



بازپژوهی مفاهیم ذات و اطلاق در شرط خلاف مقتضای عقد

دکتر عباس کریمی^۱، امید موسوی^۲

چکیده

از آنجایی که شرط خلاف مقتضای عقد، حکم مخصوصی در میان شروط فاسد داشته و امکان بطلان عقد توسط نوع خاصی از این شرط وجود دارد، همواره فقها و حقوقدانان توجه ویژه‌ای نسبت به شناسایی مفهوم و ویژگی‌های این شرط داشته‌اند. سابقه دیرینه این نهاد فقهی در نظریات فقها، گواهی بر اهمیت شرط خلاف مقتضای عقد می‌باشد. دیدگاه رایجی که امروزه در مورد مقتضای عقد در فقه و حقوق پذیرفته شده است، تفکیک مقتضا به ذات و اطلاق و سرایت دادن حکم فساد شرط به عقد در شرط خلاف مقتضای ذات است. با این حال، مفاد نظریه رایج فقهی و حقوقی، هم دارای ابهاماتی در ارکان اصلی خود بوده و هم متضمن دور می‌باشد که سبب تزلزل آن شده است. باتوجه به استمرار اختلاف نظرها در حل ابهامات این دیدگاه، به نظر می‌رسد که این دیدگاه، قابل اعتماد نبوده و پیشنهاد می‌شود که نظریه‌ای مبتنی بر تحلیل داده‌های منطقی ذات و ذاتیات عقد، جایگزین مفهوم مقتضای ذات شود. در این نظریه، شرط خلاف مقتضای ذات و ذاتیات عقد، از دیدگاه منطقی مورد تبیین قرار گرفته و در شناسایی حیطه شرط خلاف مقتضا، جایی برای مقتضای اطلاق باقی نمی‌ماند.

کلید واژه: ذات، اطلاق، مقتضای عقد، شرط خلاف مقتضا.

^۱ وکیل پایه یک دادگستری و استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسوول)

abkarimi@ut.ac.ir

^۲ دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی، گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.

omtb1371@gmail.com

مقدمه

قانون مدنی در ماده ۲۳۳، شرط خلاف مقتضای عقد را از جمله شروط فاسد و مفسد عقد اعلام کرده اما اشاره‌ای به تقسیم مقتضای عقد به ذات و اطلاق نداشته است. با این حال، دکترین حقوقی به این تقسیم توجه داشته و با تمایز میان شرط خلاف مقتضای ذات از اطلاق، حکم فساد قرارداد را به شرط خلاف مقتضای ذات عقد، اختصاص داده است. باید توجه داشت که تقسیم مقتضای عقد به ذات و اطلاق و شکل‌گیری نظریه رایج حقوقی، از فقه اسلامی سرچشمه گرفته و در این زمینه، دیدگاه‌های متعدد فقها مورد نظر می‌باشد. با این وجود، همواره این سوال مطرح بوده است که مفاهیم ذات عقد و اطلاق عقد بر چه مفادی از قرارداد بار می‌شوند. طرح چنین سوالی که پاسخ روشن و صریحی برای آن وجود ندارد، نشان از ابهام دیرینه‌ای است که این مفاهیم داشته و همچنان نیز دارند.

به نظر می‌رسد که کلید اصلی در حل ابهام معنایی شرط خلاف مقتضای ذات و اطلاق، بازپژوهی ذاتیات و عرضیات عقد و تحلیل منطقی آن‌ها باشد. برای رسیدن به این مهم، ابتدا سیر فقهی و حقوقی تقسیم شرط خلاف مقتضای عقد به ذات و اطلاق در سخنان فقها و حقوقدانان مورد مطالعه، نقد و بررسی قرار خواهد گرفت. در گام بعدی، بازپژوهی ذاتیات عقد به منظور تبیین دقیق منطقی و حقوقی آن‌ها انجام خواهد شد. درک منطقی ذاتیات عقد، به شناخت حقوقی آن نیز کمک شایانی خواهد کرد. اساساً چون مفاهیم ذات، ذاتی و عرضی، از مسائل پرکاربرد علم منطق می‌باشد، مطالعه و بررسی حقوقی این مفاهیم، نیازمند رجوع ابتدایی به دانش منطق و تبیین جایگاه این مفاهیم در حیطه آن علم می‌باشد. هدف اولیه این مقاله، تبیین و نقد نظریه تفکیک مقتضای عقد به ذات و اطلاق می‌باشد. روشن است که نقد و رد نظریه، به تنهایی ارزش علمی ندارد مگر این که جایگزین آن نظریه به جامعه علمی پیشنهاد شود. نظریه مبتنی بر تحلیل منطقی ذاتیات و عرضیات عقد، هدف اصلی و دیدگاه پیشنهادی مقاله حاضر برای جبران کاستی‌های نظریه ذات و اطلاق و شناخت و درک صحیح مقتضای عقد می‌باشد. با تکیه بر تبیین منطقی ذاتیات و عرضیات عقد، تحلیل حقوقی مسئله نیز با رویکرد تازه‌ای صورت خواهد پذیرفت و نشان داده خواهد شد که شرط خلاف مقتضای ذاتیات عقد، تنها شرط خلاف موثر در ماهیت حقوقی عقد بوده و نیازی به طرح شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد وجود نخواهد داشت.

۱- نظریه تقسیم مقتضای عقد به ذات و اطلاق

همانطور که پیش‌تر اشاره شد، امروزه دیدگاه جاری فقهی و حقوقی در مورد حکم شرط خلاف مقتضای عقد، مبتنی بر تقسیم مقتضای قرارداد به ذات و اطلاق است. به منظور مطالعه این دیدگاه، ابتدا نظرات فقها و حقوقدانان در این موضوع، مورد شرح و توضیح قرار خواهد گرفت و سپس تحلیل، نقد و بررسی آن ارائه خواهد شد.

۱-۱- مطالعه نظریه تقسیم مقتضا به ذات و اطلاق

با بررسی و مطالعه منابع فقهی مشخص می‌شود که شهید ثانی اولین فقیه‌ای است که نسبت به تفاوت مقتضای ذات و اطلاق عقد، توجه داشته است. اگرچه او از واژگان مقتضای ذات و اطلاق استفاده نکرده، اما تعبیر دیگری به کار برده است که این دو مفهوم را به خوبی نشان می‌دهد. این فقیه، عنوان «مطلق عقد» و «عقد مطلق» را بیان داشته و اشاره می‌کند که شرط خلاف مفاد مطلق عقد، باطل بوده اما شرط خلاف مفاد عقد مطلق، صحیح می‌باشد. مقتضای عقد مطلق، مفادی است که هر قراردادی که خالی از قید و شرط است، در وضعیت ابتدایی خود بر آن دلالت دارد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۵۹) مشخص است که منظور از مطلق عقد، مقتضای ذات و منظور از عقد مطلق، مقتضای اطلاق می‌باشد و شیخ انصاری نیز در کتاب خود، همین شکل تقسیم را بیان داشته که در جای خود به آن اشاره خواهد شد. فاضل نراقی در میان فقها، اولین فقیه‌ای است که طرح نظریه تقسیم مقتضای عقد به ذات و اطلاق با استفاده از این واژگان خاص که دیدگاه رایج فقهی و حقوقی مبتنی بر آن است، توسط او صورت گرفته است. او در ذیل بحث از شرط خلاف مقتضا به عنوان یک شرط باطل، بیان می‌کند که مقتضای عقد یا مقتضای ذات آن بوده و یا مقتضای اطلاق است. مقتضای ذات عقد، آن دسته از مفادی است که عقد بدون وجود آن‌ها، تحقق پیدا نمی‌کند و اگر این مفاد، توسط شرط خلاف آن منتفی شود، ماهیت عقد نیز از نظر لغوی، عرفی و شرعی منتفی خواهد شد. از ویژگی‌های این امور آن است که نیازی به قراردادن آن‌ها توسط شارع برای عقد نمی‌باشد زیرا هر عقدی به خودی خود، آن مفاد را دارا بوده و بر آن دلالت دارد. به عنوان مثال، مقتضای ذات عقد بیع، انتقال مالکیت در برابر دریافت عوض است. اگر این مقتضای ذاتی حاصل نشود، در عرف تجاری، عقد بیعی اصلاً محقق نشده است. در مقابل، مقتضای اطلاق عقد است. این دسته، مفادی هستند که شارع آن‌ها را بر عقد مترتب داشته و مقتضای عقد قرار داده است اما عقد بدون وجود آن‌ها نیز تحقق پیدا کرده و ماهیت قرارداد، بستگی به حصول مقتضای اطلاق ندارد. به عنوان مثال، تشریح خیار مجلس و خیار حیوان در عقد بیع، مقتضای اطلاق این عقد بوده که توسط شارع قرار داده شده است و تحقق ماهیت عقد بیع، بستگی به وجود این دو خیار ندارد. سپس این فقیه اشاره می‌کند که هر کدام از این دو مقتضی، یا بدون واسطه با عقد بوده و یا با واسطه، مقتضی عقد می‌باشند. او مثال می‌زند که سلطه مشتری بر مبیع، مقتضای ذاتی با واسطه عقد بیع است، زیرا این مقتضا، منوط بر حصول انتقال مالکیت است که مقتضای ذاتی بدون واسطه عقد بیع می‌باشد، لذا تسلط مشتری بر مبیع، با یک واسطه به عنوان مقتضای عقد بیع شناخته می‌شود. (نراقی، ۱۳۷۷: ۱۵۲) میرفتاح بیان می‌کند که برای هر عقدی با توجه به ذات و اطلاق آن، مقتضای جداگانه‌ای وجود دارد و موضوع شرط خلاف مقتضای عقد و حکم فساد آن، بر این مبحث مترتب می‌شود. منظور از مقتضای ذات، مفادی است که ماهیت عقد به سبب وجود آن، تحقق می‌یابد و صحت قرارداد وابسته به آن است. در این تعریف فرقی

نمی‌کند که مقتضای عقد از ارکان داخلی ماهیت عقد بوده و یا از لوازم و آثار خارجی عقد باشد. هم ارکان داخلی و هم احکام و آثار خارجی عقد، اگر سبب تحقق ماهیت عقد شوند، مقتضای ذاتی عقد به شمار می‌روند و با منتفی شدن آن‌ها، قرارداد نیز فاسد خواهد شد. مرجع تشخیص این مفاد ذاتی، در بیشتر موارد عرف است و گاهی شرع نیز آن‌ها را بیان می‌کند، اما ملاک اصلی در تشخیص، رجوع به عرف معاملاتی است، زیرا معاملات براساس تجارت عرفی میان مردم شکل گرفته و تثبیت شده و شارع نیز آن‌ها را تأیید کرده است، مگر موردی که مانعی شرعی در صحت آن وجود داشته که شارع در آن مداخله کرده و حکم آن مورد خاص را تغییر داده است. باتوجه به ملاک عرفی گفته شده، باید دانست که برای هر عقدی، اجزای داخلی و آثار خارجی وجود دارد که قوام ماهیت عقد به آن‌ها بستگی داشته و در صورت انتفای آن اجزا و آثار لازم، اسم قرارداد نیز در عرف، قابل صدق نخواهد بود. در مقابل، مقتضای اطلاق عقد آن مفادی است که قرارداد، خالی از آن در نظر گرفته شده و منعقد شده باشد، یعنی عقد در حالتی که مقید به هیچ قید ووصفی در خصوص زمان، مکان و امور دیگری نشده است، مورد توافق و تراضی طرف‌های قرارداد می‌باشد. اطلاق عقد، آن وضعیت ابتدایی عقد است که لفظ قرارداد، به آن انصراف داشته و اگر شرطی بر تغییر آن وضعیت توسط طرفین عقد واقع نشود، عقد به صورت پیش‌فرض، آن وضعیت و حالت ابتدایی را خواهد داشت. ملاک تشخیص این دسته از امور نیز عرفی می‌باشد. سپس این فقیه در بیان تفاوت میان مقتضای ذات و اطلاق عقد بیان می‌کند که مقتضای ذات عقد، جدایی ناپذیر از ماهیت عقد بوده و این جدایی محال می‌باشد. همچنین تخلف ماهیت عقد از مقتضای ذاتی خود نیز محال عقلی و غیرقابل امکان است و اگر توسط دو طرف عقد، شرط خلاف مقتضای ذات هم گذاشته شود، سبب تخلف عقد از مفاد ذات خود نخواهد شد، زیرا این شرط به معنی جدا شدن عقد از موضوع خود خواهد بود. این معنا مستلزم آن است که لفظ قرارداد وجود داشته باشد ولی موضوع آن تحقق نیابد که این تفسیر، محال عقلی می‌باشد. در مقابل، مقتضای اطلاق عقد قابل تغییر بوده و مفهومی شرط‌پذیر می‌باشد. وضعیت ابتدایی عقد، اقتضای اموری را دارد که با توافق دو طرف قرارداد، قابلیت مقید شدن به حالت‌های خاص مدنظر آن‌ها را داشته و با آمدن شرط خلاف مقتضای اطلاق، هیچ محذور عقلی نیز به وجود نخواهد آمد. عقد از موضوع خود خارج نمی‌شود و بنابراین شرط خلاف، تحت ادله لزوم وفای به شروط قرار خواهد گرفت و دلیلی برای فساد آن نیز نخواهد بود. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۴۸-۲۵۲) ابتکاری که این فقیه داشته، توجه او به آثار و لوازم خارجی عقد است. او مقتضای ذات را صرفاً در ارکان داخلی ماهیت عقد ندانسته و آثار و لوازم عقد را نیز اگر تحقق قرارداد بستگی به آن‌ها داشته باشد، مقتضای ذات عقد می‌داند. میرزای قمی مقتضای ذات عقد را مفادی می‌داند که ماهیت عقد، آن را به خودی خود و بدون دخالت هیچ امری نشان داده و شرط خلاف این مقتضا را فاسد و مفسد عقد دانسته است. (میرزای قمی، ۱۳۸۵: ۹۱۲) کاشف‌الغطا مقتضای قرارداد را به مقتضای

جوهر و ذات عقد و مقتضای اطلاق آن تقسیم می‌کند. او شرط خلاف مقتضای جوهر و حقیقت عقد را باطل و مبطل دانسته اما شرط خلاف مقتضای اطلاق را صحیح می‌داند. این فقیه، اطلاق عقد را به معنی خالی بودن آن از هرگونه قید و شرط بیان می‌کند که قابلیت تقیید به شروط مختلف را دارد. (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۳۳) صاحب جواهر معتقد است شروطی که مخالف مقتضای ذات عقد هستند، باطل بوده و دلیلی بر فساد شروط مخالف مقتضای اطلاق عقد وجود نداشته و این شروط، تحت ادله صحت شرط و لزوم وفای به آن قرار می‌گیرند. (نجفی، ۱۴۲۱: ۱۸۲) شیخ انصاری با بیان متفاوتی، به مقتضای ذات و اطلاق عقد اشاره می‌کند. او دو عنوان «مطلق عقد» و «عقد مطلق» را به کار برده است که پیش‌تر در عبارت شهید ثانی نیز به این دو اصطلاح، اشاره شده بود. منظور از مقتضای مطلق عقد، مفادی است که طبیعت و ماهیت هر عقدی بر آن دلالت داشته که تعبیر دیگری برای مقتضای ذات می‌باشد و مراد از مقتضای عقد مطلق، وضعیتی است که هر عقدی، در صورتی که خالی از شرط‌ها و قیدهای مورد توافق دو طرف قرارداد باشد، بر آن دلالت خواهد داشت. این فقیه، یکی از نیازهای هشت‌گانه صحت هر شرطی را در عدم مخالفت آن با مقتضای عقد می‌داند و سپس اشاره می‌کند که این مطلب، در خصوص مقتضای عقد مطلق بوده و شرط خلاف این مقتضا، فاسد خواهد بود. در مقابل، شرط خلاف مقتضای مطلق عقد، صحیح بوده و فقط وضعیت ابتدایی عقد را بنابر خواست طرف‌های قرارداد تغییر می‌دهد. (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۵) این فقیه پس از بیان مثال‌های متعددی برای شرط خلاف مقتضای ذات و اطلاق عقد به بیان ملاک تشخیص آن‌ها از یکدیگر می‌پردازد. او اشاره می‌کند که اگر منافات شرطی با مقتضای ذات عقد مشخص و واضح باشد، اشکالی در این مسئله پیش نمی‌آید و چنین شرطی به صورت قطعی باطل خواهد بود. فرقی هم نمی‌کند که این وضوح منافات، یک موضوع عرفی بوده و یا در شرع ثابت شده باشد. اما اگر وضعیت مقتضای عقدی در مورد یکی از آثار آن قرارداد که بر خلاف آن شرطی آمده است، مشخص نبوده و میان مقتضای ذات یا اطلاق بودن آن، تردید وجود داشته باشد، باید به دلیلی که آن اثر را به عنوان مقتضا برای عقد ثابت می‌کند، رجوع داشته و مفاد دلیل را بررسی نمود. اگر عمومیت یا اطلاق دلیل دلالت‌کننده بر آن اثر، به صورتی است که با مفاد ادله لزوم وفای به شرط تعارض داشته و در صورتی که حکم به وفای شرط خلاف آن اثر بشود، دلیل ثابت‌کننده مقتضای عقد، کنار گذاشته خواهد شد، باید مقتضای مورد تردید را، مقتضای ذاتی محسوب کرد و حکم به فساد شرط خلاف مقتضای آن داشت. در مقابل، اگر اثر مورد تردید، به دلالت دلیل خود، برای وضعیت ابتدایی و بدون قید و شرط عقد، قرار داده شده باشد، آن اثر، مقتضای اطلاق عقد بوده و شرط خلاف آن صحیح خواهد بود. (همان: ۵۱) نائینی در شرح مطالب شیخ انصاری، در مورد شرط خلاف مقتضا صحبت کرده است. او مقتضای عقد را به مقتضای ذات و اطلاق عقد تقسیم می‌کند. از نظر او مقتضای ذات عقد، مفادی است که سلب آن از قرارداد، مساوی با ابطال عقد خواهد بود. در مقابل، مقتضای اطلاق، مفادی

است که شرط خلاف آن مانعی نداشته و خللی به صحت عقد وارد نمی‌سازد، زیرا عنوان «اطلاق» به معنی داشتن صلاحیت برای تقیید است. طرف‌های قرارداد می‌توانند حالت ابتدایی عقد را براساس توافق یکدیگر، تغییر داده و شرط خلاف آن را داشته باشند. او سپس بیان می‌کند که مقتضای اطلاق عقد به آثار عرفی و آثار شرعی عقد تقسیم می‌شود. تسلیم و تسلیم عوضین، نقد بودن ثمن معامله و استفاده از ثمن رایج در معاملات تجاری، از آثار عرفی اطلاق عقد بوده و ثبوت خیار حیوان برای مشتری در عقد بیع و خیار مجلس برای هر دو طرف قرارداد، از آثار شرعی اطلاق عقد می‌باشد. باید توجه داشت که آثار عرفی نیز می‌تواند به امضا و تأیید شارع برسد ولی ضرورتی به وجود تأیید شارع نبوده و در هر صورت مانعی از شرط خلاف آن وجود ندارد. بنابراین آثار اطلاق عقد، یا عرفی و بدون امضای خاص شارع، یا عرفی و امضایی و یا شرعی و تأسیسی می‌باشند. او پس از ارائه دسته‌بندی، بیان می‌دارد که آثار شرعی عقد از محل بحث خارج است زیرا برگشت شرط خلاف آن‌ها به مسئله مخالفت با کتاب و سنت خواهد بود که از موضوع مخالفت مقتضای عقد، جدا می‌باشد، لذا موضوع مقتضای عقد، منحصر در مقتضای ذات عقد و مقتضای عرفی اطلاق عقد می‌باشد. این فقیه نیز مانند شیخ انصاری، ملاک تشخیص مقتضای ذات از اطلاق را در بررسی دلیلی که آن اثر را ثابت کرده است، می‌داند. آثاری که طرف‌های عقد، اولاً و بالذات مورد قصد و اراده قرار می‌دهند و عقد بر آن آثار به صورت مطابقی و مستقیم دلالت دارد، مقتضای ذات عقد می‌باشد، مثل تملیک عین در عقد بیع و تملیک منفعت در عقد اجاره. در مقابل، آثاری که دو طرف قرارداد، به صورت تبعی و ضمنی مورد نظر داشته‌اند و عقد بر آن آثار به صورت التزامی دلالت دارد، مقتضای اطلاق عقد به‌شمار می‌آیند، مثل نقد بودن ثمن معامله در عقد بیع. (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۱۱-۱۱۲) سید یزدی تقسیمات متعددی را برای مقتضای عقد در نظر گرفته است. او ابتدا به تعریف مقتضا پرداخته و بیان می‌کند، مقتضا به معنی مفادی است که لازمه خارجی عقد می‌باشد. سپس این مفاد لازم را به لازم مطلق عقد که تعبیر دیگری از مقتضای ذات بوده و لازم عقد مطلق که تعبیر دیگری برای مقتضای اطلاق می‌باشد، تقسیم کرده است. او هر یک از این دو قسم لازم را نیز به آثار عرفی و شرعی دسته‌بندی می‌کند و در انتها، اشاره دارد که آثار لازم عقد در همه اقسام آن، می‌توانند بدون واسطه یا باواسطه باشند. این فقیه در پایان تقسیمات، بیان می‌دارد که شرط خلاف مفاد لازم مطلق عقد، باطل بوده اما شرط خلاف مفاد لازم عقد مطلق، صحیح می‌باشد، زیرا این مفاد، لازمه اطلاق و وضعیت ابتدایی عقد است و مانعی از تغییر آن‌ها توسط شرط وجود ندارد. (یزدی، ۱۴۱۰: ۱۱۲) یکی دیگر از فقها بیان داشته که ضابطه بطلان شرط خلاف مقتضای عقد، به نوع آن مقتضا بستگی دارد. شرط خلاف مقتضای ذات و ماهیت عقد، باطل بوده اما مقتضای اطلاق عقد، منافاتی با شرط خلاف آن ندارد، زیرا خصوصیتی که مربوط به نوع یک عقد بوده و در حالت اطلاق و ابتدایی آن، به صورت پیش‌فرض در نظر گرفته می‌شود، با خصوصیات جنس عقد که ذاتی عقد بوده و خلاف‌پذیر

نمی‌باشند، تفاوت داشته و می‌توان بر خلاف آن‌ها شرط کرد. (رشتی، بی‌تا، ص ۶۱) فقیه دیگری معتقد است که مقتضای عرفی هر عقدی، یا بدون واسطه بوده و یا باواسطه است. به عنوان مثال، مقتضای بدون واسطه عقد نکاح، حصول علقه زوجیت است و آثاری که مترتب بر این زوجیت می‌شود، مقتضای باواسطه عقد نکاح خواهد بود. او شرط خلاف آثار باواسطه عقد را در حکم شرط خلاف اثر بدون واسطه عقد دانسته و هر دو شرط را باطل و مبطل می‌داند. این فقیه، آثار شرعی مترتب بر عقود را از محل بحث خارج دانسته و معتقد است که شرط خلاف مقتضای آثار شرعی، شرط مخالف کتاب و سنت محسوب می‌شود. (ابروانی، ۱۳۷۹: ۶۳) بجنوردی در تقسیمی که برای مقتضای عقد دارد، این مفهوم را در ذیل پنج مورد، دسته‌بندی می‌کند. دسته اول، مقتضای ذات عقد است که با عنوان «مضمون مصدری عقد» به آن اشاره می‌کند و شرط خلاف آن را فاسد می‌داند. دسته دوم، مقتضای عقد به معنی تمام آثار عقد است. به عنوان مثال، فروشنده مالی را بفروشد و ضمن آن شرط کند که خریدار، حق هیچگونه تصرفی از انواع تصرفات مالکانه را نداشته باشد. این معنای مقتضای عقد، به معنی اول برگشت دارد زیرا نفی جمیع آثار عقد، مساوی با انتفای معنای مصدری و مقتضای ذات عقد خواهد بود. دسته سوم، مقتضای عقد به معنی اثر و غرض اصلی عقد است که شرط خلاف آن، باطل خواهد بود، زیرا مقصود اصلی طرف‌های قرارداد از انعقاد عقد، رسیدن به آن اثر اصلی می‌باشد و با آمدن شرط خلاف، این مهم حاصل نخواهد شد. دسته چهارم، مقتضای عقد به معنی برخی آثار عرفی عقد بوده و باید توجه داشت که اثر اصلی عقد، داخل در این آثار عرفی نمی‌باشد. شرط خلاف مقتضای عقد به این معنی، صحیح خواهد بود زیرا این آثار، مقتضای اطلاق عقد شمرده شده و ارتباطی با ذات عقد ندارند. در واقع میان ادله لزوم وفای به شرط و ادله اثبات‌کننده این آثار، تعارضی وجود ندارد. دسته پنجم، مقتضای عقد به معنی برخی آثار شرعی عقد می‌باشد. این فقیه معتقد است که در مورد این آثار، باید به دلیل اثبات‌کننده آن‌ها نگاه کرد. اگر با بررسی دلیل، مشخص شود که آن اثر از حقوق قابل اسقاط است، شرط خلاف مقتضای آن صحیح خواهد بود. در مقابل، اگر تحلیل دلیل به این نتیجه منتهی شود که اثر مورد نظر، حکم شرعی است و قابلیت اسقاط ندارد، شرط خلاف آن فاسد خواهد بود اما این بطلان به دلیل مخالفت شرط با کتاب و سنت بوده و ارتباطی به مخالفت با مقتضای عقد ندارد. (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۶۷-۲۷۰) ابتکار این فقیه در گسترشی است که در تقسیم مقتضای عقد داشته و پنج تقسیم را برای آن ارائه کرده است. او به اصطلاح «جمیع آثار قرارداد» اشاره داشته و این معنا را به عنوان مقتضای ذات عقد محسوب کرده است که نگاه تازه‌ای در میان دیدگاه‌ها می‌باشد. محقق خوبی بیان می‌دارد که عقود دو نوع مقتضا دارند. یکی مقتضای بدون واسطه و دیگری مقتضای باواسطه که این دو عنوان، در هر عقدی وجود دارد. مقتضای بدون واسطه، مفادی است که ماهیت هر قراردادی به خودی خود، آن را دارا می‌باشد و در اقتضای خود نسبت به آن مفاد، نیازی به جعل شارع یا امضا و تأیید او و همچنین اعتباربخشی از طرف عقلا ندارد. این اقتضا

مربوط به ماهیت و ذات عقد بوده و در حیطة جعل و امضای شارع نیست. حتی اگر فرض شود که شریعتی در عالم نبود و احکام عقلایی هم وجود نداشت، همچنان آن عقود، اقتضای مفاد خود را داشتند و در این اقتضا، نیازی به وجود واسطه نبود. در مقابل، مقتضای باواسطه، آن مفادی است که مربوط به ماهیت عقد نمی‌باشد بلکه عقد به‌عنوان موضوعی برای آن مفاد که احکامی شرعی هستند، در نظر گرفته می‌شود. این امور مقتضای ابتدایی عقود نبوده بلکه مقتضای ثانویه هر قراردادی محسوب می‌شوند که توسط شارع بر آن‌ها بار شده است. از نظر این فقیه، هر شرطی که با مقتضای بدون واسطه عقود منافات داشته باشد، شرط خلاف مقتضای عقد خواهد بود و شروطی که با مقتضای باواسطه عقود منافات دارند، به‌عنوان شرط خلاف کتاب و سنت شناخته شده و ارتباطی با مقتضای عقد نخواهند داشت. (خوبی، ۱۴۱۲: ۳۰۸) فقیه دیگری در تقسیم‌بندی مقتضای عقود می‌گوید: «فقه‌ها در اینکه منظور از خلاف مقتضای عقد چیست، بحث بسیاری کرده‌اند. خلاصه مطلب این است که عقد دو مقتضا دارد: مقتضای ذات عقد، و مقتضای اطلاق عقد. مقتضای ذات عقد، نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به قصد حصول آن، عقد را منعقد کرده‌اند. برای مثال مفاد عقد بیع تملیک عین به عوض معلوم است، یعنی به محض وقوع عقد، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود. حال اگر در بیع، شرط شود که مبیع به ملکیت مشتری در نیاید، شرط مزبور خلاف مقتضای ذات عقد بیع است، یا اگر در نکاح، که مقتضای ذات آن ایجاد علقه زوجیت است، طرفین در ضمن عقد شرط کنند که رابطه مزبور ایجاد نشود، این شرط خلاف مقتضای ذات عقد است. مقتضای اطلاق عقد، آن چیزی است که عقد بر حسب اطلاق خود، یعنی در صورت عدم تقیید به اموری مانند وصف، مکان و یا زمان، مقتضای آن است. برای نمونه، اقتضای عقد بیع مطلق آن است که ثمن، نقد پرداخت شود و کلیه خیارها نیز حسب مورد به وجود آید. با توجه به آنچه گفته شد، چنانچه شرط، خلاف مقتضای ذات عقد باشد، باطل است، اما شرط خلاف اطلاق عقد باطل نیست.» (محقق داماد، ۱۳۸۱: ۷۲) دکتر کاتوزیان در تعریف مقتضای ذات عقد می‌گوید: «موضوع اصلی است که عقد به خاطر ایجاد آن واقع می‌شود و به خواست طرفین یا احکام مترتب بر آن، لازمه ماهیت عقد است.» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۶۲) این حقوقدان در کتاب دیگر خود می‌گوید: «موضوع اصلی و اثری است که اگر از عقد گرفته شود، جوهر و مفاد آنچه مورد تراضی است، از بین می‌رود.» (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲۲۷) او در جای دیگری اشاره می‌کند که هر عقدی اثری دارد که اهمیت این آثار در مقایسه با یکدیگر، یکسان نمی‌باشد. برخی از آن‌ها با ماهیت عقد آمیخته شده و عقد بدون فرض آن‌ها، طبیعت حقوقی خود را از دست می‌دهد. این دسته، مقتضای ذات عقد هستند. در مقابل، برخی دیگر از آثار به منظور تکمیل شرایط عقد و پیروی از اراده مشترک دو طرف معامله بوده و هیچ مانعی نیست که برخلاف آن‌ها، تراضی شود. این دسته، مقتضای اطلاق عقد هستند. (کاتوزیان، ۱۳۹۷: ۲۹۲) حقوقدان دیگری در تفاوت این دو مفهوم بیان می‌کند که مقتضای ذات، اثری است که ماهیت عقد، ذاتاً آن را ایجاد می‌کند و

شرط خلاف آن، به عدم تحقق عقد می‌انجامد. در مقابل، مقتضای اطلاق، اثری است که از ماهیت عقد ناشی نشده و لازمه آن نمی‌باشد و با درج شرط خلاف، می‌توان از بروز این اثر جلوگیری کرد. (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۳۷-۱۳۸) محقق دیگری اشاره می‌کند، آثاری که با ماهیت عقد درآمیخته و نمی‌توان آن‌ها را از عقد تفکیک کرد، مقتضای ذات عقد بوده و شرط خلاف آن، باطل و مبطل عقد است. در مقابل، آثاری که اگر قرارداد، بدون قید و شرط واقع شود، آن‌ها را اقتضا می‌کند و معامله کننده به آن‌ها ملزم می‌شود، مقتضای اطلاق عقد می‌باشد که می‌توان برخلاف آن‌ها تراضی نمود. (صفایی، ۱۴۰۰: ۲۰۹-۲۱۰)

تاکنون سیر فقهی و حقوقی نظریه تفکیک مقتضای عقد به ذات و اطلاق، مورد مطالعه قرار گرفت. اکنون نوبت به نقد و بررسی کلی این دیدگاه می‌رسد.

۱-۲- نقد و بررسی نظریه

هرچند نظریه تقسیم مقتضای عقد به ذات و اطلاق، دارای ویژگی‌های مثبتی بوده و در جهت تبیین مفهوم مقتضای عقد، مطالب مفیدی را ارائه می‌دهد که آن مطالب به شناخت بهتر شرط خلاف مقتضا کمک می‌کند و براساس آن تبیین، نظریه مفهوم خاص شرط خلاف مقتضای عقد که دیدگاه رایج کنونی در فقه و حقوق می‌باشد، شکل گرفته است که پیش‌تر به آن اشاره شد. با این حال، به نظر می‌رسد که این نظریه نقاط ضعفی نیز داشته باشد که از این منظر مورد نقد خواهد بود.

همچنان که در نوشتار دیگری اشاره کرده‌ایم، نقدی که بر این نظریه وارد است، وجود ابهام در ارکان اصلی آن و عدم وضوح مفاد این دیدگاه می‌باشد. دو عنوان «ذات» و «اطلاق» که در بیان مفاد نظریه، از ارکان اصلی آن بوده و در عبارات مختلف تکرار می‌شوند، دارای ابهام مفهومی بوده و به صورت دقیق مشخص نمی‌شود که منظور از این دو اصطلاح چیست. گاهی ذات عقد را به جوهر قرارداد، هسته اصلی معامله، خمیرمایه قرارداد و یا هدف اصلی طرف‌های قرارداد تعریف می‌کنند اما هیچ کدام از ابهام مفهومی آن نمی‌کاهد. این تعایف، در واقع شرح اسم بوده و تعریف دقیق و منطقی آن واژگان نمی‌باشد، لذا ابهام معنایی آن‌ها همچنان باقی است. همین ابهام برای واژه اطلاق نیز وجود دارد. در تعاریف متعدد گفته شد که مقتضای اطلاق، اثری از عقد است که در صورت نبودن شرط خلاف، عقد واجد آن بوده و در مقابل، هنگامی که شرط مخالف آن در عقد درج گردد، آن شرط صحیح بوده و قرارداد، فاقد آن اثر خواهد بود. مشخص است که تعریف یاد شده، شامل دور می‌باشد. در واقع پرسش این است که برخلاف کدام یک از آثار عقد، می‌توان شرط خلاف آورد و پاسخ آن، آثار مقتضای اطلاق عقد خواهد بود و هرگاه پرسیده شود که مقتضای اطلاق عقد چیست، پاسخ داده می‌شود، مفادی است که با درج شرط مخالف آن از بین می‌رود و یا به عبارتی دیگر، مفادی است که امکان آوردن شرط مخالف آن وجود دارد. مشخص است که وجود چنین دوری در تعریف، نه تنها از ابهام مفهومی این نظریه نکاسته که بر آن نیز

افزوده است. به دلیل چنین اجمالی است که این دیدگاه، قادر به خاتمه بخشیدن به اختلاف نظرها نبوده و نظرات متفاوت همچنان وجود دارند. گروهی یک شرط را مخالف مقتضای ذات عقد دانسته و آن را فاسد می‌دانند و گروهی دیگر، همان شرط را مخالف مقتضای اطلاق عقد شمرده و حکم به صحت آن می‌کنند. (کریمی، ۱۳۹۴: ۱۲)

۲- پیشنهاد جایگزین نظریه ذات و اطلاق: ذاتیات و عرضیات عقد

همانطور که پیش‌تر اشاره شد، به نظر می‌رسد که کلید اصلی در حل ابهام مفهومی شرط خلاف مقتضای ذات و اطلاق، بازپژوهی ذاتیات و عرضیات عقد به عنوان پیشنهاد جایگزین دیدگاه رایج ذات و اطلاق باشد. کالبدشکافی ذاتیات و عرضیات عقد و تبیین دقیق آن‌ها، نیامند نگاهی تازه به مفاهیم ذات، ذاتی و عرضی می‌باشد. اساساً چون مفاهیم ذات، ذاتی و عرضی، از مسائل پرکاربرد علم منطق می‌باشد، ضرورت استفاده از مطالب این دانش برای درک درست آن مفاهیم، غیرقابل انکار خواهد بود. این مطالعه منطقی، رهیافتی خواهد بود تا با استفاده از نتایج آن، فهم درست حقوقی مسئله نیز صورت پذیرفته و ابهام دیرینه‌ای که در این موضوع وجود داشته است، مرتفع شود.

۲-۱- تحلیل منطقی ذاتیات و عرضیات عقد

در دو موضع از منطق صوری، از ذات، ذاتی و عرضی صحبت می‌شود. یکی در کلیات خمس و دیگری در صناعات خمس. کلیات خمس آن قدر در فهم منطق ارسطویی نقش کلیدی بازی می‌کند که ارسطو به‌عنوان مبدع علم منطق، بر آن نام «ایساغوجی» به معنای مقدمه گذاشت، زیرا در مقدمه رساله منطق خود، پیرامون آن صحبت کرده است. (خوانساری، ۱۳۶۲: ۹۰) کلی، مفهومی ساخته ذهن بشر است که بر افراد زیادی صدق می‌کند و پنج دسته مهم دارد که به کلیات خمس مشهور هستند. کلیات خمس عبارتند از: نوع، جنس، فصل، عرض عام و عرض خاص. سه کلی ابتدایی را کلی ذاتی و دو کلی بعدی را کلی عرضی می‌خوانند. (خوانساری، ۱۳۶۴: ۶۱) کلی ذاتی مفهومی است که ماهیت افراد کلی به آن قائم و وابسته باشد، در حالی که کلی عرضی خارج از حقیقت افراد است. هرگاه برای تبیین ماهیت یک فرد انسانی مثل علی، از کلی انسان استفاده کنیم که تمام ماهیت وی را بیان می‌کند، به کلی نوع، اشاره داشته‌ایم و هرگاه کلی ما حکایت از قسمتی از ماهیت داشته باشد، اگر این قسمت میان آن نوع و انواع دیگر مشترک باشد، مثل جنبنده یا حیوان برای انسان، این کلی را جنس می‌خوانیم و اگر قسمت اختصاصی ماهیت آن نوع را بیان نماید که وجه تمایز او از سایرین در جنس قلمداد شود، مثل ناطق به معنای نطق درونی و متفکر، چنین کلی، فصل خوانده می‌شود. عرض عام کلی خارج از ذات و ماهیت یک نوع است که شامل سایرین در جنس مشترک نیز می‌شود، همانند رونده که مشترک میان انسان و

سایر حیوانات است و همگی در قابلیت راه رفتن با هم اشتراک دارند. عرض خاص، همانند عرض عام، خارج از ذات و ماهیت است، اما اختصاص به یک نوع خاص دارد، مثل خندان بودن که بنا به استقرار، فقط انسان است که می‌تواند آگاهانه بخندد. در بین کلیات ذاتی، نوع را ذات گفته و جنس و فصل را ذاتی می‌نامند و گاهی نیز هر سه را ذاتی نامگذاری می‌کنند. (مظفر، ۱۴۰۴: ۹۵)

برای تطبیق بحث کلیات خمس بر مفاهیم عقود، باید ابتدا ملاک تشخیص ذاتی را از عرضی بازشناسیم تا قادر بر تفکیک ذاتیات و عرضیات هر عقد گردیم. در دانش منطقی، چهار ملاک برای تشخیص ذاتی پیشنهاد شده که تنها یک ملاک آن قابل اعتماد است. برخی گفته‌اند که ذاتی از افراد خود نه در ذهن و نه در خارج قابل انفکاک نیست و از طرف دیگر ذاتی نیاز به تعلیل و توجیه ندارد و از سوی دیگر بدیهی است. هیچ یک از این سه ملاک قابل اعتماد نبوده و در مواردی، خلاف‌پذیری آن‌ها به اثبات رسیده است. برای نمونه همگی اتفاق نظر دارند که سه ضلع داشتن برای مثلث ذاتی محسوب می‌شود، در حالی که سه زاویه داشتن عرضی آن است. با این حال، سه زاویه داشتن نیز همانند سه ضلع داشتن از مثلث قابل انفکاک نیست و نیاز به تعلیل ندارد و چرایی در مورد سه زاویه داشتن نیز قابل طرح نیست و ثبوت سه زاویه برای مثلث آشکار و روشن است، لذا این سه ملاک اشاره شده، کارایی ندارد. با این وجود، ملاک چهارم قابل اعتماد بوده و براساس آن، هر مفادی که در تعقل و تصور ماهیت یک مفهوم در ذهن، بر تصور خود آن مفهوم، مقدم شود، ذاتی است و هر مفادی که پس از تصور آن مفهوم، در ذهن قابل تصور باشد، عرضی است. تا در ذهن سه ضلع را تصور نکنید، نمی‌توانید مثلث را تصور نمایید، در حالی که تا مثلث تصور نشود، سه زاویه داشتن قابل تصور نیست و بدین ترتیب روشن می‌شود که سه ضلع داشتن، ذاتی مثلث و سه زاویه داشتن، عرضی آن است.

در رابطه با هر یک از عقود نیز وضع به همین منوال است. برای مثال، زمانی می‌توانید قرارداد خرید و فروش میان دو نفر را تصور کنید که عقد به عنوان جنس و انتقال مالکیت همراه با عوض به عنوان فصل را در ذهن تصور نمایید تا تصور خرید و فروش میسر شود و لذا بدون تصور ذاتیات عقد بیع، تصور بیع به عنوان نوع، غیر ممکن خواهد بود. در حالی که خارج از ذاتیات عقد، هر مفادی تصور شود، از قبیل استفاده مشتری از مبیع و انتفای آن و یا تسلط و تصرف مشتری بر مبیع، حق فروش و هبه نمودن آن، همگی از عرضیات عقد بیع است. (کریمی، ۱۳۹۴: ۱۳-۱۴)

در یک موضع دیگر از منطق صوری نیز صحبت از ذاتیات به میان می‌آید و آن عبارت از بحث صناعات خمس است. در علم منطق برای توضیح مواد هریک از صناعات پنجگانه، بحث تفصیلی صورت پذیرفته است. یکی از موادی که در برهان مورد استفاده قرار می‌گیرد، ذاتیات است. نظر به این که مباحث مربوط به شرط خلاف مقتضا از قبیل استدلال و برهان است، روشن است که باید در تعیین ذاتیات، از مباحث صناعات خمس بیشتر از کلیات خمس کمک گرفت. در برهان، زمانی که از ذاتیات صحبت

می‌شود، فقط به ذاتیات گفته شده در کلیات خمس اکتفا نمی‌شود، بلکه حتی از میان اعراض، آن دسته از عرض‌هایی که لازم بوده و هیچگاه از مفهوم جدا نمی‌گردند نیز در ردیف ذاتی قرار می‌گیرند. (مطهری، ۱۳۶۰: ۲۰۶) بر این اساس، سه زاویه داشتن که هیچگاه از مثلث جدا نمی‌شود و عرض لازم است، ذاتی محسوب می‌شود. با این توضیح، نه تنها مفادی که براساس کلیات خمس از ذاتیات عقد محسوب می‌شود، داخل در بحث ذاتیات خواهد بود، بلکه اموری از قبیل تسلط و تصرف مشتری و یا حق فروش او در عقد بیع که قابل انفکاک از عقد نیستند نیز از ذاتیات محسوب می‌شود و دایره‌ای که به این ترتیب برای ذاتیات ترسیم می‌شود، با نظریه مفهوم خاص شرط خلاف مقتضای عقد سازگار خواهد بود.

۲-۲- تحلیل حقوقی ذاتیات و عرضیات عقد

ذاتیات عقد را می‌توان با استفاده از تبیین منطقی بحث، به دو دسته ممتاز تقسیم نمود. یکی ذاتیات عقد به معنایی که در کلیات خمس اشاره شد که نوع، جنس و فصل یک عقد را دربر می‌گیرد و نظریه مفهوم اخص شرط خلاف مقتضای عقد بر آن استوار است و دیگری ذاتیات به معنایی که در صناعات خمس اشاره شد که علاوه بر سه مورد یاد شده، شامل اعراض لازم به معنی آثار عقد نیز می‌شود و نظریه مفهوم خاص شرط خلاف مقتضا درصدد تبیین آن است.

گنجاندن شرط خلاف مقتضای ذاتیات عقد در معنای اول، معقول نیست چون برای تصور یک عقد، هر یک از دو طرف قرارداد، این ذاتیات را تصور می‌کنند و امکان عقلی ندارد که عقدی را بدون ذاتیات آن انشا نمایند. به عنوان مثال، در عقد بیع امکان ندارد که طرف‌های قرارداد، شرط عدم ملکیت را به طور مطلق و همیشگی در عقد بگنجانند، زیرا در یک زمان باید هم مالکیت مشتری و هم عدم مالکیت او را اراده نمایند و اراده دو مفاد متضاد در یک زمان، محال است. بر فرض که چنین شرطی قابل تصور باشد، به سبب منافات میان مفاد شرط و عقد، هم شرط باطل خواهد بود و هم عقد را به ورطه بطلان خواهد کشاند. در مقابل، شرط خلاف آثار ذاتی عقد نه تنها قابل تصور است که در عمل نیز به وفور اتفاق می‌افتد. آثار ذاتی که از دیدگاه منطقی، اعراض ذاتی خوانده می‌شوند، آثاری می‌باشند که یا از دیدگاه شرع و یا از منظر عرف قابل انفکاک از عقد نیستند. در شرع و قانون، قاعده تسلیط، اقتضای تسلط مشتری بر مالی را که خریداری می‌کند، داشته و نمی‌توان مالکیت را منتقل نمود، مگر آنکه تسلیط بر انتفاع، فروش، هبه مبیع و سایر شکل‌های سلطه برای مشتری موجود باشد. بنابراین آثار یاد شده، لازمه ذات و به عبارتی ذاتی قلمداد می‌گردند. همانطور که مشخص است، در این تحلیل منطقی، نیازی به وجود شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد نبوده و تحلیل ذاتیات عقد و شروط خلاف آن به معنایی که اشاره شد، برای شناسایی و تبیین این نهاد فقهی و حقوقی، گویا خواهد بود. اصفهانی تنها فقیهی است که تحلیلی منطقی از مقتضای عقد ارائه داده است، بنابراین تحلیل او را به عنوان مؤیدی برای نظریه پیشنهادی خود در این مقاله بیان می‌کنیم. این فقیه، مقتضای عقد را به دو قسم تقسیم می‌کند. یکی به معنای مضمون حقیقی و اصلی قرارداد و مفادی که قوام و تحقق عقد بستگی به آن دارد و دیگری به معنای لوازم و احکام مفاد حقیقی عقد که در واقع از

آثار مقتضای قرارداد به معنای اول آن است. لازمه مضمون اصلی عقد، خود دو دسته می‌باشد. یک دسته لازم مفارق بوده و دسته دیگر، لازم غیرمفارق هستند. این فقیه، شرط خلاف مقتضای ذات عقد را با عنوان «شرط عدم مقوم عقد» نام برده و اشاره می‌کند که این شرط فاسد و مفسد عقد خواهد بود. این فقیه در ادامه بیان می‌دارد، آثار و احکامی که لازم غیرمفارق عقد است، مقتضای ذات عقد محسوب شده و از ماهیت عقد، جدا نمی‌شود و لذا شرط خلاف این مقتضا، باطل خواهد بود. در مقابل، آثاری که لازم مفارق عقد هستند، مقتضای اطلاق عقد بوده و شرط خلاف آن‌ها صحیح می‌باشد. (غروی اصفهانی، ۱۴۲۷: ۱۵۳ و ۱۵۷) ابتکار اصفهانی در تقسیمی است که برای مقتضای عقد ارائه داده است. او با تقسیم لوازم و آثار عقد به لازم مفارق و غیرمفارق که تحلیلی منطقی است، توجه خاصی به مفاد عقد داشته و لازم غیرمفارق عقد را که از آن جدا نمی‌شود، در حیطه مقتضای ذات عقد وارد کرده است.

نکته مهم دیگر این است که شروط خلاف ذاتیات به معنایی که در کلیات خمس مورد اشاره است، هیچگاه در ردیف شروط غیر مشروع در نمی‌آیند، زیرا این ذاتیات همانند چرب بودن روغن و تر بودن آب، همیشه همراه با ذات، وجود داشته و قابل جعل نیستند تا به وسیله شرع و قانون جعل و ایجاد گردند. همین‌که عقدی در یک نظام حقوقی پذیرفته شد، این ذاتیات همراه با آن عقد مورد پذیرش واقع می‌شوند و نیاز به جعل ثانوی ندارند. در مقابل، شروط خلاف آثار و اعراض ذاتی عقد، همواره از یک نظر، غیرمشروع بوده و از نظر دیگر، خلاف مقتضا به حساب می‌آیند و بنابراین هم می‌توانند تحت شمول ماده ۲۳۲ قانون مدنی و هم تحت سیطره ماده ۲۳۳ این قانون قرار گیرند و این سؤال به طور جدی مطرح می‌شود که چنین شروطی مبطل عقد می‌باشند و یا صرفاً شرطی باطل بوده که فساد آن به اصل عقد سرایت نمی‌کند. در پاسخ به این سوال، باید بررسی کرد که در مقصود طرف‌های قرارداد، شرط از چه مقدار اهمیت برخوردار است. اگر شرط به نظر آن‌ها به میزانی مهم است که هم‌تراز با اصل عقد قرار می‌گیرد، به نحوی که اگر شرط صحیح نباشد، عقد را نیز نمی‌خواهند، در این صورت جنبه خلاف مقتضا بودن شرط بر جنبه غیر مشروع بودن آن رجحان پیدا کرده و علاوه بر بطلان شرط، عقد نیز باطل می‌گردد. درحالی که اگر دو طرف قرارداد برای شرط اهمیت زیادی قائل نباشند، به صورتی که عقد، بدون آن شرط نیز برای آنان مطلوب باشد، این شرط توانایی مقاومت در مقابل ذات عقد را نخواهد داشت و ویژگی غیرمشروع بودن شرط غلبه خواهد یافت و شرط به‌عنوان فرع در مقابل عقد به‌عنوان اصل ظاهر می‌گردد، لذا عقد صحیح قلمداد شده و صرفاً حکم به فساد شرط به سبب مخالفت آن با کتاب و سنت می‌شود. هبه یک آپارتمان مسکونی از سوی یک مالک مجتمع به یک استاد دانشگاه به شرط عدم فروش متهب، با این انگیزه که یک شخص دارای موقعیت اجتماعی در مجتمع محل سکونت وی حضور داشته باشد، باطل است زیرا با توجه به فساد شرط عدم فروش، در صورتی که عقد هبه صحیح فرض شود، متهب می‌تواند با توجه به انتقال ملکیت آپارتمان به او و بطلان شرط عدم فروش، مالکیت آن را به دیگری منتقل کند و چنین عقدی مطلوب و اهاب نیست. این درحالی است که عقد هبه آن آپارتمان از سوی مالک مجتمع به یکی از بستگان نیازمند خود با درج شرط عدم فروش، با این انگیزه که این شخص نیازمند، محلی برای سکونت داشته باشد، صحیح است، اگرچه شرط عدم فروش آن باطل اعلام می‌گردد. در این مثال با توجه به آن که قصد و اهاب از

انعقاد عقد، حمایت از متهم و بهبود وضعیت او است، شرط عدم فروش برای او به میزان خود عقد و انگیزه حمایتی او، اهمیت ندارد، لذا صرفاً شرط باطل بوده اما عقد هبه صحیح خواهد بود. با توضیحات ارائه شده مشخص می‌شود که شرط عدم فروش عین موهوبه، همواره هم خلاف مقتضای عقد هبه است و هم غیرمشروع، اما گاهی چهره خلاف مقتضای آن خودنمایی کرده و عقد را باطل می‌کند و گاهی نیز با غلبه چهره نامشروع بودن آن، فقط صرف شرط به فساد کشیده می‌شود.

نتیجه

۱. هرچند نظریه رایج فقهی و حقوقی، مفاد عقد را به مقتضای ذات و اطلاق تقسیم کرده و شرط خلاف مقتضای ذات را براساس این تفکیک، مبطل عقد می‌داند، اما این دیدگاه، دارای ابهام مفهومی در شناسایی عناوین ذات و اطلاق بوده و در تبیین معنایی آن، متضمن دور می‌باشد.
۲. نظریه جایگزین پیشنهادی در این مقاله، با مطالعه و تبیین منطقی به بازپژوهی حقوقی ذاتیات و عرضیات عقد و شناخت ضابطه‌مند آن‌ها پرداخته است. در این دیدگاه، تفاوتی که میان ذاتیات عقد در کلیات خمس و ذاتیات عقد در صناعات خمس وجود دارد، تبیین شده و شرط خلاف نوع، جنس و فصل هر عقد در ردیف دسته اول قرار گرفته و در دسته دوم، علاوه بر این شروط، شروط خلاف آثار به معنی اعراض ذاتی هر عقد نیز قرار می‌گیرد. شروط خلاف نوع، جنس و فصل عقد، قابل تصور نبوده و امکان عقلی و عملی آن مورد خدشه واقع شده و محال دانسته می‌شود، اما بر فرض وقوع، چنین شروطی، واجد وصف خلاف مقتضا بوده و در این صورت، عقد و شرط، هر دو محکوم به بطلان شناخته می‌شوند. همچنین در این نظریه، لزومی برای طرح شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد باقی نمی‌ماند. این دیدگاه جایگزین پیشنهادی، در مقایسه با نظریه ذات و اطلاق، از ابهامات مفهومی مصون مانده و ذاتیات و عرضیات عقد را به روشنی توضیح می‌دهد.
۳. شروط خلاف آثار ذاتی هر عقد که توسط شرع، قانون و عرف تعیین می‌گردند، هم می‌توانند وصف خلاف مقتضا را به خود گرفته و هم متصف به وصف غیرمشروع گردند. چنانچه در نظر طرف‌های قرارداد، شرط، هم‌تراز عقد قرار گیرد، به نحوی که عقد را بدون شرط اراده نمی‌کنند، وصف خلاف مقتضا غالب می‌گردد و عقد و شرط فاسد خواهند بود و در صورتی که وصف غیرمشروع شرط بر صفت خلاف مقتضای آن غلبه کند، فقط شرط باطل گشته و خللی به عقد وارد نمی‌شود.

منابع

- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵). المکاسب، ج ۶، قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری.
- ایروانی، علی. (۱۳۷۹). حاشیه المکاسب، ج ۲، قم: نجفی.
- بجنوردی، حسن. (۱۳۷۷). القواعد الفقہیہ، ج ۳، قم: هادی.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح. (۱۴۱۷). العناوین الفقہیہ، ج ۲، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خوانساری، محمد. (۱۳۶۴). دوره مختصر منطق صوری، تهران: دانشگاه تهران.
- خوانساری، محمد. (۱۳۶۲). منطق صوری، ج ۱، تهران: آگاه.
- خوبی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۲). مصباح الفقاهه فی المعاملات، ج ۷، بیروت: دارالهادی.
- رشتی، حبیب الله. (بی تا). کتاب الاجاره، بی جا.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۸). حقوق مدنی ۳ تعهدات، تهران: مجد.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، ج ۷، قم: موسسه معارف اسلامی.
- صفایی، سید حسین. (۱۴۰۰). دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، تهران: میزان.
- غروی اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۲۷). حاشیه المکاسب، ج ۵، قم: ذوی القربی.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۷). اعمال حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۰). قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۷). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: دادگستر.
- کاشف الغطاء، محمد حسین. (۱۴۲۲). تحریر المجله، ج ۱، قم: مجمع تقریب مذاهب اسلامی.
- کریمی، عباس. (۱۳۹۴). «نگاهی نو به مفهوم شرط خلاف مقتضای عقد»، بر منہج عدل، تهران: دانشگاه تهران.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۱). قواعد فقه مدنی، ج ۲، تهران: سمت.
- مطهری، مرتضی. (۱۳۶۰). شرح منظومه، ج ۱، تهران: حکمت.

- مظفر، محمدرضا. (۱۴۰۴). المنطق، تهران: حکمت.
- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۸۵)، رسائل المیرزا القمی، ج ۲، قم: بوستان کتاب.
- نائینی، محمد حسین. (۱۳۷۳). منیه الطالب، ج ۲، تهران: محمدی.
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۲۱). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۱۲، قم: موسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
- نراقی، احمد بن محمد. (۱۳۷۵). عوائد الایام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- یزدی، محمد کاظم. (۱۴۱۰)، حاشیه المکاسب، ج ۲، قم: اسماعیلیان.

Examining the Concepts of Substance and Generality in Contrary to the Requirements of the contract

Abstract

Since the condition contrary to the requirements of the contract has a special ruling among corrupt conditions and there is a possibility of nullifying the contract by a certain type of this condition, jurists and lawyers have always paid special attention to identifying the concept and characteristics of this condition. The long history of this jurisprudential institution in the opinions of jurists is proof of the importance of the contrary condition of the contract. The common point of view that is accepted today regarding the necessity of the contract in jurisprudence and law is to separate the necessity from the essence and to apply and spread the ruling of corrupting the condition to the contract in the condition contrary to the necessity of the essence. However, the contents of the common jurisprudence and legal theory have both ambiguities in their main pillars and also imply a distance that has caused it to weaken. Due to the continuation of disagreements in solving the ambiguities of this view, it seems that this view is not reliable and it is suggested that a theory based on the analysis of the logical data of essence and the essence of the contract should be replaced by the concept of essence. In this theory, the condition contrary to the nature and essentials of the contract is explained from a logical point of view, and there is no room left for the requirement to identify the scope of the condition contrary to the condition.

Keyword: essence, application, the requirement of the contract, contrary to the requirement

