهد حلّی، جمال الدین احمد، (۱۴۰۷)، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
- ۶- ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴)، لسان العرب، دار الثار، بیروت.
- ۷- انصاری دزفولی، مرتضی، (۱۴۱۵)، کتاب مکاسب، کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، قم.
- ۸- ایروانی، علی، (بی‌تا)، حاشیه مکاسب، دفتر انتشارات اسلامی، وفات مولف: ۱۳۵۳، قم.
- ۹- آق‌مشهدی، فخر الدین، (۱۳۹۰)، «شرط عدم ازدواج مجدد زوج»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۳، ش.
- ۱۰- بجنوردی، حسن بن آقا بزرگ موسوی، (۱۴۱۹)، القواعد الفقهيّة، نشر الهادی، قم.
- ۱۱- بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی، (۱۴۰۱)، قواعد فقهیه، مؤسسه عروج، تهران.
- ۱۲- تبریزی، موسی بن جعفر بن احمد، (۱۳۶۹)، قاعدة الضرر، اليد، التجاوز و الصحة (أوثق الوسائل)، کتابفروشی کتبی نجفی، قم.
- ۱۳- حرّ عاملی، محمد بن حسن بن علی، (۱۴۰۹)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، مؤسسه آل‌البيت علیهم السلام، قم.
- ۱۴- حسینی عاملی، جواد، (۱۴۱۹)، مفتاح الکرامه فی شرح کتاب قواعد العلامه، انتشارات اسلامی، قم.
- ۱۵- خمینی، امام روح الله، (۱۴۲۱)، کتاب البیح، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران.
- ۱۶- خمینی، امام روح الله، (۱۴۱۵)، مکاسب المحرمه، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم، چاپ اول.
- ۱۷- خمینی، مصطفی، (۱۴۱۸)، الخیارات، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۱۸- خوانساری، محمد، (بی‌تا)، حاشیه علی مکاسب، مطبعه مشهدی تقی، تهران.
- ۱۹- خویی، سید محمد تقی، (۱۴۱۴)، الشروط، دارالمورج العرب، بی‌جا.
- ۲۰- راغب اصفهانی، حسین، (۱۴۱۲)، المفردات فی غریب القرآن، دارالعلم، بیروت.
- ۲۱- زنجانی، سید موسی شبیری، (۱۴۱۹)، کتاب نکاح، مؤسسه پژوهشی رای‌پرداز، قم.
- ۲۲- سبحانی، جعفر، (۱۴۱۴)، المختار فی أحكام الخیار، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم.
- ۲۳- شبیری، زهراء، (۱۳۸۵)، «مقایسه شرط نامشروع و شرط خلاف مقتضای عقد»، مجله پژوهش‌های دینی، ش ۴.
- ۲۴- شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۷)، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، دفتر نشر اسلامی، قم.
- ۲۵- شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۰)، اللمعه دمشقیه، محمد تقی مروارید، دارالتراث، بیروت.
- ۲۶- شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰)، الروضه البهیة فی الشرح اللمعه دمشقیه، نشر داوری، قم.
- ۲۷- شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳)، مسالک الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، نشر معارف اسلامی، قم.
- ۲۸- طباطبایی، سید محمد حسین، (۱۴۱۷)، المیزان فی تفسیر القرآن، دفتر انتشارات اسلامی جامعه‌ی مدرسین حوزه علمیه قم، قم.

- ۲۹- طباطبایی، علی بن محمد، (۱۴۱۸)، ریاض المسائل، مؤسسه آل البيت، قم.
- ۳۰- طریحی، فخر الدین، (۱۴۱۶)، مجمع البحرين، تحقیق از احمد حسینی، تهران، چاپ سوم.
- ۳۱- طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۹۰)، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، دارالکتب الاسلامیه، تهران.
- ۳۲- طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، الخلاف، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
- ۳۳- طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، تهذیب الاحکام، دارالکتب الاسلامی، تهران.
- ۳۴- طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیه، مکتبه المرتضویه، تهران.
- ۳۵- عاملی موسوی، (۱۴۱۱)، نهایه المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
- ۳۶- علامه، سید مهدی، (۱۳۸۷)، شروط باطل و تاثیر آن در عقود، بنیاد حقوقی میزان.
- ۳۷- علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۲۰)، تحریر الاحکام الشریعه علی مذهب الامامیه، مؤسسه امام صادق (ع)، قم.
- ۳۸- علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۴)، تذکره الفقهاء، آل البيت، قم.
- ۳۹- علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۳)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم.
- ۴۰- غروی، محسن، (۱۳۸۱)، آموزش منطق، نشر دارالعلم، قم.
- ۴۱- قاسم‌زاده، مرتضی، (۱۳۸۹)، حقوق مدنی اصول قراردادهای و تعهدات نظری و کاربردی، دادگستر، تهران.
- ۴۲- قریشی، علی اکبر، (۱۴۱۲)، قاموس قرآن، دارالکتب، چاپ ششم.
- ۴۳- کاشف الغطاء، محمد حسین، (۱۳۵۹)، تحریر المجله، نجف، المکتبه المرتضویه.
- ۴۴- کاشف الغطاء، محمد حسین، (۱۴۲۲)، شرح خيارات لمعه، دفتر نشر اسلامی، قم.
- ۴۵- گیلانی، میرزای قمی، ابو القاسم بن محمد حسن، (۱۴۱۳)، جامع الشتات فی أجوبه السؤالات، مؤسسه کیهان، تهران.
- ۴۶- محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، عبدالحسین بقال، نشر اسماعیلیان، قم.
- ۴۷- محقق خوانساری، احمد، (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، علی اکبر غفاری، نشر اسماعیلیان، قم.
- ۴۸- سید مصطفی محقق داماد، (۱۴۰۶)، قواعد فقه، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران.
- ۴۹- محقق کرکی، علی بن حسین، (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی الشرح القواعد، نشر آل البيت، قم.
- ۵۰- مدنی کاشانی، رضا، (۱۴۰۹)، تعلیقه الشریفه علی بحث الخيارات و الشروط، مکتبه المدنی الکاشانی، قم.

- ۵۱- مصطفوی، حسن، (۱۴۰۲)، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، مرکز الکتب للترجمه و النشر، تهران.
- ۵۲- مراغی، میر عبد الفتاح بن علی حسینی، (۱۴۱۷)، العناوین الفقهیه، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
- ۵۳- مطهری، مرتضی، (بی تا)، مجموعه آثار. نشر صدرا، قم. بیتا (نرم افزار نور).
- ۵۴- مغربی، نعمان بن محمد، (۱۳۸۵)، دعائم الاسلام، مؤسسه آل البيت، قم.
- ۵۵- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
- ۵۶- مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱)، القواعد الفقهیه، مدرسه امام امیر المؤمنین - علیه السلام، قم.
- ۵۷- مهیار، رضا، (۱۴۱۰)، فرهنگ ابجدی، انتشارات اسلامی، تهران.
- ۵۸- میرزای قمی، ابوالقاسم گیلانی، (۱۴۲۷)، رسائل المیرزا القمی، دفتر تبلیغات اسلامی، قم.
- ۵۹- نایینی، میرزا محمد حسین، (۱۳۷۳)، منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، مکتبه المحمدی، تهران.
- ۶۰- نجفی، محمد حسن بن باقر، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، بیروت.
- ۶۱- نراقی، احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۷)، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، مرکز النشر التابعه لمکتبه الاعلام، قم.
- ۶۲- نراقی، احمد بن محمد مهدی، (۱۴۲۲)، مشارق الاحکام، چاپ دوم، کنگره نراقیین، قم.