

مآخذ

پژوهش‌های فقهی

دوفصلنامه علمی - پژوهشی
سال چهارم، شماره ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۹

ضابطه تشخیص شرط مخالف مقتضای ذات عقد از شرط نامشروع و تطبیق آن بر عقود بانکی^۱

اباذر افشار^۲، حسین صابری^۳، محمدتقی فخلعی^۴

چکیده

بازشناسی شرط مخالف مقتضای ذات عقد، از شرط مخالف شرع از مسائل مهمی است که نه تنها معیاری برای آن ارائه نشده است؛ بلکه برخی فقهای امامیه دلیل بطلان شرط مخالف مقتضای ذات عقد را دلالت التزامی «اوفوا بالعقود» تلقی کرده‌اند. برخی از دانشیان فقه و حقوق اشکال کرده‌اند که این دلیل، سبب قرارگیری شرط مذکور در دایره شرط نامشروع می‌گردد و فراوانی اشتباه در تشخیص مصادیق را به دنبال دارد. فقهای معاصر برای برون رفت از این اشتباه، معیارهایی ارائه کرده‌اند که مقاله پیش‌رو با بهره‌گیری از روش تحلیلی و توصیفی به واکاوی آن پرداخته است. نتایج

تاریخ دریافت: ۹۸/۱۱/۱۴

۱. تاریخ تأیید: ۹۹/۵/۲۵

۲. دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد. (نویسنده مسئول)

abazar.afshar@mail.um.ac.ir

saberi@um.ac.ir

fakhlai@mail.um.ac.ir

۳. استاد گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه فردوسی مشهد.

۴. استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد.

مآخذ
پژوهش‌های فقهی

ضابطه تشخیص شرط مخالف مقتضای ذات عقد از شرط نامشروع

پژوهش حاکی از آن است که شرط مخالف مقتضای ذات عقد بر اساس مصلحت کامنه عقد با منشأ عقد در ارتباط است و مشمول حکم حرام و حلال نیست؛ در حالی که در شرط نامشروع، شرط بدون لحاظ منشأ و آنچه به واسطهٔ إنشاء عقد ایجاد می‌شود، مخالف شرع است؛ مانند شرط ترک روزه ضمن عقد بیع. معیار بطلان شرط مخالف مقتضای ذات عقد، تناقض دائمی بین شرط و اثر عقد است و ملاک شناسایی شرط نامشروع، مخالفت با احکام الزامی است. از این رو، به لحاظ مفهومی، مصداقی و ملاکی بین این دو شرط تباین برقرار است؛ اما از جنبهٔ حکمی، شرط مخالف مقتضای ذات عقد به مانند شرط نامشروع باطل است؛ ولی مبطل عقد نیست. بنابر این شروط خلاف مقتضای ذات عقد از مفاد مادهٔ ۲۳۳ قانون مدنی خارج است و باید به مادهٔ ۲۳۲ قانون مدنی الحاق شود. این امر سبب تحوّل در تعیین شروط منافی با مقتضای عقود به ویژه قراردادهای بانکی می‌گردد.

واژگان کلیدی: ذات عقد، مقتضای ذات عقد، شرط نامشروع، عقود بانکی.

مقدمه

یکی از شاخص‌های مهم حضور فعال، پویا و زندهٔ فقه در جامعه، پاسخ‌گویی به نیازهای آنان است. بی‌شک مسائل متنوع و نوپدایی در قراردادها وجود دارد، که بیش از همه، در معرض باید‌ها و نبایدهای شرعی است و حضور مؤثر فقه را می‌طلبد. از این مهم‌تر، نقش و جایگاهی است که مقتضیات، آثار و لوازم عقود و شروط ضمنی آن می‌تواند در حل مشکلات اقتصادی و اجتماعی داشته باشد؛ زیرا چه بسا در حل یک مشکل اقتصادی و اجتماعی، قالب‌های متعارف عقود، پاسخ‌گو نباشد؛ ولی با کم و زیاد کردن یک شرط بتوان بر آن مشکل فائق آمد. این امر مستلزم شناخت مقتضیات شرعی و عرفی عقود است. تشخیص مقتضای ذات عقد از اموری است که در عبارات فقهای متقدم معیاری برای آن مشخص نشده است تا جایی که برخی از فقها موردی را مصداق شرط نامشروع و همان را مصداق شرط مخالف با مقتضای ذات عقد بیان کرده‌اند. به عنوان نمونه؛ برخی فقها در عقد نکاح، شرط تسلط زوجه بر اسکان را از شروط مخالف با مقتضای ذات عقد شمرده و برخی دیگر آن را از شروط مخالف با کتاب و سنت تلقی نموده‌اند.^۱ بلکه برخی اساساً شرط

۱. اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۵، صص ۱۳۶-۱۳۷؛ سبحانی، المختار فی احکام الخیار، ج ۱، ص ۴۸۶.

مخالف با مقتضای ذات عقد را از مصادیق شرط مخالف با شرع می‌دانند و بر این باورند که این دو یک شرطند.^۱ روشن نبودن این مسأله مورد اعتراض برخی از فقهای معاصر^۲ قرار گرفته است. به نظر می‌رسد اختلاف اصلی و پرچالش، در مصداق‌یابی شروط مخالف با مقتضای ذات عقد است؛ موضوعی که ارائه ضابطه‌ای واحد و منضبط برای تعیین شرط مخالف مقتضای ذات عقود و تفکیک آن از شرط نامشروع، کار را بسیار دشوار می‌کند.

بازخوانی برخی نقاط افتراق و اشتراک شرط نامشروع و شرط مخالف مقتضای عقد و تمرکز بر ضابطه تشخیص شرط مخالف مقتضای ذات عقد از شرط مخالف مقتضای اطلاق عقد، برآیند مرور پیشینه پژوهشی موضوع است. اما در این جهت به‌خصوص که با چه معیاری می‌توان مصادیق شرط مخالف مقتضای ذات عقد را از شرط نامشروع تشخیص داد، مطلبی بیان نشده است. از این رو مقاله پیش‌رو درصدد است ضابطه تشخیص شرط مخالف مقتضای ذات عقد را از شرط نامشروع به لحاظ مفهومی، مصداقی، ملاکی و حکمی مورد تحلیل و واکاوی قرار دهد.

مفهوم مقتضای ذات عقد از دیدگاه فقهای امامیه

فقهای امامیه درباره مفهوم مقتضای ذات عقد آراء و نظرات گوناگونی دارند. تعریف فقها از مقتضای ذات عقد را می‌توان به عنوان معیار تشخیص نیز تلقی نمود که ذیلاً به بیان آن پرداخته می‌شود:

الف. امور مجعول از طرف شارع

برخی از فقهای متأخر، مقتضای ذات عقد را به امور مجعول از طرف شارع بر عقد بما هو عقد تعریف می‌کنند؛ با این بیان که چون عقد تأسیس شرع است، احکام و آثار آن نیز شرعی خواهد بود. محقق کرکی مراد از مقتضای ذات عقد را اموری دانسته است که شارع برای عقد بما هو عقد جعل کرده است.^۳ نیز شهید ثانی و صاحب مفتاح الکرامه اموری را که با جعل

۱. مکارم شیرازی، موسوعة الفقه الاسلامی المقارن، ج ۲، ص ۵۵۸.

۲. خوبی، مصباح الفقاهة، ج ۷، ص ۳۴۱.

۳. محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۴۱۴.

شارع برای عقد بما هو عقد منافات داشته باشد منافی با مقتضای ذات عقد می‌دانند.^۱ طبق این دیدگاه عقود مستحدثه که شارع آن‌ها را جعل نکرده است، باطل خواهد بود. هم‌چنین عقود توقیفی بوده و به جعل شارع محقق و دارای اثر می‌گردند.^۲ در نقد دیدگاه فوق باید گفت جعل شارع نمی‌تواند به طور مستقیم در تعیین و تغییر مقتضیات ذاتی عقود نقش ایفا کند؛ زیرا آثار و لوازمی که شارع بر عقود بار نموده است، مقتضیات شرعی بوده و اشتراط برخلاف چنین مقتضیاتی، سالب اثر ذاتی عقد نیست، تا مخالف مقتضای ذات عقد به شمار آید. چنان‌چه محقق ایروانی تأکید می‌کند: «شرط عدم اثر شرعی، خارج از بحث اشتراط خلاف مقتضای ذات عقد و داخل در شرط خلاف کتاب و سنت است.»^۳ عقد بیع حقیقی عرفی دارد که شرع آن را امضا کرده و احکامی را بر آن بار کرده است که خارج از حقیقت عقد است. در این صورت، بطلان شرط به استناد مخالفت با شرع است و با مقتضیات ذاتی و مُنشئات عقود ارتباطی ندارد. از این رو اگر تعیین مقتضای ذات عقد به شرع واگذار شود، خلط بین شرط نامشروع و شرط مخالف مقتضای ذات عقد رخ داده است.

ب. اقتضائات ذات عقد بما هو عقد

محقق نراقی مقتضای ذات عقد را اقتضائات ذات عقد بما هو عقد می‌داند و معتقد است مراد از آن اموری است که عقد بذاته بر آن‌ها دلالت دارد. منظور از بذاته این است که ذات عقد بما هو عقد آن را اقتضا دارد؛ یعنی متوقف بر جعل شارع نیست و ذات عقد اگر تصور شود آن نیز تصور خواهد شد؛ به گونه‌ای که اگر این امور منتفی شوند، عقد لغتاً یا عرفاً و یا شرعاً منتفی خواهد شد. به عنوان نمونه؛ بیع عرفاً برای نقل ملکیت به غیر در مقابل عوض است و اگر مبیع به مشتری و ثمن به بایع منتقل نگردد، عرفاً بیع محقق نشده است؛ حتی اگر یکی از این ارکان نیز نباشد، عقد منتفی می‌گردد؛ چون نفی جزء مستلزم نفی کل است. همو ادامه می‌دهد که مقتضیات عقد به بدون واسطه و با واسطه تقسیم می‌شود. مقتضیات بدون واسطه مثل اموری

۱. شهید ثانی، مسالک الافهام الی تفتیح شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۲۶۹؛ عاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة، ج ۱۴، ص ۷۲۴.
 ۲. محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۷، ص ۳۹۲.
 ۳. ایروانی، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۶۵.

که ذکر شد و برای مقتضیات با واسطه می‌توان به تسلط بر مبیع - که به واسطه انتقال مبیع تحقق می‌یابد - یا به انفساخ به سبب فسخ - که از مقتضیات خیار مجلس که آن هم از مقتضیات بیع است - مثال زد.^۱ شبیه این بیان را محقق مراغی مطرح می‌نماید: «مقتضای ذات عقد عبارت است از چیزی که ماهیت عقد به آن بستگی داشته و به انتفای آن منتفی شود؛ خواه آن چیز از ارکان داخلی یا از لوازم و آثار خارجی عقد باشد.»^۲

این دسته از فقها ذاتیات و مقومات عقد را با مقتضا و منشآت اصلی عقد درآمیخته‌اند. در مقابل، برخی معاصران از جمله محقق خوانساری، امام خمینی و محقق خوئی و محقق بجنوردی ذاتیات عقود را از مقتضیات ذات آن تفکیک نموده‌اند و تلقی کسانی را که شرط عدم ثمن را مخالف مقتضای ذات عقد قلمداد کرده‌اند قابل دفع می‌دانند و می‌گویند در چنین وضعی، شرط عدم ثمن به معنای عدم اراده بیع است و این یعنی بیعی در بین نیست تا مقوله خلاف مقتضای ذات آن مورد بحث واقع شود.^۳

ج. منشآت بالذات عقد

محقق نائینی مقتضیات ذات عقد را منشآت اولی و بالذات عقد معرفی می‌نماید.^۴ دیدگاه ایشان در اشکال به شیخ انصاری - ذیل بحث شروط منافی با مقتضای ذات عقد - این است که اگر شارع اموری را بر عقد مترتب کرده است و نمی‌توان برخلاف آن‌ها شرط کرد، ربطی به مقتضای ذات عقد ندارد و اگر صحیح نیست به دلیل منافات با مقتضای ذات عقد نیست؛ بلکه از جهت ممنوعیت شرع است و بین این دو مسأله خلط واقع شده است. سپس ایشان مقتضای ذات عقد را این‌گونه تعریف می‌کنند که منشآت عقدی به دو صورت می‌تواند باشد: نخست منشآت که اولاً و بالذات توسط عاقد انشا گردد و عقد به دلالت مطابقی بر آن دلالت کند؛ مثل تملیک عین در بیع و منافع در اجاره. دوم منشآت

۱. نراقی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، ص ۱۵۱.

۲. مراغی، العناوین الفقهیة، ج ۲، ص ۲۴۸.

۳. خوانساری، جامع المدارک، ج ۳، ص ۲۱۰؛ امام خمینی، کتاب البیع، ج ۵، ص ۱۸۴؛ خوئی، مصباح الفقاهة، ج ۷، ص ۱۸۷؛ بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۴، ص ۱۸۷.

۴. نائینی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۴۷.

تبعی و ضمنی که از مدالیل التزامی عقد است، نه مطابقی آن؛ مثل اینکه پول از پول رایج آن شهر یا کشور باشد. اشتراط امور منافی با قسم اول به جهت تنافی بین عقد و شرط باطل است؛ ولی شروط منافی با قسم دوم باطل نیستند؛ چه آنکه این شروط با مقتضای اطلاق عقد مغایرند و تا جایی که به انتفای جمیع آثار نینجامند، صحیح هستند.^۱ از این رو شرط نفروختن به شخصی خاص یا نبخشیدن به هیچ کس یا وقف نکردن بی اشکال است؛ زیرا با مقتضای ذات عقد منافات ندارد.

سید یزدی در حاشیه بر مکاسب می فرماید که شرط یا با نفس عقد منافات دارد که باطل است؛ مثل شرط عدم عوض در بیع؛ زیرا عقد تحقق نمی یابد و یا با مقتضای عقد یعنی لوازم خارجی آن منافات دارد که در این صورت اگر شرط مربوط به اطلاق عقود باشد، باطل نیست و اگر مربوط به مطلق عقود باشد، باطل است.^۲ به عنوان مثال اگر در عقد بیع شرط نشود که محل تحویل مبیع، غیر از محل انعقاد عقد باشد، مبیع در همان محل باید تحویل مشتری گردد. اطلاق عقد مقتضای امری است و وقتی خلاف آن شرط نمی شود به همان اطلاق باید اخذ کرد. از این رو تعبیر می شود که این امر مقتضای اطلاق عقد است، مگر اینکه خلاف آن شرط گردد. در مقابل، اگر شرطی با مطلق عقد منافات داشته باشد، باطل است؛ مانند اینکه در بیع شرط کنند مشتری مالک مبیع نشود. این شرط باطل است؛ زیرا عقد بدون مالکیت با عقد بیع منافات دارد.

محقق خویی می فرماید هر عقدی اقتضائاتی دارد. اگر شرطی با آن منافات داشته باشد شرط مخالف با مقتضای ذات عقد تلقی می گردد. مثل اینکه شخصی خانه اش را به دیگری بفروشد و شرط کند که خودش مالک خانه باشد و یا حیوانی را به دیگری اجاره دهد و شرط کند که منفعت آن را مالک نشود.^۳

امام خمینی بعد از اشکال به مثال هایی که فقها در رابطه با مقتضای عقد بیان کرده اند می فرماید مراد از مقتضای ذات عقد اموری است که نقل انشائی، آن را اقتضا دارد و

۱. نائینی، فوائد الاصول، صص ۱۱۱ و ۱۱۲.

۲. یزدی، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۳.

۳. خویی، مصباح الفقاهة، ج ۷، ص ۳۴۰.

اقتضانات نقل اعتباری که مترتب بر انشائی است به آن ملحق می‌شود؛ مثل شرط عتق عبد یا شرط وقف ملک پس از بیع؛ زیرا اقتضای بیع مالکیت است و این‌گونه شروط با مضمون عقد بیع (مالکیت) منافات دارد.^۱

دکتر لنگرودی^۲ چند ایراد بر این تعریف از مقتضای ذات عقد که «موضوع اصلی است که عقد به خاطر ایجاد آن واقع می‌شود و به خواست طرفین یا احکام^۳ مترتب بر آن، لازمه ماهیت عقد است» وارد می‌کند:

یکم؛ مقتضای ذات عقد از امور قائم به شخص معین نیست، بلکه قائم به مصالح عرفی است. دکتر لنگرودی در جایی دیگر این بحث را با عنوان نظریهٔ مصلحت کامنه برای تشخیص مقتضای قراردادها مطرح کرده است. مصلحت کامنه نوع خاصی از مصلحت است که در صدد اثبات این امر است که مصالح در عقود، امر ثابت و لایزال نیست، بلکه به عوامل بستگی دارد که ممکن است متغیر باشد. به تعبیر دیگر، ابداع‌کنندهٔ این نظریه مدعی است مصلحت کامنه یا مُلزمهٔ قراردادها، مصلحتی است که طبیعت و جوهرهٔ عقد بر آن استوار است. مصلحت کامنه زیربنای همهٔ خصوصیات خاص عقود معین و قواعد عام در قراردادها و باعث تفکیک و شکل‌گیری نظام قراردادها شده است؛ مثلاً مصلحت کامنهٔ عقد بیع و معاوضه یا نکاح، لزوم آن‌ها را اقتضا دارد.^۴ بنابر این نظر مجرای اعمال مصلحت، امور مبنایی و انتزاعی و نه مصداقی است. درک لزوم یا جواز هر عقد بر مبنای مصلحت کامنه این‌طور است که اگر بیع لازم دانسته می‌شود، به دلیل محتوایش است که اهمیت لزوم را ترجیح می‌کند. این مصلحت در نکاح به قدری بالاست که حتی امکان شرط اختیار را از خود نفی می‌کند؛ در مقابل عقود جایزی هم‌چون وکالت وجود دارد که در خود عقد، صرف ارادهٔ طرفین نمی‌تواند آن را لازم نماید.

دوم؛ مقتضای ذات عقد، لازمهٔ ماهیت عقد نیست، بلکه عین ماهیت عقد است. در مورد اشکال اول می‌توان گفت که خواسته و ارادهٔ طرفین خارج از ملاک عرف نیست.

۱. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۵، ص ۲۷۹.

۲. جعفری لنگرودی، قوة قدسیه به ضمیمهٔ رسالهٔ موضوع شناسی و رساله، ص ۳۵.

۳. دخالت دادن حکم در موضوع، عمده اشکال است.

۴. جعفری لنگرودی، الفارق: دائرة المعارف عمومی حقوق، ج ۴، ص ۳۷۹.

مصلحت عرفی اقتضای به وجود آمدن بیع را داشته است که در آن نقل و انتقال صورت پذیرد. حال متبایعین نیز همان نقل و انتقال را اراده کرده‌اند و چیزی غیر از آن نیست. هم‌چنین مصلحت کامنه از دو حالت خارج نیست؛ یا امری ثابت است که چیزی غیر از کشف مقتضیات ذات عقد نیست و فقها بدان تمسک بسته و در عبارات خود آن را بیان فرموده و با راهکار شرعی استصحاب آن را ثابت کرده‌اند و یا امری سیال و غیرثابت است که با تغییر شرایط، مصلحت آن نیز تغییر می‌یابد که در این صورت اشکال انقلاب ماهیت عقد متوجه آن است. از این رو اگر تعیین مقتضای ذات عقد به عرف عملی جامعه محوّل شود موجب انقلاب و دگرگونی ماهیت عقود می‌شود. عرف جامعه در سیر گذشت زمان، دچار تحوّل و دگرگونی می‌شود؛ ولی ممکن نیست مقتضیات و آثار ذاتی لاینفک عقود با گذشت زمان دچار تحوّل و دگرگونی شود. مقتضای ذات عقد، جزء منشئات، لوازم و آثار اصلی و لاینفک عقد است؛ به مانند شیرینی در شکر. در نتیجه مقتضای ذات عقد، طبق مناط مصلحت و ضرورت نوعی، معلول عقد است و معلول هم از علت قابل جداسازی نیست.

اشکال دوم با بیانی که از سید یزدی، بجنوردی، خوبی و امام خمینی مطرح گردید دفع می‌شود که ذات عقد غیر از مقتضای ذات است. به عنوان مثال نطق جزء ذات انسان است و از مقومات ماهیت به شمار می‌رود؛ اما تعجب از مقتضیات ذات انسان است؛ ولی از مقومات ماهیت نیست.

با توجه به معانی ارائه‌شده از مقتضای ذات عقد این‌گونه می‌توان جمع‌بندی کرد که فقهای متقدم میان ذاتیات عقد، مقتضیات ذات عقد و شرط نامشروع تفکیک نکرده‌اند؛ اما بعد از مرور زمان و مشکلاتی که به سبب عدم تفکیک ایجاد شده، دانشیان فقه در صدد تعریف مقتضای ذات عقد برآمدند که اختلاف تعبیر و تعاریف نشان از تشّت و اختلاف آراء در تبیین آن دارد. البته شاید بتوان با دقت و تعمق بیشتر، حقیقت واحدی برای این تعبیر متشّت حاصل کرد. بدین ترتیب مقتضای ذات عقد، منشئات اصلی و اولی‌ای است که بی‌واسطه به سبب عقد به وجود آمده است و در کلیه افراد و مصادیق نوع عقد موجود بوده و آن‌چنان با عقد ملازمه داشته که رفع آن، اسقاط هستی عقد محسوب می‌شود. امور لاینفک عرفی آن نیز ملحق به همین امر می‌شود. توضیح آنکه هر عقدی برای پاسخ‌گویی به نیازی

تحقق یافته است. همان نیاز و ضرورت که سبب تکون و تحقق عقد شده است مقتضای ذات عقد نام دارد. حال این مقتضای ذات عقد، لوازم لاینفکی هم می‌تواند داشته باشد. به طور مثال، بیع برای تملیک ثمن و مثنی است؛ اما تصرف از اموری است که در نظر عرف منفک از مالکیت نیست. این‌ها نیز از مقتضیات عقد به شمار می‌روند.

قدر متیقن از مقتضیات ذات عقد، امور عرفیه‌ای است که عقد به سبب آن تکون و تحقق یافته است و اگر این امور منتفی شوند، عقد محقق نخواهد شد. از این رو اگر مصلحت عرف و جامعه اقتضای ایجاد عقد جدیدی مثل وکالت، اما به صورت لازم را داشته باشد که طرفین نتوانند هیچ وقت آن را به هم بزنند، این عقد به وجود می‌آید، اما دیگر از آن نمی‌توانند اراده جواز کنند؛ چون ماهیت آن بر پایه و اساس لزوم تحقق یافته است.

معیار تشخیص شرط مخالف با مقتضای ذات عقد

شیخ انصاری دلیل بطلان شرط مخالف با مقتضای ذات عقد را دلالت التزامی «أوفوا بالعقود» بیان کرده است. این امر سبب شده در تشخیص مصادیق شرط مذکور اشتباهاتی رخ نماید؛ زیرا دیگر شرط مستقلی نخواهد بود؛ بلکه یکی از اقسام شرط نامشروع محسوب می‌شود.^۱ دیگر فقها به منظور رهایی از این اشکال با دقت بیشتری در این مسأله تتبع کرده و معیارهایی برای تشخیص آن ارائه نموده‌اند:

محقق خوبی تناقض دائمی شرط با عقد را معیار تشخیص شرط مخالف با مقتضای ذات عقد معرفی می‌کند. ایشان پس از گزارش کلام محقق ثانی که ملاک تشخیص در برخی مصادیق را به فقیه ارجاع داده است، اشکال می‌کند که شأن فقیه تشخیص و تمیز نیست؛ بلکه کشف ملاک است. سپس می‌فرماید شرط نامشروع در صورتی است که اگر حکم شرع نمی‌بود، هیچ منافاتی با عقد نداشت؛ اما شرط مخالف با مقتضای ذات عقد، دائماً با مضمون عقد در تناقض است. از این رو شرط منافی با مقتضای ذات عقد و شرط نامشروع هیچ‌گاه با هم جمع نمی‌شوند؛ زیرا اگر شرط با مقتضای ذات عقد مخالف باشد، تناقض پایدار دارند؛ ولی شرط نامشروع اگر مخالفت با شرع نمی‌بود، هیچ تناقضی بین

۱. سبحانی، دراسات موجزة فی الخيارات و الشروط، ص ۱۲۷.

مضمون عقد و شرط برایش متصور نبود؛ مثلاً شرط عدم زوجیت در نکاح از مصادیق شرط مخالف با مقتضای ذات عقد است. او در ادامه می‌فرماید ممکن است موارد دیگری نیز ثانیاً و بالعرض از مصادیق منافی با مقتضای ذات عقد به شمار رود؛ مثلاً اشتراط عدم جواز نظر به زوجه در نکاح یا عدم جواز تصرف در مبیع، ثانیاً و بالعرض از مصادیق آن به شمار می‌رود.^۱ در توضیح کلام ایشان می‌توان گفت که معیار ارائه شده برای شرط مخالف با مقتضای ذات عقد، تناقض دائمی با عقد است و معیار شرط نامشروع فقط مخالفت با کتاب و سنت است و هیچ مشکل دیگری ندارد. از عبارت محقق اصفهانی در اشکال به شیخ انصاری نیز می‌توان چنین مطلبی را استظهار کرد.^۲

ممکن است اشکال شود که در فرض اشتراط عدم جواز تصرف، تناقضی رخ نمی‌دهد؛ چه آنکه جواز تصرف غیر از ملکیت است؛ هر چند از لوازم آن به شمار می‌رود. به دیگر سخن، در موارد بالعرض دلیل تناقض تطبیق نمی‌یابد. در پاسخ می‌توان گفت نفی مطلق تصرف در واقع نفی ملکیت به لسان دیگر است و عرف این شرط را به منزله عدم ملکیت تلقی می‌کند و این دورا منفک از هم نمی‌بیند.

سید یزدی در ضمن قاعده‌ای کلی می‌فرماید شرط یا منافی با نفس عقد است؛ مثل شرط عدم عوض در بیع و یا منافی با لوازم آن است. این لوازم ممکن است ملازم با اطلاق عقد (مقتضای اطلاق عقد) یا ملازم با عقد مطلق (مقتضای ذات عقد) باشد. لوازم عقد مطلق، یا عرفی است یا شرعی و هر یک از این‌ها یا بدون واسطه است یا با واسطه. این چهار صورت مربوط به اطلاق عقد است و اشتراط خلاف آن باطل نیست.

لوازم مطلق عقد (مقتضای ذات عقد) نیز یا عرفی است یا شرعی و در هر دو فرض نیز یا با واسطه است یا بدون واسطه. این صور نیز یا مثل مقوم عقد هستند یا حکم عرفی یا شرعی غیر منفک آن به شمار می‌روند؛ مثلاً طلاق لازم شرعی نکاح به شمار می‌رود و از آن منفک نمی‌شود؛ ولی عقد بدون آن نیز قابل تصویر است. (این هشت صورت مربوط به مطلق عقد است.) سپس تصریح می‌کند که این هشت قسم با قسم اول که شرط در آن با نفس عقد منافی

۱. خوبی، مصباح الفقاهة، ج ۷، ص ۳۴۱.

۲. اصفهانی، حاشیه کتاب المكاسب، ج ۵، ص ۱۵۵.

است باطل است. دلیل بطلان تمامی اینها اجماع است. علاوه بر اجماع، دلیل بطلان شرط منافی با نفس عقد، عدم تحقق عقد است؛ چون در حقیقت به تناقض منجر می‌شود. همچنین اگر شرط مذکور با مقوم عرفی با واسطه یا بدون واسطه منافات داشته باشد، به دلیل تناقض باطل است. موارد شش‌گانه دیگر نیز یا مغایر با لوازمی است که شارع آن‌ها را جعل یا امضا کرده و شرط مذکور مخالف با کتاب و سنت است؛ اما دلیل تناقض در هیچ یک از صور شش‌گانه جاری نمی‌شود؛ حتی در جایی که مقوم شرعی باشد؛ چون حقیقت عرفی محفوظ است و تصرف شارع در حقیقت، به تخطئه عرف در مصداق برمی‌گردد.

خلاصه آنکه شروط منافی اطلاق عقد، صحیح؛ ولی شروط مغایر با ذات عقد و شروط منافی با مقتضای ذات عقد باطل‌اند. همه این صور به دلیل اجماع و برخی دیگر علاوه بر اجماع به دلیل تناقض و برخی دیگر به دلیل مخالفت با کتاب و سنت باطل‌اند.^۱

ملاک سید یزدی تلازم عرفی یا شرعی با عقد است و این‌گونه نیست که همیشه منجر به تناقض شود؛ ولی ملاک محقق خوبی تناقض است.

از دیدگاه نویسندگان پژوهش حاضر، شرط مخالف مقتضای ذات عقد به دو صورت است؛ گاهی مستقیماً با منشأ عقد منافات دارد؛ مانند آنکه در ضمن عقد اجاره، شرط عدم ملکیت منافع شود. گاهی نیز مستقیماً با اثر عقد منافات ندارد؛ اما از لوازم لاینفک آن اثر به شمار می‌رود؛ مانند آنکه در عقد بیع، شرط شود طرف مقابل در مبیع یا ثمن تصرف نکند. تصرف اثری است که به واسطه ملکیت ثابت می‌شود؛ اما به‌گونه‌ای است که از لوازم لاینفک عرفی آن به حساب می‌آید. ذکر این نکته ضروری است که نفی تمامی تصرفات با اثر عقد منافرت دارد؛ اما نفی تصرف خاص مانند فروش یا سکونت در منزل یا دیگر تصرفات خاص با آن تلازم ندارد.

بعد از ذکر این دو صورت می‌توان گفت شرط مخالف مقتضای ذات عقد به این دلیل که به تناقض پایدار منتهی می‌گردد، باطل است. هر عقد، مقتضای اثری است که تحقق آن، غرض و هدف پیدایش عقد است. حال در صورتی که شرطی در عقد مطرح گردد که آن اثر را نفی کند، به معنای آن است که طرفین عقد از یک‌طرف وجود عقد را اراده کرده‌اند و از

۱. یزدی، حاشیه‌المکاسب (للیزدی)، ج ۲، ص ۱۱۲.

طرف دیگر عدم آن را خواستارند. نهایتاً این دو اراده در مقابل هم صف‌آرایی می‌کنند که موجب بروز تناقض می‌شود. بایع نمی‌تواند هم بیع را اراده نماید و هم خواستار عدم مالکیت مشتری بر مبیع باشد.

در جمع‌بندی نهایی می‌توان گفت نظر محقق خوبی در این مقام دقیق به نظر می‌رسد و ملاک کشف تناقض دائمی است و این ملاک در آثار لاینفک نیز وجود دارد.

معیار تشخیص شرط نامشروع

شیخ انصاری بر این باور است که برخی از احکام کتاب و سنت قابل تغییرند؛ یعنی شارع اجازه تخلف از آن‌ها را داده است. برای مثال شارع در شرایطی خاص برای دو طرف معامله یا یکی از طرفین، حق فسخ معامله را قرار داده است و یا اسقاط تمامی خيارات را با توافق طرفین تأیید نموده است. این وضعیت نشان می‌دهد که احکام خیار به وسیله قرارداد و شروط ضمن آن قابل تغییرند. نتیجتاً به مثل شرط اسقاط خیار عیب نمی‌توان نامشروع گفت. این تفاوت در شیوه وضع، ضرورت جداسازی احکام از یکدیگر را ایجاد نموده است. بر این اساس فقها در هنگام بحث از شرط مخالف کتاب و سنت، به بیان ضابطه‌ای برای تمییز احکام قابل تغییر از احکام غیرقابل تغییر پرداخته‌اند. لازم به ذکر است که اگر احکام الهی همگی غیرقابل تغییر می‌بود هرگاه حکم دیگری (البته خارج از دو عنوان ثانوی ضرر و حرج) بر موضوع ثابت شود، به ناچار میان دلیل حکم و جوب یا حرمت اولی و حکم دیگر تعارض واقع می‌شد.^۱ در پایان شیخ انصاری نتیجه می‌گیرد که اگر شرط به احکام قابل تغییر تعلق گیرد، التزام به آن مخالف کتاب و سنت نیست و اگر به احکام غیرقابل تغییر تعلق گیرد، التزام به آن مخالف کتاب و سنت است.^۲

این ضابطه در عین دقت، به خوبی به پاسخ مسأله اصلی نمی‌پردازد که نهایتاً کدام شرط، مخالف کتاب و سنت است و کدام نیست؟ در واقع ضابطه شیخ انصاری خود نیازمند ضابطه دیگری است که مشخص کند کدام حکم قابل تغییر است و کدام نیست.

ماهیچوا
پژوهش‌های فقهی

سال چهارم، شماره ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۹

۱. انصاری، المکاسب، ج ۶، ص ۲۰۴.

۲. همان، ج ۶، ص ۲۰۵.

محقق بجنوردی احکام الزامی و غیرالزامی را ضابطه قرار داده است. از این رو اگر شرط شود که عمل حرامی، اتیان یا عمل واجبی، ترک گردد، قطعاً نامشروع است؛ اما اشتراط انجام یا ترک عمل مستحب یا مباح یا مکروه، شرط مخالف کتاب و سنت نیست؛ چه آنکه شارع انجام یا ترک احکام غیر الزامی را منع نکرده است.^۱

محقق بجنوردی در احکام وضعی نیز به بیان ضابطه‌ای برای تشخیص احکام قابل تغییر از غیر آن می‌پردازد. ایشان می‌فرماید: آنچه شارع به لحاظ حال شخص و رعایت حال وی وضع نموده است (چه برای آن شخص و یا اشخاص متعدد) در اختیار شخص است، مانند باب حقوق؛ بنابر این شرط اسقاط چنین احکامی که توسط کتاب و سنت وضع شده است، نامشروع محسوب نمی‌شود، برای اینکه وضع و رفع آن به دست صاحب حق قرار داده شده است، هرچند از طرف شارع، جعل شده است؛ مانند اغلب اختیارات. در مقابل، احکام دیگری وجود دارد که جعل آن از طرف شرع برای رعایت حال شخص نیست که خود بر دو قسم است:

اول: آنچه که شرط از اسباب وجودی آن نیست؛ مانند طهارت که به شیوه خاصی حاصل می‌گردد و نمی‌توان با شرط نمودن آن را حاصل نمود. شرط وجود یا عدم اعمالی از این قبیل، در هر حالی باطل است؛ زیرا اولاً غیرمقدور است و ثانیاً با جعل شارع مخالف است.

دوم: غیر از این‌ها، مواردی است که امر مباحی برای همیشه ترک شود یا اینکه انجام عمل مباحی برای همیشه شرط گردد. ظاهراً چنین شروطی تحریم حلال و مخالف کتاب و سنت نیست؛ زیرا ترک آنچه واجب نیست، جایز شرعی است.^۲

محقق اصفهانی در تبیین معیار تشخیص شرط نامشروع چنین اظهار می‌دارد: «بی‌شک عنوان مخالفت با کتاب و سنت، با شرط عدم لازم همراه است، نه عدم مقوم؛ چرا که شأن کتاب بیان لوازم و احکام است؛ وگرنه حقیقت بیع از مجعولات تشریحی نیست؛ بلکه موضوعی است برای مجعولات تشریحی»^۳. محقق اصفهانی در خلال مباحث شرط خلاف مقتضای عقد، به این بیان روی آورده است. وی اساساً شأن شارع را بیان لوازم و احکام

۱. بجنوردی، القواعد الفقهية، ص ۲۲۹.

۲. همان، ص ۲۳۰.

۳. اصفهانی، حاشیه کتاب المكاسب، ص ۱۵۵.

می‌داند و پرداختن به مسائلی مانند مقتضای عقد که از مقومات عقد است را خارج از مجعولات تشریحی ذکر می‌کند. مقوله مقتضای ذات عقد موضوعی است که به حقیقت و ماهیت عقد مربوط می‌شود و از مسائلی نیست که شارع به آن پرداخته باشد؛ بلکه موضوعی است که مجعولات تشریحی بر آن حمل می‌گردد.

از مجموع معیارهای ارائه شده می‌توان معیارهای زیر را برای تشخیص شرط نامشروع از شرط خلاف مقتضای ذات عقد ارائه نمود:

به‌طورکلی شرطی نامشروع شمرده می‌شود که با آن دسته از احکام کتاب و سنت که غیرقابل تغییرند، مخالفت داشته باشد. پس شرط خلاف احکام قابل تغییر کتاب و سنت، شرطی مشروع، صحیح و لازم الوفاست.

اگر شرط، مخالف یکی از احکام الزامی یعنی حرمت و وجوب باشد، بی‌شک چنین شرطی باطل و نامشروع است؛ اما اگر شرط مخالف یکی از احکام غیر الزامی باشد، قاعدتاً مخالف کتاب و سنت محسوب نمی‌شود؛ چون حوزه احکام غیر الزامی، متعلق به خواست و اختیار انسان است.^۱ اما هرگاه شرط ترک عمل غیر الزامی به‌گونه‌ای منعقد گردد که موجب تحریم عمل گردد، مخالف کتاب و سنت محسوب می‌شود. ضابطه در اینجا این است که شرط ترک عمل غیر الزامی نسبت به مصداق یا مورد خاصی از آن برای مدتی مشخص، صحیح و مشروع محسوب می‌شود، اما شرط ترک نوعی عمل برای همیشه غیر مشروع و باطل است.

احکام وضعی نیز به دو صورت‌اند؛ یا اینکه آن احکام در مورد وضعیاتی است که شارع آن‌ها را تحت اختیار و سلطنت انسانی قرار داده است که شرط خلاف چنین احکامی، مشروع و صحیح است؛ یا آنکه به‌گونه‌ای هستند که تغییر در وضعیت آن‌ها خارج از اختیار و توانایی انسان است که شرط خلاف آن‌ها، شرط مخالف کتاب و سنت تلقی شده و باطل است.

ثمره تفکیک شرط خلاف مقتضای ذات عقد از شرط مخالف شرع به نظر می‌رسد یکی از ثمره‌های تمییز بین این دو شرط، آن است که در شرط مخالف شرع، حرامی حلال می‌شود که به اصل شرع، حرام بوده است و حلالی حرام شده است که در

۱. محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۴.

شریعت مقدس، حلال است؛ درحالی که در شرط خلاف مقتضای ذات عقد، معدوم کردن اثری است که به واسطه عقد ایجاد شده است؛ به عنوان نمونه، اگر در ضمن عقد شرط شود که بایع برای مشتری شراب تهیه کند، حرامی به سبب شرط حلال شده که به اصل شرع حرام است؛ در حالی که در شرط عدم ایجاد رابطه زوجیت در عقد نکاح آنچه به واسطه عقد انشا شده همان رابطه زوجیت است که از بین رفته است.^۱

در نهایت این ثمره حاصل می‌گردد که در شرط نامشروع صرفاً شرط به جهت تغایر با حکم شرع فاسد است؛ ولی مفسد عقد نیست؛ چه آنکه با مقتضای عقد منافاتی ندارد؛ اما در شرط مخالف مقتضای ذات عقد، منافات شرط با اثر ذاتی عقد مطرح است و نتیجتاً شرط باطل و مبطل عقد است.

امام خمینی تلقی تازه‌ای از شرط مخالف مقتضای داشته و صحت و بطلان شرط را بی‌تأثیر در صحت و بطلان عقد می‌داند. حاصل بحث آن است که چنانچه به هر دلیلی شرط باطل اعلام شود، عقد به معنای کلی آن تحقق یافته، متأثر از بطلان شرط نیست و چنین عقدی صحیح و نافذ است و در بیان انواع شروط باطل و بررسی تأثیر آن در عقد نامی از شرط مخالف مقتضای عقد آورده نشده است.^۲

محقق خویی نیز در بحث شروط ضمن عقد با تتبع و دقت نظر به این مسأله پرداخته و شرط مخالف مقتضای ذات عقد را مبطل عقد نمی‌داند.^۳ او بر این باور است که چنین شرطی موجب جهل به عوضین نمی‌شود و حال آن مثل حال وصف است و در صورت تخلف از وصف، مشروط‌له حق خیار فسخ دارد، نه اینکه به بطلان عقد حکم شود. به نظر ایشان مستند کسانی که فساد شرط را به عقد سرایت می‌دهند، سه دلیل است که همه نادرست است: اول آنکه شرط جزئی از ثمن است که ایشان پاسخ می‌دهد: ثمنی در مقابل شرط وجود ندارد؛ چه شرط صحیح باشد و چه باطل؛ چرا که اصل مبیع در مقابل اصل ثمن قرار می‌گیرد. دوم آنکه از بین رفتن ثمن موجب جهل به عوضین می‌شود که این دلیل نیز مخدوش

مباحث

طایفه تشخیص شرط مخالف مقتضای ذات عقد از شرط نامشروع

۱. نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۳، ص ۲۰۰.

۲. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۵، ص ۲۷۹.

۳. خویی، مصباح الفقاهة، ج ۷، ص ۳۴.

است؛ زیرا وضعیت شرط همانند وصف است و با تعذر آن - همان‌گونه که در وصف نیز چنین است - مشروط‌له حق فسخ خواهد داشت.

سوم آنکه در صورت بطلان شرط، بحث «تجارة لا عن تراض» پیش می‌آید که این نیز نادرست است؛ زیرا علم به قیمت (ثمن) مجموع مبیع و شرط برای صحت معامله کافی است. لازم نیست مشتری بداند چه مقدار از مبیع در مقابل شرط قرار دارد. رضای معاملی به حسب انشا کافی است و شرط در تحقق عقد بی‌تأثیر است.^۱ وی در نهایت اظهار می‌دارد فساد شرط ابداً به عقد سرایت نمی‌کند و عقد به حسب قواعد (قاعده صحت و لزوم) محقق شده، نفوذ و لزوم دارد و روایات و اخباری چند هم این نظریه را تأیید می‌نمایند.^۲

با توجه به مطالب فوق‌الذکر مشخص می‌گردد محقق خوئی نیز صحت عقد را بی‌تأثیر از بطلان شرط می‌داند و اگرچه صریحاً از شرط مخالف مقتضای ذات عقد و تأثیر آن بر عقد صحبتی نکرده است؛ ولی چون تمام شروط باطل و تأثیر آن را بر عقد مدنظر داشته و به بیان موضوع پرداخته است و شرط مخالف مقتضای ذات را از جمله شروط باطل آورده است، دانسته می‌شود حکم کلی بیان شده راجع به عدم سرایت بطلان شرط به عقد، شامل شرط مخالف مقتضای ذات عقد هم هست.

در یک جمع‌بندی می‌توان گفت مجموعاً در هر عقد سه امر یافت می‌شود: ۱. آنچه جزء ماهیت عقد است و قبل یا حین انشای عقد باید وجود داشته باشد؛ ۲. آنچه لوازم عرفی یا شرعی ذات عقد است و قابل انفکاک نیست؛ مثل تصرف در مبیع و یا لزوم در نکاح. ۳. آنچه لازمه عرفی یا شرعی اطلاق عقد است و می‌توان با مقید کردن عقد آن را از بین برد؛ مثل خیار غبن در بیع. شرط خلاف قسم اول، باطل و مبطل عقد است. شرط خلاف قسم دوم باطل است و در مبطل بودنش اختلاف است که ظاهراً قانون مدنی نظریه مشهور فقها را در خصوص موضوع بیان نموده است و لذا در ماده ۲۳۳ قانون مدنی، شرط مخالف مقتضای ذات عقد را باطل و مبطل عقد قرار داده است؛ لکن به ماده ۲۳۳ قانون مدنی این انتقاد وارد است که به لحاظ موضوعی و حکمی شرط مخالف مقتضای ذات عقد خارج از

ماهیات
پژوهش‌های فقهی

سال چهارم، شماره ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۹

۱. همان، ص ۳۵۵.

۲. خوئی، مصباح الفقاهة، ص ۳۵۸.

مفاد آن است و باید به ماده ۲۳۲ قانون مدنی الحاق شود. با این توضیح که اولاً به لحاظ موضوعی باید بین ذاتیات عقد با مقتضای ذات عقد تفکیک قائل شد و ثانیاً بر اساس نتایج پژوهش به لحاظ حکمی شرط مخالف مقتضای ذات عقد نمی‌تواند مبطل باشد. شرط مخالف قسم سوم صحیح است.

تطبیق ضابطه بر شروط ضمن قراردادهای بانکی

چنان‌که آشکار گردید شرط مخالف عقد بر سه قسم است که حکم هر یک با دیگری در بطلان خود و ابطال عقد متفاوت است. اکنون مسأله بسیار مهم تعیین مصادیق این سه قسم است که با توجه به ضابطه و دسته‌بندی ارائه شده به تعیین برخی مصادیق آن در شروط ضمن قراردادهای بانکی می‌پردازیم:

۱. شرط عدم ورود خسارت در قرارداد مشارکت مدنی بانک‌ها

در برخی از قراردادهای بانکی برای جلوگیری از زیان و ضرر بانک‌ها، شروطی در ضمن عقد قید شده است که می‌توانند با مقتضای ذات عقد منافی ارزیابی شوند. یکی از قراردادهایی که بانک‌ها از آن برای ارائه تسهیلات به کار می‌گیرند، قرارداد مشارکت مدنی است. طی این قرارداد اشخاص حقیقی یا حقوقی سرمایه (مادی یا معنوی) خود را به صورت سهم شرکت نقدی یا غیر نقدی تقویم کرده و به صورت مشاع و برای انجام کار معین در زمینه فعالیت‌های تولیدی، بازرگانی و خدماتی برای مدت محدود و به قصد انتفاع به کار می‌گیرند.^۱ در ماده ۱۱ فرم قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی، شرط ضمن عقدی ذکر شده است که از اتهام مخالفت با مقتضای ذات عقد به دور نیست. در این ماده آمده است: شریک (دریافت‌کننده تسهیلات) ملزم و متعهد شده که سهم شرکت متعلق به بانک یا موسسه اعتباری به همراه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک یا موسسه اعتباری را صلحاً و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت کند.

با توجه به معیار ذکر شده در تمییز و تفکیک شرط مخالف مقتضای ذات عقد از شرط

۱. نظرپور و ملاکریمی، بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دید قواعد فقهی، صص ۱۳۷ - ۱۶۶.

مخالف شرع، چه بسا این شرط با مقتضای ذات عقد شرکت یعنی مشارکت در سود و زیان منافات داشته باشد. تنافی را می‌توان بدین صورت تبیین نمود که الزام به جبران ضرر و پرداخت سود در فرض زیانده بودن موضوع مشارکت، نوعی تضمین سود محقق نشده است و الزام شریک به پرداخت آن در تناقض مطلق با مقتضای ذات قرارداد مشارکت مدنی است. همان‌طور که در عقد بیع چنین است. لذا اگر با بایع بگوید این کالا را می‌فروشم مشروط به اینکه مشتری در برخی از اجزای آن مالک نشود، شرط مخالف با مقتضای ذات عقد بیع به شمار می‌رود؛ چون به تناقض جزئی با مفاد بیع منجر می‌شود؛ چه آنکه مشتری یا مالک می‌شود یا مالک نمی‌شود؛ زیرا اصل مالکیت او تبعض بردار نیست؛ - هر چند که در مورد کالا بتوان تبعض را قائل شد-؛ ولی اشتراط تبعض در ناحیه مالکیت معقول و مشروع نیست. در مورد عقد مذکور نیز همین مسأله وجود دارد. شریک با ارائه تسهیلات، درصدد شراکت بر موضوع مشارکت است. حال شرط عدم شراکت در فرض عدم سود و زیانده بودن فعالیت اقتصادی، هر چند به خواست و اراده طرف قرارداد است و با اصل آزادی طرفین در قرارداد هماهنگی دارد؛ اما چون مخالف با مقتضای ذات قرارداد مشارکت مدنی است، صحت آن با مشکل مواجه است.^۱

جریان معیار مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد در این قرارداد باعث بطلان شرط می‌شود؛ هرچند مبطل عقد نیست. از این رو فساد به جهت مخالفت با شرع نیست، چنان‌که برخی بر این باورند.^۲

۲. شرط عدم ورود ضرر به بانک در عقد مضاربه بانکی

از جمله قراردادهایی که بانک‌ها غالباً به‌واسطه آن اقدام به ارائه تسهیلات به مشتریان می‌کنند، قرارداد مضاربه است. ماهیت عقد مضاربه برای تحقق اشتراک در سود و زیان بین طرفین (مالک و عامل) است، لذا مضاربه جزو عقود مشارکتی است نه معاوضی.^۳ بر این

۱. الهام و امساک، بررسی تابعیت عقد از قصد در معاملات بانکی، صص ۲۵۵ - ۲۷۶.
 ۲. محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۱۴؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۶۹؛ عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۱۴، ص ۷۲۴؛ انصاری، المکاسب، ج ۶، ص ۲۲۴.
 ۳. حسینی مراغی، العناوین الفقہیة، ج ۲، ص ۵۱۴.

اساس بی‌راه نیست اگر گفته شود هر قیدی که به عدم ایجاد شراکت منجر شود با مقتضای ذاتی مضاربه در تنافی است. با پذیرش این نکته اشتراط جبران خسارت و زیان بر عامل، با مقتضای ذات عقد مضاربه - یعنی برابری در مشارکت در سود و زیان - منافات خواهد داشت. همین اشتراط در ماده ۸ قرارداد مضاربه بانک مرکزی قید شده است که اگر مضاربه منتهی به ضرر شود، عامل با شرط ضمن عقد ملزم گردیده است که اصل سرمایه بانک را تأمین کند. صحت این شرط از جنبه دیگری نیز بررسی شده است. برخی از فقها موضوع ضامن نبودن امین را پیش کشیده‌اند؛ چه آنکه بر این باورند که ید عامل در مضاربه امانی است و امین در صورت عدم افراط و تفریط ضامن نیست. به نظر می‌رسد این مسأله از دو جنبه باید بررسی بشود. وجه اولی که مورد غفلت واقع شده است بررسی از حیث تحقق تضارب و تشارک است. آنچه که به نظر نگارندگان، در درجه نخست اهمیت قرار دارد و می‌تواند دلیل اصلی بطلان چنین شرطی باشد، موضوع مخالفت این شرط در مقام انشا با مقتضای ذات عقد مضاربه است و طبعاً با وجود آن، نوبت به تلف و ضمان نمی‌رسد. به دیگر سخن، این شرط در مقام انشا با مقتضای ذات عقد مضاربه منافات دارد. توجه به این جهت و اثبات مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد مضاربه در عقود بانکی مورد غفلت واقع شده است و بیشتر موضوع ضامن بودن امین مورد توجه قرار گرفته است.^۱ ریشه این امر را شاید بتوان در ماده ۱۱ قرارداد مضاربه جستجو کرد. در ماده ۱۱ قرارداد مضاربه آمده: شرط، جبران ضرر بانک است و این با اصل امین بودن عامل منافاتی ندارد؛ یعنی در عین حال که مفاد قرارداد اعلام می‌کند که ضرر بر عهده مالک است عامل به عنوان شرط فعل متعهد می‌شود که ضرر مال را جبران کند؛ پس این شرط اصلاً مخالف امین بودن عامل نیست. در این ماده توجهی به اصل مخالفت اشتراط با مقتضای ذات عقد مضاربه - یعنی اشتراک - صورت نگرفته است؛ با آنکه تنافی شرط جبران خسارت با مقتضای ذات عقد مضاربه قابل بررسی و چه بسا تصدیق است. از این رو پیشنهاد می‌شود در بررسی قراردادهای بانکی، این دسته از شروط، به صورت دقیق‌تر مورد مذاقه و ملاحظه واقع شوند.

مباحث

ضابطه تشخیص شرط مخالف مقتضای ذات عقد از شرط نامشروع

۱. ملاکریمی و راغبی، معیارهای تشخیص شروط خلاف مقتضای عقد در عقود مشارکتی، صص ۸۹-۱۱۳.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

مقتضای ذات عقد، آثار اصلی عقدند که عقد بی‌واسطه به سبب آن‌ها به وجود آمده است و در کلیه افراد و مصادیق عقد وجود دارند. این آثار چنان با عقد ملازمه دارند که رفع آن اسقاط هستی عقد محسوب شود. امور لاینفک عرفی نیز ملحق به این آثارند. به نظر می‌رسد مقتضیات ذات عقد تعیینی نیست؛ بلکه بر اساس صیغه عقد، بر پایه مصالح نوعیه کامنه تعیین پیدا می‌کند. این مصالح نوعیه هستند که مقتضیات عقد را به وجود می‌آورند. ذاتیات عقد داخل در مقتضای ذات عقد نیستند؛ بلکه ذاتیات عقد همان ارکان و شرایط صحت عقدند که در آن‌ها باید وجود داشته باشند؛ اما مقتضای ذات، منشاءات و آثار اصلی و لاینفک عقد هستند. شرط مخالف ذات عقد، باطل و مبطل عقد است؛ اما شرط مخالف مقتضای ذات عقد، صرفاً باطل است و مبطل عقد نیست.

هم‌چنین مجعولات شارع ربطی به اقتضای ذات عقد ندارد؛ بلکه به سبب مخالفت با شرع ممنوع است. از این رو، شرط مخالف مقتضای ذات عقد با اثر عقد در ارتباط است و مشمول حکم حرام و حلال نیست؛ درحالی‌که شرط مخالف شرع ارتباطی به اثر عقد ندارد، مانند شرط ترک نماز در بیع. اگر شرط، مخالف یکی از احکام حرمت و وجوب باشد، بی‌شک چنین شرطی باطل و نامشروع است؛ اما اگر شرط مخالف یکی از مباحات - به معنای مطلق احکام غیر الزامی - باشد قاعداً مخالف کتاب و سنت محسوب نمی‌شود؛ زیرا حوزه مباحات، متعلق به خواست و اختیار انسان است. آری هرگاه شرط ترک مباح به‌گونه‌ای منعقد گردد که موجب تحریم حلال گردد، مخالف کتاب و سنت شمرده می‌شود. ضابطه در اینجا این است که شرط ترک مباح نسبت به مصداق یا مورد خاصی از مباح برای مدتی مشخص، صحیح و مشروع است؛ اما شرط ترک نوع امر مباحی برای همیشه نامشروع و باطل است.

ضابطه تشخیص شرط مغایر با مقتضای ذات عقد، تناقض دائمی شرط با نفس عقد است. از این رو دیدگاه برخی از فقها که در تشخیص مصداق، فقیه را معیار دانسته‌اند و یا برخی دیگر که نهی شرع را ملاک قرار داده‌اند، ناصواب است. نیز ملاک شناسایی شرط نامشروع، مخالفت با احکام الزامی است، بدین ترتیب رابطه منطقی این دو شرط هم به لحاظ مفهومی، هم به لحاظ مصداقی و هم به لحاظ ملاکی تباین است؛ ولی به لحاظ حکمی،

مباحثات
پژوهشی فقهی

سال چهارم، شماره ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۹

هیچ یک از دو شرط نمی‌تواند مفسد عقد باشد. بدین جهت پیشنهاد می‌گردد ماده ۲۳۳ قانون مدنی بدین نحو مورد اصلاح قرار گیرد: «شرط مخالف ذات عقد، باطل و مبطل عقد است. ضابطه‌اش این است که هر گاه شرط ضمن عقد به ارکان قرارداد، شرایط صحت عقد، شرایط صحت عوضین و شرایط صحت متعاقدین لطمه وارد کند، علاوه بر بطلان شرط، عقد را نیز باطل می‌کند. از جمله آن شروط؛ شرط مجهولی است که موجب جهل به عوضین شود؛ شرط غیرمقدوری که موجب غیرمقدور شدن عوضین شود؛ شرط نبود ثمن و مبیع در ضمن عقد بیع؛ شرط عدم اجرت در ضمن عقد اجاره و شرط تغییر جنسیت در ضمن عقد نکاح.»

شرط مخالف مقتضای ذات عقد نیز مانند شرط نامشروع باید به مصادیق ماده ۲۳۲ قانون مدنی الحاق شود.

شرط عدم ورود خسارت در ماده ۱۱ قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی و شرط عدم ورود ضرر به بانک در ماده ۸ عقد مضاربه بانکی از جمله نمونه‌هایی هستند که بازنگری در صحت آن‌ها بر پایه مخالفت با مقتضای ذات عقد ضروری است. ارزیابی بطلان این شروط طبق دیدگاه مشهور فقها و قانون مدنی، مقتضی بطلان شرط و عقد است و طبق یافته‌های پژوهش حاضر، صرفاً شرط باطل است و به مثابه شرط نامشروع، عقد نادرست شمرده نمی‌شود.

منابع و مأخذ

۱. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، قم: أنوار الهدی، چ ۱، ۱۴۲۱ق.
۲. الهام، صادق، امساک، نوید، بررسی تابعیت عقد از قصد در معاملات بانکی، مجله تحقیقات مالی اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۸، شماره ۱۶.
۳. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۶ش.
۴. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب المحرمة و البیع و الخيارات، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۲۱ق.
۵. ایروانی، علی، حاشیه المکاسب، تهران: کیا، ۱۴۰۶ق.
۶. بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهية، قم: دلیل ما، ۱۴۲۴ق.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، قوة قدسیه به ضمیمه رساله موضوع شناسی و رساله، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۳ش.
۸. _____، الفارق: دائرة المعارف عمومی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ش.

۹. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقہیة، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵ق.
۱۰. خمینی، روح الله، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چ ۱، ۱۴۲۱ق.
۱۱. خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهة، مقرر: توحیدی، محمد علی، قم: داوری، چ ۱، ۱۳۷۷ش.
۱۲. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، قم: اسماعیلیان، چ ۲، ۱۴۲۵ق.
۱۳. سبحانی، جعفر، دراسات موجزة فی الخیارات و الشروط، قم: المركز العالمی للداراسات الاسلامیة، چ ۱، ۱۴۲۳ق.
۱۴. _____، المختار فی احکام الخیار: دراسة مبسوطه فی الخیار و أحكامه و الشروط و النقد و النسبته و القبض، قم: مؤسسه الامام الصادق علیه السلام، ۱۴۱۴ق.
۱۵. شهید ثانی، زین الدین جبعی عاملی، مسالك الافهام الی تفتیح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۳ق.
۱۶. عاملی، سیدجواد حسینی، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ق.
۱۷. محقق حلّی، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ق.
۱۸. محقق کرکی، علی بن حسین عاملی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چ ۲، ۱۴۱۴ق.
۱۹. مکارم شیرازی، ناصر، موسوعة الفقه الاسلامی المقارن، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۳۲ق.
۲۰. ملاکریمی، فرشته، راغبی، محمدعلی، معیارهای تشخیص شروط خلاف مقتضای عقد در عقود مشارکتی، مجله اقتصاد اسلامی، تابستان ۱۳۹۸، شماره ۷۴.
۲۱. نائینی، محمدحسین، فوائد الاصول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۲۲. _____، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران: المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ش.
۲۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۲۴. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
۲۵. نظرپور، محمد نقی، ملاکریمی، فرشته، بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دید قواعد فقهی، مجله اقتصاد اسلامی، بهار ۱۳۹۴، شماره ۵۷.
۲۶. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیه المکاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.