

شرط خلاف مقتضای ذات عقد

دکتر رضا مقصودی - مجله آموزه های فقه مدنی

چکیده

بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی یکی از شرائط اختصاصی صحت شرط را سازگاری آن با مقتضای عقد می داند. اما نسبت به مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد و اینکه ضابط در تعیین و تمیز مقتضای ذات از اطلاق چیست، ساکت است. لذا، حکم مذکور جامع و روشن نبوده، ناکافی است. این نقص و اجمال، موجب اختلاف نظر بین نویسندگان حقوق مدنی شده است. نگارنده با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی، ابتداءً مبانی نظری حکم مذکور شامل برهان عقلی و برهان نقلی را در آثار فقهی احصاء و تبیین نموده، سپس از بین تفاسیر موجود در معیار تشخیص اقتضای ذات از اطلاق، نظریه عناصرشناسی عقود را ترجیح داده، برمی گزیند. پس، هر شرطی که ضدّ یکی از عناصر عمومی یا اختصاصی عقدی باشد، به جهت تضاد درون آن شرط در رابطه با آن عقد، مانع تحقق عقد و مخالف مقتضای ذات عقد است.

کلید واژگان:

شرط، مقتضای عقد، اثر عقد، عناصر عقد

مقدمه:

قانون مدنی فصل چهارم از باب اول کتاب مربوط به معاملات و تعهدات را به بیان شروط ضمن عقد اختصاص داده و در پانزده ماده، اقسام و احکام این شروط را ذکر کرده است. آنچه در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ احصاء شده، درباره شرایط اختصاصی صحت شرط است. بند ۱ ماده ۲۳۳ یکی از این شرائط را عدم منافات شرط با مقتضای عقد می داند اما در این که مقصود از مقتضای عقد کدام یک از مصادیق آن (ذات یا اطلاق) است و مبنای باطل و مبطل بودن چیست، قانون مدنی ساکت است. همچنین، در شناسائی ضابطی برای تشخیص مقتضای ذات از اطلاق، ابزاری به دست نمی دهد. از آنجا که نظام حقوق مدنی ایران، به ویژه شاکله قانون مدنی و از جمله حکم مذکور، از فقه غنی و پویای امامیه نشئت گرفته، وابسته به منبع و مبنای اصلی است. پژوهنده برای فهم آثار و احکام مسکوت یا مغفول ناگزیر از مراجعه به آثار فقهی است. لذا، شرط نخست مطالعه و فهم موضوع، توانایی رجوع و بهره گیری از

این معدن غنی و استخراج احکام و قواعد راهگشا از آن است. وانگهی، اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز دادرس را در هر موردی که حکم دعوی را در متون قانونی نیابد، ناگزیر از مراجعه به این سرمایه ارزشمند ساخته است. در این طرح، مبانی اصلی پژوهش، منبعث و ملهم از چنین میراث کهن و پایداری است.

پیشینه پژوهش

در تبیین موضوع حاضر، مؤلفان و شارحان قانون مدنی تفاسیر مختلفی ارائه نموده‌اند. در برخی مقالات پژوهشی چون: «تحلیل مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد»؛ نویسنده (علی علی آبادی)، تلاش دارد دلائل باطل و مبطل بودن چنین شرطی را بررسی نماید. در این تحقیق همچنین به راه‌های شناخت مقتضای عقد اشاره شده است. اما به نظر می‌رسد این قبیل آثار در دایره بسته تعاریف شرح‌الاسمی اسیر شده و در نهایت ضابط روشن و دقیقی به دست نمی‌دهد. ذکر عبارات کلی نظیر: «مقتضای ذات آن قدر به ماهیت نزدیک است که با حذف آن، ماهیت عقد نیز از بین می‌رود» یا «مقتضای عقد متأثر از عرف است...»، نه تنها ابهام را برطرف نکرده که در مواردی بر پیچیدگی موضوع می‌افزاید. علاوه بر مقالات، در آثار حقوقی و تألیفات فقهی نیز در این باره گفتگو شده است. دکتر سیدمصطفی محقق‌داماد در جلد دوم کتاب نظریه عمومی شروط و التزامات به بیان آثار برخی شروط ویژه در عقود مختلف مانند شرط ضمان مطلق مستأجر در عقد اجاره و عقد مضاربه، اشتراط مالی معین افزون بر محصول در ضمن عقد مزارعه، شرط اختصاص بخشی از اشجار برای یکی از طرفین در عقد مساقات، اشتراط خیار در عقد ضمان، شرط فرزندآوری و عدم آن در نکاح دائم و شرط انفاق و توارث در ضمن نکاح منقطع از نظر مخالفت با مقتضای این عقود پرداخته است (محقق‌داماد، ۱۳۹۷، ۳۸۷). درباره برخی از این شروط چون شرط ضمان در عقود امانی اختلاف نظر در فقه جدی است. در حالی که نظر مشهور در فقه آن است که شرط ضمان در عقود امانی مانند ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره یا ضمان مضارب راجع به سرمایه، فاسد و مفسد است، علامه فانی خاصیت شرط ضمان را این می‌داند که مانعی را که ید امانی بر راه ضمان ایجاد کرده بود، برمی‌دارد. پس، سیر طبیعی امور شامل سه مقدمه است: اول، استیلاء ید بر مال دیگری به طبع اولی سبب ضمان است. دوم، امانت (مالکانه یا شرعی) مانع چنین اقتضائی است یا به بیان دیگر، مقتضای رفع ضمان است. سوم، اشتراط رافع مانع مذکور است: «و اذا ارتفع المانع، یؤثر المقتضى أثره» (علامه فانی، ۱۴۰۳: ۹۰).

جنبه نوآوری

سکوت و ابهام قانون مدنی، ناکافی بودن تحقیقات انجام شده و اضطراب عبارات نویسندگان از یک سو و اهمیت و تأثیر کاربردی موضوع از سوی دیگر ایجاب می کند که موضوع نزاع در دو حوزه تحریر و تبیین گردد: اول، مبنای فاسد و مفسد بودن شرط خلاف مقتضای عقد و دوم ارائه معیاری روشن و دقیق که در هر عقدی بتوان مقتضای ذات را از اطلاق باز شناخت. در تحقیق حاضر، چرائی افساد عقد در نتیجه شرط خلاف مقتضای ذات با دو برهان عقلی و نقلی، تحلیل و ایرادات هر یک شمارش شده است. از این مهم تر در مرحله اثبات یعنی شناسایی و تشخیص و تفکیک مصادیق شرط مخالف مقتضای ذات عقد به روشی ابداعی، نظرات فقیهان و حقوق دانان در سه ضابط کلی دسته بندی و تنظیم و سپس ملاک عنا صر شناسی به عنوان معیار برتر برگزیده شده است. با در اختیار داشتن معیاری منضبط، یعنی احصاء عناصر عمومی و اختصاصی سازنده ماهیت هر عقد می توان مقتضای ذات را به روشنی از اقتضای اطلاق تشخیص و آثار شرط باطل مبطل و یا باطل غیر مبطل را بسته به مورد جاری ساخت.

۱. تعریف

مقتضای عقد یا راجع به مطلق عقد (ذات عقد) است یا منظور، عقد مطلق است. مقصود از مقتضای مطلق عقد، آن دسته عناصری است که در تحقق ماهیت عقد تأثیر داشته و انتفاء آن موجب زوال عقد است؛ چه آن عنصر از ارکان داخلی عقد باشد، مثل خروج مال از ملک ناقل و دخول در ملک منقول الیه که مقتضای ذات عقود تملیکی (بیع، اجاره، صلح...) است یا از لوازم و آثار خارجی ماهیت عقد محسوب شود، چون سلطه بر مورد معامله در عقود تملیکی. مراد از عقد مطلق، اثری است که اطلاق عقد، گواه و گویای آن است. پس عقدی که مقید به وصف، وقت، مکان یا مانند آن نیست و نیز مشروط به شرطی نباشد، عقد مطلق است. خواه آن اثر، عرفی باشد، مثل اقتضاء تسلیم و تسلّم عوضین و نقد بودن ثمن، خواه از حقوق مجعول شرعی شمرده شود، مانند خیار حیوان، خیار مجلس و خیار تأخیر ثمن در بیع.

۲. مبنای باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای ذات عقد

۱-۲. برهان عقلی (تنافی با مضمون عقد)

شیخ انصاری علاوه بر اجماع، یک برهان عقلی بر اثبات بطلان شرط منافی عقد ذکر کرده است، به این بیان که؛ قصد عقد با شرط منافی آن، سبب از بین رفتن قدرت بر وفاء به شرط است و چون قدرت بر انجام موضوع، شرط صحت است، شرط منافی عقد باطل است. بنابراین، بطلان از ناحیه منافات حاصل از عدم قدرت بر جمع بین شرط و عقد است. مشروط با عقد منافات دارد؛ لازمه تحقق شرط، فساد عقد و لازمه انجام عقد، نفی شرط است. (انصاری، ۱۴۳۴: ۴۴).

ملاحظه

ایرادی که به این استدلال وارد دانسته‌اند، آن است که شیخ انصاری شرط خلاف مقتضای عقد را موجب تناقض می‌داند. در این بیان، دلیل اخص از مدعی است؛ یعنی چنین نیست که شرط مخالف مقتضای عقد همیشه موجب تناقض شود. علت آن است که اگر مقتضی را به معنای مقوم یا رکن بدانیم، شرط مخالف با مقتضی، مانع تحقق عقد است؛ یعنی اصلاً عقدی تشکیل نمی‌شود تا سخن از تضاد و آثار مخالفت جایگاهی پیدا کند. ساحت شرط نمی‌تواند با مقتضای ذات عقد مخالفت کند؛ چرا که حیثیت موجب بطلان، باید وجهی غیر از تنافی با ذات عقد باشد (خمینی، ۱۳۶۸: ۱۸۶). بحث، در شرط مخالف با مقتضای عقد است و لاجرم باید ابتداء عقدی باشد که طرح مخالفت شرط با آن موجه بنماید. بنابراین اگر شرط با تحقق ذات عقد منافات داشت، مثل اینکه در بیع شرط شود که معامله، بدون ثمن باشد یا مشتری مالک میباشد یا در عقد نکاح بر زوج شرط شود که حق هیچ‌گونه استمتاعی نداشته باشد، چنین شرطی در واقع موجب اخلال در ارکان و ماهیت عقد است که سبب عدم تحقق اراده انشائی از اساس می‌گردد. شرط عدم ثمن یا عدم تسلط مشتری بر میبایع در عقد بیع، نافی عقد و به منزله عدم حیات بیع است. بنابراین باطل بودن شرط از باب مخالفت با مقتضای عقد نیست؛ بلکه اساساً نطفه عقد بسته نمی‌شود تا مفهوم مخالفت صدق کند. پس، کلام جایی است که مورد شرط، منافی مقتضای اطلاق عقد (یا مطلق عقد یعنی جزء طبیعت یا لازمه ماهیت عقد) باشد نه منافی آنچه عقد مطلق (آثار و تعهدات تبعی و فرعی) اقتضاء می‌کند. عقد مطلق، در مقابل عقد مشروط است. اگر مخالفت را به معنای تنافی با عقد مطلق بدانیم، هیچ شرطی خلاف مقتضای عقد نیست؛ مثلاً عقد بیع وقتی مطلق باشد، اقتضای نقد بودن ثمن را دارد و شرط مخالف آن صحیح است؛ زیرا چنین اثری با فرض

مطلق بودن عقد، بر بیع حاکم است. پس، تناقضی که مراد شیخ انصاری است، در فرض اول (مخالفت شرط با ذات و ذاتی عقد) قابل تحقق نیست و در وجه دوم یعنی ضدیت شرط با اثر فرعی عقد نیز شرط مخالف، نافذ است.

دکتر جعفری لنگرودی بر این نظر است که شرط مخالف مقتضای ذات عقد سبب می شود درون آن شرط در رابطه با آن عقد، تضادی حاصل شود که مانع تحقق عقد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۷۳).

بنابراین، اگر بایع مال خود را بفروشد و شرط کند که مبیع را به مشتری تحویل ندهد یا مشتری شرط کند که ثمن را به بایع تحویل ندهد، یا هر دو یا یکی از آنها با اعتراف به تحقق ملکیت، شرط کند که طرف مقابل از آنچه به او منتقل شده، بهره نبرد، شرط خلاف مقتضای ذات عقد و باطل و مبطل است؛ زیرا تحقق بیع در عرف، فقط در صورتی است که عوضین تحویل داده شوند و تحقق ملکیت، بدون انتفاع از آن کار، غیر عقلانی شمرده می شود و سفهی بودن بیع، از نظر عقلاء، موجب بطلان بیع است. اگر نگوییم که به واسطه سفهی بودن، عرفاً نیز از مصداق بیع خارج می شود. پس، معیار این است که عقد به سبب شرط، از حقیقت عرفی یا شرعی خود خارج نشود (میرزای قمی، ۱۳۹۶: ۳۵).

حاصل آنکه، شرط خلاف مقتضای عقد به استحاله عقلی برمی گردد. چگونه ممکن است مشروطه، بدون اینکه ساهی، ناسی، غافل و جاهل به حکم و موضوع باشد، شرطی بگذارد که به امر محال و هزل منجر شود. کسی که می داند بیع مفید تملیک است، چگونه می تواند با انشاء تملیک، شرط عدم تملیک کند؟ چنین شرطی، دارای امتناع عقلی است که اصطلاحاً می گویند جدّ او متمشّی نمی شود؛ یعنی تلاشش سامان نمی یابد و به ثمر نمی رسد.

۲-۲. برهان نقلی (شرط نامشروع)

۲-۲-۱. مخالفت با کتاب و سنت

دلیل دیگری که شیخ انصاری بر بطلان شرط مخالف مقتضای عقد، آورده است، نقلی است. شرط مخالف مقتضای عقد، به شرط مخالف با کتاب برگشت دارد؛ چرا که امر مشروط، ملازم با ذات عقد است و قابل انفکاک از آن نیست. شرط منافعی، باعث تخلف لازم از ملزوم و انفکاک عقد از لازمه ذات خود می شود. لازمه لاینفک

زوجیت، جواز تمتع است و شرطِ عدم، مخالفت با کتاب دارد. کتاب و سنت، فعل مشروط را لازمه ذات عقد قرار داده و شرط باعث جدایی لازم از عقد می شود و لذا باطل است (انصاری، ۱۴۳۴: ۴۴).

برخی فقهاء، لزوم وفای به شرط را شامل هر موردی دانسته که در کتاب و سنت تصریح برخلاف آن نشده باشد. پس در موضوعی که کتاب و سنت رخصت داده یا سکوت کرده یا اشتراط فعل و ترک فعل در آن، موافق احکام شریعت باشد (که در این صورت مثل نذر بر امر واجب یا ترک حرام است) شرط صحیح و ملزم است (امامی خوانساری، بی تا: ۴۶۰).

اما گاهی ممکن است در شناخت مسئله شک حاصل شود و ندانیم موضوع در کدام طبقه قرار می گیرد که از موارد تعارض یا تراحم دو حکم است. شیخ انصاری با رجوع به عموم «المؤمنون عند شروطهم» اصل را بر عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت می گذارد (انصاری، ۱۴۳۴: ۳۱)؛ مثلاً اگر شک شود که حرمت شطرنج قابل تغییر با شرط است یا خیر، درواقع نمی دانیم که آیا بازی شطرنج مطلقاً حرام است یا تا زمانی که عنوان قمار را دارد به وصف حرمت متصف است، با جریان اصل عدم حکم، قابل تغییر است و شرط خلاف مخالف کتاب و سنت تلقی نمی شود.

ملاحظه

استناد به دلیل نقلی به جهات زیر مخدوش است:

اولاً: از نظر برخی فقیهان، شرطی که علت بطلان آن مستقل نبوده و مستند به سایر اسباب باشد، مبنای تازه ای نیست. سبب بطلان شرط، باید نفس تنافی با مقتضای عقد باشد. پس، اگر دلیل بطلان، مثلاً بازگشت به مخالفت شرط با کتاب و سنت باشد، از مدار بحث خارج است. (خمینی، ۱۳۶۸: ۱۸۸).

ثانیاً: اگر مقتضی را به تبعات و لوازم ذاتی عقد تعبیر کنیم، سلب لازمه عقد به صورت جزئی مانند اینکه مشتری حق تصرف خاصی را در مبیع نداشته باشد، خلاف کتاب و سنت نیست و صحیح است. پس، در این برهان نیز دلیل اخص از مدعی است؛ یعنی شرط مخالف مقتضای عقد همیشه خلاف کتاب و سنت نیست.

صاحب جواهر از زاویه دیگر، ضابطه را به چهره شرط وابسته می سازد. ایشان برای تشخیص شرط مخالف کتاب ملاک متفاوتی عرضه می دارد:

«و عن جماعة أن ضابط المنافی كل ما يقتضی عدم ترتب الاثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو هو يقتضیه و رتبته» (نجفی، ۱۴۳۷: ۲۰۹).

درواقع، شرط خلاف کتاب را به شرط مخالف مقتضای مطلق عقد برمی گرداند. اثر عقد بیع مالکیت مشتری بر مبیع و ملکیت بایع بر ثمن است. اگر شرطی این اثر را نفی کند، خلاف کتاب و سنت است. پس، شرط مخالف اثری که شارع برای یک عمل حقوقی وضع یا امضاء کرده، موجب تخلف از کتاب و سنت است.

همچنین، در عقود نامعین چنانچه از عقود معهود در عرف بوده یعنی عرف خاص یا عامی در آن مورد شکل گرفته باشد، برای تعیین مقتضا باید به آن عرف رجوع کرد و در مورد عقود بی سابقه و جدید نیز که نه در قانون تصریح شده و نه عرف خاصی وجود دارد، اگر دو طرف به صراحت یا به طور ضمنی مقتضای ذات را تعیین کرده باشند، همان ملاک است والا تابع مفاد عقد و نظر عرف است. در این موارد نیز، از آنجا که اساس عقود و تعهدات بر فهم عرفی مردمان استوار است و احکام شارع در معاملات امضائی و تابع نظر عرف است، می توان گفت شرط خلاف مقتضای مطلق عقد، نامشروع است.

ایراد این مبنا آن است که اگر مراد از اثر عقد، اثر عقد مطلق، یعنی اثری باشد که بدون ملاحظه شروط و طواری و حالات دیگر بر یک عمل حقوقی عارض می شود، لازمه اش این است که همه شروط ضمن عقد مخالف کتاب و سنت و باطل باشند؛ مثلاً عقد بیع، بدون شرط ضمن عقد، موجب خیار است. بنابراین، شرط عدم خیار به معنای مخالفت با اقتضای عقد و باطل است. از طرفی، حدیث: «المؤمنون عند شروطهم» آنگاه دارای معنا و اثر است که بتوان با شرط احکامی را تغییر داد. اگر مبنا به گونه ای باشد که با شرط نتوان حکمی را دگرگون ساخت، حدیث لغو و بی معنا می شود.

۲-۲-۲. تحریم حلال و تحلیل حرام

آنچه کانون مطالعه در این بخش را تشکیل می‌دهد تحلیل روایت «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً حرام حلالاً او احلاً حراماً» است. در واقع محور بحث، در معنای شرط محلل حرام یا محرم حلال است و اینکه آیا اساساً تحلیل و تحریم به دست شارط است یا شارع؟ یعنی آیا شارط می‌تواند با شرط، حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند؟

شیخ انصاری شرط خلاف حکم خدا را شرط غیرمقدور می‌داند و چون شرط غیرمقدور عقلانی نیست، باطل است؛ چرا که حلال و حرام در اختیار اشخاص نیست که بتوانند تسبیحاً حکم الهی را تغییر دهند. از این رو چنین مبنایی به اشتراط امر غیرمقدور بازگشت دارد (انصاری، ۱۴۳۴: ۲۶).

اگر گفته شود حکم شارط می‌تواند حلال را حرام یا حرام را حلال نماید، زمام تغییر حکم و قانونگذاری را به شارط سپرده‌ایم. عقلاء در مناسبات اجتماعی و روابط معاملی خود از شرط چنین مفهومی که مشروط علیه حرامی مثل قمار، خیانت و دزدی را حلال کند، استفاده نمی‌کنند. چون هم غیرمقدور است و هم غیرمفید. به علاوه ضابط در شرط سائغ آن است که قبل از اشتراط، فعل یا ترک آن برای مشروط علیه جائز باشد تا الزام و التزام به مفاد شرط معنا یابد. محال بودن تغییر حکم شرعی از راه اشتراط به دلیل مخالفت با کتاب و سنت نیست؛ بلکه به این جهت است که بندگان قادر به تغییر نفس حکم (وضعی یا تکلیفی) نیستند و شرط امر نامقدور باطل است. این تفسیر عبارتی است که می‌گوید: «تحلیل و تحریم به ید شارع است نه شارط».

بنا بر نظر امامی خوانساری، در مباحثات نیز مفاد شرط نمی‌تواند بر تحریم حلال یا تحلیل حرام تعلق گیرد؛ مثل اینکه بگوید نمک را بر تو حرام کردم؛ زیرا شرط باید مقدور باشد و شرط مذکور از این جهت که بندگان قادر بر تغییر نفس حکم شرعی نیستند، غیرمقدور و باطل است؛ اما درج آنچه مقتضای شرط یعنی التزام به فعل یا ترک فعل است، مغایر حکم شرع نیست؛ زیرا شارع، زمام احکام وضعی در حقوق و اموال را در توان و اقتدار شارط قرار داده است. پس او می‌تواند حق استفاده از این امور را (مانند اسقاط خیار) ممنوع یا محدود سازد. (امامی خوانساری، بی‌تا: ۴۶۰).

در حقوق موضوعه، این عنوان ذیل موضوع «التزام به ترک مباح یا شرط اسقاط حق» بررسی و تحلیل می‌شود. واژه «حق» در این کاربرد به معنای امتیازی است که شرع یا قانون برای اشخاص به رسمیت شناخته است و با معنای دیگر این اصطلاح یعنی توانستن یا مجاز بودن تفاوت دارد.

مبنای میرزای قمی این است که بین سلب حق کلی که قاعده‌ساز است و سلب حکم جزئی، تفاوت وجود دارد. از نظر ایشان، شرطی که موجب سلب یک امر مباح به صورت جزئی شود، صحیح اما سلب حق به شکل کلی مصداق تحریم حلال است. لذا ایشان مراد از عبارت «حلال کردن حرام و حرام کردن حلال» را که مورد نهی واقع شده، تأسیس قاعده‌ای کلی و ابداع حکمی جدید می‌داند. پس در شرع، بنا گذاشتن بر شروط اجازه داده شده؛ مگر شرطی که موجب ابداع حکم کلی جدید باشد؛ مثل تحریم ازدواج یا شرط منع بهره‌وری جنسی از کنیز. از جمله مثال‌های شروطی که التزام به آن و استمرار بر آن از محرّمات است، انجام دادن کارهای مرجوح و ترک کارهای مباح و انجام دادن مستحبات است. مثل اینکه شرط شود که برای همیشه ناخن‌ها را با دندان بگیرد یا لباس خزنپوشد یا نوافل را ترک نکند؛ زیرا واجب کردن مکروه و مستحب و حرام کردن مباح، بدون رخصت شارع که با یکی از اسباب شرعی مثل نذر و قسم و عهد حاصل می‌شود، از محرّمات است. وی سپس برای همین مطلب از گفتار حضرت علی (ع) استفاده می‌کند که فرمودند:

«مَنْ شَرَطَ لَأَمْرٍ شَرْطاً فَلَيْفَ لَهَا بِهَ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ أَلَّا شَرْطاً حَرَّمَ حَلَالاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً» (میرزای قمی، ۱۳۹۶: ۳۸).

دکتر محقق داماد در تفسیری بدیع از ماده ۹۵۹ق.م سلب حق تمتع و حق استیفاء را از احکام و رخصت‌های قانونی دانسته که برخلاف حق مدنی، قابل از برای اسقاط و انتقال نیست. گاهی شارع، مصلحت را در آزادی و برخورداری انسان از حق دانسته است. در این صورت، اباحه مانند واجب و حرام، حکم است. پس اباحه اقتضائی از کاربرد حق در معنای توانستن و مجاز بودن فاصله می‌گیرد و به مقصود دیگر از حق، یعنی معنای امتیاز نزدیک می‌شود.^۱ حق تمتع، حکم شرعی و حق استیفاء، جواز شرعی است. این دو با حق مدنی قابل اسقاط، متفاوت‌اند و لذا

^۱ برخی نویسندگان در تحلیل واژه «حق»، آن را واجد دو معنا دانسته‌اند: اول، معنای توانستن یا مجاز بودن از نظر شرع یا قانون. «در این معنا، واژه "حق" همراه با فعل "داشتن" به کار می‌رود و بعد از آن دو، یک فعل می‌آید؛ مانند: "مرد حق دارد هم سر خود را طلاق دهد" و دوم، معنای امتیاز؛ مانند: حق مالکیت یا حق تحجیر» (محقق داماد، ۱۳۹۸: ۴۰). مطابق نظر یاد شده در تعریف حق، اولین عنصر اصلی سازنده حق، اختصاص و امتیاز آن برای صاحب حق است؛ لذا در اصطلاح فقهی، به مباحثاتی از نوع رخصت، توانستن و مجاز بودن «اباحه لاقتضائی» گفته می‌شود.

توافق بر سلب آن معتبر نبوده و از قبیل « شرط محرم حلال » شمرده می شود. پس، اگر منظور از شرط تحدیدی این باشد که مثلاً کسی حق خرید و فروش یا اجاره کردن را ساقط و از خود سلب کند، باطل است؛ اما اگر قصد مشترک مفید این معنا باشد که مشروط علیه تعهد نموده از جواز شرعی خود درمورد تمتع از حق عینی یا جواز شرعی نسبت به مالک شدن استفاده نکند، به معنای سلب حق مدنی نیست و نافذ است (محقق داماد، ۱۳۹۸: ۲۷۱).

۳. ضابط در تشخیص مقتضای ذات از اطلاق

مقصود آن است که معیار شناسائی مقتضای ذات عقد از اطلاق آن چیست و چه ابزار یا قوه ای برای تعیین دقیق مرز باریک بین این دو مفهوم وجود دارد.

تعاریف و دلایل مذکور، مربوط به مقام ثبوت است؛ اما مسئله مهم در این طرح، مرحله اثبات و شناسایی، تشخیص و تفکیک مصادیق شرط مخالف مقتضای ذات عقد در عمل است. شیخ انصاری نیز بر مشکل بودن تشخیص این موارد اذعان نموده و ده مورد را به عنوان موارد شبهه مثال می زند (انصاری، ۱۴۳۴: ۴۵ تا ۴۷). برخی نویسندگان نیز به بیان نفوذ و اعتبار شروطی چون شرط خیار، شرط فرزندآوری و یا عدم آن، شرط عدم رابطه زناشویی در عقد نکاح و شرط انفاق و توارث در خصوص عقد منقطع از حیث مخالفت با مقتضای عقد، به طور جداگانه پرداخته اند (محقق داماد، ۱۳۹۷: ۳۹۲).

تشخیص مقتضای ذات از اطلاق عقد آنچنان خطیر و از مرتبه ای برخوردار است که مرحوم کاشف الغطاء فایده فقاهت، قوه استنباط، دقت نظر و لطف قریحه فقیه را در فهم این تفاوت و تمیز آن می داند (کاشف الغطاء، ۱۳۹۰: ۲۳۵).

لذا، ضرورت ابداع ضابط و تأسیس معیاری دقیق که در هر مورد به فراخور موضوع، بتوان خلاف مقتضای ذات را باز شناخت و از اقتضای اطلاق تمیز داد، همواره مورد توجه و سبب دغدغه بوده است. شیخ هادی تهرانی عبارات بزرگان را در شناسائی ضابط در غایت اضطراب و سرگشتگی می بیند (طهرانی، ۱۳۹۰: ۱۹۶). با این وجود، شاید بتوان با استقراء در آثار و کلمات فقهاء و حقوق دانان سه معیار را مورد شناسائی و ارائه قرار داد.

۳-۱. شناسایی ارکان، اجزاء و اسباب عقد

۳-۱-۱. معیار تعیین از نگاه فقیهان

در شناخت سبب و رکن هر عقد و ارائه روشی مضبوط برای تشخیص مقتضای ذات از اطلاق، فقهاء روش های مختلفی برگزیده اند.

برخی مخالفت شرط را به مخالفت با مقتضای عقد، مخالفت در هویت عقد و مخالفت در اثر جدانشدنی عقد تقسیم کرده اند. اگر شخصی، ملکی را بفروشد به این شرط که خریدار آن را وقف کند، فقهاء گفته اند چنین شرطی صحیح است؛ اما اگر شرط این باشد که مشتری حق فروش ملک را نداشته باشد، به دلیل مخالفت با مقتضای عقد، باطل است. فرق میان دو مثال آن است که اولی، تثبیت مالکیت است و دومی، نفی مالکیت. (میرزای قمی، ۱۳۹۶: ۳۵).

دسته ای دیگر موشکافانه تر مسئله را بررسی و حالات مختلفی برای مخالفت شرط با مطلق عقد به تصویر کشیده اند:

الف) منافی صورت عقد. مثل اشتراط اینکه الفاظ عقد بیع مفید اجاره و نکاح دائم مفید موقت و مضاربه موجب شرکت باشد یا بیع سلم به نقد و بیع نقد به نسیه واقع شود.

ب) منافی معنا و ماهیت عقد. مانند اشتراط تملیک عین به عقد اجاره یا تملیک بعض رأس المال در مضاربه و منافع در ودیعه.

ج) منافی طبیعت یا یکی از ارکان سازنده عقد. مثل اشتراط اینکه عقد بیع بدون عوض یا اجاره بدون اجرت باشد که با طبیعت بیع (مبادله اعیان به اموال) و اجاره (مبادله منافع به اموال) ناسازگار است.

د) منافی مدلول التزامی عقد. نظیر اشتراط بقاء سلطه فروشنده بر مبیع بعد از بیع یا تسلط مؤجر بر منفعت بعد از اجاره یا سلطنت راهن بر مرهونه بعد از رهن.

ه) منافی آثار طبیعی عقد. سلب کلی حق تمتع یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی (ماده ۹۵۹ ق.م) می تواند مصداق این بند باشد. پس، اشتراط سلب مطلق تصرفات در مبیع توسط مشتری یا عدم استمتاع در همه وجوه (حتی به نظر) در نکاح، باطل مبطل است (فَبَطُلُ و یُطْلُ) این قسم آثار به مثابه مقومات عقد است و شروط منافی آن، عقد را بدون منشأ می سازد.

و) منافی اثر ظاهری عقد. اگر حقیقت بیع را «مبادله مال به مال» بدانیم، شرط عدم ملکیت مشتری بر مبیع با اثر ظاهری عقد منافات دارد؛ اما اگر به تبع قانون مدنی، بیع را «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف کنیم، چنین شرطی با ماهیت عقد در تضاد است (امامی خوانساری، بی تا: ۴۷۷).

نگاه اجتهادی و تأسیسی برای تعیین این ضابطه در برخی آثار دیگر دیده می شود. کاشف الغطاء در یک تقسیم بدیع، شروط ضمن عقد را از حیث مضمون به مؤکدات، مقتضیات، مؤسّسات و منافیات دسته بندی می کند. مؤکدات زمانی است که یکی از مقتضیات عقد یا لوازم آن را شرط کنند؛ مانند شرط انتقال مال از دارایی فروشنده به کیسه خریدار و انتقال ثمن از مالکیت خریدار به فروشنده یا شرط مالکیت نمائات و منافع و شرط خیار مجلس، تأخیر ثمن یا حیوان در عقد بیع که به این قبیل شروط، لوازم مقتضی عقد گویند. شروط مؤکد، نفع و ضرر و تأثیری بر صحت و فساد عقد ندارند. شرط مقتضی صحت عقد نظیر شرط قدرت و منفعت. شرط تأسیسی نیز شرطی است که متعاقدين در راستای منافع خود در عقد درج می کنند؛ مانند شرط رهن و ضمان و أجل و خیار و شهادت. اما گاهی شرط با قسم اول یعنی مؤکدات در تضاد است که آن را منافیات نام می نهد. (کاشف الغطاء، بی تا: ۱۱۹).

گروهی دیگر، برای تشخیص مقتضای ذات از اطلاق، معیار اثر شناسی عقود را ترجیح داده اند. لذا، مقتضای عقد چیزی است که شرعاً به سبب ذات عقد، بدون مدخلیت و تأثیر چیز دیگر، حاصل می شود. بنابراین، عقد نباید از مقتضای خود عاری باشد؛ مثلاً مقتضای عموم آیه «احلّ الله البيع» این است که آثار بیع بر هر آنچه در عرف بیع نامیده می شود، در صورتی که جامع شرایط صحت باشد، بار شود. از جمله مثال های مخالف این مقتضا آن است که بایع شرط کند مبیع را به مشتری تحویل ندهد یا مشتری شرط کند که ثمن را تحویل بایع ندهد یا هر دو یا یکی از دو طرف شرط کند که طرف مقابل از آنچه به او منتقل شده است، بهره نبرد؛ زیرا تحقق بیع در عرف، فقط در صورتی است که عوضین تحویل داده شوند و تحقق مالکیت بدون انتفاع از آن، کار سفیهانه ای است و سفیهانه بودن بیع، شرعاً موجب بطلان بیع است؛ اگر نگوییم که به واسطه سفهی بودن، عرفاً نیز از مصداق بیع خارج می شود. پس معیار، این است که عقد به سبب شرط، از حقیقت عرفی یا شرعی خود خارج نشود. اگر بین مقتضای دلیل شرط با دلیل بیع تنافی باشد، بطلان شرط، موجه است (میرزای قمی، ۱۳۹۶: ۳۵).

به نظر می‌رسد اقتضای ذات عقد به معنای اثر اصلی و مستقیم یا مقصود بالأصله عقد است. عاقدین در هر عقد، چند اثر را در ظرف اعتبار، انشاء می‌کنند: محور اصلی اثر عقد، شامل تبادل دو مال نظیر عین (بیع)، منفعت (اجاره)، حق (انتفاع-ارتفاق) یا تبادل (پیوند) زوجین در عقد نکاح می‌شود. دومین اثر، تسلیم است که در طول و تابع اثر نخست است. این دو اثر، یعنی تملیک و تعهد تسلیم، در حریم انشاء واقع می‌شود و الفاظ عقد بر آن گواهی می‌دهد. امر سوم که از لوازم عرفی عقد است، شامل ترتب آثار مالکیت از جمله سلطه بر مورد معامله است. امر چهارم، آن است که شارع با امضاء لوازم عرفی معامله، برخی احکام و آثار خاص را بر آن بار نموده است؛ نظیر خیار مجلس، خیار حیوان و خیار تأخیر ثمن در عقد بیع. پس هر عقدی غیر از آثار ذاتی خود، دارای آثار و نتایج فرعی هم هست که از عقد قابل تفکیک و در صورت سکوت طرفین بر رابطه آن‌ها حاکم است که از آن به مقتضای اطلاق نام برده می‌شود. دو اثر نخست، مربوط به منشآت عاقدین و از عناصر تشکیل دهنده عقد است؛ ولی دو امر بعدی، جزو آثار مترتب بر عقد و از دایره انشاء بیرون است. بیان این مطلب که شرط وقتی صحیح است که مخالف مقتضای عقد نباشد، به چه معناست؟ آیا شرط نباید مخالف هیچ یک از امور چهارگانه باشد یا مخالفت آثار اصلی و محوری که در حوزه انشاء قرار دارند، مناط اعتبار است؟

دو اثر نخست عقد در حوزه انعقاد و انتقال است. پس، شرط مخالف با این آثار موجب عدم انعقاد قرارداد و باطل است. نمی‌توان در آن واحد دو انشاء متضاد اعتبار کرد که یکی دلالت بر تملیک متقابل و دیگری شامل شرط عدم تملیک باشد. این، جمع نقیضین و فی نفسه محال است. سخن از صحت و فساد فرع بر اصل وجود است؛ امری که تحقق آن مشروط به عدم ایجاد شده است؛ یعنی معدوم محض و این، طرح مسئله صحت و فساد را منتفی می‌سازد. تسلیم نیز اگرچه اثر طولی و تبعی انتقال است، اما خود، از عناصر عمومی عقد است. بنابراین اگر حین عقد معلوم باشد موضوع قرارداد یا شرط در خارج قابل تحقق نیست یا زمام شرط از اختیار مشروطه خارج است یا شرط سلب مطلق تسلیم گردد، شرط حوزه انعقاد را درگیر می‌کند و لذا باطل و مبطل است. چنین شروطی لغو، سفهی و لقلقه زبان است و جز از غافل، ساهی، نائم یا سکران صادر نمی‌شود؛ اما اگر تحقق این اثر تنها توسط فروشنده ممتنع و خریدار خود قادر بر تسلیم باشد، صحیح است (ماده ۳۴۸ ق.م).

دو اثر اخیر (سوم و چهارم) از مقومات و ارکان سازنده عقد نیستند و شرط خلاف آن‌ها قابل بررسی است. شرط سلب اثر خاص معامله و حق سلطنت خریدار بر مبیع، مثلاً فروشنده ضمن عقد بیع بر خریدار شرط کند که مبیع

را به دیگری اجاره ندهد یا به مدت محدودی حق فروش آن را نداشته باشد، در آثار نویسندگان حقوق تحت عنوان «اسقاط حق» (موضوع ماده ۹۵۹ ق.م) و در تألیفات فقهی با نام «تحریم حلال» مرکز مطالعه قرار گرفته است. بنابراین، با تحلیل محورهای اصلی و فرعی، می توان از راه اسباب و ارکان تشکیل دهنده جوهر و طبیعت هر عقد اقتضای ذات آن را از اطلاق تشخیص و تمیز داد.

۳-۱-۲. معیار تعیین در دکترین حقوقی

۳-۱-۲-۱. شناسایی از راه تشخیص قصد مشترک

برخی حقوق دانان ضابط شناسایی مقتضای ذات را، لازمه ماهیت عقد دانسته اند. دکتر کاتوزیان در مرجع شناسایی معیار مقتضای عقد، از بین عرف، قانون و قصد مشترک، ضابط اخیر را که مبنای میرزای نائینی است با اصلاحاتی پذیرفته و جنس و فصل تعریف مقتضای عقد را چنین طرح می کند:

«موضوع اصلی است که عقد به خاطر ایجاد آن واقع می شود و به خواست طرفین یا احکام مترتب بر آن، لازمه ماهیت عقد است» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۸۲).

نشان و اثر این معیار در نظرات دیگر فقیهان جز میرزای نائینی نیز دیده می شود. امام خمینی نیز از شناسایی قصد مشترک برای تشخیص شرط خلاف مقتضای عقد بهره برده است. با این استدلال که عناوین اعتباری مثل بیع و سیله ای برای رسیدن عاقدین به اغراض عقلانی است که از معامله داشته اند. پس نفس عنوان بیع مطلوب دو طرف نیست؛ بلکه ابزاری برای نیل به مقصود اصلی یعنی مبیع و ثمن است. لذا با فرض عدم تسلیم و تسلّم، انشاء بیع جز هزل و لقلقه زبان نیست (خمینی، ۱۳۶۸: ۱۸۶).

کاشف الغطاء شرط منافی با عقد را، چهار قسم می داند: اول، شرطی که با شکل عقد مخالفت دارد؛ مانند اینکه در عقد بیع اجاره، در عقد نکاح موقت، دوام و در عقد سلم نقد بودن مبیع را شرط کنند. دوم، شرطی است که با ماهیت و ارکان عقد در تنافی است؛ مانند اشتراط تملیک عین در عقد اجاره. سوم، اینکه گاهی شرط با لوازم عقد منافات دارد؛ مثل شرط بقاء سلطه بایع بر مبیع یا استفاده منفعت توسط مؤجر یا اشتراط ضرر تنها بر یک شریک در

عقد شرکت. چهارم، عبارت از شرطی است که با غرض عاقدین از معامله در تضاد باشد؛ از قبیل شرط عدم فروش مال به طور کلی یا در مدت معین و اشتراط سلب تصرف خاص (کاشف الغطاء، بی تا: ۱۱۹).

۳-۱-۲-۲. شناسائی از راه آثار

حقوق دانان تابع این معیار نیز تصویر یکسان و روشنی از اثر ذات عقد و شرط خلاف مقتضای آن، ارائه نداده اند و در تعریف و ترسیم حدود و ثغور آن اختلاف دارند.

۳-۱-۲-۲-۱. دکتر شهیدی اثر ذاتی عقد را با اثر طبیعی امور مادی مقایسه کرده و نتیجه می گیرد که همان طور که شوری نمک یا شیرینی شکر مقتضای این دو ماده است، مقتضای ذات عقد نیز اثری است که عقد بدون وجود آن تشکیل نمی شود و به عبارتی، عقد بالذات تولید کننده آن اثر است (شهیدی، ۱۳۹۳: ۱۱۳).

۳-۱-۲-۲-۲. دکتر محقق داماد مقتضای ذات عقد را نتیجه و اثر مستقیمی می داند که طرفین به قصد حصول، آن را منعقد کرده اند (محقق داماد، ۱۳۹۸: ۱۳۳).

۳-۱-۲-۲-۳. دکتر علامه مقتضای ذات را اثر «من حیث هی» دانسته؛ به گونه ای که به جعل شارع بر اینکه آن امر بر عقد مترتب گردد، نیازی ندارد (علامه، ۱۳۸۷: ۱۵۱).

۳-۲. شناسائی از راه عناصر شناسی عقود

دکتر جعفری لنگرودی، دریچه ای تازه بر فهم شرط مخالف مقتضای عقد گشوده و مسئله را از راه عناصر شناسی عقود حل کرده است؛ نه به روش سنتی که ماهیات حقوقی را به وسیله دستگاه (ارکان، اجزاء، شروط، اسباب) شناسایی می کند. ایشان می گوید:

«هر شرطی که ضد یکی از عناصر عمومی یا اختصاصی عقدی باشد، آن شرط، مخالف

مقتضای عقد است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۰۶)

و چون تعریف به گونه ای مبهم و منوط به شناسایی عناصر مذکور است، ذیل بحث کلیات عقود و ایقاعات، عناصر عمومی عقود را در ۹ بند احصاء نموده اند. عناصر اختصاصی نیز در هر عقد منحصر و محتاج احصاء و تمیز

است؛ مانند زمان در عقد اجاره و مغاینه در عقد بیع و اجاره (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۷۶۲). در اثر دیگری، مقتضای ذات عقد را شامل سه دسته امور می‌داند؛ آنچه از عناصر عمومی یا اختصاصی عقود باشد، عوارض لازم ماهیت عقد (مثل تعهد تسلیم مبیع یا ثمن) و قانون که چیزی را جزو ذات عقد قرار داده باشد (مانند عقد نکاح که شرع آن را شبه‌عبادی دانسته است. پس شرط خیار در نکاح منافی عبادی بودن و فاسد و مفسد است) (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۷۲).

۳-۳. (نظر برگزیده)

شاید تفصیل و تفکیک دکتر جعفری لنگرودی در ضابط قرار دادن عناصر عمومی و اختصاصی عقد، بتواند گره فروبسته این امر را بگشاید و راه خلاصی را رهنمون گردد. با عناصر شناسی عقود، راه تشخیص مقتضا با ذات، هموار شده و مسئله از انضباط حقوقی برخوردار می‌شود؛ چرا که نداشتن معیار و ابزار دقیق اندازه‌گیری، موجب اختلاط و التقاط در موارد شبهه است. چنانچه گاهی یک شرط در عقدی صحیح و در عقد دیگر باطل است، مثلاً اگر در معامله‌ای شرط عدم فروش مبیع بر مشتری شود، شرط باطل، اما همین شرط در عقد وقف صحیح است. اقتضای ذات عقد وقف، عدم حق بیع است، جز در موارد خاص (ماده ۸۸ ق.م) حتی در یک عقد، گاهی یک شرط در فرضی درست و در حالتی دیگر، باطل است. بنابراین، احصاء و تعیین دقیق عناصر عمومی و اختصاصی هر عقد، ملاک لازم را به دست می‌دهد؛ مثلاً در عقد شرکت مشهور فقهاء شرطی را که به موجب آن یک شریک از زیان معاف می‌شود، خلاف مقتضای عقد دانسته‌اند. پس اگر این اصل را که در هر معامله، عوض و معوض جایگزین یکدیگرند و عوض از کیسه هر کس خارج شد معوض باید به دارایی او اضافه شود مسلّم و از عناصر عمومی عقود انگاریم، شرط معافیت از ضرر، باطل و مبطل شرکت است. معنای چنین شرطی این است که عوضی که از جیب یک شریک رفته و دارای معوض زیان‌بار است، این ضرر به دارایی منفی آن شریک وارد نشود و به شریک دیگر بخورد. عقد مضاربه نیز همین حکم را دارد. برای اجتناب از چنین پیامدی، در قراردادهای مشارکت مدنی بانک‌ها، در قالب شرط فعل، ضرر نه دفع بلکه رفع می‌شود. لذا مضمون شرط چنین است که اگر به سرمایه مشترک خسارت وارد شد، مشتری در قبال مبلغ ناچیزی که بانک به حسابش واریز می‌کند (۱۰۰۰ ریال) تعهد می‌کند معادل زیان وارد شده به سهم‌الشرکه متعلق به بانک را صلحاً و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت نماید. پس زیان به سرمایه

مشترک وارد اما به وسیله شرط مذکور برداشته می شود. قسمت دوم ماده ۵۵۷ ق.م نیز شرط ضمان بر مضارب را نه به صورت دفع بلکه به نحو رفع و در چهره جبران خسارت پذیرفته است:

«اگر شرط شود که مضارب، ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است؛ مگر اینکه به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف، مجاناً به مالک تملیک کند».

نتیجه

مطابق نظر مشهور فقهاء، هر شرط فاسدی مبطل نیست. اگر التزام به عقد را مستقل از التزام به شرط بدانیم و تقیید رضای معاملی را به شرط برداشتیم، فساد شرط به عقد سرایت نمی کند؛ چرا که معامله مشروط، قرارداد مرگبی است که به اجزای خود تحلیل و به دو انشاء تجزیه می شود.

با وجود این، گاهی شرط فاسد موجب باطل شدن خود عقد می شود و این زمانی اتفاق می افتد که مدلول شرط با عقد تنافی داشته باشد و به یکی از عناصر اصلی قرارداد آسیب بزند و بالمال مانع تحقق عقد شود. یکی از این موارد، شرط خلاف مقتضای عقد است. مقتضا به مقتضای ذات و مقتضای اطلاق تقسیم می شود. باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای ذات عقد مورد اتفاق فقهاء است. قانون مدنی نیز به موجب بند ۱ ماده ۲۳۳، در این حکم تابع نظر اجماع است. اما همچون در اینکه مبنای بطلان و غرض از مقتضای عقد چیست، معیاری تعیین نکرده است. مسئله مهم تر، تمیز اقتضای ذات از اطلاق است که بنابر اذعان بزرگانی از فقهاء، محتاج قوه استنباط و لطف قریحه می باشد.

در این پژوهش، ابتداء به مبانی یعنی موجبات باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد پرداخته شد که علاوه بر اجماع، شامل دلائلی چون وجود مانع ذاتی برای تحقق شرط یعنی عدم امکان تحقق قصد انشاء با وجود شرط مخالف، و نامشروع بودن چنین شرطی از باب مخالفت با کتاب و سنت یا بازگشت آن به تحریم حلال و تحلیل حرام، می گردد. آن گاه، ایرادات هر نظریه مطرح شد.

در مقام دشوار اثبات، موضوع تفسیر مقتضای ذات و مقتضای اطلاق و معیار تشخیص هر یک از دیگری قرار دارد که موجب اختلاف در نظرات فقهی و حقوقی شده است. در این مرحله، با احصاء سه روش شناسائی از راه

ارکان، اسباب و اجزاء و نیز تشخیص آثار و نظریه متفاوت و بدیع عناصر شناسی، النهایه معیار سوم به عنوان ضابطی دقیق و مورد اطمینان برگزیده شد. پس، مقتضای ذات عقد شامل عناصر عمومی یا اختصاصی تشکیل دهنده عقود، عوارض لازم ماهیت عقد مثل تعهد تسلیم مبیع یا ثمن و قانون است که چیزی را جزو ذات عقد قرار داده باشد. هر شرطی که مخالف منشآت عاقدین یا ضد یکی از موارد مذکور باشد، آن شرط مخالف مقتضای عقد است. عناصر شناسی عقود، محتاج صعود به قیل ماهیات حقوقی و غوص در اعماق اقیانوس شروط است.

منابع

- ۱- امامی خوانساری، محمد، الحاشیه الثانیه علی المکاسب، قم (کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی)، بی نا، بی تا.
- ۲- انصاری، مرتضی، فرائد الأصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۴ق
- ۳- همو، مکاسب، ج ۶، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۰ش
- ۴- همو، کتاب النکاح، قم، مؤسسه الکلام، ۱۴۱۵ق
- ۵- تبریزی، میرزا جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، قم، دارالصدیقه الشهیده، ۱۳۸۵ش
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تنوری موازنه، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱ش
- ۷- همو، فلسفه حقوق مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۰ش
- ۸- همو، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷ش
- ۹- همو، فلسفه اعلی در علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ش
- ۱۰- حرّ عاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البیت، ۱۱۰۴ق
- ۱۱- خوانساری، موسی بن محمد، منیه الطالب (تقریرات درس آیت الله نائینی)، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۳ق
- ۱۲- خمینی، روح الله، کتاب البیع، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۸ش

- ۱۳- خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة، ج ۵، قم، مکتبه الداوری، ۱۳۷۷ش
- ۱۴- شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۳ش
- ۱۵- طباطبائی یزدی، محمد کاظم، حاشیه مکاسب، قم، مؤسسه طیبه لاحیاء التراث، ۱۴۲۹ق
- ۱۶- طهرانی نجفی، محمد هادی، ذخائر النبوه فی الخيارات و الصلح، مکتب دارالعلم آیت الله بهبهانی، ۱۳۹۰ق
- ۱۷- عاملی جُبعی (شهید ثانی)، زین الدین، اللمعه دمشقیه، قم، ذوی القربی، ۱۳۴۰ق
- ۱۸- علامه فانی اصفهانی، علی، کتاب الأجاره، قم، بی نا، ۱۴۰۳ق.
- ۱۹- علامه، مهدی، شروط باطل و تأثیر آن در عقود، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷ش
- ۲۰- غروی اصفهانی، محمد حسین، حاشیه مکاسب، قم، ذوی القربی، ۱۴۳۱ق
- ۲۱- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشار، ۱۳۷۶ش
- ۲۲- کاشف الغطا، محمد حسین، تحریر المجله، مجمع تقریب مذاهب اسلامی، تهران، ۱۳۹۰ش
- ۲۳- کرکی، علی، جامع المقاصد، بیروت، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۱ق
- ۲۴- محقق داماد، مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات، ج ۱، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۸ش
- ۲۵- محقق داماد، مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات، ج ۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۷ش
- ۲۶- مکی عاملی (شهید اول) محمد، اللمعه دمشقیه، قم، ذوی القربی، ۱۳۴۰ق
- ۲۷- میرزای قمی، ابوالقاسم، رساله در شروط ضمن عقد، تهران، انتشارات خردمندی، ۱۳۹۶ش
- ۲۸- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۳۷ق