

دوفصلنامه بین المللی تحقیقات حقوق قضایی

License Number: ۸۶۲۲۷ Article Number: ۷۳N۳۰۷۶۵۲ ISSN-P: ۲۷۱۷-۱۱۳۲

بررسی و تحلیل فقهی و حقوقی شرایط صحت شرط ضمن عقد و اقسام آن

(تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۰۲/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۱/۰۶/۰۶)

محمد عرب

چکیده

شرط به معنی عهد و التزام می‌باشد. اصطلاحاً شرط به تعهدی گفته می‌شود که در ضمن عقد دیگری قرار گیرد. شرط در اصطلاح حقوقی گاهی به معنای تعلیق، یعنی وابسته کردن چیزی به امر دیگری نیز به کار می‌رود. مانند این که شخصی خریدن خانه ای را معلق به فروش زمین خود کند که در این مثال خریدن خانه معلق به فروش زمین شده است. شرط در ماده ۱۹۱ قانون مدنی «عقد محقق به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.» در همین معنا به کار رفته است. هر شرط که به موجب عقدی به نفع کسی و به ضرر دیگری مقرر شده باشد، شرط ضمن عقد نامیده می‌شود ولو آنکه مذاکره راجع به شرط، قبل از انعقاد عقد شده باشد و عقد با توجه به مذاکره قبلی منعقد گردد. در مقابل، شرط ابتدایی استعمال شده است. مراد از شرط ابتدایی، تعهدی لازم است که شخص با قصد انشاء یک طرفه، علیه خود به وجود می‌آورد. با توجه به تعاریفی که از شرط به عمل آوردیم باید گفت شرط ضمن عقد، التزامی است در التزام دیگر به گونه‌ای که عقد به مانند یک منبع تعهد برای شرط می‌ماند تا شرط از آن کسب لزوم کرده و مشروط علیه را بتوان به چنین التزامی پایبند نمود. از این رو چنانچه شرط در ضمن عقد آمده باشد، تعهد ناشی از آن یک تعهد قراردادی است که بر اساس آن، متعهد علیه به انجام امر مورد اشتراط ملزم می‌گردد. در هر صورت نتیجه التزام به امری در ضمن عقد، وجوب تحقق آن در خارج است، زیرا شرط در ضمن عقد به منزله جزء عقد است و آیه شریفه ای اهل ایمان، به عهد و پیمان خود وفا کنید. به همین منظور در این مقاله قصد داریم به بررسی و تحلیل فقهی و حقوقی شرایط صحت شرط ضمن عقد و اقسام آن بپردازیم.

واژگان کلیدی: ماهیت شرط، شرط نامشروع، بطلان عقد، اقسام شرط، شرط نامشروع،

شروط باطل

بخش اول: کلیات

قانون مدنی ایران وبه تبع آن تمام حقوقدانان و شارعین قانون مدنی، در مبحث از شروط ضمن عقد، بدون ذکر شرایط صحت، به بیان اقسام شروط باطل و توضیح آن پرداخته اند. در توجیه این رویه، می‌توان استدلال کرد که برای دستیابی به شرایط صحت شرط، باید از مفهوم مخالف استفاده نمود. بدین صورت که از مجموع مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی می‌توان به شروط باطل رسید و پس از معین شدن شروط باطل، شرایط صحت شرط نیز روشن می‌شود. یعنی اصل بر صحت شرط است مگر این که بطلان آن حسب موارد مذکور در مادّتین ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی احراز گردد. ضمن این که استدلال مذکور تا حدّی درست است، اما باز ضرورت بحث از شرایط صحت را منتفی نمی‌سازد زیرا با بحث از شروط باطل، تمامی شرایط صحت مورد بررسی واقع نمی‌شوند چرا که بدواً بایستی بررسی نمود که آیا رعایت شرایط اساسی صحت معاملات (ماده ۱۹۰ قانون مدنی) در مورد شروط ضمن عقد نیز ضروری است یا نه ؟ از سوی دیگر بایستی از تعداد شرایط صحت نیز، سخن گفت. بر این اساس مطالب این بخش را در دو بند مورد بحث قرار می‌دهیم: «شرایط عمومی» و «شرایط اختصاصی».

بند اول: شرایط عمومی

قانون مدنی ایران در ماده ۱۹۰، برای صحت و اعتبار هر قراردادی، چهار شرط را لازم دانسته است:

«قصد و رضا»، «اهلیت متعاملین»، «معلوم و معین بودن موضوع معامله» و «مشروعیت جهت معامله». از سویی دیگر، شرط را تعهدی تبعی و نسبی دانستیم که به جهت طبیعت خاص آن یا با استفاده از نیروی قصد مشترک متعاملین، ضمن عقد دیگری گنجانده می‌شود.

حال این سوال مطرح می‌شود که آیا شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی در مورد این تعهد فرعی نیز لازم الاتّباع است ؟

ثمره بحث در جایی ظاهر می‌شود که شرط ضمن عقد، فاقد یکی از شرایط اساسی صحت معاملات از قبیل رضا یا مشروعیت جهت باشد. آیا چنین شرطی را باید صحیح دانست یا آنکه حکم به بطلان یا عدم نفوذ آن داد ؟ در پاسخ به این سوال نزد حقوقدانان، دو نظر مطرح شده است.

برخی از حقوقدانان با توجه به سکوت قانون مدنی در خصوص موضوع، رعایت شرط اساسی صحت معاملات را در شروط ضمن عقد ضروری نمی‌دانند. دلایل عمده این گروه به طور خلاصه عبارت است از:

۱- قانون گذار در بحث شروط ضمن عقد، در مقام بیان شروط باطل بوده و به شرح مادّتين ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی شروط باطل را نام برده است و چون در مقام بیان سکوت نموده و اشاره ای به بطلان شروط فاقد شرایط اساسی صحت، ننموده است، بنابراین از نظر قضایی دلیلی بر بطلان شروط مذکور وجود ندارد و ماده ای که بتواند به استناد آن، حکم به بطلان چنین شروطی داد، موجود نیست. به عبارت دیگر سکوت در مقام بیان، قرینه مسلمی بر صحت این گونه شروط است.^۱

۲- به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی که قراردادهای خصوصی را نسبت به طرفین آن نافذ می‌داند، بایستی شروط فاقد شرایط اساسی صحت را صحیح دانست.^۲

۳- شرایط اساسی صحت معامله، مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی مربوط به عقود یعنی اعمال حقوقی در طرفه ای است که مستقلاً انشاء می‌شود و در تحقق خود به عمل حقوقی دیگر وابستگی ندارد. بنابراین از ماده ۱۹۰ قانون مدنی نمی‌توان لزوم اجتماع شرایط مذکور را در بحث شرط ضمن عقد، پذیرفت.^۳

نتیجه حاصل از این نظر این است که قانون گذار در ماده ۲۳۲ قانون مدنی شروط باطل را به شرط غیر مقدور، بی فایده و نامشروع منحصر کرده است و از سایر شروط نظیر شرط با جهت مصرح نا مشروع، شرط ناشی از اکراه، شرط غیر معین و شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین نشود، سخن نگفته است.

بدیهی است که از این انحصار می‌توان حکم به صحت و اعتبار چنین شروطی نمود. برای مثال، اگر در ضمن عقد بیع، برای خریدار شرط شود که تمام وجه نقد موجود در حسابش، متعلق به فروشنده باشد، چنین شرطی صحیح بوده و مبهم و مجهول بودن موضوع شرط، موجب بطلان آن نمی‌شود. برخلاف نظر گروه اول بعضی از حقوقدانان^۴، رعایت شرایط

۱ - میرسید حسن، امامی، حقوق مدنی، ج ۱، اسلامیه، ص ۲۷۲

۲ - همان.

۳ - مهدی، شهیدی، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، ج ۴، مجد، ص ۸۹

۴ - ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشارات بهنشر، ص ۱۶۶ به بعد - سید مصطفی، محقق داماد، بررسی

اساسی صحت معامله را در شروط نیز ضروری دانسته و استدلال نموده‌اند که تبعی بودن شرط هیچ تغییری در ماهیت آن نمی‌دهد. شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ناظر به همه قراردادهای و تعهدات است و شروط ضمن عقد نیز هیچ امتیاز به سایر تعهدات ندارد. به علاوه، لزوم رعایت برخی از شرایط اساسی صحت را از دقت در مفاد مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی می‌توان دریافت. برای مثال، لزوم مفید بودن شرط (بند ۲ ماده ۲۳۲) ضرورت مالیت داشتن موضوع شرط را نیز می‌رساند. زیرا در قراردادهای مالی به طور معمول هر امر که فایده داشته باشد، مالیت نیز دارد، مگر در مواردی که فایده منظور در عقد، جنبه معنوی داشته باشد یا لازمه مشروعیت شرط (بند ۳ ماده ۲۳۲) مشروع بودن موضوع و جهت آن است و بدهتاً شرطی که هدف از آن تحقق امری نا مشروع باشد داخل در شرط نا مشروع است. بنابراین می‌توان گفت که نویسندگان قانون مدنی نخواستند اجرای قواعد عمومی قراردادهای را مورد شرط، ممنوع سازند بلکه هدف این بوده است که آن گروه از قواعد که در لباس شرط چهره ویژه‌ای پیدا می‌کند مورد تأکید و اشاره قرار گیرد. بدین ترتیب مطابق نظر مذکور، شرط فاقد شرایط اساسی صحت معامله را نمی‌توان معتبر دانست. برای مثال، چنانچه ضمن عقد بیع، شرط شود که خریدار مالی را به فروشنده منتقل کند، چنین شرطی به سبب مجهول بودن موضوع آن باطل و فاقد اعتبار است. در قانون مدنی ایران، معلوم بودن تفصیلی مورد شرط به عنوان یکی از شرایط عمومی صحت آن ذکر نشده است. براین اساس دلیلی بر بطلان شرط مجهول وجود ندارد، به خصوص در جایی که چنین شرطی در زمان اجرا قابل تشخیص باشد. بنابراین نمی‌توان شرط با موضوع غیر را باطل دانست مگر آنکه مجهول بودن شرط به گونه‌ای باشد که موجب اخلال در ارکان اساسی عقد یعنی عوضین گردد، که در چنین صورتی علاوه بر فساد شرط عقد متضمن آن نیز باطل خواهد بود.

بند دوم: شرایط اختصاصی

مراد از شرط اختصاصی صحت شرط، شرایطی است که از حیث موقعیت بحث، اختصاص به شروط ضمن عقد داشته و اعتبار شرط متوقف بر اجتماع آنها می‌باشد. همان گونه که اشاره شد، قانون مدنی ذکر از شرایط اختصاصی صحت شرط به میان نیاورده است و تنها

در دو ماده ۲۳۲ و ۲۳۳، به الهام از نظرات فقهای امامیه و مباحث دقیق مطروحه در فقه در خصوص شرط ضمن عقد، شروط باطل را نام برده است. با توجه به اصل صحت شرط و ملاحظه شروط باطل مذکور در مادّتين فوق، می توان شرایط اختصاصی صحت را به شرح زیر استنباط نمود:

۱- انجام شرط بایستی مقدور باشد. ۲- شرط باید دارای نفع و فایده باشد. ۳- شرط باید مشروع باشد. ۴- خلاف مقتضای عقد نباشد. ۵- شرط بایستی مجهول باشد به نحوی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.^۱

بخش دوم: بررسی اقسام شروط ضمن عقد

پس از بررسی و تبیین مفهوم، ماهیت حقوقی و شرایط صحت شرط، به بیان اقسام شروط ضمن عقد می پردازیم. شرط را به اعتبارهای گوناگون تقسیم کرده اند. از جمله به اعتبار اثری که شرط در عقد می کند، می توان آن را به سه گروه «تعلیقی»، «فاسخ»، «تقیدی» تقسیم نمود. به اعتبار چگونگی بیان اراده نیز شرط را به «شرط صریح» و «شرط ضمنی» تقسیم کرده اند.

همچنین به این اعتبار که اثر شرط تنها محدود به طرفین قرارداد می باشد یا درباره دیگران نیز موثر است، می توان شرط را به دو دسته «شرط به سود طرفین قرارداد» و «شرط به نفع ثالث» تقسیم کرد. تقسیم بعدی، تقسیم شرط به اعتبار نفوذ آن می باشد. که به این اعتبار شرط به «شرط صحیح» و «شرط فاسد» تقسیم می شود.^۲

شرط صحیح، شرطی است که بدون آن که به صحت معامله خللی وارد آورد، دارای اثر و اعتبار بوده و لازم الوفاست. این شرط خود بر سه قسم است: «شرط صفت»، «شرط نتیجه» و «شرط فعل».

«شرط باطل، یعنی الزامی بیهوده و فاسد که عموم ادله وفاء به آن شامل می شود و انجام آن بر مشروطه علیه واجب نیست. و نیز به دلیل مخالفت آن شرط با قانون، لازم الاجرا نبوده و قانون از آن به نفع کسی که شرط برای او است، حمایت نمی کند»^۳. به بیان ساده تر، منظور از شروط باطل، شروطی است که بر خلاف موازین قانونی و شرعی باشد.

۱ - میر حسین، عابدیان، شروط باطل و تأثیر آن در عقد، ققنوس، ص ۵۷

۲ - ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشارات بهنشر، ص ۱۴۵ و ۱۴۶

۳ - علی، وفادار، حقوق خانواده، وفادار، ص ۹۷

چنین شروطی هر چند در ضمن عقدی قید شده باشد، بی اثر بوده و قابل اعتنا نیست. شروط باطل نیز بر دو دسته تقسیم می شوند:

« شروط باطل و غیر مبطل عقد » و « شروط باطل و مبطل عقد ».

قانون مدنی ایران در مبحث شروط ضمن عقد، تنها به ذکر همین قسم اخیر یعنی تقسیم شرط به اعتبار نفوذ حقوقی، پرداخته و احکام را بر مبنای آن تدوین نموده است. بدین ترتیب مطالب را اینگونه تقسیم می نماییم.

بند اول: شروط صحیح

شروط صحیح، عبارت از شروطی است که بر طبق مقررات مربوطه و بر اساس شرایط صحت شرط واقع شده باشد. در واقع هر شرطی غیر از شروط پنجگانه مذکور در مادّتين ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی ضمن معامله ای گنجانده شود، شرط صحیحی خواهد بود. با این وجود مقنن در ماده ۲۳۴ قانون مدنی شروط صحیح را به سه دسته تقسیم نموده اند: « شرط صفت »، « شرط نتیجه » « شرط فعل اثباتاً یا نفیاً ». که در ذیل هر کدام بطور خلاصه بیان می شود.

الف - شرط اول

ماده ۲۳۴ قانون مدنی در تعریف شرط صفت می گوید: « شرط صفت عبارت است از شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله ». بنابراین، چنانچه خصوصیتی در یکی از عوضین شرط شود مثلاً، در عقد بیع شرط شود که رنگ اتومبیل سفید باشد، به این شرط اصطلاحاً « شرط صفت » می گویند. در عقد نکاح نیز هر گونه بیان وصف زوج و زوجه به هر عبارت، عنوان شرط صفت را دارد. مثل شرط دکتر بودن زوج، شرط بکارت در زوجه و.....^۱ پاره‌ای از نویسندگان^۲ حقوق مدنی اصطلاح شرط صفت را ناظر به عین خارجی دانسته و بر این عقیده‌اند که چنانچه مورد معامله کلی باشد، شرط صفت نسبت به آن متصور نیست بلکه در حقیقت شرط مزبور، بیان صفات مشخص و ممیز مورد معامله از بین انواع دیگر کلی است اما به نظر برخی دیگر از نویسندگان حقوقی^۳، شرط صفت اعم از وصفی است که

۱ - محمد جعفر، جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، گنج دانش، ص ۲۱۸

۲ - میرسیدحسن، امامی، حقوق مدنی، ج ۱، اسلامیّه، ص ۲۸۲ - سید مصطفی، محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)،

علوم انسانی، تهران، ص ۴۱

۳ - ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، بهنشر، ص ۱۴۹

برای عین معین شرط می شود یا صفتی که برای عین کلی در عقد آمده است و اختصاص آن به مبیع شخصی محملی ندارد. ضمانت اجرای تخلف از شرط صفت، ایجاد حق فسخ برای طرفی است که از آن زیان می برد. در این رابطه باید توجه داشت که حق فسخ مشروطه له نیز، ناظر به موردی است که موضوع معامله عین معین باشد زیرا تنها در این حالت است که جبران ضرر مشروطه له جز از راه فسخ قرارداد امکان ندارد.^۱ و در معامله کلی، شرط صفت از این جهت که موضوع آن بر ذمه قرار می گیرد به شرط فعل بر می گردد و از راه اجبار متعهد قابل اجرا است.^۲

در رابطه با عقد نکاح نیز، در صورت تخلف از شرط صفت، برای مشروط له حق فسخ منظور شده است چنانچه ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مقرر می دارد: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده باشد و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود.....».

بالاخره باید به این نکته نیز اشاره کرد با توجه به اینکه مبنای خیار تخلف از شرط، جبران ضرر مشروط له می باشد لذا هرگاه ضرر و زیان ناشی از تخلف شرط، به نوعی جبران شود، حق فسخ مشروط له، مبنای خود را از دست خواهد داد. پس اگر موضوع معامله در زمان عقد، صفت مشروط را دارا نباشد ولی در زمان تسلیم یا قبل از فسخ معامله وصف مورد نظر به وجود آید، حق فسخ مشروط له نیز از بین خواهد رفت^۳، زیرا از آنجا که خیار تخلف از شرط وسیله ای برای جبران ضرر است، هرگاه زیان ناشی از تخلف شرط به گونه ای دیگر جبران شود حق فسخ مبنای خود را از دست می دهد. در واقع ضرر باید هنگام اعمال خیار موجود باشد و گرنه موجبی برای پیمان شکنی وجود ندارد. چنانچه قانون مدنی نیز در بحث «خیار عیب در اجاره» همین قاعده را رعایت نموده است. ماده ۴۷۸ قانون مدنی مقرر می دارد: «..... ولی اگر موجد رفع عیب کند به نحوی که به مستاجر ضرری نرسد، مستاجر حق فسخ ندارد».

۱ - البته به نظر برخی در عین شخصی نیز، به مجرد تخلف از صفت، حق فسخ برای مشروط له ایجاد نمی شود، و مشروط علیه در صورت توانایی باید آن را احداث کند. (روشنعلی، شکاری، مقاله شرط ابتدایی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۳۹، ص ۷۹)

۲ - کاتوزیان، پیشین، ص ۲۰۹

۳ - همان، ص ۲۱۰.

ب - شرط دوّم

شرط نتیجه عبارت است از شرط نمودن تحقق امری در خارج و بر این اساس، شرط ناظر به ایجاد غایت و منظور طرفین قرارداد می‌باشد^۱ که تحقق مقتضاء و اثر یک عمل حقوقی «عقد یا ایقاع» را شرط می‌نمایند^۲. در توضیح باید گفت که تحقق برخی از اعمال حقوقی، نیاز به اسباب و طرق مشخصی دارد که در شرع معین شده است مانند طلاق. ولی برخی از اعمال حقوقی هستند که تحققشان نیاز به اسباب شرعی خاصی ندارد مثل وکالت یا انتقال مالکیت. بر این اساس، اگر منظور طرفین قرارداد از شرط نتیجه این باشد که نتیجه مطلوب به واسطه انجام دادن مقدمات و اسباب شرعی حاصل شود مانند طلاق، چون این فرض به شرط فعل برمی‌گردد صحیح است و دارای آثار حقوقی خاصّ خود^۳. ولی اگر منظور طرفین این باشد که نتیجه مورد نظر بدون انجام مقدمات شرعی و به صرف قید شرط، محقق شود در این صورت باید یاد آور شد که چنین شرطی به دلیل مخالفت با کتاب و سنت باطل خواهد بود^۴. بنابراین، اگر کسی ملکی را به دیگری بفروشد به شرط آنکه دختر خریدار هم به حباله نکاح او درآید، چون زوجیت سبب خاصی دارد، چنین مستببی بدون سبب محال خواهد بود^۵. در مورد شرط نتیجه به نفع شخص خارجی، چنانچه بر یکی از طرفین معامله شرط شود که مال معینی متعلّق به شخص ثالثی باشد، به عقیده پاره ای از نویسندگان حقوقی^۶ با وحدت ملاک از ماده ۱۹۶ قانون مدنی^۷ می‌توان صحت چنین شرطی را استنباط نمود. در واقع به نفس اشتراط، مال موضوع شرط از آن شخص ثالث می‌گردد و نیازی به قبول او نخواهد داشت. اما به نظر برخی دیگر^۸، بخش اخیر ماده ۱۹۶ قانون مدنی حکمی

۱ - کاتوزیان، پیشین، ص ۱۵۱.

۲ - همان، ص ۱۵۲ - محقق داماد، پیشین، ص ۴۱.

۳ - شهابی، پیشین، ص ۴۵ و ۴۶.

۴ - انصاری، پیشین، ص ۲۸۳.

۵ - افتخاری، پیشین، ص ۲۵۲.

۶ - امامی، پیشین، ص ۲۹۲.

۷ - ماده ۱۹۶ قانون مدنی: «کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است، مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود. معذالک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالث بنماید».

۸ - کاتوزیان، پیشین، ص ۱۵۶.

استثنایی بوده که باید به طور محدود تفسیر شود و از این حکم نمی توان نتیجه گرفت که شخص می تواند بدون رضای دیگری، مالی را به او تملیک کند. در مورد اثر شرط نتیجه نیز که در آن، تحقق امری در خارج شرط می شود، نتیجه مطلوب و مورد نظر به سبب عقد تبعی که ضمن عقد اصلی تحقق پیدا می نماید، حاصل می شود و دو عقد اصلی و تبعی با یکدیگر به وجود می آیند و قصد انشاء معامله تبعی در ضمن انشاء معامله اصلی به وجود می آید. لذا هرگاه نتیجه مورد نظر، سبب خاصی برای تحققش نیاز نداشته باشد با اراده انشایی عقد اصلی، محقق می شود و احتیاج به عقد جدیدی ندارد مثل شرط وکالت در امری. ولی در مواردی که تحقق نتیجه مورد نظر نیاز به اسباب و مقدمات خاصی داشته باشد، شرط آن نتیجه، در حکم شرط نامشروع بوده و مخالف کتاب و سنت خواهد بود. و بر این اساس اگر مشروط له، عالم به بطلان شرط نباشد، حق فسخ عقد را دارا خواهد بود.^۱ لازم به ذکر است که در عقد نکاح، تخلف از شرط نتیجه و همچنین شرط فعل، از موجبات خیار فسخ نیست، چرا که خیار فسخ به علت تخلف از شرط نتیجه یا فعل، ویژه قراردادهای مالی بوده و در نکاح، موارد فسخ محدود است. بنابراین مشروط له اختیار فسخ ندارد و تنها در صورت زیان از جهت تخلف از شرط، می توان جبران آن را از مشروط علیه خواهد.^۲

ج- شرط سوّم

در مواردی که موضوع شرط، تعلق به فعل و عمل یکی از طرفین عقد یا شخص خارجی داشته باشد، « شرط فعل » نامیده می شود.^۳ در قانون مدنی نیز در ماده ۲۳۴ در تعریف شرط فعل آمده است: « شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود ».

فعل مورد شرط از جهت ماهیت به مثبت و منفی یعنی انجام و خودداری از انجام عمل، تقسیم می شود. فعل مثبت مانند احداث یک باب خانه که به صورت شرط ضمن عقد، بر عهده یکی از طرفین معامله قرار داده می شود و فعل منفی مثل خودداری از بالا بردن ساختمان، بیش از ده متر.

۱ - همان، ص ۲۲۹.

۲ - سید علی محمد، یثربی، حقوق خوانواده در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، نشر سازمان تبلیغات اسلامی، تهران، ص ۵۶.

۳ - انصاری، پیشین، ص ۲۸۲.

همچنین موضوع شرط فعل از حیث ظرف تحقق، ممکن است فعل مادی باشد یا حقوقی. فعل مادی مانند درختکاری و فعل حقوقی مثل اجاره دادن یک باب خانه که مورد شرط ضمن عقد قرار می‌گیرد. البته فعل مورد شرط می‌تواند مخلوطی از فعل مادی و حقوقی نیز باشد مثل فروختن قطعه زمینی با شرط احداث ساختمان در آن و سپس اجاره دادن آن به سود خریدار^۱.

در همه این موارد باید گفت که « شرط فعل » همیشه نوعی تعهد و التزام است^۲. بنابراین اگر در ضمن عقد نکاح شرط شود که شوهر هزینه تحصیل همسرش را بپردازد، در واقعه تعهدی بر عهده زوج به وجود می‌آید که او ملزم است آن را انجام دهد. در مورد شرط فعل بر شخص خارجی، باید توجه داشت که اگر در معامله بین دو طرف، التزامی بر شخص خارجی شرط شود و در واقع شرط فعل به ضرر شخص خارجی باشد، به نظر می‌رسد که شرط مزبور صحیح است ولی الزام شخص ثالث به شرط منوط به قبول او خواهد بود^۳ و چنین شرطی در حکم فضولی است^۴. اما در موردی که شرط بر یکی از طرفین معامله واقع شود و موضوع آن انجام فعلی از طرف شخصی دیگر باشد، در این فرض مستقیماً تعهدی برای شخص ثالث به وجود نمی‌آید. بلکه در حقیقت مشروط علیه ضامن انجام فعل مورد نظر از سوی شخص ثالث می‌باشد^۵. از آنجایی که شرط جزئی از شرط است، لذا لزوم وفای به قرارداد، شامل لزوم وفای به شرط نیز می‌شود. بر این اساس طرفی که ملتزم به انجام فعلی است باید آن را انجام دهد. در نتیجه در شرط فعل، اصل بر اجرای شرط است. مگر در مورد فعلی که انجام آن به وسیله دیگری ممکن نباشد و همچنین امکان اجبار مشروط علیه نیز برای انجام شرط وجود نداشته باشد که فقط در این حالت، برای مشروط له حق فسخ به وجود می‌آید. در مورد تعدّر انجام شرط نیز باید یادآور شد که هرگاه بعد از عقد، انجام شرط ممتنع شود که حین العقد ممتنع بوده است، مشروط له به استناد ماده ۲۴۰ قانون مدنی حق فسخ خواهد داشت.

۱ - مهدی، شهیدی، شروط ضمن عقد، ج ۴، مجد، ص ۶۶ و ۶۷

۲ - کاتوزیان، پیشین، ص ۱۵۷

۳ - امامی، پیشین، ص ۲۹۳

۴ - کاتوزیان، پیشین، ص ۱۸۵

۵ - احمد، شریف، شرط در آیینۀ فقه و حقوق، کمال الملک، ص ۱۳۲

ماده ۲۳۴ قانون مدنی در تعریف این شرط مقرر می دارد: « شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.» فعلی که مورد شرط قرار می گیرد ممکن است مادی بصورت مثبت و منفی یا ناظر به انجام دادن یا خودداری از انجام عمل حقوقی باشد.

به عقیده شیخ انصاری مفاد شرط فعل اعم از مثبت یا منفی، بدو تکلیف است و مقتضای شرط آن است که، مشروط به، بر مشروط علیه واجب می شود و اگر مشروط به ترک فعل و عدم انجام باشد، انجام آن حرام خواهد شد.

یکی از نویسندگان حقوق در مورد اثر این شرط اینگونه بیان دارد که: « شرط فعل، همیشه نوعی التزام و تعهد است، هر چند که نتیجه مطلوب و نهایی نیز تملیک باشد.^۱ » اینگونه می توان نتیجه گرفت که در اثر شرط فعل، دینی بر عهده ملتزم قرار می گیرد که موضوع آن انجام دادن کار خارجی است که پس از توافق باید انجام گیرد تا نتیجه مطلوب طرفین قرارداد حاصل شود.

با توجه به قسمت پایانی تعریف شرط فعل در ماده ۲۳۴، شرط فعل منحصرأ شرط انجام یا عدم انجام فعل از ناحیه طرفین قرارداد نیست بلکه ایجاد شرط فعل بر عهده شخص یا اشخاص ثالث نیز قابل تصور است. که البته نفوذ و اعتبار چنین شرطی، به اراده این اشخاص وابسته است.^۲

در اینکه انعقاد چنین شرطی نسبت به بیگانه فضولی است یا در حکم پیشنهادی است که باید مورد قبول قرار گیرد، مباحث فراوان است. و تفاوت این دو مفهوم در این است که اگر فضولی بدانیم، با اجازه ثالث به این اقدام نفوذ حقوقی بخشیده و تعهد را از هنگام انعقاد معتبر می سازد. و در صورت دیگر حداکثر در حکم پیشنهادی است که از تاریخ قبول بیگانه واقع می شود و در گذشته تأثیر ندارد. به نظر دکتر کاتوزیان چنین شرطی در حکم فضولی است، زیرا اگر تصرف در مال بیگانه بتواند از سوی او تنفیذ شود وفق ماده ۲۳۴ قانون مدنی، چرا درباره تعهد برای او باطل یا پیشنهاد ساده فرض شود؟! نظریه معامله فضولی قاعده ای است که در عقد تملیکی وعهدی یکسان اجرا می شود و نباید آن را ویژه معامله تملیکی

۱ - همان، ۵۶۴، ص ۱۴۲.

۲ - مهدی، شهیدی، شروط ضمن عقد، مجد، ص ۶۵

مال غیر پنداشت^۱.

در مورد شرط فعل مادی، سه اثر مترتب است: وجوب اقدام به شرط از سوی مشروط علیه؛ جواز اجبار ممتنع؛ تحقق خيار فسخ برای مشروط له در فرض عدم امکان اجبار ممتنع و یا انجام دادن آن توسط شخص دیگر. دلایل وجوب وفای به شرط، ادله قاعده شروط (کتاب، سنت) است. حال اگر مشروط علیه از انجام تخلف نماید، در صورت امکان اجبار، مشروط له با مراجعه به حاکم اجبار او را تقاضا می کند^۲.

چنانکه اجبار ممکن نباشد و مفاد شرط قابل استنباط باشد، حاکم به حساب مشروط علیه انجام آن را به دیگری می سپارد و اگر مشروط علیه از پرداخت هزینه امتناع نماید، حاکم هزینه صرف شده را از دارایی او برمی دارد. دلیل فقهی این مسأله ولایت حاکم بر ممتنع است و حاکم بدین وسیله از ضرر مشروط له جلوگیری میکند^۳. و در فرض عدم امکان اجبار ممتنع و ایجاد حق فسخ برای مشروط له، از نظرفقهی، دلیل تحقق حق خيار قاعده لاضرر است. به موجب این قاعده، حکم ضرری که لزوم قاعده است رفع می شود و عقد لازم به عقد جایز تبدیل می شود^۴.

۱ - ترک فعل مادی

۱ - ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، انتشار، ش ۳۵۰.

۲ - البته شهید اول در این مسأله عقیده مخالف دارد. به عقیده ایشان شرط، لزوم و وجوب نمی یابد، بلکه عقد لازم به دلیل وجود شرط، خیاری و جایز می شود. شهید اول در ادامه استدلال خود می گوید: «در موارد شرط نتیجه، مفاد شرط با تحقق عقد محقق می شود و لزوم شرط به تبع لزوم عقد تحقق می یابد، مثل آنکه وکالت در ضمن عقد لازم به نحو شرط نتیجه ملحوظ گردد؛ ولی اگر مفاد شرط یک امر منفصل از عقد و ممکن الوقوع باشد، مثل مواردی که شرط فعلی در ضمن عقد مندرج گردد، در حقیقت عقد بر یک امر ممکن الوقوع معلق شده است و چیزی که بر یک امر ممکن معلق شده باشد، خود ممکن الوقوع خواهد شد نه آنکه شرط لازم الاجرا گردد و بنابراین نتیجه اینگونه اشتراط منقلب شدن عقد لازم به عقد جایز است» (الروضیه البهیة (شرح لمعه)، ج ۱، ص ۳۸۶. این نظریه، بوسیله فقهای دیگر از جمله شهید ثانی، مورد ایراد قرار گرفته و گفته شده که شرط، منفصل از عقد نیست، بلکه اثر شرط که استحقاق مشروط له به مفاد شرط است، متصل به عقد است و همراه با انشای شرط حاصل می شود. به سخن دیگر، آنچه به شکل منفصل انجام می گیرد، عمل بر طبق شرط است، نه اصل استحقاق.

۳ - سید مصطفی، محقق داماد، قواعد فقه، ج ۳، سمت، تالیف نگارنده (الحاکم ولی للممتنع)

۴ - سید مصطفی، محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ج ۱، سمت، ص ۱۸۹ به بعد. نظر دیگری در فقه ارائه شده مبنی براینکه دلیل خيار، آن است که التزام مشروط له معلق بر وفا به شرط است و در فرض تخلف می تواند ملتزم نباشد.

درمورد شرط ترک فعل مادی، در دو فرض متفاوت حقوق مشروط له را مورد بررسی قرار می‌دهیم. آنچه متعلق اراده قرار گرفته عدم حدوث عملی است که ترک آن شرط شده است. در این فرض هرگاه مشروط له احساس تخلف از ناحیه مشروط علیه نماید، می‌تواند از دادگاه ترک تخلف مشروط علیه را در خواست کند و در صورت عدم امکان اجبار خیار فسخ برای او ایجاد می‌شود. دوم علاوه بر عدم حدوث عملی که ترک آن شرط شده بود، بلکه استمرار و بقاء آن نیز متعلق اراده طرفین بوده است. در این فرض مشروط له می‌تواند اعاده وضعیت سابق را از دادگاه در خواست کند، زیرا مشروط علیه شرعاً ملزم به اجرای مورد تعهد است و به این علت در فرض تخلف، حاکم الزامی شرعی را اجرا می‌کند و در فرض عدم امکان الزام، برای مشروط له خیار تخلف شرط بوجود می‌آید.

۲ - شرط فعل حقوقی

اگر مفاد شرط انجام دادن یکی از افعال حقوقی باشد، در فرض تخلف مشروط له مانند مورد تخلف فعل مادی به حاکم مراجعه و حاکم ممتنع را اجبار و چنانچه امتناع نمود حاکم به استناد قاعده «الحاکم ولی الممتنع»^۱ به نیابت از ممتنع عمل حقوقی مورد تعهد را انجام می‌دهد.

زیرا اعمال حقوقی مورد تعهد از اعمالی نیست که با مباشرت در انجام دادن آن معتبر باشد بنابراین، مادام که امکان اجبار به انجام وجود دارد حق خیار ایجاد نمی‌شود.^۲

شرط ترک فعل حقوقی، در مورد اینکه در این شرط برای مشروط له در صورت تخلف مشروط علیه چه حقوقی به وجود می‌آید در فقه اختلاف عقیده وجود دارد. عده‌ای معتقد بر باطل و بی‌اثر بودن عمل حقوقی حادث از جانب مشروط علیه می‌باشند. به علاوه لزوم وفاء به شرط مستلزم آن است که مشروط علیه مجبور بر انجام دادن آن بوده و قدرت بر ترک نداشته باشد.^۳

بعبارت دیگر، مشروط علیه با التزام به شرط، ممتنع شرعی شده است و ممتنع شرعی همانند ممتنع عقلی است (الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً)، بدین معنا که قادر به انجام دادن آن عمل نخواهد بود.

۱ - سید مصطفی، محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ج ۳، سمت، قاعده الحاکم ولی الممتنع

۲ - شیخ مرتضی، انصاری، مکاسب، ص ۲۸۵

۳ - همان، ص ۲۲۰.

شیخ انصاری در موارد مختلف این نظریه را که تخلف از شرط در ترک فعل حقوقی هیچگاه فرض نخواهد شد تا اینکه مسأله خیار برای مشروط له مطرح شود را تقویت کرده است. نسبت به تخلف از چنین شرطی می‌گوید: «فمخالفة الشرط و هو فسخ غیر نافذة فی حقه..... فیسئلزم ذلک کون الفسخ الواقع لغواً.^۱»

یعنی چنانچه مشروط علیه، تخلف ورزد و به رغم تعهد خود اقدام به فسخ کند، فسخ بی-اثر خواهد بود.

مرحوم طباطبایی یزدی نیز در مسأله وکالت ضمن عقد نیز همین نظریه را اتخاذ نموده است.^۲

بند دوم: شروط باطل و غیر مبطل

شروط باطل و غیر مبطل، شروطی است که هر گاه ضمن عقدی گنجانده شوند، بر حسب طبیعت خاص خود، هیچ لطمه‌ای به صحت عقد وارد نمی‌سازند بلکه تنها خود شرط باطل تلقی شده و عقد صحیح می‌باشد. ماده ۲۳۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست:

۱ - شرطی که انجام غیر مقدور باشد. ۲ - شرطی که در آن نفع و فایده نباشد. ۳ - شرطی که نامشروع باشد».

الف - شرط غیر مقدور

هدف نهایی هر التزامی، اجرا و انجام آن است. تعهدی را که قابلیت اجرا نداشته باشد، نمی‌توان صحیح دانست. بنابراین شرطی که انجام آن مقدور نباشد، مانند هر تعهدی که غیر قابل اجرا باشد، عرفاً امری بیهوده و بلا اثر است. در غالب تالیفات فقهی^۳ تاکید شده است که انجام شرط باید در توان مشروط علیه باشد. قانون مدنی نیز، توانایی بر تسلیم را از شرایط عمومی نفوذ قراردادها می‌داند. بند الف ماده ۲۳۲ قانون مدنی در واقع اجرای این قاعده در شرط است.

« شرط غیر مقدور آن است که عقلاً و عرفاً، انجام آن ممکن و میسر نباشد. مثل این که

۱ - همان، ص ۲۲۰ و ۲۲۱

۲ - محمد کاظم، طباطبایی یزدی، عروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۲۲

۳ - شیخ مرتضی، انصاری، مکاسب ج ۶، مطبوعه اطلاعات، تبریز ۱۵ - بجنوردی، سید میرزا حسن، قاعده الفقهیه، ج ۳، مؤسسه اسماعیلیان، ص ۲۲۵

کسی خانه ای را به دیگری بفروشد به مبلغ معینی و ضمن عقد شرط نماید که خریدار در عرض یک روز به اوزبان چینی بیاموزد، چنین شرطی که انجام آن عملی نبوده و غیر ممکن می باشد، باطل است. به این معنی که عقد بیع یعنی فروش خانه را باطل نمی نماید بلکه خود شرط باطل است^۱.

بنابراین اگر در ضمن عقد نکاح شرط شود که شوهر، مرده ای را زنده کند، چنین شرطی به لحاظ غیر مقدور بودن انجام آن، باطل اما مبطل عقد نکاح نیست.

ب- شرط بی فایده

اصولاً هر تعهدی اعم از این که تعهد اصلی باشد یا این که به صورت شرط ضمن عقد تبعی، باید دارای منشا اثر و فایده ای باشد و آلا در بطلان شرطی که هدف معقولی به دنبال نداشته باشد، با توجه به نصوص وارده در قانون مدنی، نمی توان تردید نمود.

« منظور از شرط بی فایده، شرطی است که دارای هیچگونه نفع و غرض عقلایی نباشد و بر مالکیت یک از دو عوض نیفزاید^۲ ». شرطی که دارای نفع و فایده ای نباشد، ذکر آن در عقد بدون فایده و قانون نیز انجامش را بلا اثر دانسته و بدین جهت آن را باطل می شمارد^۳. مانند آنکه در ضمن عقد نکاح شرط شود یکی از زوجین، تعداد موهای سر دیگری را تعیین نماید. به عنوان مثال دیگر، اگر کسی با دیگری عقد اجاره ای منعقد نماید مبنی بر اینکه یک دستگاه آپارتمان سه خوابه را اجاره می دهد که مستاجر اول هر ماه، اجاره آن را که مبلغی معین است و مورد توافق و قبول طرفین می باشد، بپردازد و در ضمن عقد اجاره شرط شود که مستاجر هر روز گودالی را به عمق سه متر بکند و بعداً آن را پر نماید، اثر چنین شرطی به عقد اجاره تاثیری نمی گذارد^۴. چنانچه اشاره شد، دارا بودن منفعت عقلایی از جمله شرایط صحت شرط شمرده است. البته شیخ انصاری علاوه بر نفع و فایده عقلایی، نفع و فایده شخصی را نیز مدّ نظر قرار می دهد. بدین صورت که شرط در صورتی بی فایده است که نه نفع عقلایی داشته باشد و نه برای خود مشروط له، نفع شخصی داشته باشد^۵. از

۱ - ناصر، رسائی نیا، حقوق مدنی (عقود و تعهدات)، آوای نور، ص ۱۲۵ و ۱۲۶

۲ - حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، حلی، بی تا، تذکره الفقهاء، ج ۱، مکتبه المرتضویه، ص ۵۲۴

۳ - میر سید حسن، امامی، حقوق مدنی، ج ۱، اسلامیه، ص ۲۷۵

۴ - رسائی نیا، پیشین، ص ۱۲۶

۵ - انصاری، پیشین، ص ۲۷۷

این سخن شیخ چنین بر می‌آید که اگر شرطی دارای نفع نوعی عقلایی نباشد اما برای شخص مشروط له، بنا به وضعیت و شخص خاص خودش و یا به هردلیل دیگری دارای نفع و فایده باشد، چنین شرطی صحیح و نافذ خواهد بود. بدین ترتیب معلوم می‌شود که معیار تمیز فایده شرط، بنای عقلا و خردمندان است، ولی این معیار به تنهایی کافی نیست و آن را باید با توجه خواستها و نیازهای ویژه طرفین عقد و به ویژه خواست مشروط له، در نظر گرفت.^۱ برای مثال، اگر پدری به منظور تربیت فرزند خود کار دشوار و به ظاهر بی فایده ای را بر او شرط کند، به استناد ماده ۲۳۲ قانون مدنی نمی‌توان آن را باطل دانست در حالی که ممکن است همان کار در معامله بین دو رقیب تجاری، بی فایده اعلام شود.^۲

ج- شرط نا مشروع

این شرط در کتب فقهی بیشتر تحت عنوان « شرط مخالف کتاب و سنت^۳ » مطرح شده است، اما با توجه به اینکه امروزه در جامعه ما علاوه بر تدوین اکثر قوانین بر اساس مبانی کتب و سنت، قوانین دیگری نیز با توجه به نیازهای جامعه، تدوین یافته است، لذا اصطلاح « شرط نا مشروع » استعمال می‌شود. شرطی را نا مشروع گویند که با قوانین امری یا نظم عمومی و اخلاق حسنه منافی باشد.^۴ بدین ترتیب شرط نامشروع خود بردو قسم است: « شرط خلاف قانون» و «شرط خلاف نظم عمومی اخلاق حسنه».

۱ - شرط خلاف قانون

شرط خلاف قانون در صورتی باطل است که امری بودن آن مسلم باشد. بنابراین اگر طرفین، محل سکونت زن یا تسلیم مبیع را به تراضی تغییر دهند، اجرای شرط با هیچ مانعی روبرو نخواهد شد، زیرا در مورد قوانین تکمیلی و تفسیری، مقصود قانون گذار تعبیر اراده اشخاص و کامل ساختن قراردادهای ناقص است و شرط کردن بر خلاف آن‌ها زیانی به این هدف نمی‌رساند.^۵ اما اگر در ضمن عقد نکاح شرط شود که ریاست خانواده با زن باشد یا آنکه شرط شود که زن در اعمال و معاشرتهای خود کاملاً آزاد باشد، چنین شرطی به

۱ - کاتوزیان، پیشین، ص ۱۷۲

۲ - ناصر، کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی)، انتشار، ص ۳۰۳

۳ - انصاری، پیشین، ص ۲۷۷

۴ - کاتوزیان، پیشین، ص ۳۰۴

۵ - همان.

دلیل مخالفت با قانون امری، باطل و بلا اثر است.

۲ - شرط خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه

غالب قواعد مربوط به نظم عمومی ناشی از قوانین امری است اما گاه اتفاق می افتد که قراردادی با هیچ یک از مواد قانون، منافات ندارد و با وجود این، به دلیل مخالفت با اخلاق حسنه و جریحه دار کردن احساسات مردم با نظم عمومی برخورد پیدا می کند برای مثال، تعهدی که برای راضی ساختن زنی به ایجاد رابطه‌ای نامشروع می‌شود، در هیچ ماده‌ای منع نشده است درحالی که بیگمان با نظم عمومی مخالف است.^۱

بند سوّم: شروط باطل و مبطل عقد

دسته دیگری از شروط باطل، شرطی است که به واسطه مختل کردن ارکان اساسی عقد اصلی، موجب فساد آن می‌گردند. مطابق ماده ۲۳۳ قانون مدنی شروطی که هم خود باطل و هم مبطل عقد می باشند، دو قسم اند: « شرط خلاف مقتضای عقد » و « شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود ». که در ذیل به بحث و بررسی آن‌ها می پردازیم.

الف - شرط خلاف مقتضای عقد

به موجب قانون مدنی ایران، هر شرطی که با مقتضای عقد منافات یا مخالفت داشته باشد، باطل شمرده شده و بطلان عقد را نیز سبب خواهد شد. (ماده ۲۳۳ قانون مدنی) مخالفت کردن را خلاف و منافات داشتن را تنافی گویند، اما مقتضاء چیست ؟ درباره مفهوم واقعی مقتضای عقد از دیرباز بحث و تفاوت نظر بوده است و تعاریف مختلفی در این خصوص مطرح شده است. از جمله:

- ۱ - هر عقد دارای مقتضایی است که این اقتضا فی نفسه در عقد قرار داشته، صرف نظر از این که شارع و عقلای عالم برای آن اعتبار قائل شوند و یا خیر.^۲ « مقتضاء » اسم مفعول از مصدر « اقتضاء » و به معنای اثری است که از تاثیر مقتضی به وجود می‌آید.^۳ «مقتضی» آن است که هر گاه مانعی به آن برنخورد، نتیجه‌ای در برداشته باشد و بتواند منشاء اثر شود.^۴
- ۲ - مقتضای هر عقدی در حقیقت، نتیجه و مقصود اصلی طرفین عقد است که اگر آن

۱ - همان.

۲ - سید ابوالقاسم، خویی، مصباح الفقاهه، به کوشش محمد علی توحیدی، ج ۵، وجدانی، ص ۳۴۲

۳ - میر حسین، عابدیان، شروط باطل و تأثیر آن در عقد، ققنوس، ص ۱۳۶

۴ - محمد جعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، تهران، ص ۶۷۷

مقصود مورد نظر نباشد، عقد نیز تحقق پیدا نمی کند.^۱

۳- «مقتضاء» آن گونه به ماهیت عقد وابسته و ملازم با آن است که اگر توسط شرط، سلب شود، جوهر عقد نیز از دست می رود و موضوعیت آن اصلاً منتفی می گردد.^۲

۴- هر نوع عقد، مقتضای مخصوصی دارد که مستقیماً و به سبب عقد حاصل می شود. بنابراین چنانچه عقد بیعی منعقد شود، عقد به صرف انعقاد بایستی موجب ایجاد مالکیت شود چرا که مالکیت، اقتضای عقد بیع است.^۳

همچنین در خصوص معیار دستیابی به مقتضای عقد نیز نظر واحدی دیده نمی شود. چنانچه عده ای^۴، مرجع تمیز مقتضاء را «شرع و قانون» دانسته و گفته اند: هر شرطی که با آثار مترتبه از سوی شارع بر عقد، منافات داشته باشد، با مقتضای عقد مخالف خواهد بود. پاره ای^۵ نیز برای تمیز مقتضای عقد به عرف روی آورده و دستیابی به آثار اصلی عقد را از طریق رجوع به آن میسر دانسته اند. جمعی از فقهاء^۶ هم در شناخت مقتضیات عقد، به هر دو ملاک شرع و عرف تمسک جسته اند. و به عقیده برخی دیگر^۷، به منظور تشخیص مقتضیات عقد، بایستی مفاد تراضی و انشای طرفین را مورد توجه قرار داد. تعیین اینکه کدام یک از این معیارها، صحیح تر، دقیق تر و جامع تر می باشد، نیاز به بحث و بررسی بیشتری دارد. اما در مجموع می توان گفت که برای تمیز مقتضای عقد بایستی به ترتیب از قانون، عرف و قصد مشترک بهره چیست. بدین معنا که ابتدا باید به قانون مراجعه کرد و در موارد عدم تصریح یا اجمال قانون، به عرف و در موارد تردید عرفی، اراده طرفین را در نظر گرفت. حال بعد از بیان این معیارها، اگر بخواهیم تعریف جامع تری در مورد مقتضای عقد ارائه کنیم، می توانیم بگوییم: «مقتضای عقد، موضوع اصلی است که عقد به منظور تحقق و ایجاد آن موضوع منعقد می گردد و بنابر خواست طرفین یا احکام مرتب بر آن، لازمه

۱- رسائی نیا، پیشین، ص ۱۲۷

۲- ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشار، ص ۱۷۵

۳- امامی، پیشین، ص ۲۷۸

۴- علی بن الحسین (محقق ثانی)، کرکی، جامع المقاصد، ج ۱، آل البیت (ع)، ص ۲۶۱

۵- احمد بن محمد، نراقی، عوائد الایام، مکتبه بصیرتی، قم، ص ۴۹- شهابی، محمود، قواعد فقه، فرید، تهران، ص ۵۸

۶- شیخ مرتضی، انصاری، مکاسب، مطبعه اطلاعات، تبریز، ص ۲۸۲

۷- موسی بن محمد، خوانساری نجفی، منیة الطالب، تقریرات میرزای نائینی، ج ۲، مطبعه المرتضویه، نجف اشرف،

ماهیت عقد می باشد^۱». چنانچه مقتضای عقد اجاره، مالکیت منافع برای مستاجر و مالکیت مال الاجاره برای موجر است. لازم به ذکر است که در رابطه با اقسام مقتضای عقد نیز در تالیفات فقهی و حقوقی تقسیم بندی‌های متعددی ارائه شده است برخی^۲ در انواع مقتضاء، به «مقتضای ابتدایی» و «مقتضای ثانوی» اشاره داشته اند. به نظر بعضی^۳ نیز، مقتضای عقد می‌تواند «مقتضای ذات عقد بدون نیاز به جعل شارع» باشد مانند انتقال ملکیت در عقد بیع و یا «مقتضای جعل شارع» باشد مانند خیار مجلس یا خیار حیوان در عقد بیع. پاره ای دیگر از محققین^۴ صور مخالفت شرط با مقتضای عقد را به شرح ذیل بیان نموده اند:

اولاً- مخالفت شرط با مضمون

مخالفت شرط با مضمون و موضوع اصلی عقد، مانند آنکه در عقد اجاره شرط شود که تملیک منافع صورت نپذیرد.

ثانیاً - مخالفت شرط با تمام آثار عقد

مخالفت شرط با تمامی آثار عقد، مثل این که فروشنده به خریدار بگوید این مال را به تو می‌فروشم به شرط آنکه هیچ گونه تصرفی در آن نکنی.

ثالثاً - مخالفت شرط با اثر ظاهر عقد

مخالفت شرط با اثر ظاهر عقد، مانند شرط عدم تسلیم مبیع یا خانه مورد اجاره. برخی^۵ هم در بیان وجوه مختلف مخالفت شرط با مقتضای عقد، پس از ذکر این موارد مشابه، افزوده اند که گاه نیز شرطی منافی با چیزی است که آن چیز لازمه شرعی غیر منفک از عقد می باشد.

مانند آن که در عقد نکاح شرط شود که آن عقد جایز باشد. و در مواردی هم شرط با بعضی آثار عرفی عقد که حتی از آثار اصلی و بارز آن نمی‌باشد، منافات دارد به گونه‌ای که بین نفی آن آثار و نفی مضمون عقد یک ملازمه عرفی است. مثل اینکه فروشنده بر خریدار شرط کند

۱ - کاتوزیان، پیشین، ص ۱۸۲

۲ - خوئی، پیشین، ص ۳۴۲

۳ - نراقی، پیشین، ص ۵۰

۴ - کاتوزیان، پیشین، ص ۱۸۵- عابدیان، پیشین، ص ۱۴۶

۵ - احمد، شریف، شرط در آیینة فقه و حقوق، کمال الملک، ص ۲۱۳

که او حق نداشته باشد بعداً این مال را به فلان شخص بفروشد.

با تدقیق در مطالب فوق، می‌توان گفت که هر عقدی مقتضای دارد. مقتضای عقد، آثار، لوازم و احکام است که به مجرد تحقق عقد، بر آن مترتب می‌شوند. چه این آثار از اموری باشند که بدون آن، عقد محقق نمی‌شود و چه از اموری باشند که بدون آن نیز، عقد واقع می‌گردد. آثار دسته نخست چنان با ماهیت عقد مرتبط هستند که نمی‌توان آن‌ها را از حقیقت عقد تفکیک نمود. در واقع بدون آنها، عرف و قانون برای عقد اثری قائل نیست. برای مثال هدف اصلی از عقد بیع، همان مبادله ثمن و مبیع است که ماهیت خاص عقد بیع را تشکیل می‌دهد.^۱ یا در عقد ودیعه، مقصود اصلی، سپردن مال مورد ودیعه از طرف مودع و نگهداری آن از سوی مستودع است. از این قسم خصوصیات و آثار که هویت حقوقی و رکن اساسی عقد بوده و حیات عقد بدان بستگی دارد، به «مقتضای ذات عقد» تعبیر می‌شود. بنابراین اگر در عقد اجاره، شرط عدم انتفاع مستاجر یا عدم تادیه مال الاجاره به موجر گردد، این نوع شرط خلاف مقتضای ذاتی و ماهوی عقد بوده و باطل است. تردیدی نیست که عقد متضمن چنین شروطی نیز باطل خواهد بود. به نظر برخی از حقوقدانان^۲، در این موارد اصلاً عقدی واقع نمی‌شود تا مبطل بودن آن فرض شود و تعبیر مبطل مبنی بر مسامحه در تعبیر است. زیرا عقدی محقق نشده است تا باطل گردد. بدین ترتیب معلوم می‌شود که مقصود ماده ۲۳۳ قانون مدنی که شرط خلاف مقتضای عقد را باطل و مبطل عقد می‌داند، شرطی است که با مقتضای ذات عقد منافات داشته باشند. کما اینکه فقهای امامیه نیز بر بطلان شرط مزبور، اتفاق نظر دارند.

علت بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد، چنین قابل توجیه است که تحقق عقد سبب پیدایش مقتضای آن می‌شود و وجود شرط سبب نفی آن می‌گردد. در نتیجه آثار هریک از شرط و مشروط، به علت تناقض و تعارض موجود، خنثی شده و هر دو باطل می‌شوند.^۳

۱- ناصر، کاتوزیان، دوره مقدماتی (اعمال حقوق)، ص ۳۰۸

۲- سید علی، حائری شاه باغ، بی تا، شرح قانون مدنی، ج ۲، توسط وزارت دادگستری، ص ۱۰۰

۳- جواد، افتخاری، حقوق مدنی - کلیات عقود و حقوق تعهدات، ج ۳، میزان، تهران، ص ۲۴۰. البته درباره مبنای بطلان شرط مزبور میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. چنانچه اکثر علمای متقدم از جمله شهید ثانی، شرط خلاف مقتضای ذات عقد را از انواع شرط نامشروع تلقی نموده و آن را به جهت مخالفت با کتاب و سنت باطل دانسته اند

تذکر این نکته نیز ضروری است که شرط خلاف مقتضای ذات عقد را نباید با شرط خلاف یکی از آثار عقد اشتباه کرد. زیرا آنچه که مقتضای عقد را تشکیل می دهد، مجموعه آثار عقد است نه یکی از آثار آن و شرط خلاف یکی از آثار عقد به کلیه آثار آن تسری پیدا نمی کند و چون این شرط مانع حصول مقتضای عقد نمی شود، لذا خللی در صحت عقد به وجود نمی آورد. بلکه فقط ممکن است یکی از آثار عقد را از بین ببرد و ذات عقد کماکان به قوت و صحت خود پا برجا بماند.^۱ مثل شرط عدم انتقال مورد مصالحه برای مدت معینی.

دسته ای دیگر از آثار عقد، جزء مقتضای ماهوی و مقصود اصلی عقد نیستند یعنی لازمه ماهیت عقد نبوده و عقد صرفاً برای پیدایش آن ها به وجود نیامده است. بلکه اموری هستند فرعی که اگر عقد به طور اطلاق و بدون قید و شرط واقع گردد، اقتضای آن امور را دارد. مثلاً خصوصیت اصلی عقد بیع، ملکیت مبیع برای مشتری و ملکیت ثمن برای بایع است که به آن «مقتضای ذات عقد» می گویند. اما عقد بیع، خصوصیات و آثار دیگری نیز دارد از قبیل حال بودن ثمن، قطعی بودن بیع، دخول توابع در مبیع و..... که از این خصوصیات به «مقتضای اطلاق عقد» تعبیر می شود. قانون شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد را تجویز نموده و موارد زیادی را نام می برد که طرفین می تواند برخلاف مقتضای اطلاق عقد، شرط کنند. از آن جمله است ماده ۲۸۱ قانون مدنی که مقرر می دارد:

مخارج تادیه دین به عهده مدیون است». یعنی مقتضای اطلاق عقد ایجاب می کند که هزینه های انجام تعهد به عهده متعهد باشد ولی طرفین می توانند خلاف آن شرط نمایند و اگر چنین شرطی شود، نه تنها شرط مزبور باطل و مبطل عقد نیست بلکه صحیح و برای متعاقبین لازم الاتباع است. دلیل این عدم بطلان نیز روشن است چرا که اطلاق عقد، منظور اصلی متعاملین نیست^۲ تا اشتراط خلاف آن را باطل و مبطل عقد تلقی نمود.

بالاخره باید توجه داشت که دربرخی از موارد تشخیص مقتضای ذات عقد و تمیز آن از مقتضای اطلاق عقد، به آسانی امکان پذیر نیست. چون هر عقد آثار و خصوصیات گوناگونی دارد. و اشکال در این است که از بین بردن این آثار تا چه اندازه با تحقق مضمون اصلی عقد قابل جمع است و از چه مرحله آن را بیهوده یا منقلب می سازد. برای مثال می دانیم که

۱ - همان، ص ۲۳۵

۲ - سید مصطفی، محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ج ۲، سمت، ص ۷۳

منظور اصلی از عقد بیع، انتقال مالکیت است و مالک نیز می‌تواند در مال خود، هرگونه تصرفی داشته باشد. حال چنانچه بر خریدار ملکی شرط شود که او هیچ‌گاه نمی‌تواند آن را بفروشد یا هیچ‌گاه نمی‌تواند در آن سکنی گزیند، این تردید به وجود می‌آید که آیا باز هم می‌توان ادعا نمود که خریدار مالک مبیع شده و موضوع عقد صورت پذیرفته است.^۱ از این قبیل اشکالات فراوان است. فقهاء نیز در تشخیص مصادیق ذات عقد درخیلی از مسائل تردید حاصل نموده و اختلاف نظر دارند.^۲

برخی از فقهاء^۳ برای رفع اشکالات یاد شده « اشکال در تشخیص مقتضای ذات عقد » عقیده دارند در مواردی که مخالف بودن شرط با اقتضای ذات و ماهیت عقد روشن نباشد، حکم این قبیل موارد را باید به نظر فقیه موکول نمود. بنابراین به نظر می‌رسد در چنین مواردی از نظر حقوق نیز ضابطه این است که دادگاه باید با توجه به قوانین موضوعه، عرف و اوضاع و احوال، آثار اصلی موضوع عقد را تشخیص و در هر مورد رای مقتضی صادر نماید.

ب- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌شود

یکی از شرایط صحت عقد، معلوم بودن مورد معامله است. پس اگر شرط مجهولی در قرارداد درج شده باشد که جهل به آن موجب جهل به مورد معامله شود، شرط و عقد هر دو باطل است. به عنوان مثال، اگر کسی خانه خود را به مبلغ ده میلیون تومان بفروشد و شرط کند که خریدار ثمن را پس از فوت پدرش بپردازد، جهل به شرط موجب جهل به ثمن است زیرا ارزش ده میلیون تومانی که در زمان نامعلومی باید پرداخت شود مجهول بوده و از این رو هم شرط و هم عقد باطل است. البته در مورد نکاح دائم، شرطی که موجب جهل به عوضین گردد قابل تصور نیست و سالبه به انتفاع موضوع باشد.^۴ این نکته نیز قابل ذکر است که شرط مجهول هر چند مربوط به موضوع اصلی مورد معامله باشد، عقدی را باطل می‌کند که معلوم بودن عقد از شرایط صحت آن باشد و در مورد عقودی که بر مبنای مسامحه

۱- کاتوزیان، پیشین، ص ۳۱۰

۲- از آن جمله است « شرط ضمان در عقد اجاره » و « شرط عدم زیان در عقد شرکت برای یکی از طرفین ». برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک. : بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، نشر کتابفروشی علمی، ص ۲۷۲ و ۳۳۶- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۲، اسلامیه، ص ۴۰ و ۱۳۳ - ناصر، کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، بهنشر، ص ۲۹۵

۳- کرکی، پیشین، ص ۲۶۱

۴- سید مصطفی، محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، مرکز نشر علوم انسانی، تهران، ص ۳۲۶.

واقع شود و تحمّل جهالت را دارد و علم اجمالی به عوض در آنها کافی است، شرط مجهول به درستی عقد صدمه نمی‌زند.^۱ مثل عقد ضمان و کلاً عقود مسامحه ای و احسانی.

بخش سوم: مفهوم و ماهیت شرط باطل

بند اول: معنی و مفهوم

باطل در لغت به معنای بیهوده و بی اثر می باشد.^۲ و شرط باطل یعنی الزام والتزامی بیهوده و فاسد که عموم ادلّه وفاء، آن را شامل نمی شود و رعایت وانجام آن بر مشروط علیه واجب نیست. نیز به واسطه مخالفت آن یا قانون، لازم الاجرا نبوده و قانون از آن به نفع مشروط له حمایت نمی کند. از این رو بعضی از حقوقدانان شرط فاسد را شرطی می دانند که قانون آن را باطل دانسته باشد.^۳ جدای از اینکه قانون از مشروط له برای رسیدن به امر مورد اشتراطی که فاسد است، حمایت نمی کند، در نظر عرف نیز الزام مشروط علیه به ایفای شرط باطل امری ناپسند و غیر قابل قبول است. اگر ضمن عقدی شرط باطلی مندرج گردد، بدان توجّهی نمی شود، و عقد اصلی کماکان به حیات خود ادامه خواهد داد. و باید دانست که ادامه حیات عقد اصلی مشروط بر این است که مشروط له آن اراده بر فسخ و از بین بردن آن نداشته باشد. این بدین معنا نیست که بطلان شرط هیچگاه بطور مستقیم بر روی سرنوشت عقد تأثیر نمی‌گذارد زیرا در بعضی موارد شرط باطل به گونه ای است که قادر است به تنهایی سرنوشت عقد را متحوّل و دستخوش اخلاص گرداند. نحوه و چگونگی تأثیر یک شرط باطل بر روی عقدی که آنرا متضمّن گردانیده است، تاکنون محلّ اختلاف بوده است. بطوری که این موضوع میان متقدّمین و متأخّرين از فقهاء در قدرت باطل ساختن شرط باطل یا عدم وجود چنین تأثیری میان آنان مورد اختلاف واقع شده است.^۴

بند دوم: بررسی نظرات در ارتباط با ماهیت شرط باطل

تا کنون در ارتباط با ماهیت شرط باطل و چگونگی اثرگذاری آن بر عقد نظرات مختلفی بیان شده است که تابع فرضیه ارائه کنندگان آن می‌باشد. بدین ترتیب که اگر در عقد متضمّن شرط، تراضی انجام یافته را ناظر به عقد و شرط به طور توأمان بدانیم، با فساد

۱ - خوانساری نجفی، پیشین، ص ۱۲۰

۲ - حسن، عمید، فرهنگ عمید، ص ۲۳۹.

۳ - محمد جعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ص ۳۸۴.

۴ - مهدی، علامه، شروط باطل و تأثیر آن در عقد، میزان، ص ۵۷.

شرط عقد هم از بین می رود.

چون قصد مشترک ناظر به هر دو مورد بوده است و با فساد شرط بر آنچه که بدون آن باقی می ماند، تراضی نشده است. بواسطه آن که از شمول «تجارة عن تراض» خارج می شود و آنچه که بدون شرط باقی می ماند، به منزله «اکل مال بباطل» است که جایز نمی باشد.^۱ با این نحوه توجیه، هر زمان که شرط فاسد باشد، عقد متضمن آن نیز، فاسد گشته و باطل می گردد. اگر ایجاد عقد را تابع قصد مشترک بدانیم و تحقق شرط را به عنوان یک امر فرعی بر آن تلقی کنیم، بطلان فرع نمی تواند در اصل مؤثر باشد. زیرا قصد اصلی و هدف نهایی حصول عقد بوده و شرط ضمن آن بطور تبعی منظور شده است. بنابراین پیروی از قصد مشترک، ایجاب می کند تا عقد به قوت خود باقی بماند، اگرچه شرط ضمن آن محقق نگردد. مرحوم بحرانی به خلاف علامه حلی (نسبت به آنچه در «مختلف» و «قواعد» در این مورد ذکر کرده است)، عقد متضمن شرط باطل را صحیح دانسته است و دلیل صحت آن را احادیث صحیح و صریح، مخصوصاً «خبربریره» و فرمایش رسول اکرم: «الولاء لمن اعتق» می داند که ایشان بیعی را که مشروط به ولایت فروشندگان بر کنیز مورد معامله بوده است، صحیح ولی شرط ولاء فروشندگان را بر او باطل دانسته است.^۲

بدین ترتیب در هر مورد که شرط باطل باشد، بدان توجهی نمی شود و تأثیری بر عقد ندارد. به عبارت دیگر فساد شرط موجبی از برای فساد و بطلان عقد نخواهد بود.

نظریه سوم مبتنی بر فرض دوم اما به گونه تفکیک است. یعنی اگر چه شرط را یک امر تبعی دانسته که در صورت فساد آن، اصل بر صحت عقد استوار می گردد، اما از آنچه که رابطه عقد و شرط بسیار نزدیک بوده و گاه میان این دو چنان تضادی بوجود می آید که هیچکدام حاصل نمی شود، حسب مورد، شرط باطل می تواند صحت عقد را مخدوش کند. به عبارت دیگر ارتباط شرط باطل با عقد همواره یکسان نیست، تا بتوان حکمی واحد بر عقد متضمن هر شرط باطلی بار نمود. از این رو در مواردی که تحقق شرط مانع از وقوع عقد است و یا شرط به گونه ای است که موجب اخلال به یکی از ارکان اصلی عقد می شود، فساد شرط باعث فساد عقد اصلی و موجب بطلان آن است ولی تا زمانی که شرط فاسد

۱ - علامه، حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱، سنگی، ص ۴۸۹. می فرماید: «اذا بطلت الشروط بطل البیع خلافاً لبعض علمائنا

لان التراضی انما وقع علی هذا الشرط فبدونه لا تراضی»

۲ - شیخ یوسف، بحرانی، حدائق الناضرة، ج ۲، صفحات ۷۶ الی ۷۸

باشد، اما در آن علتی از برای فساد عقد نباشد، نمی توان آن رامبطل دانست.^۱
بر اساس این نظر اصل بر صحت عقدی است که شرط باطلی در آن مندرج گردد. مگر در مواردی که شرط باطل، عقد اصلی را نیز فاسد کنند.

الف - قائلین به فساد عقد با فساد شرط

طرفداران این نظریه، تراضی را مهمترین امری می دانند که بایستی بدان اعتبار داد. به نظر اینان در عقدی که متضمن شرطی باشد، تعلق تراضی به هر دوی عقد و شرط به طور مجموع بوده است و هرگاه شرط ضمن عقد باطل شود، آنچه که باقی می ماند (یعنی عقد) را نیز باطل می دانند و این بواسطه عدم تحقق تراضی نسبت به عقد به طور انفراد است. مرحوم علامه در بیان احکام شروط ضمن عقد، بطلان شرط را موجب بطلان عقد می داند و مخالفت او با قائلین به صحت در این است که، تراضی طرفین را بر شرط واقع می داند که در صورت انتفاء آن، تراضی نیز منتفی می شود.^۲ شهید ثانی نیز در توجیه این نظریه به عدم تحقق تراضی استناد کرده و می گوید: تراضی واقع نمی شود مگر بر مجموع عقد و شرط و بنابراین اگر بعض آن و نفوذ آن از نظر شرعی ممتنع گشت، متعلق تراضی (که عقد و شرط مجتمعاً بوده است) منتفی گردیده و باقی تجارتی است خالی از تراضی که شرع با آن مخالفت دارد.^۳ عمده استناد این بزرگان به آیه شریفه ۲۹ از سوره مبارکه نساء است که می فرماید: « یا ایها الذین آمنوا لا تألکوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منکم..... » و بر این اساس عقدی که متضمن شرط فاسدی باشد را باطل دانسته و از لحاظ شرع آن را معتبر نمی دانند. نیز گفته شده است بر اساس عموم « العقود تابعة للقصد »، شرط باطل، مبطل عقد است. زیرا مقصود امر مرکب از شرط و عقد است و چنانچه شرط باطل شود، بواسطه انتفاء کل بانتفاء جزء، مقصود نیز باطل می گردد. به عبارت دیگر ترتب اثر که هر عقدی متوقف است بر قصد انشاء آن و در عقد متضمن شرط، آن اثری که از

۱ - میر سید علی، علامه فانی، تعلیقه بر عروہ الوثقی، ج ۲، ص ۳۲. ایشان در بیان این مطلب اینگونه می فرمایند: « الشرط الفاسد حیث لا یکون موجباً لفساد المشروط علی المختار لا یکون الشرط المذكور مبطلاً »

۲ - حلی، پیشین، ص ۴۸۹.

۳ - شهید ثانی (عاملی)، مسالک الافهام، ج ۱، سنگی، ص ۱۹۱. ایشان چنین عبارتی دارد: « التراضی لم یقع الا المجموع من حیث هو مجموع فاذا بطل بعضه و امتنع نفوذه شرعاً انتفی متعلق التراضی فیکون الباقي تجارة لا عن تراض ووجه الصحة البیع ان التراضی قد تعلق بکلیمها ».

انشاء عقد مورد قصد و نظر بوده، مرکب از عقد و التزام به شرط فاسد بوده است. از این رو اثر مورد نظر با فساد جزء آن فاسد می شود یعنی بطلان شرط در هر صورت موجب بطلان عقد است.^۱ بعضی پس از بیان ضابطه در بطلان شروطی که با مشروع منافات داشته باشد یا موجب جهل به ثمن یا مثنی گردد، بیع متضمن اینگونه شروط را نیز باطل دانسته اند. یعنی اگر شرطی با مشروع منافی باشد، این شرط، عقد اصلی را نیز باطل می کند. کما اینکه شرط نیز باطل می باشد و دلیل آن عدم وقوع تراضی است مگر به مجموع (عقد و شرط) بنابراین اگر بعض آن ممتنع شود، متعلق تراضی منتفی می گردد؛ زیرا تراضی ناظر به کل و نسبت به مجموع بوده است.^۲

بر اساس این نظر، چنانچه شرطی با مشروع مخالفت داشته باشد، مثل اینکه در معامله ای بر یکی از متعاملین شرط شود که خمر بنوشد، اشتراط بر شرب خمر موجب بطلان عقد خواهد بود و دلیل بطلان نیز چنانچه گفته شد وقوع تراضی بر مجموع عقد و شرط من حیث هو مجموع است.

دسته ای بزرگان مضافاً بر اینکه عقد را بدون شرط امری غیر مقصود دانسته اند، دلیل بطلان عقد را بواسطه فساد شرط را چنین بیان کرده اند که در عقد متضمن یک شرط قسمتی از ثمن در مقابل آن واقع شده است، یعنی «لشرط قسط من الثمن» و هرگاه شرطی فاسد باشد، مقداری از ثمن که معادل آن بوده است، از بین می رود و از آنجا که این مقدار معلوم نیست و در عقد نیز به مقدار آن اشاره ای نشده است، ثمن مجهول گشته و از این جهت عقد باطل می شود.^۳ آنچه که از این بزرگان در تبیین این نظریه به استناد عموم «العقود تابعه للقصد» و «ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد» بیان شد، در مسائل نکاح از آن تخلف شده است. چنانچه اصحاب قول حکم کرده اند به صحت عقد نکاحی که مشتمل بر شرطی فاسد است و شهید ثانی در «مسالك» بر آن دعوی اجماع نموده است. که البته چنین اجماعی نیز بواسطه بطلان عقدی که متضمن شرط خلاف مقتضای آن است، با اشکال مواجه می گردد. از این رو در توجیه گفته شده است که با وجود شرط

۱ - مولی احمد، نراقی، عوائد الایام، ص ۵۱.

۲ - محقق ثانی (کرکی)، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۱۵ - میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۲، ص ۱۸.

۳ - شهید اول و شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، صص ۵۰۵ و ۵۰۶ - میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۳، ص ۱۰۴ - کاشف الغطا، شیخ علی، رساله خیارات، صص ۲۰۲ و ۲۰۵.

فاسد، اصل بر بطلان عقد است، و در مسائل نکاح بایستی اقتصار شود به آنجا که بر صحت عقد اجماع شده و یا حدیثی بر آن دلالت داشته باشد.^۱ می بینیم که عمده استناد فقهای موافق این طرز تلقی به این است که تراضی بر مجموع شرط و عقد به طور توأمان واقع شده و مقصود تراضی را تحقق هر کدام به طور جداگانه نمی دانند. بر این اساس با بطلان شرط، برآنچه که باقی می ماند (یعنی عقد) تراضی تعلّق نمی گیرد. از طرفی درعقدی که متضمّن شرطی باشد، قصد را به مجموع عقد و شرط ناظر می دانند و در صورت بطلان شرط از آنجا که مقصود طرفین حصول هر دوی شرط و عقد بوده است، با استناد به تبعیت عقد از قصد، آنچه که باقی می ماند (یعنی عقد) را غیر مقصود می دانند. به عبارت دیگر قصد را به شرط وعقد به نحو انفراد واقع نمی دانند که با این ترتیب در صورت بطلان شرط آنچه را که بر قصد تعلّق یافته حاصل ندانسته و آنچه را که حاصل شده، مقصود نمی دانند. نیز جزئی از ثمن را به ازای شرط پنداشته اند که در این صورت با انتقاء شرط، حصّه ای از ثمن را که در مقابل آن واقع شده است، منتفی و از بین رفته می دانند و از آنجا که معتقد به عدم معلومیت مقدار جزء از دست رفته می باشند، چنین وضعیتی را موجب مجهول بودن ثمن معامله و نتیجتاً موجب غرر دانسته اند.

این عده به اخبار و روایات نیز اشاره کرده اند و وجود بعضی از آنها را دلیلی بر بطلان عقد متضمّن شروط باطل دانسته اند. از جمله، روایتی است که درباره « بیع عینه » از علی بن جعفر (علیه السلام) مروی است. در این مورد آمده است: اگر کسی مال خویش را به نسیه بفروشد و هنوز مدت آن به سر نیامده از همان مشتری، عین آن مال را به بهای بیشتر یا کمتری خریداری نماید (به همان نوع از پول یا به ثمن از نوع دیگر، نقد یا به مدت) همه اقسام جایز است. به شرط آنکه در معامله اول، انجام معامله دوم شرط نشده باشد. این معامله و شرط را در اصطلاح روایات « عینه » گفته اند که راهی برای فرار از ربا می باشد.

بر این اساس کسی که می خواهد به دیگری مبلغی قرض دهد، متاعی را به طور نسیه و برای مثال به مدت دوماه به مبلغی معادل پنجاه هزارریال می فروشد و پس از فروش بلافاصله نقداً همان جنس فروخته شده را از او به مبلغ چهل و پنج هزارریال خریداری می نماید، که با ترتیب دادن این معامله، کسی که پولی را به وام می خواهد، دریافت می دارد و

پس از گذشت مدت معلوم شده با اضافه ای که بواسطه بیع دوم معین شده است، به او مسترد می‌دارد. در این صورت اگر در معامله اول بر معامله دوم اشتراط نشود و خریدار ملزوم به انجام معامله دوم نباشد و به اصطلاح بتواند مبیع خریداری شده را در جای دیگر به مبلغی کمتر یا بیشتر فروخته و یا به فروشنده اولی بفروشد. شروط بر اینکه ملتزم به معامله با وی نباشد، اشکالی در آن نیست.^۱

ب - قائلین به صحت عقد با فساد شرط

این عده فساد شرط را موجبی از برای بطلان عقد نمی‌دانند و با تمسک به عمومات « اوفوا بالعقود » و « احل الله البيع »، عقد متضمن شرط باطل را در هر صورت صحیح می‌دانند. مهمترین روایتی که مستند اینان در صحت چنین نظریه ای می‌باشد، « خبر بریره » است. در این مورد آمده است که بریره کنیزکی بود که عائشه او را خریداری نمود. مالکین بریره، ضمن فروش وی بر عائشه شرط نمودند که ولاء بریره بر ایشان باقی بماند. پیامبر اکرم (ص) پس از شنیدن آن فرموده اند:

« الولاء لمن اعتق » یعنی « ولاء از آن کسی است که بنده را آزاده سازد » و با این سخن، شرط را باطل و عقد را صحیح اعلام فرمودند.^۲

جدای از شیخ طائفه که معتقد به صحت عقد متضمن شرط باطل می‌باشد،^۳ ابن ابی لیلی نیز چنین عقده را به استناد خبر بریره صحیح می‌داند.^۴

از متأخرین فقها، مرحوم سید علی طباطبایی است که ایشان قائل به صحت عقد با وجود فساد شرط می‌باشد و به اجماع از اسکافی و شیخ طوسی و ابن زهره علوی اشاره می‌نماید. مستند ایشان نیز اصل صحت و خبره بریره است.^۵ کسانی که شرط فاسد را به طور کلی مفسد نمی‌دانند، پس از بیان نبوی مشهور در مورد بریره با استناد به مرسله جمیل و صحیحه حلبی در آنجا که جاریه ای که خریداری می‌شود به شرط آنکه فروخته نشود و هبه نگردد و نیز از اوراث برده نشود، قول معصوم (ص) بر جواز عدم فروش و عدم هبه و

۱ - ابوالحسن، شعرانی، حاشیه بر تبصرة المتعلمین، صص ۲۶۱ و ۲۶۲.

۲ - حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۳، صص ۶۵ و ۶۴.

۳ - شیخ طوسی، مبسوط، سنگی، ص ۱۴۳.

۴ - به نقل از علامه حلی، تذکره الفقها، ص ۵۱۹.

۵ - سید علی، طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱، صص ۵۳۶ و ۵۳۷.

عدم جواز منع توارث را بیانگر این می دانند که موجب وفاء به دو شرط مذکور (عدم فروش و عدم هبه) موقوف است بر صحت بیعی که شرطی فاسد (عدم توارث) در ضمن آن واقع شده است و این روایت را دال بر این می دانند که شرط فاسد مفسد عقد نمی باشد. هر چند استدلال به این روایات برای توجیه عدم فساد عقد از راه شرط فاسد، با اشکال مواجه شده است.^۱ بعضی از بزرگان در ارتباط با صحت عقد متضمن شرط باطل به صحیحۀ عیص بن قاسم (همان خبر بریرۀ) و صحیحۀ محمد بن قیس و خبر الوشا نیز اشاره کرده اند.^۲ و محمد بن مسلم در فرار از زکوۀ استناد شده است.^۳ یکی دیگر از مواردی که دلالت بر فساد شرط باطل و صحت عقد متضمن آن دارد، روایت محمد بن قیس از ابی جعفر است. ایشان قضاوت نمود در مورد مردی که زنی را تزویج کرد و شرط نمود که جماع و طلاق به دست زن باشد و حضرت (علیه السلام) فرمود: با سنت مخالفت کرده است و ولایت بر حقی را به کسی داده که اهل آن نبوده است. براین اساس قضاوت نمود که صداق به عهده مرد است و جماع و طلاق نیز به دست اوست، که این سنت می باشد. از این رو گفته شده است که این روایت صراحت در فساد شرط و صحت عقد دارد.^۴ به طور کلی آنچه در مخالفت با قائلین به فساد معامله متضمن شرط باطل^۵ و در راستای ابقای عقد متضمن چنین شرطی بیان شده، این است که در این موارد فقط شرط باطل می شود و عقد به قوت خود باقی است. زیرا آنچه که شرعاً ممتنع است، شرط می باشد. از آنجا که دلایل قائلین به فساد قابل اعتماد و استناد نبوده، « اصل صحت » به حال خود باقی است و بر جای خود استوار ماند و قائلین به صحت عقد با فساد شرط بر این اساس نظریۀ خود را پایه ریزی نمودند.^۶

ج - قائلین به تفکیک

پذیرش نظریات افراط آمیز و تفریط گونه ای که بیان شد، موجه به نظر نمی رسد. زیرا اگر اصله الصحت در عقود و معاملات مورد قبول و تأیید عموم می باشد و همچنین شرط نیز

۱ - بجنوردی، پیشین، صفحات ۱۸۸ الی ۱۹۰.

۲ - شیخ محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۱۲.

۳ - سید محمد کاظم، طباطبایی، سؤال و جواب، صص ۱۸۹ و ۱۹۰.

۴ - بجنوردی، پیشین، صص ۱۹۱ و ۱۹۲.

۵ - شهید ثانی (عاملی)، شرح لمعه، ج ۵، ص ۱۲۰.

۶ - محمود، شهابی، قواعد فقه، ص ۷۵.

حائز جنبه تبعی نسبت به عقد است، لیکن فساد شرط در بعضی اوقات به دلیل مؤثر بودن آن در پایه و اساس عقد آن را باطل و فاسد خواهد نمود.^۱

از طرفی، هر شرط باطلی را نمی توان به اعتبار فساد آن، موجبی از برای بطلان عقد دانست. چه اینکه مدلول عقد وقوع معاوضه بین ثمن و مضمن است و گرچه وجود شرط رضایت مشروط له را نسبت به انعقاد عقد افزایش می دهد؛ ولی نمی توان وجود عقد را بواسطه آن دانست یا به تعبیر دیگر شرط را سبب انعقاد عقد پنداشت. بنابراین با فقد یا بطلان شرط، مشروط له می تواند عقد را فسخ نموده و یا آن را همانطور که هست امضاء کند. اما نمی تواند از این بابت مطالبه ارجش نماید. بعضی از بزرگان پس از رد ادله و نقض نظریات مبتنی بر فساد عقد از راه فساد شرط، قائل به تفصیل شده اند.^۲ بعضی دیگر با طرح «هل الشرط الفاسد مفسد العقد ام لا» و بیان نمودن عدم بطلان عقد به موجب فساد شرط^۳، مواردی که شرط، سبب اختلال به احد ارکان عقد یا احد شرایط عوضین یا متعاملین می گردد را از این قاعده مستثنی کرده اند و البته در موارد اخیر الذکر عقد متضمن چنین شروطی را باطل دانسته اند. با این ترتیب اگر شرط، ناقض عقد باشد، مثل آنکه شیء فروخته شود به شرطی که خریدار مالک آن نگردد؛ یقیناً این شرط فاسد و مفسد عقد است. نیز چنانچه شرط مجهول باشد، به نحوی که جهل آن موجب جهل به عوضین گردد، فساد چنین شرطی به منزله بطلان عقد متضمن آن است.^۴

شکی نیست شرطی که با اقتضاء عقد مخالفت داشته باشد، باطل است. زیرا در این صورت بواسطه تناقضی که میان عقد و شرط واقع می گردد، عقد محقق نمی شود. مورد دیگر سرایت جهل شرط به عوضین است که در صورت اخیر بواسطه مجهول نمودن عوض یا معوض موجب افساد عقد متضمن آن می گردد. حال آنکه در بقیه اقسام، از آنجائی که شرط در اصل عقد مؤثر نمی شود و نیز غرض اصلی از تحقق عقد بدان منوط نمی باشد (یعنی مقصود

۱ - علامه، پیشین، ص ۶۹.

۲ - شیخ مرتضی، انصاری، مکاسب، ص ۲۸۸.

۳ - بجنوردی، پیشین، ص ۱۸۳. ایشان شرط فاسد را مفسد عقد نمی داند اما با دقت نظر در مواردی که بیان می کند معلوم می شود که قائل به تفکیک است. یعنی شروط باطلی را که به ارکان اصلی عقد خلل وارد نسازد، مبطل عقد نمی داند. هرچند این موارد را بطور استثنایی بر اصل مذکور از قاعده مستثنی می کند.

۴ - شیخ عبدالله، مامقانی، مناهج المتقین، ص ۲۳۴.

از معامله، حصول شرط نبوده است)، فساد شرط نمی تواند موجب بطلان معامله باشد.^۱ به عبارت دیگر شرطی که مخلّ ارکان اصلی عقد نباشد، نمی توان آن را مفسد عقد برشمرد. برای مثال اگر در ضمن عقد شرط بی فایده ای مندرج شود که وجود و عدم آن تفاوتی (از لحاظ نفع) ندارد و یا شرط نوشیدن خمر و یا قماربازی و مثل اینها؛ چنین شروطی اگر چه باطل هستند، اما هرگز به صحت عقد خللی وارد نخواهند کرد. به هر حال شرط باطل اگر اختلالی به ارکان اساسی عقد وارد سازد و با آن تضادی نداشته باشد، مبطل عقد نخواهد بود.

نتیجه گیری

در نتیجه گیری پایانی این مقاله فهمیدیم شرط، تعهد و التزامی است که ضمن عقد قرار می گیرد و اگر این تعهد تبعی نامشروع باشد که عدم مشروعیّت یعنی امر خلاف قانون که البته با توجه به نظری عدالت محور از آقای دکتر کاتوزیان اموری که خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی باشد را نیز نامشروع می داند، باشد سبب بطلان شرط و موجب حق فسخ برای مشروط له خواهد بود. این موضوع در حقوق کشور انگلستان نیز مورد بررسی قرار گرفت که این نتیجه حاصل گردید که شروط را به دو دسته اصلی و فرعی تقسیم می کنند ؛ و اگر شرط مذکور نامشروع باشد، یعنی با قوانین کامن لا و قوانین مصوّب در تضاد باشد، بحث تفسیر و قاعده معروف مداد آبی پیش می آید که نتیجه آن تجزیه قرارداد و اجازه حذف شرط نامشروع را به قاضی اعطاء می نماید، که البته این امر در جایی است که تجزیه قرارداد با نظم عمومی جامعه در تضاد نباشد.

همچنین براساس اصل حاکمیت اراده که در ماده ۱۰ قانون مدنی منعکس شده است متعاملین می توانند هر امری را که بخواهند تعهد نمایند یکی از اموری که این اصل متری را محدود می سازد این است که کلیه تعهدات و الزامات و التزامات باید در محدوده قانون و شرع تشکیل شده و به زندگی خود ادامه دهند. در غیر این صورت اعتباری برای آنان نمی توان قائل شد بنابراین تا زمانی که تعهدی خلاف قانون و شرع نباشد نافذ و لازم الاجراء است. در این میان شرط ضمن عقد به عنوان وسیله ای برای تعدیل خواسته های طرفین و یا

۱ - سید محمد کاظم، طباطبایی، حاشیه بر مکاسب، ص ۱۳۵. پس از بیان این مطلب می فرماید: «لان الشرط تابع فی مقام معامله غیرمقصود بالاصالة»

تحدید اراده آنها جایگاه خاصی را به خود اختصاص داده است در فقه امامیه به استناد بعضی از روایات واصله از ائمه علیهم السلام نظیر حدیث شریف نبوی «المومنون عند شروطهم» برپابندی به شروط تاکید شده است مگر آنجا که شرط مخالف شرع (اعم از کتاب و سنت) باشد. قانون مدنی ایران که عموماً مقتبس از فقه امامیه است این تاسیس حقوقی را در قالب موادی مطرح نموده است. البته با پذیرش ماده ۱۰ قانون مدنی که تعهدات ابتدایی را نیز در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد در بر می‌گیرد چندان نیازی به طرح مباحث مربوط به شرط ضمن عقد احساس نمی‌شود. لیکن به هر تقدیر قانون مدنی شرط را به عنوان یک تعهد تبعی به طور جدی مورد توجه قرار داده و در موارد قانونی زیادی به آن پرداخته است. شرط به معنای بکار برده شده در حقوق مدنی به عنوان یک تعهد تبعی با عقدی که ضمن آن آمده است بستگی و رابطه نزدیکی پیدا می‌کند بطوری که گاهی نمی‌توان آنها را از یکدیگر جدا دانست و در واقع پیکره واحدی را تشکیل می‌دهند و به همین دلیل اگر تعهد اصلی که همان عقد است بنا به دلایلی باطل شود ضمن آن نیز باطل خواهد شد زیرا وجود شرط (تعهد فرعی) قائم به وجود عقد (تعهد اصلی) است اما عکس این قضیه همیشه صادق نیست یعنی اگر بنا به جهتی تعهد فرعی باطل شود موجب بطلان تعهد اصلی نمی‌شود مگر اینکه بطلان شرط موجب اخلال در ارکان اصلی عقد شود. بر همین مبنا تفاوت ماده ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی و تقسیم بندی خاصی که در این ماده صورت گرفته است روشن شود به این توضیح که شروط مندرج در ماده نخست که خود باطلند ولی مبطل عقد نیستند شروطی هستند که در انعقاد یا عدم انعقاد معامله موثر نیستند بنابراین در مورد شرط نامشروع مندرج در عقد می‌توان گفت که اندراج آن در ضمن عقد از سوی طرفین حامی از عدم علاقه آنها به انجام شرط مورد نظر است زیرا وقتی متعاملین می‌دانند که شرط مورد توافق امری است که قانوناً غیرممکن است و با این فرض اقدام به درج آن می‌نمایند گویا علاقه ای به انجام آن ندارند. لیکن شروط موضوع ماده ۲۳۳ که هم باطل و هم مبطل عقد شناخته شده اند شروطی هستند که طرفین با در نظر گرفتن آنها به معامله تن در می‌دهند بطوری که اگر آن شروط محقق نشوند معامله ای صورت نخواهد گرفت به عبارت دیگر چون در ماده ۲۳۲ رابطه شرط و معامله رابطه فرعی

به اصلی است بطلان شرط موجب معامله نمی شود.^۱ در پایان باید دانست که در خصوص اینکه آیا شرط خلاف شرع مفسد و مبطل عقد است یا خیر در میان فقها اختلاف نظر وجود دارد و به نظر می رسد نظریه غالب این است که شرط خلاف شرع مفسد و از بین برنده عقد است که این دیدگاه مورد پذیرش قانون مدنی ما نیست و به همین جهت به آن پرداخته نشده است. تابع بودن شرط نسبت به عقد اقتضاء دارد که اصل صحت قراردادها شامل شرط نیز بشود. بنابراین مفاد ماده ۲۲۳ قانون مدنی در مورد شروط نیز جاری است.

منابع و مأخذ

قرآن کریم و بعد

الف - منابع فارسی

- (۱) امامی، میر سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، انتشارات اسلامیّه، چاپ شانزدهم، تهران، ۱۳۹۷.
- (۲) انصاری، مسعود، (با همکاری محمد علی طاهری)، دانشنامه حقوق خصوصی، چاپ سوم، جنگل، ۱۳۹۵.
- (۳) ایزانلو، محسن، شروط محدود کننده و ساقط کننده مسئولیت در قراردادهای سهامی انتشار، ۱۳۸۶.
- (۴) آذرنوش، آذرتاش، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، تهران، نشر نی، ۱۳۹۴، چاپ نهم.
- (۵) جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۴۲۶ه، چاپ اول.
- (۶) جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
- (۷) جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۹۰.
- (۸) جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۷.
- (۹) رسائی نیا، ناصر، عقود و تعهدات، انتشارات آوای نور، تهران، ۱۳۷۶.
- (۱۰) سبحانی، جعفر، تهذیب الاصول (تقریرات درس امام خمینی)، موسسه مطبوعات اسماعیلیان، قم، بی تا؛
- (۱۱) سجّادی، جعفر، فرهنگ علوم، موسسه مطبوعاتی علمی، ۱۳۴۴ه.
- (۱۲) شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، مرکز چاپ و انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۶۸.
- (۱۳) صغیری، اسماعیل، ترجمه کامل law made simple، بنیاد حقوقی میزان، تهران، ۱۳۹۰.
- (۱۴) علامه، سیدمهدی، شروط باطل و تاثیر آن در عقود، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷.

- ۱۵) فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران، موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲ه
۱۶) کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
۱۷) کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
۱۸) کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
۱۹) کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۷.
۲۰) کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (ایقاع)، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۰.
۲۱) کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، دوره مقدماتی، اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.

- ۲۲) کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۱، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵
۲۳) مجموعه قوانین و مقررات حقوقی به اهتمام قوه قضاییه.
۲۴) محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، سمت، ۱۳۸۹.
۲۵) معین، محمد، فرهنگ فارسی معین (یک جلدی)، انتشارات معین، ۱۳۸۴.

ب- منابع عربی

- ۲۶) آبی، فاضل، حسن بن ابی طالب یوسفی، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ه، چاپ سوم
۲۷) ابن ادریس، محمد بن منصور، السرائر، قم، موسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق؛
۲۸) ابو الحسین، احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقاییس اللغة، قم، دفتر تبلیغات حوزه علمیه، ۱۴۰۴ه، چاپ اول
۲۹) اسکافی، ابن جنید، محمد بن احمد مالک، مجموعه فتاوی ابن جنید، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ه، چاپ اول
۳۰) اصفهانی، حسین بن محمد راغب، مفردات الفاظ قرآن، لبنان، دارالعلم، ۱۴۱۲ه، چاپ اول
۳۱) اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ه، چاپ اول
۳۲) بصری بحرانی، زین الدین محمد امین، کلمة التقوی، قم، ۱۴۱۳ه، چاپ سوم
۳۳) انصاری، مرتضی، فرائد الاصول (رسائل)، قم، کتابخانه مصطفوی، ۱۳۷۴ق؛
۳۴) بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، المقنعه، قم، کنگره جهانی هزاره

شیخ مفید، ۱۴۱۳ه، چاپ اول؛

(۳۵) تهانوی، محمد اعلی بن علی، کشف اصطلاحات الفنون، تهران، ۱۹۶۷م؛

(۳۶) جرجانی، میرسید شریف، التعریفات، مصر، ۱۳۵۷ق؛

(۳۷) جزری، معالم الاصول، شیخ حسن بن شهید ثانی، تهران، ۱۲۹۷ق؛ ابن اثیر، ابو

السعادت مجد الدین مبارک بن محمد شیبانی موصلی، النهایه فی غریب الحدیث و

الاثر، قم، ۱۳۶۷ه،

(۳۸) جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، قم،

موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۴۲۶ه، چاپ اول

(۳۹) جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح- تاج اللغة وصحاح العربیة، بیروت، دار العلم و

الملايين، ۱۴۱۰ه، چاپ اول

(۴۰) حائری، سید علی بن محمد طباطبائی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام با الدلائل،

قم، موسسه آل البيت، ۱۴۱۸ه، چاپ اول

(۴۱) حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی، غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع، قم،

موسسه امام صادق(ع)، ۱۴۱۷ه، چاپ اول

(۴۲) حلبی، ابو الصلاح، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، اصفهان، کتابخانه

عمومی امام امیر المومنین(ع)، ۱۴۰۳ه، چاپ اول

(۴۳) حلبی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی، المقتصر من شرح المختصر، مشهد، مجمع

البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ه، چاپ اول

(۴۴) حلبی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الاحکام الشریعه علی مذهب

الامامیه، قم، موسسه امام صادق، ۱۴۲۰ه، چاپ اول

(۴۵) حلبی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، مختلف الشیعه فی الاحکام الشریعه،

قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ه، چاپ دوم

(۴۶) حلبی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب،

مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۲ه، چاپ اول

(۴۷) حلبی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکره الفقهاء، قم، موسسه آل البيت،

۱۴۱۴ه، چاپ اول

(۴۸) حلبی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال

- والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ه، چاپ اول
- (۴۹) حلی، محقق، نجم الدین جعفر بن حسن، النافع فی مختصر الشرايع، قم، موسسه المطبوعات الدينيه، ۱۴۱۸ه، چاپ ششم
- (۵۰) حلی، مقداد بن عبدالله سیوری، نضد القواعد الفقهيّه، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ه، چاپ اول
- (۵۱) حلی، مقداد بن عبدالله سیوری، کنز العرفان فی فقه القرآن، قم، انتشارات مرتضوی، چاپ اول
- (۵۲) دیلمی، سلار، حمزه بن عبد العزيز، المراسم العلویه و الاحکام النبویه فی فقه الامامی، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ه، چاپ اول
- (۵۳) سبزواری، محقق، محمد باقر بن محمد مومن، کفایه الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ه، چاپ اول
- (۵۴) سعدی، ابو جیب، قاموس الفقهي، دمشق، ۱۴۰۷ه، چاپ دوم
- (۵۵) شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح، قم، موسسه امام علی بن ابی طالب، ۱۴۲۴ه، چاپ اول
- (۵۶) صاحب بن عباد، کافی الکفاه اسماعیل بن عباد، المحيط فی اللغه، بیروت، عالم الکتاب، ۱۴۱۴ه، چاپ اول
- (۵۷) صدر، شهید سید محمد، ما وراء فقه، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۲۰ه، چاپ اول
- (۵۸) صیمری، مفلح بن حسین، غایه المرام فی شرح شرايع الاسلام، بیروت، دار الیهادی، ۱۴۲۰ه، چاپ اول
- (۵۹) طرابلسی، ابن برّاج قاضی عبد العزيز، المذهب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ه، چاپ اول
- (۶۰) طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ه، چاپ اول

