

دکتر حسن رضا خلجی<sup>۱</sup>

گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد توپسرکان، دانشگاه آزاد اسلامی، توپسرکان، ایران.

## بررسی تأثیر شرط فاسد در عقد با لحاظ قصد متعاقدين

### چکیده

از مباحثی که در باره شروط ضمن عقد مطرح شده، آن است که اگر به هر دلیلی شرط ضمن عقد باطل باشد، آیا این بطلان شرط در حکم صحت عقد تأثیر گذار است یا خیر؟ از آنجا که متعاقدين، خصوصاً مشروط له، در هنگام عقد، آن شرط را هم قصد نموده است و اگر بخواهیم حکم کنیم که شرط باطل و عقد صحیح است، لازمه اش آن است که چیزی برخلاف اراده متعاقدين محقق گردد، در حالی که اراده و قصد متعاقدين، رکن رکین عقد می باشد. در اینجا عده ای از فقهاء با لحاظ همین دلیل و برخی ادله دیگر حکم به بطلان عقد نموده اند و عده ای هم اصل عقد را صحیح دانسته اما به منظور جبران خسارت مشروط له برای او حق خیار قائل شده اند.

مادر گرد آوری این پژوهش از روش کتابخانه ای استفاده نموده و ضمن بررسی هردو نظریه و ادله ارائه شده برای اثبات هر یک از آنها، با تحلیل متون فقهی و نوشته های حقوقی، به این نتیجه رسیده ایم که در مواردی که دلیل شرعی معتبری برای حکم به بطلان عقد بخاطر فساد شرط در بین نباشد و نیز متعاقدين شرط مزبور را به عنوان رکن و یا قید تخلف ناپذیر عقد لحاظ ننموده باشند حکم به بطلان شرط فاسد و صحت اصل عقد قوی به نظر می رسد و این حکم سبب نمی گردد که چیزی برخلاف مقصود متعاقدين محقق شود، آری بخشی از مقصود مشروط له برآورده نمی شود که آن هم با حق خیار قابل جبران است.

**واژگان کلیدی:** شرط فاسد، عقد، قیود، قصد متعاقدين.

## مقدمه

شکی نیست که هرگاه در ضمن عقدی لازم، شرط صحیحی مورد توافق متعاقدين واقع شود، آن شرط لازم الوفاء خواهد بود همچنانکه اختلافی در این نظریه ملاحظه نمی‌شود که اگر شرط ضمن عقدی فاسد باشد وفاء به آن لازم نمی‌باشد.

اینکه شرط فاسد چیست؟ سؤالی است که پاسخ آن راباید از محتوای کتب فقهی در موارد متعددی که به مباحث فقه مدنی پرداخته‌اند، جستجو نمود. اما خالی از فایده نیست که بدانیم برای شرط فاسد، چهار مورد را به عنوان قدر متیقن می‌توان ملاحظه نمود.

۱- شرطی که مخالف کتاب خدا و یا سنت معصوم (ع) باشد. مثل اینکه در ضمن معامله ای شرط شود که یکی از طرفین یا هر دوی آن‌ها شراب بنوشند.

۲- شرطی که با مقتضای عقد تنافی داشته باشد مثل اینکه در ضمن عقد بیع منزل، شرط شود که خریدار حق استفاده از منزلی را که خریداری نموده، نداشته باشد.

۳- شرطی که مفادش مجهول و نامشخص باشد مثل اینکه ضمن عقدی شرط شود که یکی از متعاملین کاری را انجام دهد ولی آن کار مشخص نشود.

۴- شرطی که مشروط علیه قدرت و توان انجام آن را نداشته باشد مثل اینکه در ضمن عقدی شرط شود که یکی از طرفین با پای پیاده در مدت یک روز دور دنیا را بگردد.

همانگونه که اشاره شد، وفاء به شرط فاسد لازم نیست و اگر آن شرط خلاف کتاب یا سنت باشد عمل بدان حرام شرعی نیز خواهد بود اما سؤال قابل طرح این است که در صورت فساد شرط وفاء نمودن به اصل عقد چه حکمی دارد؟ آیا عقد هم همانند خود شرط، فاسد می‌باشد یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال دو نظریه عمده ارائه شده است که یکی آن است که فساد شرط به هر صورتی که اتفاق بیفتد باعث فساد عقد خواهد شد که برخی بزرگان چنین نظریه ای را انتخاب نموده‌اند. ( شهید ثانی، ۱۳۸۶ ه.ق: ۵/۳).  
و نظریه گروه دیگری از فقهاء آن است که فساد شرط باعث فساد عقد نخواهد شد. (شیخ

طوسی ۱۴۰۷ ه.ق: ۱۴۹/۲، حلی (ابن سعید)، ۱۴۰۸ ه.ق: ۲۵۱). البته نظریات دیگری هم در این باره ارائه شده که فعلاً به منظور خودداری از اطالۀ کلام از بحث پیرامون آن‌ها معذوریم از قبیل نظریات تفصیلی که در این باره ارائه شده است چنانکه گفته شده: اگر فساد شرط از ناحیه

غیر عقلائی بودن آن باشد، باعث فساد عقد می‌گردد و در غیر این صورت عقد صحیح است (بجنوردی ۱۴۱۹ه.ق: ۱۸۳/۴) و یا اگر شرط به دلیل مخالفت با کتاب و سنت فاسد باشد باعث بطلان عقد می‌گردد و گرنه باعث فساد عقد نخواهد بود. همچنانکه عده ای نیز توقف نموده و نظریه ای انتخاب نموده‌اند. (بحرانی، ۱۴۱۱ه.ق: ۲۳/۱۸۵) در اینجا شایسته است اشاره کنیم که مواردی از محل بحث خارج می‌باشند از جمله:

**الف-** هرگاه از ناحیه شریعت مقدس دلیلی بر بطلان عقد بواسطه شرط فاسد اقامه گردد، چنانکه در فروش چوب یا هر جنس دیگری اگر شرط شود که از آن بت یا صلیب ساخته شود و یا در فروش انگور شرط گردد که برای ساخت شراب مورد استفاده قرار گیرد، که در اینگونه موارد به علت اهتمام شارع مقدس به مبارزه جدی با اینگونه شروط فاسد، اصل معامله را هم باطل اعلام می‌فرماید. بدیهی است هیچیک از فقهاء در بطلان اینگونه عقود تردیدی به خود راه نمی‌دهند و لذا از محل بحث ما نیز خارج می‌باشند.

**ب-** هرگاه فساد شرط در نتیجه جهل نسبت بدان شرط باشد به گونه ای که جهل نسبت به شرط منتهی به مجهولیت یکی از عوضین شود، که در اینجا به دلیل جهل نسبت به عوضین حکم به بطلان معامله می‌گردد و این حکم به بطلان عقد، صرفاً به جهت فساد شرط به تنهایی نخواهد بود چنانکه بزرگانی بدین نکته تصریح فرموده‌اند. (شیخ‌انصاری ۱۳۷۵ه.ق: ۲۸۷).

**ج-** هرگاه منظور از اشتراط در معامله، تنها الزام بر انجام مورد شرط باشد و تعلیق معامله بر آن شرط مقصود نباشد که در این صورت بدون شک، فساد شرط موجب فساد عقد نخواهد بود (نجفی ۱۴۰۷ه.ق: ۲۱۶/۲۳).

پس از ذکر این مقدمه می‌گوییم: اگر در صورت بطلان شرط، حکم به بطلان عقد گردد، در ارتباط با مقصود متعاقدين مشکلی پیش نمی‌آید اما اگر حکم به بطلان شرط و صحت عقد گردد این سؤال مطرح می‌شود که متعاقدين قصد مورد معامله را همراه با شرط مورد نظر نموده بودند، پس چگونه ممکن است که حکم به تحقق چیزی برخلاف مقصودشان (معامله بدون شرط) شود؟ که اینک به بررسی این دونظریه خواهیم پرداخت.

#### ۱- نظریه فساد عقد به سبب فساد شرط

همچنانکه اشاره شد گروهی از فقهاء شرط فاسد را باعث بطلان عقد دانسته و برای این نظریه خود ادله ای اقامه نموده‌اند که بدان‌ها اشاره می‌کنیم.

۱-۱- یکی از ارکان معامله، رضایت تعاملی در متعاملین است و در معاملات که متضمن شرطی باشند، این رضایت به مجموع معامله و شرط تعلق می‌گیرد پس هرگاه شرطی بخاطر فسادش و یا هر دلیل دیگری مفقود باشد، این رضایت تعاملی نیز مفقود می‌گردد، زیرا معامله فاقد شرط، مورد تراضی نبوده و لذا اصل معامله باطل است. (شهید ثانی، ۱۳۸۶، ج ۳، ۵۰۵).

۱-۲- چنانکه می‌دانیم، عقد بدون قصد تحقق نمی‌یابد و در عقد مقرون به شرط، قصد متعاقدين به مجموع عقد و شرط تعلق می‌گیرد و عقد به تنهایی مقصود مشروط له نمی‌باشد پس در صورت فساد شرط باید حکم به عدم تحقق عقد نمود زیرا قصدی به آن تعلق نگرفته است تا بخواهد وجود پیدا کند، لذا با فساد و بطلان شرط اصل عقد نیز باطل می‌باشد. (طباطبائی ۱۴۰۴، ج ۱، ۵۳۷).

۱-۳- از مطالبی که در حکم به بطلان عقد متضمن شرط فاسد می‌تواند به عنوان دلیل اقامه گردد این است که در هر معامله ای که متضمن شرط فاسدی باشد ثمن و بهای آن منحل می‌شود و همین انحلال با تقسیط ثمن ملازم می‌گردد که در صورت فساد شرط و عدم لزوم وفای به آن، مقدار حصه ای از ثمن که در مقابل مئمن و کالا پرداخت گردیده مجهول بوده و جهالت نسبت به یکی از عوضین، مانع از صحت معامله می‌شود زیرا در صورت قبول نظریه تقسیط ثمن و اینکه در برابر شرط، قسط و بهره ای از ثمن پرداخت می‌شود، در جایی که شرط باطل است،

علم به عوضین مفقود می‌باشد و لذا اصل معامله محکوم به بطلان می‌گردد.

۱-۴- روایات: برای حکم به بطلان عقد متضمن شرط فاسد برخی روایات می‌توانند مورد استناد واقع شوند که ذیلاً به یکی از آنها که از نظر دلالت بر بطلان از بقیه روشن تر می‌باشد، اشاره می‌کنیم.

از ابن فضال نقل شده که او از مروان ابن مسلم و او از برخی شیعیان روایت می‌کند که به امام جعفر صادق (ع) عرض شد: نظرتان درباره مردی که کار همسرش را (از نظر اختیار زندگی و طلاق و ...) به خودش واگذار نموده چیست؟ حضرت (ع) فرمود: برخی کارها را به

کسی سپرده که شایستگی آن را ندارد و با سنت ( پیامبر (ص)) مخالفت نموده و این نکاح جایز نیست. (شیخ حرعاملی، ۱۳۹۱ ه.ق: ۴۰۹/۱۲).

در این روایت حضرت (ع) به صراحت عقد ازدواجی را که در بردارنده شرط فاسدی باشد غیر جایز و غیر معتبر اعلام فرموده و لذا حکم به بطلان چنین عقدی می‌گردد. لازم به ذکر است که این نظریه از جهاتی می‌تواند مورد نقد قرار گیرد که انشاءالله پس از طرح نظریه مقابل به ارزیابی و اظهار نظر پیرامون آن خواهیم پرداخت.

## ۲- نظریه صحت عقد با وجود شرط فاسد

در مقابل نظریه بطلان عقد متضمن شرط فاسد، عده ای از فقهاء قائل به صحت چنین عقدی شده‌اند و برخی از آن‌ها نیز برای این نظریه خود ادله ای ارائه فرموده‌اند که به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

### ۲-۱- عدم دلیل برای حکم به بطلان عقد

می‌دانیم که معاملات رایج در بین مردم، امور امضائی هستند یعنی در جایی که شارع مقدس با نوعی از آن مانند معامله ربوی مخالفت داشته از آن‌ها نهی فرموده است و لذا عدم منع شارع مقدس از بسیاری معاملات که در میان مردم رایج بوده دلیل بر امضاء آن‌ها و حکم به صحتشان می‌باشد. پس اگر در مورد معامله ای که بین مردم رواج دارد نهی و منع معتبری از جانب شارع به ما نرسد این عدم منع، خود دلیل بر آن است که شارع مقدس آن معامله را امضاء فرموده است.

درباره عقد متضمن شرط فاسد نیز دلیل معتبری برای حکم به بطلان اصل عقد به ما نرسیده است و از عدم دلیل بر بطلان عقد با وجود دلیل برای حکم به بطلان شرط، استنباط می‌شود که اصل عقد نزد شارع معتبر و محکوم به صحت است البته همانگونه که اشاره شد، روایاتی در زمینه حکم به بطلان اصل عقد نیز مشاهده می‌شوند که چنانکه در آینده خواهیم گفت این گروه از روایات ضعیف بوده و قدرت مقابله با روایات معتبری را که بر صحت عقد در اینگونه موارد، دلالت می‌کنند، ندارند.

## ۲-۲- اطلاق و عموم ادله

بعد از آنکه نظریه امضایی بودن عقود و معاملات را پذیرفتیم، اینک می‌گوییم: یکی از ادله ای که می‌تواند برای حکم به صحت عقد متضمن شرط فاسد ارائه گردد، عمومیت ادله ای مثل " اوفوا بالعقود" و اطلاق برخی دیگر از قبیل " احل الله البیع" می‌باشد، چنانکه برخی بزرگان نیز برای حکم به صحت عقد در آنجا که دربرگیرنده شرط فاسدی باشد به این ادله تصریح فرموده‌اند. ( نجفی ۱۴۰۷ه.ق: ۲۲/۳ و شیخ انصاری ۱۳۷۵ه.ق: ۲۸۸).

## ۲-۳- اخبار خاص از معصومین علیهم السلام

چنانکه اشاره شد برای حکم به صحت عقد با وجود بطلان شرط، روایات معتبری از قول ائمه معصومین علیهم السلام به ما رسیده است که در کتب روایی معتبر نقل شده‌اند و علاقمندان می‌توانند مراجعه فرمایند. ( شیخ حرعاملی، ۱۳۹۱ه.ق: ۴۰/۱۶ و شیخ صدوق ۱۴۰۴ه.ق: ۴۲۵/۳).

### در اینجا به یکی از روایات منقول در این زمینه اشاره می‌کنیم:

روایت صحیح از محمد ابن قیس وارد شده است که از قول امام محمد باقر(ع) حکم به صحت عقد و بطلان شرط موجود در ضمن آن عقد شده که مضمون آن چنین است: محمد ابن قیس هلالی به امام محمد باقر (ع) عرض می‌کند: مردی با زنی ازدواج نموده و با آن زن شرط نموده است که اگر این مرد با زن دیگری ازدواج کرد یا همسرش را ترک نمود و یا کنیزی اختیار نمود آن زن مطلقه باشد. امام (ع) فرمود: شرط خداوند متعال مقدم بر شرط شما می‌باشد پس ( چون این شرط برخلاف شرع مقدس می‌باشد) اختیار همچنان با مرد است ( شرط فاسد است) و اگر مرد دوست داشته باشد به آنچه شرط شده وفاء می‌کند و اگر بخواهد می‌تواند آن زن را نگه دارد ( به عنوان همسرش و عقد باطل نمی‌باشد) و با زن دیگری هم ( برخلاف شرط فاسدی که شده بود) ازدواج نماید. «شیخ حرعاملی، همان، ۴۶/۱۵».

در روایت فوق چنانکه ملاحظه می‌شود امام معصوم(ع) ضمن حکم به عدم صحت شرط مخالف با کتاب خدا و سنت پیامبر (ص) و عدم لزوم وفاء به چنین شرطی در مورد اصل عقد ازدواج فرموده که اگر مرد بخواهد می‌تواند آن زن را به عنوان همسرش نگه داشته و به

آن شرط باطل عمل نکند و یا مطابق آنچه شرط شده عمل نماید و کلام امام(ع) ظهور در صحت عقد ازدواج دارد زیرا اگر اصل عقد باطل می‌بود، حضرت آن را بیان می‌فرمودند. اگر نظریه صحت عقد را در صورتی که متضمن شرط باطلی باشد، بپذیریم این سؤال مطرح می‌شود که مشروط له قصد عقد همراه با آن شرط تعیین شده را نموده است و عقد بدون شرط، مقصود او نمی‌باشد پس چگونه حکم به تحقق عقدی که مقصود نبوده است می‌گردد؟ برای حل این معما نظریات مختلفی ارائه شده که به برخی از آنها اشاره می‌نماییم:

### ۱- نظریه مرحوم شیخ انصاری

مرحوم شیخ انصاری در رابطه با اشکال فوق که بیانگر این نکته می‌باشد که چون عقد بدون شرط، مقصود مشروط له نبوده پس باید حکم به عدم انعقاد چنین عقدی شود دو پاسخ ارائه فرموده‌اند که یکی از آنها پاسخ به صورت نقض می‌باشد و دیگری به صورت حل مسأله هست که ذیلاً به ترتیب آنها را ذکر می‌کنیم، ایشان در این باره می‌فرمایند: ( شیخ انصاری، ۱۳۷۵ه.ق: ۲۸۸).

« ما این نکته را قبول نداریم که ارتباط شرط با عقد به گونه ای است که انتفاء شرط سبب انتفاء عقد می‌گردد، چنانکه در شروط فاسدی که در ضمن عقد ازدواج صورت می‌پذیرد هیچ یک از فقهاء با صحت اصل عقد ازدواج مخالفت ننموده‌اند و همینطور اگر در شروط صحیحی که در ضمن عقود می‌شود مشروط علیه از انجام آنها تخلف کند و یا شرط صفتی که شده موجود نباشد و یا انجام شرط غیر ممکن باشد هیچ یک از این موارد موجب بطلان عقد نمی‌شوند.» ایشان در ادامه کلام خود پاسخ مسأله را به صورت ذیل بیان فرموده‌اند:

« قیودی که در مطلوب‌های شرعی و عرفی اعتبار می‌شوند بر دو قسم‌اند: اول: برخی قیود برای مطلوب رکن محسوب می‌گردند که در اینگونه موارد حکم عرف این است که در صورت انتفاء قید، شی مقید نیز منتفی خواهد بود. مثل اینکه مطلوب شارع مقدس انجام غسل زیارت با آب باشد تا بدین ترتیب برای زائر، نظافت و پاکی حاصل شود و یا در خرید و فروش کالای خریداری شده حیوان صاهل (اسب) باشد که در اینگونه موارد اگر فرضاً در صورت اول آب مفقود باشد، تیمم نمی‌تواند جای غسل را بگیرد همچنانکه در صورت دوم،

حیوان ناهق (الاغ) از جانشینی حیوان صاهل به منظور تصحیح معامله ناتوان است و لذا عرف حکم می‌کند که با فقدان اینگونه قیود، مطلوب مقید نیز منتفی می‌باشد.

**دوم:** برخی از قیود برای مطلوب، رکن محسوب نمی‌گردند مثل اینکه غسل زیارت با آب فرات مستحب می‌باشد و یا مبیع و کالا از صنف مرغوب و عالی‌اش مورد نظر و توافق قرار گیرد، که عرف در اینگونه موارد حکم به مطلوب بودن فاقد قید نیز می‌نماید یعنی غسل کردن با آبی غیر از آب فرات هم مطلوب است همچنانکه کالا اگر از صنفی غیر از صنف عالی و مرغوب باشد نیز مطلوب است.

و ظاهراً شروط در عقد از قبیل قید به معنای دوم می‌باشند یعنی از ارکان عقد محسوب نمی‌گردند، لذا با فقدان آن‌ها ضرری به اصل صحت عقود وارد نمی‌شود، هرچند حق خیار برای مشروط له، تحقق می‌یابد.»

لازم به ذکر است که بزرگانی مثل مرحوم صاحب عروه نیز نظریه مرحوم شیخ انصاری را پذیرفته و فرموده‌اند هر چیزی که در عقد به عنوان شرط، مورد التزام واقع شود مقصود بالاصاله نمی‌باشد و قید غیر رکنی به حساب می‌آید و لذا فقدانش به هیچ وجه باعث بطلان معامله نمی‌گردد. (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۰ه.ق: ۱۳۸/۲).

## ۲- نظریه مرحوم آخوند خراسانی

این بزرگوار درباره قیودی که در معامله به عنوان رکن ملاحظه نمی‌شوند و نحوه تشخیص آن‌ها از مواردی که به منزله رکن عقد می‌باشند چنین می‌فرمایند: (آخوندخراسانی، ۱۴۰۶ه.ق، ۲۵۱). «در عقد متضمن شرط، نوعاً قرینه عرفیه حاکم است بر اینکه آنچه در اینگونه عقود انشاء می‌شود دو چیز است.

**اول:** اگر تحقق عقدی که دارای آن قید و شرط است ممکن باشد، خواه این امکان عقلی باشد و یا شرعی، چنین عقدی مطلوب می‌باشد.

**دوم:** اگر تحقق عقدی که دارای قید و شرط مورد نظر است، ممکن نباشد، عقد فاقد آن قید و شرط مطلوب است و این قرینه عرفی دائماً حاکم است به گونه ای که اگر کسی فقط عقد دارای شرط را اراده نماید و عقد فاقد شرط مقصودش نباشد، چاره ای جز نصب دلیل

بر ابراز این مطلوب خود ندارد و گرنه مطابق قرینه عرفی حکم می‌شود که عقد فاقد شرط نیز در طول عقد واجد شرط و در درجه دوم مطلوب او بوده است.)  
در باره این فرمایش مرحوم آخوند و میزان مقبولیت آن در آینده بحث خواهیم نمود.

### ۳- نظریه مرحوم نائینی

مرحوم میرزای نائینی در توضیح و تبیین کلام مرحوم شیخ انصاری، بیانی دارند که مضمون آن چنین است: (نائینی، ۱۳۵۸ ه.ق: ۱۴۹/۲ و ۱۴۸). (عناوینی که عقد بر آنها واقع می‌شود یا قیودی که در عقد به عنوان وصف یا شرط اعتبار می‌گردند گاه از صورت‌های نوعیه برای موضوع معامله می‌باشند و گاه از عوارض خارجی آن محسوب می‌شوند و آنچه که معامله بر آن واقع می‌شود و عوض در مقابلش پرداخت می‌گردد نوع اول است یعنی همان صورت جوهری که وجود مبیع و مالیت آن وابسته بدان می‌باشد زیرا خود ماده هیولایی مال محسوب نشده و در ارزش مالی پرداخت نمی‌گردد چنانکه در مقابل عوارض نیز چیزی از قیمت قرار نمی‌گیرد بلکه فایده عوارض آن است که موجب ارزش بیشتر مال و رغبت زیادتر نسبت به معروضش می‌گردد. پس معامله بین صورت نوعیه یک کالا در مقابل عوض آن واقع می‌شود لذا اگر تخلف در صورت نوعیه صورت پذیرد مثل اینکه مورد انشاء معامله گوسفند باشد ولی بعداً روشن شود که نظر طرف مقابل گاو بوده است اصل عقد باطل است و در این حکم هم فرقی نیست بین آنکه صورت نوعیه عنوان مبیع قرار گیرد مثل اینکه گفته شود: این گوسفند را به تو به قیمت فلان تومان فروختم یا اینکه صورت نوعیه به عنوان وصف قرار گیرد مثل اینکه فروشنده بگوید: این چیزی را که گوسفند است به قیمت فلان مبلغ فروختم. و یا آنکه به عنوان شرط، مورد انشاء واقع شود چنانکه فروشنده بگوید: این مال را به تو فروختم به شرط آنکه گوسفند باشد.

و اما عوارض به دلیل آنکه چیزی از عوض در مقابل آنها قرار نمی‌گیرد پس فقدان عرض موجب بطلان معامله نمی‌شود و مقصود مرحوم شیخ انصاری از اینکه می‌فرمایند: شرط مفقود در معامله گاه رکن است و گاه غیر رکن همین مطلبی است که ما بیان نمودیم و ضابطه آن بنا بر نظریه ما این است که آیا شرط نسبت به متعاضین از قبیل صورت نوعی

است (که در این صورت تخلف شرط و یا فساد شرط موجب بطلان عقد می‌گردد) و یا از اعراض آن به حساب می‌آید، که در این صورت عقد صحیح می‌باشد). این نظریه را هم همانند سایر اقوال در مبحث تحلیل نظریات مورد ارزیابی قرار می‌دهیم.

#### ۴- بیان مرحوم بجنوردی

مرحوم آیت اله میرزا حسن بجنوردی نظریه ای همانند نظریه مرحوم نائینی را در مورد شرط ضمن عقد و اینکه تخلف از شرط در چه مواردی موجب بطلان عقد می‌شود بیان فرموده‌اند و نکته ای را که ایشان بر مطالب مرحوم نائینی افزوده‌اند عبارت از نکته ای به مضمون ذیل می‌باشد: (بجنوردی ۱۴۱۹ه.ق: ۱۴۹/۲ - ۱۴۸).

(صورت نوعی موصوف و آنچه شرط شده است که تخلف از آن موجب بطلان عقد می‌گردد، شامل صورت نوعی به لحاظ عرف می‌گردد هرچند به حسب دقت عقلی، صورت نوعی به حساب نیاید. مثلاً فرش مشروط به اینکه بافت کاشان باشد با فرش بافت مشهد از نظر عرف در مقام معامله تفاوت دارند هرچند به حسب حقیقت نوعی عقلی یکی می‌باشند و لذا اگر معامله روی فرش واقع شود مشروط بر اینکه بافت کاشان باشد و بعد مشخص شود که فاقد این شرط بوده است معامله باطل است، زیرا آنچه که انتقالش انشاء شده وجود ندارد و آنچه موجود است حقیقت عرفی دیگری است که انشاء انتقال بدان تعلق نگرفته است و همین اختلاف حقیقت به نظر عرف، از انعقاد عقد مانع می‌گردد زیرا ملاک و معیار در معاملات نظر عرف می‌باشد و به تعبیر دیگر هر شرطی که دخالت در صورت نوعی شیء مورد معامله داشته باشد، اخلاص نسبت به آن باعث از بین رفتن صورت نوعیه شده که بازگشت تخلف چنین شرطی به تخلف عنوان مورد معامله است که مانع از انعقاد عقد می‌گردد).

#### ۳- تحلیل نظریات درباره تأثیر شرط فاسد در عقد با لحاظ قصد متعاقدين

چنانکه گفته شد درباره تأثیر شرط فاسد در عقد دو نظریه عمده و محوری ارائه شده است که یکی از آنها قائل به بطلان اصل عقد در اثر شرط فاسد است و نظریه دیگر شرط فاسد را موجب بطلان و فساد عقد نمی‌داند و هر گروهی برای خود ادله ای ارائه نموده که اینک به تحلیل مختصری پیرامون نظریات ارائه شده می‌پردازیم.

۳-۱- گفته شد یکی از ارکان معامله، رضایت تعاملی است و چنین رضایتی در معاملات متضمن شرط فاسد وجود ندارد.

پاسخ این اشکال به صورت مفصل، اقتضاء نگارش مقاله ای مستقل را دارد اما در اینجا بطور خلاصه عرض می‌شود: در عقد متضمن شرط فاسد، برخلاف معامله اکراهی، در هنگام اجراء و انشاء عقد، رضایت تعاملی موجود است و همین رضایت برای حکم به صحت آن کافی به نظر می‌رسد، گرچه وضعیت این رضایت به گونه ای است که اگر طرف مشروط له از فساد و بطلان شرط آگاه شود ممکن است به آن معامله راضی نشود ولی این عدم رضایت شأنی نمی‌تواند مانع از انعقاد معامله گردد و گرنه باید در تمامی معاملاتی که در نهایت یکی از طرفین معامله ضرر می‌بیند و لذا چنین عدم رضایتی در آنها نیز می‌توان یافت، حکم به بطلان معامله گردد که کسی ملتزم به چنین حکمی نمی‌شود زیرا التزام به چنین حکمی مساوی با متلاشی شدن پیکره نظام تعاملی بشر خواهد بود.

۳-۲- این نظریه که تحقق عقد بدون وجود قصد ممکن نیست کلامی صحیح و منطقی می‌باشد اما نمی‌توان از آن نتیجه گرفت که اگر شرط ضمن عقد، فاسد و باطل باشد قصد تعاملی نیز مفقود می‌باشد زیرا چنانکه نظریه بزرگانی مثل شیخ انصاری (ره) را نقل نمودیم چنین نیست که نقش شرط در ضمن عقد از قبیل نقش رکن برای عقد باشد تا فقدان آن سبب بطلان عقد گردد و عرفاً چنین نیست که مشروط له قصد عقد متضمن شرط را به نحوی بنماید که عقد فاقد شرط را نفی کند بلکه قصد او تحقق عقد است به علاوه تحقق شرط، بله اگر در موردی اثبات شود که یکی از طرفین عقد قصد شرط را به منزله رکن رکینی برای عقد نموده‌اند به گونه ای که با فساد شرط نیز قصد عدم تحقق عقد را مدنظر داشته‌اند در این مورد اگر شرط فاسد باشد حکم به عدم انعقاد عقد می‌نماییم ولی این از موارد استثنایی و خاص است که باعث ارائه حکم کلی نمی‌گردد.

و این نکته که گفته شود اگر مشروط له از بطلان شرط آگاهی داشت ممکن بود قصد تحقق عقد رانمی نمود، نتیجه‌اش حکم به فقدان قصد شأنی در عقد متضمن شرط فاسد است که آن هم با وجود قصد فعلی، کارایی و تأثیری برای حکم به فساد عقد از ابتدا ندارد.

۳-۳- و اما اگر گفته شود در صورت فساد شرط ضمن عقد، از آنجا که در مقابل شرط بخشی از ثمن و قیمت پرداخت می‌شود و بعد از بطلان و سقوط شرط، با تقسیط ثمن،

عوض مبیع و کالا مجهول می‌گردد و لذا حکم به بطلان معامله می‌شود در پاسخ می‌توان گفت:

**اولاً:** مبادله بین ثمن و خود کالا واقع شده و چیزی از ثمن و قیمت در برابر شرط پرداخت نمی‌شود، آری این نکته قابل انکار نیست که شرط موجب زیادی مالیت کالا در بیع خواهد شد اما ثمن بین کالا و شرط تقسیط نمی‌گردد، چنانکه بزرگانی نیز بدین نکته تصریح فرموده‌اند. (شیخ انصاری، ۱۳۷۵ ه.ق: ۲۸۸).

**ثانیاً:** اگر تقسیط ثمن را هم بپذیریم باعث مجهولیت عوض نمی‌گردد، زیرا عرف و اهل خبره مقداری از ثمن را که در برابر شرط واقع می‌شود و نیز سهمی از آن را که در مقابل اصل کالا پرداخت می‌گردد، تعیین می‌نمایند، چنانکه در مبحث تبعض صفقه هم راه حل چنین می‌باشد و همان راه حل در مبحث شرط فاسد نیز ارائه شده است. (بجنوردی، ۱۴۱۹ ه.ق: ۱۹۶/۴). و لذا اگر کسی بگوید: علم به عوضین در هنگام عقد معتبر است و با تقسیط ثمن بین عقد و شرط معلوم می‌شود که در زمان عقد این علم مفقود بوده است پس معامله باطل می‌باشد، در پاسخ می‌گوییم: در معاملات که ثمن تقسیط می‌گردد (مثل تبعض صفقه در صورتی که معامله نسبت به بخشی از معامله باطل شود و نسبت به بخش دیگر لازم گردد) مسأله به همین گونه بوده و علم به مقدار ثمن معتبر نمی‌باشد و بر مبنای همین عدم اعتبار علم نسبت به اقساط، بزرگان در مبحث تبعض صفقه قائل به صحت معامله شده‌اند و حتی به عدم اعتبار علم به مقدار قسط در هر معامله ای که تقسیط ثمن در آن صورت می‌پذیرد تصریح فرموده‌اند. (امام خمینی ۱۴۰۷ ه.ق: ۲۴۴/۵).

۳-۴- و اما روایاتی که به عنوان دلیلی برای حکم به بطلان عقد متضمن شرط فاسد اقامه شده بود درباره آن‌ها باید گفت:

**اولاً:** غالب این روایات از نظر سلسله سند و یا از نظر دلالت بر مطلوب ضعیف می‌باشند، چنانکه روایتی که ذکر گردید مرسله بوده و نیز ابن فضال در سلسله سندش داخل می‌باشد که فقهاء چنین روایاتی را قابل استناد نمی‌دانند.

**ثانیاً :** در مقابل اینگونه روایات، احادیث و روایات صحیح و قابل استنادی در اختیار داریم که دلالت بر بطلان شرط فاسد و صحت اصل عقد می‌نمایند که به برخی از آن‌ها در بحث از نظریه صحت عقد متضمن شرط فاسد اشاره گردید.

بنابر این حکم به بطلان عقد متضمن شرط فاسد از دلیل و پشتوانه مستحکمی برخوردار نمی‌باشد.

#### ۴- تأملی بر فرمایش مرحوم آخوند خراسانی

چنانکه توضیح داده شد مرحوم آخوند خراسانی در مورد عقد متضمن شرط فاسد چنین ابراز فرموده بودند که در اینگونه عقود نوعاً قرینۀ عرفیه حاکم است بر اینکه آنچه انشاء می‌شود دو چیز است:

**اول)** اگر عقد واجد قید و شرط ممکن باشد، همان مطلوب است. **دوم)** اگر عقد واجد شرط و قید ممکن نباشد، عقد فاقد شرط و قید مطلوب می‌باشد.

به ایشان عرض می‌کنیم: چگونه ممکن است یک انشاء به دو چیز از نوع خود در طول یکدیگر منحل گردد به گونه ای که اگر یک از آن‌ها ممکن نبود، دیگری مطلوب واقع شود؟ آری با یک انشاء می‌توان دو یا چند چیز را در عرض یکدیگر طلب نمود مثل اینکه یک کتاب و یک کیف و دو قلم را با یک انشاء معامله کرد، ولی معقول نیست که دو چیز در طول هم، موضوع برای یک انشاء واقع شوند بلکه شیء دوم نیازمند به انشاء جدیدی می‌باشد چنانکه اگر کسی به دیگری بگوید: برای اینجانب یک تخته فرش درجه یک از صنف راوند کاشان خریداری کن و اگر چنین فرشی نبود درجه یک و نیم خریداری بنما. این خود دو انشاء است. لذا به مرحوم آخوند عرض می‌کنیم که این تعدد مطلوب به نحو طولی در انشاء واحد ممکن به نظر نمی‌رسد.

حتی اگر به نحوی امکان چنین قسم از انشاء وجود داشته باشد در این صورت نیز حکم به بطلان معامله می‌گردد، زیرا چنین انشائی همانند بیع یک کالا به دو قیمت متفاوت بنا بر دو فرض مختلف می‌باشد چنانکه اگر کسی بگوید: این کتاب را به هزار تومان فروختم اگر حسین آمده باشد و اگر نیامده باشد به قیمت هزار و پانصد تومان فروختم. از نظر اینکه در این معامله ثمن مجهول است حکم به بطلان بیع می‌گردد چنانکه بدین نکته تصریح شده

است: (امام خمینی ۱۴۰۷ ه.ق: ۲۴۶/۴) همچنانکه ممکن است گفته شود از آنجا که اینگونه انشاء غیر منجز بوده و از یک نحو تعلیق برخوردار است حکم به بطلان آن می‌گردد.

### ۵- نظری بر نظریه مرحوم نائینی

چنانکه قبلاً توضیح داده شد مرحوم میرزای نائینی در توجیه و تبیین نظریه صحت اصل عقدی که متضمن شرط فاسد و باطل است، کلامی مفصل ذکر فرموده بود که مضمون آن را نقل نمودیم و از تکرارش خودداری می‌کنیم، و در رابطه با فرمایشات آن بزرگوار به ذکر دو نکته بسنده می‌کنیم:

**اول:** محور کلام مرحوم نائینی شرط صفت می‌باشد و حال آنکه چنانکه قبلاً نیز اشاره شد، شرط ضمن عقد می‌تواند شرط صفت یا شرط فعل و یا شرط نتیجه باشد.

**دوم:** از فرمایشات مرحوم نائینی این نکته قابل استنباط است که در مواردی که تخلف شرط صفت موجب بطلان معامله می‌شود این حکم به بطلان معامله به علت آن است که تخلف شرط به تخلف از عنوان موضوع معامله بازگشت می‌نماید و معامله از جهت تخلف عنوان معامله محکوم به بطلان می‌باشد، لذا ارتباطی به جایی که تخلف شرط سبب تخلف عنوان معامله نگردد، نداشته و محل بحث را در بر نمی‌گیرد.

### نتیجه گیری

با توجه به مطالبی که درباره رابطه عقد متضمن شرط فاسد بنا بر حکم به صحت عقد و بطلان شرط بیان شد، می‌توان نتیجه بحث را بطور خلاصه به صورت ذیل ارائه نمود. شرط ضمن عقد نمی‌تواند به عنوان قید و شرط برای خود عقد و انشاء لحاظ شود زیرا معلق نمودن عقد با تنجیز آن که شرط صحت برای هر عقد و ایقاعی محسوب می‌شود، منافات دارد. پس در مرحله انشاء عقد، قصد و رضایت به معاوضه بین ثمن با مثنی تعلق گرفته و این معنا مقید به هیچ چیز دیگری نیست و انشاء بیع قبل از شرط، تحقق می‌یابد و اما شرط، خود انشائی جدید و قراری مستقل می‌باشد، هر چند در عالم واقع و حقیقت یک نحو ارتباطی بین این دو وجود دارد ولی این مطلب سبب نمی‌شود که این ارتباط در مقام انشاء

و تراضی هم معتبر باشد و این ربط لَبّی در اینجا و نیز دواعی و اغراض در سایر معاملات باعث تقید در عالم انشاء نمی‌گردد.

بنابراین در قول به صحت عقد متضمن شرط فاسد باید گفت که در عالم انشاء در درجه‌اول معاوضه بین ثمن و مثن با یک انشاء محقق می‌گردد، و بعد با انشاء دیگری، شرط مورد انشاء واقع می‌شود که در عالم لبّ و واقع یک نحو ارتباطی بین این دو وجود دارد و هرگاه وفاء به شرط به جهت حکم شرع و یا عذر دیگری غیر ممکن باشد، لطمه ای به انشاء اولیه که به مبادله بین ثمن و مثن تعلق گرفته بود وارد نمی‌شود. اما از آنجا که بین این دو انشاء وجود ارتباط حتمی و محقق می‌باشد موجب ثبوت حق خیار برای شخص مشروط له می‌گردد چنانکه بزرگان از فقهاء نیز بدین نکته اشاره فرموده‌اند.

و به بیان دیگر می‌توان گفت:

قیود در انشاء، جهات تعلیلیه محسوب می‌گردند و از جهات تقییدیه نمی‌باشند، لذا تخلف آن‌ها موجب بطلان عقد نمی‌گردد، زیرا ملاک در حکم به بطلان عقد، هر قیدی است که جهت تقییدیه داشته باشد که این جهت تقییدیه هم باید به خود موضوع مربوط باشد تا با از بین رفتن آن، موضوع نیز از میان برود. و در نتیجه حکم سالبه به انتفاء موضوع گردد. ولی در جایی که قیدی جهت تعلیلیه داشته باشد آن موضوع خارجی به تنهایی مورد انشاء قرار گرفته و تخلف قید تأثیری در بطلان عقد ندارد.

- ۱- انصاری، مرتضی، (۱۳۷۵ ه.ق)، *المکاسب*، نشر اطلاعات، تبریز.
- ۲- بجنوردی، سید محمد حسن، (۱۴۱۹ ه.ق)، *القواعد الفقهیه*، نشر الهادی، چاپ دوم، قم.
- ۳- بحرانی، شیخ یوسف، (۱۴۱۱ ه.ق)، *الحدائق الناضرة فی احکام العتره الطاهره*، موسسه نشر اسلامی، چاپ اول، قم.
- ۴- جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، (۱۳۸۶ ه.ق)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، با تصحیح و تعلیق سید محمد کلانتر، دار العالم الاسلامی، بیروت.
- ۵- شیخ حر عاملی، محمد ابن حسن، (۱۳۹۱ ه.ق)، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، دار احیاء التراث العربی، چاپ چهارم، بیروت.
- ۶- حلی، یحیی ابن سعید، (۱۴۰۸ ه.ق)، *الجامع للشرایع*، موسسه سید الشهداء علیه السلام، چاپ اول، قم.
- ۷- خراسانی، محمد کاظم (آخوند خراسانی)، (۱۴۰۶ ه.ق)، *حاشیه المکاسب*، انتشارات وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول، تهران.
- ۸- امام خمینی، سید روح الله، (۱۴۰۷ ه.ق)، *کتاب البیع*، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم.
- ۹- شیخ صدوق، محمد ابن علی ابن حسن بابویه، (۱۴۰۴ ه.ق)، *من لا یحضره الفقیه*، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، قم.
- ۱۰- طباطبایی، سید علی، (۱۴۰۴ ه.ق)، *ریاض المسائل*، موسسه آل البيت علیهم السلام، قم.
- ۱۱- طباطبایی یزدی، (۱۴۱۰ ه.ق)، سید محمد کاظم، *حاشیه المکاسب*، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم.
- ۱۲- شیخ طوسی، محمد ابن حسن، (۱۴۰۷ ه.ق)، *المبسوط*، انتشارات مرتضوی، قم.
- ۱۳- نائینی، محمد حسین، (۱۳۵۸ ه.ق)، *منیه الطالب*، انتشارات مرتضویه، نجف اشرف.
- ۱۴- نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۷ ه.ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، دار احیاء التراث العربی، چاپ سوم، بیروت.