

# تحلیل قاعده اغتفار و نقش آن در شروط ضمن عقد

تاریخ دریافت: 96/4/9

تاریخ تأیید: 96/6/14

\* علی اصغر گل محمدی

\*\* علی تولایی

\*\*\* سیدجعفر هاشمی باجگانی

## چکیده

قاعده اغتفار (بغتفر فی التوابع ما لا یغتفر فی غیرها) که در فقه اسلامی با عبارت‌های گوناگونی بیان شده، جزو قاعده‌های فقهی است که در بین فقیهان امامیه و اهل سنت به‌عنوان قاعده‌ای مشهور و مقبول لحاظ شده است. این قاعده که مبنای اصلی آن بنای عقلا است، رابطه میان تابع (فرع) و متبوع (اصل) را تشریح می‌کند؛ به این ترتیب که آنچه رعایت آن در متبوع الزامی می‌باشد، ممکن است در تابع ضروری نباشد.

قاعده اغتفار در باب‌های گوناگون فقه و حقوق، به‌ویژه بحث شروط ضمن عقد قابل استناد است؛ زیرا شروط ضمن عقد، تابعی از عقد اصلی بوده و برخی از اموری که رعایت آن‌ها در عقد (متبوع) لازم می‌باشد، در شرط ضمن آن (تابع) قابل چشم‌پوشی است. به همین علت، قاعده پیش‌گفته در بعضی از شرایط صحت شروط ضمن عقد از جمله منجزی بودن، علم به موضوع و جهت مشروع شرط و نیز در حکم شروط ضمن عقد، قابلیت اعمال دارد؛ از این رو، هر چند در صورت فقدان شرایط صحت شرط می‌توان شرط را به راحتی باطل اعلام کرد اما این امر قابل تسری به عقد نیست؛ یعنی اصولاً بطلان شرط در عقد اثری نخواهد داشت.

**واژگان کلیدی:** قاعده اغتفار، متبوع، تابع، شروط ضمن عقد.

\*. دانشجوی دکتری‌ای حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد یزد  
(gol.aliasghar76@yahoo.com).

\*\* . دانشیار دانشکده الهیات دانشگاه یزد (tavallaee@yazd.ac.ir).

\*\*\* . استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد میبد (sjafarhashemi@gmail.com).

## مقدمه

در کتاب‌های فقهی گاه با عبارت‌هایی روبه‌رو می‌شویم که فقیهان از آن به‌عنوان مؤید نظر خود بهره جسته‌اند. برخی از این عبارت‌ها قاعده‌های فقهی هستند که از آن‌ها در ابواب گوناگون فقه و حقوق استفاده می‌شود. یکی از این قاعده‌های مسلم فقهی، «قاعده اغتفار» (یغتفر فی التوابع ما لایغتفر فی غیرها) می‌باشد که در فقه امامیه و اهل سنت با تعبیرهای گوناگون بیان شده است. با بررسی ابواب گوناگون فقه اعم از عبادات و معاملات در کتاب‌های فقهی و بحث‌های گوناگونی که درباره این قاعده مطرح شده، می‌توان به اهمیت و جایگاه این قاعده فقهی پی برد. این قاعده در بحث‌های گوناگون فقهی و حقوقی و از جمله در بحث شروط ضمن عقد، قابل استعمال است.

از آن‌جا که درباره تبعیت شروط ضمن عقد از عقد اصلی، دیدگاه‌های متفاوتی بین حقوق‌دانان و فقیهان وجود دارد؛ به این صورت که عده‌ای از آن‌ها تمام شرایط صحت عقد را برای صحت شروط ضمن عقد نیز ضروری دانسته‌اند و برخی دیگر تمام آن شرایط را برای صحت شرط، لازم نمی‌دانند؛ بنابراین با استناد به قاعده اغتفار می‌توان به این اختلاف‌ها پایان بخشید؛ از این‌رو ابتدا به تبیین عمومی قاعده اغتفار سپس به اعمال قاعده در بحث شروط ضمن عقد پرداخته خواهد شد.

## تبیین قاعده اغتفار

هر چند قاعده اغتفار، جزو قاعده‌های پرکاربرد در ابواب گوناگون فقه و حقوق و به‌ویژه در بحث معاملات است اما به‌وسیله فقیهان امامیه و حقوق‌دانان به‌طور خاص بررسی نشده است. به همین جهت در این قسمت ابتدا مفهوم قاعده سپس مبانی آن بررسی خواهد شد.

### 1. مفهوم قاعده اغتفار

قاعده اغتفار در فقه با تعبیرهای گوناگون بیان شده که از جمله می‌توان به «یغتفر فی التابع ما لایغتفر فی المتبوع»، «یغتفر فی التوابع ما لایغتفر فی غیرها»، «یغتفر فی الشیء ضمنا ما لایغتفر فیه قصدا» و «یغتفر فی التوابع ما لایغتفر فی الاوائل» اشاره کرد (زحیلی، 1427ق، ج 1،

ص 447/ سیوطی، 1415ق، ص 133/ ابن نجیم، 1426ق، ص 135/ کاشف الغطا، 1359ق، ج 1، ص 64/ عراقی، 1414ق، ج 5، ص 270).

برخی دیگر از فقیهان، قاعده اغتفار را با این الفاظ بیان کرده‌اند: «اوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به اواخرها» (سیوطی، 1415ق، ص 218). عده‌ای نیز در ذیل قاعده «فی الشرع ضمنا یغتفر ما لایکون فیه قصدا یغتفر»، تعبیر «بالائنا اغتفرا ما لیس فی اوائل مغتفرا» را به کار برده‌اند و البته آن را بیانی دیگر از «یغتفر فی الثوانی ما لایغتفر فی الاوائل» دانسته‌اند (فادانی، 1417ق، ص 118).

آنچه مسلم است این قاعده، جزو قاعده‌های اصطیادی است؛ به این معنا که «در متن دلیلی از ادله و منابع اولیه فقهی نیامده است اما فقیهان از مقایسه میان موارد گوناگون استخراج کرده‌اند» (محقق داماد، 1393، ص 24). به همین علت، برخلاف قاعده‌های منصوص، نیازی به بررسی کلمات قاعده به‌طور خاص نیست و باید منظور کلی قاعده را در نظر گرفت و با مسائل گوناگون فقهی و حقوقی تطبیق داد. به‌نظر می‌رسد از بین عبارات‌های گوناگون مطرح‌شده درباره قاعده اغتفار، تعبیر «یغتفر فی التوابع ما لایغتفر فی غیرها» بهترین و عام‌ترین تعبیر باشد؛ زیرا به‌طور کامل گویای مفهوم بوده و نیز قابل تعمیم در ابواب گوناگون فقه و حقوق است. افزون بر این، در تمام عبارات‌ها بحث از رابطه تابع (الشی ضمنا، الثوانی و ...) و متبوع (قصدا، الاوائل و ...) است که عبارت پیش‌گفته، این رابطه را به بهترین صورت توجیه می‌کند.

قاعده اغتفار بیانگر این حقیقت است که آنچه در متبوع یا اصل، قابل گذشت، تسامح و تساهل نیست در تابع از آن چشم‌پوشی می‌شود، به‌عبارت ساده‌تر می‌توان گفت چشم‌پوشی در تابع بیشتر از متبوع است؛ با این توضیح که رعایت مسائلی که در متبوع لازم است در تابع ضروری نیست؛ بنابراین رعایت شرایط قانونی و شرعی الزامی درباره اصل (متبوع) یک چیز، امری غیرقابل چشم‌پوشی است؛ در حالی که درباره فرع (تابع)، عدم رعایت آن‌ها قابل مسامحه می‌باشد؛ پس می‌توان قاعده را به‌طور مختصر به این صورت بیان کرد: «یغتفر فی الفرع ما لایغتفر فی الاصل» (عبدالغفار، [بی تا]، ص 57).

گرچه تابع (فرع) و متبوع (اصل) مفهومی‌های عرفی و شناخته‌شده‌ای هستند که نیازی به تعریف ندارند اما اشاره‌ای مختصر به معانی لغوی و اصطلاحی آن مؤید سخن

ما خواهد بود. اصالت مصدر اصل به ضم (ص) می‌باشد یعنی وقتی گفته می‌شود اصل شیء، منظور پایه و اساسی است که شیء بر پایه آن استوار می‌ماند و اصالت ریشه‌ای است که شیء از آن می‌روید و جمع آن اصول می‌باشد و اصول فقه، قاعده‌هایی است که احکام بر آن اصول بنا می‌شوند (ابن‌منظور، 1414ق، ج 11، ص 16) و تابع یعنی این‌که شیئی از اصل اثر بگیرد یا بعد از اصل بیاید یا به اصل اقتدا کند (همان، ج 8، ص 29).

در اصطلاح فقهی، اصل (متبوع) یعنی این‌که چیزی مبنا و مقصود بالذات و بدون ارتباط با غیر از خودش باشد و شیء که با غیر از خودش مرتبط بوده است؛ به‌گونه‌ای که داخل در اصل بوده و از آن جدا نشود تابع نامیده می‌شود (قره‌داغی، 2007م، ص 174). متبوع چیزی است که اصالتاً حکم بر آن ثابت می‌باشد سپس تابع در حکم، به آن ملحق می‌شود. در قاعده اغتفار منظور از متبوع، همان اصل و مقصود است (زرقا، 1418ق، ج 2، ص 291). پس منظور از متبوع همان اصل و اساس و بنیان یک شیء است که مورد قصد نیز واقع شده، به‌عبارت دیگر متبوع، همان مقصود اصلی طرفین است. در جهت روشن شدن بحث می‌توان به مثال‌های زیر اشاره کرد:

الف) در وقف اولادی نیز کسانی که برای آن‌ها وقف صورت می‌گیرد (متبوع) باید موجود باشند و این موجود بودن در طبقه اول باید رعایت شود اما در طبقه‌های بعدی یعنی فرزندان فرزندان، چون جزو توابع و دومی‌ها شمرده می‌شوند، موجود بودن شرط نیست و با این‌که هنوز متولد نشده‌اند می‌توان بر آن‌ها وقف کرد (کاشف‌الغطا، 1359ق، ج 1، ص 39).

ب) بیعی که در ضمن عقد دیگری باشد (تابع)، نیازی به ایجاب و قبول ندارد اما اگر بیع به صورت مستقل واقع شود (متبوع) بدون ایجاب و قبول، اعتباری نخواهد داشت (سیوطی، 1415ق، ص 306).

ج) در عقد اجاره (متبوع)، آنچه متعلق عقد است باید منفعت باشد نه عین خارجی اما در توابع آن، این شرط وجود ندارد؛ به‌طور مثال، در اجاره خانه، اجاره در اصل به منفعت خانه یعنی سکونت در آن تعلق گرفته نه عین خانه اما توابع آن می‌تواند عین خارجی باشد مانند آبی که از چاه خانه برداشته می‌شود (مراغی، 1417ق، ج 2، ص 244).

تابع در قاعده اغتفار چیزی است که هر چند می‌تواند وجود مستقلی داشته باشد اما

در صورتی مشمول قاعده می‌شود که به‌عنوان تابع شیء دیگری قرار گرفته باشد و وجودش منفرد و جداگانه نباشد؛ پس آن‌ها که تابع را چیزی دانسته‌اند که هیچ‌گاه وجود مستقل ندارد و در هر حال وابسته به متبوع است، تعریفشان جامع افراد نیست. به همین جهت می‌توان تابع را بر دو قسم دانست:

الف) چیزی که به غیر خود وابسته است؛ به‌گونه‌ای که از آن جدا نمی‌شود.

ب) چیزی که هر چند وجود مستقل دارد، اما از شیء دیگری تبعیت می‌کند مانند تبعیت شرط از مشروط.

هر چند مثال‌هایی که برای این قاعده بیان شده، بسیار فراوان می‌باشد اما نقطه اشتراک تمام مثال‌ها این است که در قاعده اغتفار، وجود تابع (فرع) غیر از وجود متبوع (اصل) بوده و به‌عبارت دیگر از دو شیء بحث می‌شود.

به‌نظر می‌رسد شارع مقدس نیز در آنچه که به‌صورت ضمنی و تابع برای شیء دیگری قرار گرفته، تساهل و تسامح می‌کند برخلاف آنچه مقصود اصلی و بالذات می‌باشد، به عبارت دیگر آنچه اصلش غیر مباح است، در صورتی که در ضمن امر مباح دیگری بیاید، مشروط بر این‌که به‌طور صریح مورد نهی شارع مقدس قرار نگرفته باشد، مباح می‌باشد. از این‌رو تمام آنچه در متبوع اصلی شرط است، در توابع شرط نیست. به همین علت تمام شرایط شرعی مطلوب باید در جای خود اجرا شوند اما در توابع در اجرای بعضی از این شروط چشم‌پوشی می‌شود؛ زیرا شرایط منعی برای شیء مقصود بالذات (متبوع) وجود دارد که هر گاه ضمنی یا تبعی بودن برای شیء دیگر ثابت شد، دیگر ثبوت آن شرایط لازم نیست؛ به‌طور مثال، در اموری که جزو توابع شمرده می‌شوند، برخی شرایط اساسی مانند معلوم‌بودن، نه از حیث مقدار، نه به لحاظ مشاهده و نه از حیث تعداد شرط نیست. همچنین ضروری نیست که عین خارجی باشند، بلکه حتی اگر منفعت یا انتفاع هم باشند، داخل مبیع شده و با عقد بیع به مشتری منتقل می‌شوند، اگر چه در صورتی که یگانه و مستقل باشند، اجرای صیغه بیع بر آن‌ها صحیح نیست (کاشف‌الغطا، 1422ق، ص 105).

## 2. مبانی قاعده اغتفار

منظور از مبانی، دلائل و مدارکی می‌باشد که قاعده اغتفار بر آن‌ها مبتنی و استوار است. از آن‌جا که قاعده مورد بحث به‌وسیله فقیهان اهل سنت مطرح شده، مستندهای آن را قاعده اصلی «التابع تابع»، روایت‌های نبوی، اجماع و عقل می‌دانند. از بین مبانی پیش‌گفته، سنت و بنای عقلا مورد قبول فقیهان امامیه است.

### 2-1. سنت

درباره مبانی قاعده اغتفار به روایت «من باع نخلا قد ابرت فثمره للبايع، الا ان يشترط المتابع» از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله استناد شده است. به این روایت هم در کتاب‌های فقیهان امامیه و هم اهل سنت اشاره شده است (قاضی نعمان مغربی، 1385ق، ج 2، ص 27 / کاشف‌الغطاء، [بی تا]، ج 4، ص 179 / ابن‌بطلال، 1423ق، ج 5، ص 49 / بخاری، 1401ق، ج 5، ص 49). هر چند درباره این‌که روایت پیش‌گفته به‌وسیله کدام‌یک از معصومان علیهم السلام بیان شده اختلاف نظر وجود دارد؛ زیرا برخی آن را منقول از حضرت امام علی علیه السلام و عده‌ای از حضرت امام صادق علیه السلام و عده‌ای نیز مانند فقیهان اهل سنت، روایت را از پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله می‌دانند (شهید ثانی، 1413ق، ج 3، ص 231 / اردبیلی، 1403ق، ج 8، ص 499). اما آن‌چه مسلم است اعتبار روایت می‌باشد که هم به‌وسیله فقیهان امامیه و هم اهل سنت بیان شده و قابلیت استناد به معصوم علیه السلام نیز دارد؛ زیرا درجه‌های فصاحت، بلاغت و شیوایی روایت پیش‌گفته، ضریب احتمال صدور آن را از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله یا هر یک از امامان معصوم علیهم السلام بسیار قوی و متقابلاً ساختگی بودن آن را به مراتب بعید می‌سازد. معنای حدیث پیش‌گفته آن است که ثمره‌ای که به بدو صلاح نرسیده باشد، بیع آن به همراه درخت (اصل) مجاز است. در همین جهت *ابن‌قدامة* بیان کرده است:

... هرگاه ثمره با اصل آن فروخته شود، از آن‌جا که ثمره به‌صورت تبعی در بیع وارد شده، احتمال غرر در آن وجود ندارد؛ زیرا غرر در تابع جایز است، هر چند در متبوع جایز نیست مانند بیع شیر در پستان همراه با گوسفند و حمل همراه مادر، سقف‌ها در خانه و پایه‌ها در دیوار که به‌صورت تبعی در بیع وارد می‌شوند و جهل به آن‌ها ضرری نمی‌رساند اما فروش آن‌ها به تنهایی جایز نیست (ابن‌قدامة، 1388ق، ج 6، ص 150).

فقیهان اهل سنت افزون بر روایت پیش گفته، روایت دیگری را نیز برای اثبات قاعده اغتفار بیان کرده‌اند، به این مضمون که از پیامبر اکرم ﷺ نقل شده است: «من باع عبداً و له مالٌ فماله للذی باعه الا أن یشرط المبتاع» (ابن بطلال، 1423ق، ج 5، ص 49/ مسلم، [بی تا]، ج 5، ص 186). این روایت در کتاب‌های فقیهان امامیه نیز با همین عبارت بیان شده است (ابن ابی جمهور احسائی، 1405ق، ج 1، ص 103/ حرّ عاملی، 1412ق، ج 6، ص 197). معنای حدیث پیش گفته این است که هر کس برده‌ای را که دارای مال می‌باشد بفروشد، آن مال برای بایع است مگر آن‌که مشتری آن مال را برای خود شرط کند.

درباره روایت پیش گفته، برخی از فقیهان اهل سنت نظر داده‌اند:

آن چیزی که نزد ما اجماعی می‌باشد، این است که اگر خریدار همراه با خرید عبداً، مال وی را نیز شرط کند، آن مال برای مشتری است، خواه آن مال نقد باشد یا دین یا کالا و خواه خریدار میزان آن را بداند یا نداند و خواه مال عبد از ثمنی که بابت خرید وی پرداخت شده بیشتر باشد یا نباشد یا این‌که ثمن وی نقدی باشد یا دین باشد یا کالا ... (ابن عبدالبر، 1993م، ج 19، ص 32).

بنابراین از روایت پیش گفته استفاده می‌شود که جهل در تابع (مال عبداً) قابل چشم‌پوشی است و در فروش شیء، به تابع توجه نمی‌شود و این، همان مضمون قاعده اغتفار است؛ زیرا در مسئله بیع عبداً، آنچه مقصود اصلی و متبوع خریدار است، خرید خود عبداً بوده و مال عبداً، تابعی از خود عبداً است که در آن چشم‌پوشی‌هایی صورت می‌گیرد که در متبوع صورت نمی‌پذیرد.

از فحوای دو روایت پیش گفته استنباط می‌شود که شارع مقدس در توابع، به اندازه متبوعات سخت‌گیری نکرده و مواردی را که در متبوعات لازم‌الرعايه می‌باشد در توابع ضروری ندانسته است.

## 2-2. بنای عقلا

با عنایت به این‌که قاعده اغتفار یک قاعده فقهی می‌باشد که هم به وسیله فقیهان امامیه و هم اهل سنت مورد استناد قرار گرفته است؛ به طوری که برخی از مسائل فقهی خود را براساس آن بنا نهاده‌اند و از طرفی استفاده از این قاعده به‌ویژه در قراردادهای، باعث رفع نیازمندی‌های مردم می‌شود، می‌توان آن را قاعده‌ای عقلایی دانست که عقلای عالم فارغ

از دین، مذهب، رنگ و نژاد خود به آن عمل می‌کنند. عقلاً در روابط خود در توابع چشم‌پوشی‌هایی می‌کنند که در اصل و متبوعات، رعایت آن‌ها را ضروری می‌دانند. ضمن این‌که عدم ردع و منع از سوی شارع مقدس که خود، رئیس عقلاً می‌باشد، بیانگر تأیید چنین قاعده‌ای است؛ زیرا شرع مقدس نه تنها این شیوه خردمندانه را رد و محکوم نکرده، بلکه به سبب نصوص رسیده که پیش از این بیان شد، تأیید هم کرده و شاید به همین علت است که در مستحبات (فرع)، برخلاف واجبات (اصل)، تسامح و تساهل کرده است. به این صورت که در باب عبادات نیز به این قاعده استناد شده است، به این صورت که:

... موضوع این روایت (لا شیئ علیه فی رفع راسه لطلب الخمره) نماز شب است که ظاهراً نافله است و از آن‌جا که مستحب بوده ممکن است برخلاف واجبات، مسائلی در آن مورد بخشودگی قرار گیرد؛ زیرا مبنا در مستحبات ارفاق و آسان‌گیری است. به همین علت شاید در واجبات مسائلی معتبر باشد که در مستحبات نیست (موسوی خویی، 1418ق، ج 15، ص 138/ شاهرودی، 1402ق، ج 4، ص 147).

با دقت در مبانی بیان‌شده این نتیجه به دست می‌آید که دلیل و مستند اصلی قاعده، همان بنای عقلاً و رویه خردمندان بوده و مفاد روایت‌ها و نصوص در حقیقت، اشاره به همان ارتکاز عقلی است. به همین علت، برخی از فقیهان امامیه نیز در موارد گوناگون به این قاعده استناد کرده‌اند (کاشف‌الغطاء، [بی تا]، ج 4، ص 28/ مراغی، 1417ق، ج 2، ص 244).

### اعمال قاعده اغتفار در مبحث شروط ضمن عقد

یکی از مهم‌ترین موارد اعمال قاعده اغتفار، جایگاه آن در بحث شروط ضمن عقد می‌باشد؛ زیرا شرط تابعی از عقد بوده است؛ بنابراین سخت‌گیری‌هایی که در عقد می‌شود در شرط نخواهد شد؛ از این رو ابتدا اعمال این قاعده در شرایط صحت شروط ضمن عقد سپس در حکم شروط ضمن عقد بررسی خواهد شد.



## 1. اعمال قاعده اغتفار در شرایط صحت شروط ضمن عقد

هر چند شرط ضمن عقد، نوعی عمل حقوقی می‌باشد که مانند هر عمل حقوقی دیگر، صحت و اعتبارش به تحقق شرایطی در موضوع و طرف یا طرفین آن منوط است (محقق داماد، 1393، ص 87)؛ اما نسبت به عقد، جنبه تبعی و فرعی داشته و استقلال ندارد (صفایی، 1383، ج 2، ص 185).

قانون‌گذار ایران، شرایط صحت شروط را به صورت ایجابی بیان نکرده است بلکه از سویی، به بیان شروط باطل (ماده 232 ق م) پرداخته و از سوی دیگر از شروط مبطل (ماده 233 ق م) سخن گفته است؛ این در حالی می‌باشد که در ماده 190 ق م، به بیان شرایط اساسی صحت قرارداد پرداخته است. این امر باعث طرح این پرسش شده که آیا تمام شرایط بیان شده در ماده 190 ق م، درباره شروط ضمن عقد نیز جاری است یا می‌توان از برخی شرایط بیان شده درباره شروط ضمن عقد چشم‌پوشی کرد؟

41

حقوق اسلامی / تحلیل قاعده اغتفار و نقش آن در شروط ضمن عقد

در این جهت گروهی از حقوق‌دانان و فقیهان (کاتوزیان، 1392، ج 3، ص 149/ شیخ‌انصاری، 1415 ق، ج 6، ص 52/ نائینی، 1373 ق، ج 2، ص 120) قائل به لزوم اجرای تمام شرایط صحت قراردادها درباره شروط شده‌اند. در برابر، گروه دیگری از حقوق‌دانان و فقیهان (امامی، [بی‌تا]، ج 1، ص 272/ نجفی، 1404 ق، ج 23، ص 213/ طباطبایی‌یزدی، 1421 ق، ج 2، ص 107)، لزوم جریان تمام شرایط صحت مندرج در ماده 190 ق م را در شروط ضمن عقد نپذیرفته‌اند. به همین علت به شرایط صحت شروط ضمن عقد و تأثیر قاعده اغتفار در آنها پرداخته می‌شود.

### 1-1. مقدر بودن شرط

با توجه به این که شرط، مشروط علیه را به انجام موضوع شرط مکلف می‌سازد، باید در انجام آن قادر باشد؛ زیرا قدرت از شرایط عمومی صحت تکلیف‌هاست. بند یک ماده 232 ق م، شرط غیرمقدور را باطل اما غیرمبطل عقد می‌داند. ماده 348 ق م درباره مبیع بیان می‌کند: «بیع ... چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد، باطل است ...»؛ بنابراین قدرت بر تسلیم مورد معامله، شرط صحت عقد می‌باشد که درباره شرط نیز چنین است یعنی مقدر بودن شرط، جزو شرایط صحت شرط می‌باشد.

هر چند قانون مدنی مقذور بودن شرط را جزو شرایط صحت شرط تلقی کرده است اما باید توجه داشت با استناد به قاعده اغتفار، هر شرطی را نمی‌توان غیرمقدور و باطل شمرد، به عبارت دیگر غیرمقدور بودن شرط را باید تفسیر مضیق کرد. شاید به همین علت گفته شده است:

برای احراز توان متعهد، کافی است که احتمال معقول انجام دادن کار وجود داشته باشد و در دید عرف ناممکن جلوه نکند. سخت‌گیری در این باره روا نیست و بسیاری از شرط‌های معقول را که در دادوستدها متعارف شده است، باطل می‌سازد؛ پس نباید ادعا کرد که کار مشروط باید به یقین ممکن باشد و همگان یا دو طرف به توان متعهد، علم داشته باشند (کاتوزیان، 1392، ج 3، ص 152).

به همین علت اگر ضمن عقد نکاح شرط شود سه دانگ از زمین معینی، ملک زوجه باشد، نمی‌توان این شرط را به دلیل غیرممکن بودن به علت نیاز به انجام تشریفات ثبتی، غیرمقدور و باطل اعلام کرد؛ زیرا به نفس اشتراط به صورت شرط نتیجه، ملک به زوجه منتقل می‌شود. هم‌چنین از مجموع مواد 196، 231 و 234 ق م استنباط می‌شود که شرط فعل علیه شخص ثالث، غیرمقدور و باطل نیست اما بر وی الزام قابل مطالبه از دادگاه پدید نمی‌آورد (محقق داماد، 1393، ص 114). سید یزدی<sup>۱۱</sup> نیز در شروع بحث مقذور بودن شرط، عنوان کرده است: «به طور اجمال، شرط، خواه فعل بر یکی از متعاقدين یا فعل ثالث باشد و خواه به صورت وصف حال یا آینده و خواه از شروط نتیجه یا فعل بر یکی از متعاقدين باشد، مقذور خواهد بود» (طباطبایی یزدی، 1421ق، ج 2، ص 107).

## 2-1. سائغ بودن شرط

منظور از این شرط آن است که فعل یا ترک فعلی که به عنوان شرط بر عهده مشروط‌له نهاده می‌شود، به خودی خود و صرف نظر از هر موضوع دیگر، در شرع، امری مجاز و روا باشد مانند قبول وکالت در امر نکاح؛ اما درج آن چه به خودی خود حرام باشد، مانند انجام یکی از محرمات شرعی یا ترک یکی از واجبات الهی یا انجام فعلی که قانوناً ممنوع است یا ترک فعلی که قانوناً انجام آن لازم است مانند پرداخت مالیات، به عنوان شرط ضمن عقد، صحیح نیست (محقق داماد، 1393، ص 116)؛ از این رو برخی

از فقیهان باور دارند که این شرط از مصداق‌های شرط چهارم (لزوم مخالف نبودن شرط با کتاب و سنت) است (طباطبایی یزدی، 1421ق، ج 2، ص 109 / موسوی خویی، [بی تا]، ج 7، ص 309 / حسینی شیرازی، [بی تا]، ج 14، ص 186).

قانون مدنی در بند 3 ماده 232، به عنوان یکی از شروط باطل - اما غیرمفسد - می‌گوید: «شرطی که نامشروع باشد». از این عبارت می‌توان نتیجه گرفت که قانون‌گذار فقط به مخالفت شرط با قانون نظر نداشته است و می‌خواهد از نفوذ شرط خلاف اخلاق و مصالح عمومی نیز جلوگیری کند (کاتوزیان، 1392، ج 3، ص 154). ماده 348 ق م درباره مبیع مقرر می‌دارد: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است ... باطل است ...». از آنجا که شرط مشروع بودن هم درباره عقد و هم شرط ضمن آن الزامی است، در این باره نیز قاعده اغتفار کارایی نداشته و نمی‌توان از مشروع بودن در تابع (شروط ضمن عقد) چشم‌پوشی کرد.

### 3-1. وجود غرض عقلایی در شرط

سومین مورد از شرایط صحت شرط این است که در آن، هدف و غرضی عقلایی باشد. عرف و عقلا، معامله و شروطی را معتبر می‌دانند که دربردارنده غرض و هدف قابل اعتنا باشد. بند 2 ماده 232 ق م، یکی از شروط باطل اما غیر مفسد عقد را چنین معرفی کرده است: «شرطی که در آن نفع و فایده نباشد». از این بند به دست می‌آید که وجود نفع و فایده در شرط برای صحت و اعتبار آن ضروری است. به عبارت دیگر، یکی از شرایط صحت شرط، وجود غرض در اشتراط است. وجود غرض عقلایی افزون بر شرط، در خود عقد نیز ضروری است؛ زیرا ماده 348 ق م عنوان می‌دارد: «بیع ... چیزی که مالیت یا منفعت عقلایی ندارد ... باطل است».

اثر قاعده اغتفار در این شرط، جایی است که در عقلایی بودن یا نبودن غرض از شرط، تردید حاصل شود؛ مانند آن که باغداری محصول باغ خود را بفروشد و در ضمن معامله شرط کند که توزین با باسکول معینی انجام پذیرد. درباره این شرط ممکن است چنین قضاوت کرد که غرض مشروطه، رساندن فایده اقتصادی به صاحب آن باسکول است؛ بنابراین چنین شرطی واجد غرض عقلایی بوده، معتبر می‌باشد. نیز ممکن است

گفته شود مصلحت توزین با هر باسکولی تأمین می‌شود که در نتیجه، چنین شرطی فاقد غرض عقلایی است. به نظر می‌رسد با استناد به قاعده اغتفار می‌توان چنین شرطی را دارای غرض عقلایی و صحیح در نظر گرفت. در همین جهت شیخ انصاری<sup>ع</sup> در مکاسب بیان کرده است: «ولو شک فی تعلق غرض صحیح به حمل علیه (شیخ انصاری، 1415ق، ج 6، ص 20-21)؛ یعنی اگر شک در تعرض غرض صحیح به شرط شود، حمل بر غرض صحیح شده و شرط صحیح خواهد بود».

#### 4-1. خلاف مقتضای عقد نبودن شرط

برخلاف آنچه اکثر حقوق دانان و برخی از فقیهان بیان داشته‌اند که عقد دو مقتضا دارد: مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد (صفایی، 1383، ج 2، ص 190/ خوانساری، [بی تا]، ص 475/ طباطبایی یزدی، 1421ق، ج 2، ص 112)، برخی باور دارند که مقتضای عقد قابلیت چنین تقسیم‌بندی را ندارد و منظور از مقتضا، ذات عقد است و شرط خلاف مقتضا به دو صورت قابل تصور می‌باشد: الف) خلاف مقتضای ذات عقد؛ ب) خلاف مقتضای آثار ذات عقد.

شرط خلاف مقتضای ذات عقد، عاقلانه نبوده و امری محال است؛ زیرا شخصی که چنین شرطی را در عقد درج می‌کند یا مجنون است یا هازل یا درک درستی از مفهوم آن عقد ندارد مانند آن که شخصی به دیگری بگوید خودروی‌ام را به تو فروختم به این شرط که مالک آن نشوی که در این صورت شرط یا از نعمت عقل محروم بوده یا در حال شوخی است یا مفهوم بیع و مالکیت را نمی‌فهمد اما شرط خلاف مقتضای آثار ذات عقد، امری ممکن می‌باشد؛ زیرا شارع آثار ذاتی را تعیین کرده است. وجود چنین شرطی در عقد لزوماً مبطل آن نخواهد بود؛ زیرا چنین شروطی در عین حالی که خلاف مقتضا هستند، نامشروع هم هستند؛ از این رو باید اراده طرفین را جست‌وجو کرد که عقد را با شرط می‌خواسته‌اند یا خیر؟ که در صورت نخست شرط، مبطل و در فرض دوم، باطل خواهد بود و نه مفسد عقد (کریمی، 1394، ص 150/ بجنوردی، 1419ق، ج 3، ص 267).

قانونی مدنی در بند 1 ماده 233، ضمن احصای شروط باطل و مبطل، به شرط خلاف مقتضای عقد اشاره کرده است که به نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار از مقتضای

عقد، آثار ذاتی آن است که قید اراده طرفین بوده و عقد بدون آنها واقع نمی‌شود؛ در نتیجه باعث بطلان خواهد شد. اعمال قاعده اغتفار درباره شرط خلاف مقتضا نیز غیرممکن می‌باشد؛ زیرا چشم‌پوشی در تابع (شرط خلاف مقتضا) ممکن است به از بین رفتن متبوع (عقد) بینجامد.

البته باید توجه کرد در مصداق‌هایی که بین فقیهان اختلاف نظر و تردید در خلاف مقتضا بودن شرط وجود دارد، قاعده اغتفار راه‌گشا خواهد بود؛ به‌طور مثال، مشهور فقیهان باور هستند؛ چنان‌چه در ضمن عقد بیع، بایع بر مشتری شرط کند که مبیع را به دیگری نفروشد یا هبه نکند چنین شرطی باطل است و بطلان آن به‌علت مخالفت با مقتضای عقد توجیه شده است (شیخ‌انصاری، 1415ق، ج 6، ص 45-46/ طوسی، 1387ق، ج 2، ص 149). به‌نظر می‌رسد در چنین مواردی نباید سخت‌گیری کرده، شرط و عقد را باطل دانست؛ زیرا مانعی ندارد کسی مالی را بخرد و با اراده خود ملتزم شود از یکی از احکام و اختیارهایی که شرع برای وی قائل شده، بهره‌مند نشود.

### 5-1. منجز بودن شرط

به باور عده‌ای از فقیهان، شرط معلق، باطل است؛ مانند آن‌که در ضمن عقد بیع شرط شود که یکی از طرفین در صورت آمدن زید از مسافرت، لباسی برای دیگری بدوزد. علت بطلان شرط معلق آن است که شرط، جزئی از عوضین است و با فرض معلق بودن شرط، ثمن نیز معلق می‌شود اما این استدلال مورد قبول اکثر فقیهان قرار نگرفته و گفته‌اند تعلیق به عمل برمی‌گردد؛ به این معنا که در مثال پیش‌گفته، مورد شرط و التزام، یعنی دوختن لباس، معلق است و آمدن زید قید عمل است؛ بنابراین، شرط بیان‌شده، انشای عقد را بر ثمن معین، معلق نمی‌کند و به‌عبارت دیگر در این‌باره، سرچشمه معلق است، نه انشا (شیخ‌انصاری، 1415ق، ج 6، ص 57-58).

به‌نظر می‌رسد حتی اگر ما عقد معلق را صحیح ندانیم اما با توجه به قاعده اغتفار، می‌توان قائل به صحت شرط معلق شد؛ یعنی افزون بر ادله‌ای که دیگران برای صحت شرط معلق آورده‌اند، می‌توان به این قاعده نیز تمسک جست و بیان داشت آن‌چه در اصل (عقد) قابل چشم‌پوشی نیست در فرع (شرط) قابل چشم‌پوشی است. به همین

جهت تنجیز شرط، جزو شرایط صحت آن نیست. به همین علت اگر در عقدی شرط شود که در صورت عدم پرداخت به موقع ثمن، قرارداد خود به خود فسخ شود، چنین شرطی، شرط نتیجه معلق بوده و به استناد قاعده اغتفار صحیح است.

### 6-1. قصد و رضا

قانون‌گذار در ماده 190 ق م، از لزوم قصد و رضا به‌عنوان نخستین شرایط لازم برای صحت قراردادها سخن گفته است. این دو شرط، تعبیر دیگری از لزوم «راده» برای تحقق عقد است. بنابراین نظریه که مورد قبول فقیهان امامیه و حقوق‌دانان ایران می‌باشد، رضایت را با قصد نباید اشتباه کرد؛ ممکن است کسی قصد انجام معامله داشته باشد اما رضایت نداشته باشد (صفایی، 1383، ج 2، ص 62). تفکیک پیش‌گفته نیز به این جهت است که اهمیت قصد و رضایت یکسان نیست و به همین علت ضمانت اجراهای آن دو نیز با یکدیگر متفاوت است. فقدان قصد، باعث عدم تشکیل قرارداد و بطلان آن می‌شود و ماده 195 ق م بیانگر همین امر است. قصد انشا جزو شرایطی است که الزاماً باید در عقد و شرط ضمن آن موجود باشد. به همین علت همان‌گونه که برخی از حقوق‌دانان بیان داشته‌اند، شرط از عقد در مرحله انشا و ادامه اعتبار حقوقی تبعیت می‌کند (شهیدی، 1386، ص 91-90). پس به‌طور مثال، اگر طرفین، عقد بیعی را واقع سازند که درباره شروط ضمن آن اطلاعی نداشته باشند، به‌طور قطع، شروط پیش‌گفته مورد قصد قرار نگرفته‌اند که در این صورت عقد بیع، بدون آن شروط واقع خواهد شد، به عبارت دیگر عقد، صحیح اما شروط ضمن آن به‌علت فقدان قصد، باطل خواهند بود؛ از این رو اغتفار، درباره قصد، در شرط (تابع) ممکن نیست، همان‌گونه که درباره عقد (متبوع) نیز چنین است.

درباره شرط رضایت ادعا شده که اگر رضایت به عقد مشروط وجود داشته باشد، نسبت به شرط نیز به تبعیت از عقد محقق است اما اگر رضایت به شرط وجود نداشته باشد، عقد مشروط نیز متعلق رضا نبوده، غیرنافذ است؛ بنابراین نمی‌توان پذیرفت که شرط، نافذ و عقد مشروط، غیرنافذ باشد هم‌چنان‌که نمی‌توان پذیرفت عقد مشروط، نافذ و شرط ضمن آن، غیرنافذ باشد (شهیدی، 1386، ص 91)؛ اما با یک مثال می‌توان

خلاف این ادعا را به اثبات رساند؛ به‌طور مثال، «الف» منزل خود را به «ب» می‌فروشد و در ضمن قرارداد شرط می‌شود که خودروی معینی که «ب» مدعی مالکیت آن است، متعلق به «الف» باشد اما پس از قرارداد معلوم می‌شود که خودرو متعلق به «ج» است. در این مثال باید شرط را غیرنافذ شمرد؛ زیرا رضایت معتبر درباره آن وجود ندارد، حال آن‌که باید قرارداد اصلی را نافذ دانست. طبیعی است در این فرض می‌توان برای «الف»، در صورت عدم تنفیذ شرط به‌وسیله «ج»، حق فسخ قرارداد را قائل شد (قبولی درافشان، 1391، ص 32).

رضایت همان‌طور که جزو شرایط اساسی صحت عقد است درباره شرط نیز لازم‌الرعایه است و به این ترتیب در شرط که فرع در عقد است قابل چشم‌پوشی نیست؛ از این‌رو درباره رضایت نیز قاعده اغتفار فاقد اعتبار بوده، مشروط بر این‌که عدم رضایت ثابت شود، در غیر این صورت با توجه به قاعده اغتفار، شرط صحیح خواهد بود.

47

### 7-1. اهلیت

لزوم اهلیت، یکی دیگر از شرایطی است که در بند دوم ماده 190 ق م، برای صحت عقدها لازم دانسته شده است. وجود شرط اهلیت برای صحت شرط نیز ضروری است. هر چند شاید این تردید به میان آید که فرضی قابل تصور نیست که اهلیت برای عقد وجود داشته باشد اما برای شرط نه. با این توضیح که در زمان انعقاد عقد، اهلیت یا وجود دارد یا خیر که در صورت نخست، عقد و شروط ضمن آن صحیح است و در صورت دوم، در هر مورد ضمانت اجرای خاص خود را دارد اما با بیان یک مثال نقض، می‌توان این تردید را رفع کرد؛ به‌طور مثال، ممکن است شخصی برای انعقاد اصل قرارداد اهلیت داشته باشد اما درباره شروط ضمن آن اهلیت نداشته باشد. مانند سفیه که برای نکاح اهلیت داشته اما برای شرط مالی ضمن آن فاقد اهلیت بوده و برای صحت آن نیاز به تنفیذ ولی یا قیم دارد و عدم تنفیذ، سبب بطلان شرط است. درباره شرط اهلیت نیز، شرط ضمن عقد تابع عقد است و به همین علت قاعده اغتفار، در این‌باره قابل اعمال نیست.

## 8-1. علم به موضوع شرط

بر اساس بند سوم ماده 190 و نیز ماده 216 ق م، معلوم و معین بودن موضوع هر عقد، شرط صحت آن است. هر گاه در معامله‌ها به‌ویژه معامله‌های معاوضه‌ای مانند بیع، مورد معامله مجهول باشد و این مجهول بودن باعث غرر در معامله شود، بطلان و عدم اعتبار معامله را در بر خواهد داشت، مگر در مواردی که علم اجمالی به آن کافی باشد، چنان‌که در عقد ضمان و جعاله و مانند آن وجود دارد.

فقیهان باور دارند که فروش میوه‌ای که هنوز به بار ننشسته است به‌صورت منفرد و جدا جایز نیست؛ زیرا که در آن غرر می‌باشد اما هر گاه با اصل خود (درخت) فروخته شود جایز است، به‌علت این روایت پیامبر اکرم ﷺ که فرمود: «هرکس نخلی بخرد که به ثمر ننشسته پس ثمره‌اش برای فروشنده است مگر این‌که خریدار شرط کند» (مسلم، [بی تا]، ج 3، ص 1173). معنای این سخن آن است که اگر ثمری که هنوز به بدو صلاح نرسیده است با اصلش به فروش رسد، جایز می‌باشد؛ زیرا «اگر اصل آن فروخته شود، تابعیت در بیع حاصل می‌شود و احتمال غرر در آن ضرر رسان نیست» (ابن قدامه، 1388ق، ج 6، ص 150). هم‌چنین «در تابع از غرر جایز است، آنچه در متبوع جایز نیست مانند فروش شیر در پستان همراه با گوسفند، جنین با مادر، سقف‌های خانه و پایه‌های دیوار که به‌صورت تابعی در فروش وارد می‌شوند و نادیده گرفتن آن‌ها ضرر نمی‌رساند و انفرادش جایز نیست» (ابن قدامه، 1388ق، ج 6، ص 150). امام صادق ﷺ نیز فرمود:

«لا يجوز بيع السنبل بالحنطه و لا بأس بیع الزرع الأخضر و إن سنبل بحنطه إذا كان البيع إنما يقع على الزرع لا على السنبل و كذلك الرطاب؛ یعنی فروش خوشه‌های گندم جایز نیست اما بیع زراعت سبز اشکالی ندارد، هر چند گندم داخل خوشه باشد البته در صورتی که بیع بر زرع واقع شود نه بر خوشه و رطب نیز همین‌گونه است» (قاضی نعمان مغربی، 1385ق، ج 2، ص 27).

بنابراین در صحت شرط انتقال تا نصف دارایی که در ضمن عقد نکاح بیان می‌شود، تردیدی نیست؛ زیرا چنین شرطی باعث غرر و خطر نبوده و به‌وسیله دادگاه قابل تعیین و تشخیص است. این شرط نه خلاف قانون و شرع است و نه به نظم عمومی و اخلاق حسنه لطمه می‌زند و نه شرطی است که باعث جهل به عوضین شود یا با مقتضای ذات



عقد مخالفت داشته باشد و اثر عقد را خنثا سازد بلکه شرطی است که هم انجام آن مقدور خواهد بود و هم می‌تواند تا حدودی حقوق زوجه دایمی را به هنگام طلاق به اراده مرد تأمین کند و گاهی نیز از وقوع طلاق‌های ناشی از تصمیم‌های آنی و بی‌پایه جلوگیری می‌کند (صفایی و امامی، 1385، ص 66).

باید توجه داشت که اگر جهل به شرط، باعث جهل به عوضین شود، قرارداد اصلی باطل است و شرط نیز به تبع آن فاقد اثر خواهد بود. بند 2 م 233 ق م، «شرط مجهولی که جهل به آن باعث جهل به عوضین شود» را مبطل عقد دانسته است؛ بنابراین لزوم معلوم‌بودن مورد شرطی که جهل به آن باعث جهل به عوضین نشود، منتفی خواهد شد. از این‌رو، جهل به مورد شرط، باعث غرر در شرط و در نتیجه غرر در معامله نخواهد بود و اگر ضمن عقد بیع، به نفع فروشنده شرط شود که هر مقدار پول نقدی که در کیف خریدار وجود دارد، به مالکیت فروشنده در آید، معامله (قرارداد اصلی) و شرط نوشته‌شده در آن (تعهد فرعی) صحیح خواهد بود و موضوع غرر در این‌جا منتفی است (رفیعی، 1378، ص 208). با توجه به آنچه بیان شد قاعده اغتفار درباره این شرط تا جایی اعتبار دارد که جهل به موضوع شرط، باعث جهل به عوضین نشود.

### 9-1. مشروعیت جهت

یکی دیگر از شرایط اساسی صحت معامله‌ها مطابق بند 4 ماده 190 ق م، مشروعیت جهت معامله است. جهت معامله در حقوق ایران عبارت می‌باشد از غرض و هدف اصلی که معامله‌کننده از عقد قرارداد داشته است. جهت، امری شخصی و متغیر است که هر یک از متعاملین را به انجام معامله وا می‌دارد (صفایی، 1383، ج 2، ص 138). طبق ماده 217 ق م «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود اما اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد وگرنه معامله باطل خواهد بود».

درباره مشروعیت جهت شرط بین حقوق‌دانان اختلاف است، برخی قائل به صحت شرط با جهت نامشروع هستند؛ زیرا قانون‌گذار چنین شرطی را در زمره شروط باطل یا باطل و مبطل (مواد 232 و 233 ق م) بیان نکرده است (شهیدی، 1386، ص 93/ امامی، [بی‌تا]، ج 1، ص 272). اما عده‌ای دیگر چنین شرطی را باطل دانسته و باور دارند که از

لحاظ تأثیر عقد، امتیازی میان مشروع بودن موضوع و جهت وجود ندارد؛ بنابراین شرطی که هدف از آن تحقق امری نامشروع باشد، نیز شرطی نامشروع شمرده می‌شود (کاتوزیان، 1392، ج 3، ص 167 / محقق داماد، 1393، ص 87). به نظر می‌رسد بتوان به باور گروه نخست، استناد به قاعده اغتفار را نیز افزود و بیان داشت شرطی که جهت آن نامشروع باشد مانند عقدی که جهت آن نامشروع است باطل نخواهد بود؛ زیرا شرط فرع بوده و نمی‌توان آن را با عقد که اصل است قیاس کرد و شاید به همین علت قانون‌گذار در م 217 ق م فقط به مشروعیت جهت در معامله اشاره کرده است و نه در شرط. افزون بر این جهت عبارت از هدف و غرض اصلی شارط از قرارداد شرط در عقد بوده که امری شخصی و متغیر است (صفایی، 1383، ج 2، ص 138) و قانون‌گذار در اصل کاری به اغراض و دواعی و انگیزه‌های طرفین که شخصی و مربوط به نفسانیات آن‌هاست ندارد؛ از این رو تصریح آن را هم در معامله ضروری نمی‌داند. با توجه به آنچه بیان شد می‌توان گفت در برخی موارد، آنچه برای صحت عقد لازم است برای صحت شرط لازم نیست و این بیان، چیزی نیست جز قاعده عقلایی اغتفار که درباره شروط ضمن عقد، تعبیر «یغتفر فی الشرط ما لا یغتفر فی العقد» نیز قابل اظهار است.

## 2. اعمال قاعده اغتفار در حکم شروط ضمن عقد

در این‌که آیا فساد شرط به عقد نیز سرایت می‌کند یا عقد می‌تواند در کنار شرط باطل محفوظ بماند، اختلاف وجود دارد و فقیهان به سه گروه در این باره تقسیم شده‌اند:

الف) گروهی که بطلان شرط را در تمام موارد باعث بطلان عقد می‌دانند (فخرالمحققین، 1387ق، ج 1، ص 511 / محقق کرکی، 1414ق، ج 4، ص 412).

ب) گروه دیگر که بطلان شرط را در هیچ صورت سبب بطلان عقد نمی‌دانند و تراضی را منحل به دو توافق اصلی و فرعی می‌کنند یا آن را به رضای معاملی محدود می‌سازند (طوسی، 1387ق، ج 2، ص 149 / حائری، 1418ق، ج 8، ص 367).

ج) گروه سوم باور دارند هر جا که بطلان شرط به رکنی از عقد صدمه برساند آن را باطل می‌کند و در موارد دیگر، بطلان شرط مانع از نفوذ عقد نیست (نجفی، 1404ق، ج 23، ص 215 / نائینی، 1373ق، ج 2، ص 144).

ظاهراً قانون مدنی نظر سوم را پذیرفته است؛ زیرا مطابق قانون مدنی، شروط باطل بر دو قسم است:

الف) شروطی که باطل است اما مبطل عقد نیست. این شروط آن‌هایی هستند که به ارکان و شرایط اساسی عقد خللی وارد نمی‌سازند.

ب) شروطی که باطل و باعث بطلان عقد است. این شروط سبب می‌شوند که عقد فاقد یکی از شرایط اساسی صحت شود.

برابر ماده 232 ق م، شروط ذیل باطل اما مفسد عقد نیستند:

الف) شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد: مقصود از گنجاندن شرط در قرارداد، تحقق آن در خارج است؛ از این‌رو، اگر شرط غیر مقدور باشد باطل تلقی می‌شود، امری که درباره خود عقد نیز صادق است؛ یعنی اگر موضوع عقد نیز غیر مقدور باشد، عقد باطل می‌باشد.

51

حقوق اسلامی / تحلیل قاعده اغتفار و نقض آن در شروط ضمن عقد

ب) شرطی که در آن فایده‌ای نباشد: شرطی که از روی هوا و هوس و بدون غرض عقلایی در قرارداد گنجانده شود، شرط بی‌فایده است که در عمل بعید به نظر می‌رسد که متعاملین چنین شرطی را ضمن عقد بیاورند مگر این‌که از نعمت عقل محروم باشند و در این صورت نه تنها شرط بلکه عقد نیز به علت فقدان اراده و اهلیت باطل است. ج) شرطی که نامشروع باشد: شرط نامشروع به منزله شرط غیر مقدور است؛ زیرا از نظر قانون، انجام آن غیر ممکن است (صفایی، 1383، ج 2، ص 188).

طبق ماده 233 ق م، شروط ذیل باطل و باعث بطلان عقد است:

الف) شرط خلاف مقتضای عقد: شرطی که مخالف آثار ذاتی عقد بوده است؛ به‌گونه‌ای که طرفین، عقد را با آن شرط اراده کرده باشند، شرط خلاف مقتضا می‌باشد که هم خود باطل است و هم مبطل عقد.

ب) شرط مجهولی که جهل به آن باعث جهل به عوضین شود: یکی از شرایط صحت عقد، معلوم‌بودن مورد معامله است؛ بنابراین هر گاه شرط مجهولی باعث مجهول‌شدن مورد معامله شود، بطلان معامله را در پی دنبال خواهد داشت؛ زیرا گاهی شرط و عقد به‌گونه‌ای به هم وابسته و در یکدیگر اثرگذار هستند که اگر چه شرط مندرج در عقد، یک تعهد فرعی و موجود تبعی برای معامله و قرارداد اصلی شمرده می‌شود اما وضعیت شرط به‌صورتی است که به صحت و اعتبار قرارداد اصلی نیز خدشه وارد می‌کند؛ به این‌گونه که در شرایط اساسی صحت معامله اثرگذار است و می‌تواند باعث

اخلال در آن‌ها شود (رفیعی، 1378، ص 208).

از آن‌جا که مطابق قاعده اغتفار، در شرط که تابعی از عقد است، چشم‌پوشی‌هایی می‌شود که در خود عقد چنین چشم‌پوشی‌هایی نمی‌شود و با در نظر گرفتن شروط باطل و مبطل بیان‌شده در قانون مدنی، می‌توان قائل به عدم تأثیر شرط باطل در عقد شد؛ زیرا مطابق قاعده «یغتفر فی الشرط ما لایغتفر فی العقد» شرط و عقد دو چیز هستند که به صورت تابع و متبوع هم قرار گرفته و تأثیر بطلان بخشی از عقد را که چهره فرعی دارد، نمی‌توان به اصل تسری داد، مگر این‌که به ارکان اصلی عقد صدمه‌ای بزند. به عبارت دیگر اصولاً شروط باطل تأثیری در عقد نخواهند داشت، مگر دلیل خاصی آن را سبب شود. افزون بر این، اصل استحکام معاملات که موافق مصلحت اجتماعی است، اقتضا می‌کند که موارد عدم صحت معامله محدود شوند؛ منتها برای این‌که عقد بر طرفی که شرط را از دست داده است تحمیل نشود، مشروط بر این‌که از بطلان شرط آگاه نباشد، حق فسخ داده می‌شود.

بنابراین در صورتی که شرطی غیر مقدور، نامشروع یا غیرعقلایی باشد، مطابق ماده 240 ق م برای مشروطه فقط حق فسخ پدید می‌آید و بطلان شرط به عقد تسری نمی‌یابد. ضمن این‌که با استناد به قاعده اغتفار موارد بطلان شرط محدود شده و به عقد منتقل نمی‌شود اما در صورتی که شرطی خلاف مقتضای ذات عقد بوده یا جهل به آن باعث جهل به عوضین شود، دیگر نمی‌توان عقد را صحیح دانست؛ زیرا ارکان اصلی عقد مورد خدشه واقع شده است.

### جمع بندی و نتیجه گیری

در فقه اسلامی، قاعده اغتفار که از جمله قاعده‌های اصطیادی است، با عبارت‌های گوناگونی به کار رفته که از میان آن‌ها، تعبیر «یغتفر فی التوابع ما لایغتفر فی غیرها» کامل‌ترین می‌باشد. قاعده پیش‌گفته، بیانگر این حقیقت است که آن‌چه در متبوع (اصل) قابل گذشت، تسامح و تساهل نیست در تابع از آن چشم‌پوشی می‌شود.

فقیهان اهل سنت، برای اثبات قاعده اغتفار، مستندها و مبانی گوناگونی را بیان کرده‌اند: از جمله دو روایت از پیامبر اکرم ﷺ، اجماع و عقل. با این حال به نظر

می‌رسد که دلیل و مستند اصلی قاعده، بنای عقلا و رویه خردمندان باشد، چنان‌که برخی از فقیهان امامیه، بدون بیان مبانی قاعده، در موارد گوناگون آن را مستند بحث خود قرار داده‌اند.

یکی از کاربردهای مهم قاعده اغتفار در بحث شروط ضمن عقد است؛ زیرا شرط، تابعی از عقد بوده و در آن چشم‌پوشی‌هایی می‌شود که در خود عقد نمی‌شود؛ از این رو، درباره برخی از شرایط صحت شروط ضمن عقد مانند منجز بودن، علم به موضوع و مشروعیت جهت شرط که رعایت آن‌ها برای صحت عقد (متبوع) ضروری است، در شرط چشم‌پوشی می‌شود؛ به گونه‌ای که فقدان شرایط بیان‌شده باعث بطلان شرط نخواهد شد البته باید در نظر داشت اگر درباره یکی از شرایط صحت، تردید و اختلافی باشد از آن‌جا که نباید در شرط مانند عقد سخت‌گیری کرد، اصل بر صحت آن شرط است. هم‌چنین با توجه به این‌که عقد و شرط دو چیز مجزا هستند اصولاً بطلان شرط در عقد اثرگذار نخواهد بود؛ مگر این‌که به ارکان عقد لطمه‌ای وارد آورد موضوعی که در مواد 232 و 233 ق م مورد لحاظ قرار گرفته است.

## منابع و مأخذ

1. ابن‌ابی‌جمهور احسایی، محمد؛ عوالی اللئالی العزیزیه؛ ج 1، قم: دار سیدالشهداء علیه السلام للنشر، 1405ق.
2. ابن‌بطلال، ابوالحسن علی‌بن‌خلف؛ شرح صحیح البخاری؛ محقق: ابوتمیم، یاسر بن ابراهیم؛ ج 5، عربستان سعودی: مکتبه الرشد، 1423ق.
3. ابن‌عبدالبر، یوسف؛ استذکار؛ ج 19، حلب: دارالوعی، 1993م.
4. ابن‌فداه مقدسی، عبدالله؛ المغنی؛ ج 6، مصر: مکتبه القاهره، 1388ق.
5. ابن‌منظور، محمد بن مکرم؛ لسان العرب؛ ج 8 و 11، ج 3، بیروت: دارالفکر للطباعه و النشر و التوزیع، 1414ق.
6. ابن‌نجیم، زین‌الدین بن ابراهیم؛ الاشباه و النظایر؛ بیروت: دارالفکر المعاصر، 1426ق.
7. اردبیلی، احمد بن محمد؛ مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان؛ ج 8، قم: دفتر انتشارات اسلامی، 1403ق.

8. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج 1، تهران: انتشارات اسلامی، [بی تا].
9. بجنوردی، سیدحسن؛ القواعد الفقهیه؛ ج 3، قم: نشر الهادی، 1419ق.
10. بخاری، محمد بن اسماعیل؛ صحیح البخاری؛ ج 5، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، 1401ق.
11. حائری طباطبایی، سیدعلی بن محمد؛ ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل (ط-الحديثه)؛ ج 8، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، 1418ق.
12. حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ هداية الامه الى احکام التامه - منتخب المسائل؛ ج 6، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه، 1412ق.
13. حسینی شیرازی، سید محمد؛ ایصال الطالب الى المكاسب؛ ج 14، تهران: منشورات اعلمی، [بی تا].
14. خوانساری، محمد؛ الحاشیة الثانية على المكاسب؛ [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
15. رفیعی، محمد تقی؛ مطالعه تطبیقی غرر در معامله در حقوق اسلام و ایران و کنوانسیون بیع بین المللی؛ ج 1، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، 1378.
16. زحیلی، محمد مصطفی؛ القواعد الفقهیه و تطبيقاتها فی المذاهب الاربعه؛ ج 1، ج 1، دمشق: دارالفکر، 1427ق.
17. زرقا، احمد محمد؛ شرح قواعد الفقهیه؛ بیروت: دارالقلم، 1422ق.
18. زرکشی، محمد بن بهادر؛ المنثور فی القواعد؛ ج 3، کویت: وزارت اوقاف الكويتیه، 1405ق.
19. سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر؛ الاشباه و النظائر فی الفروع؛ بیروت: دارالفکر، 1415ق.
20. شاهرودی، سید محمود؛ کتاب الحج (لشاهرودی)؛ ج 4، قم: مؤسسه انصاریان، 1402ق.
21. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی؛ مسالک الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام؛ ج 3، قم: موسسه المعارف الاسلامیه، 1413ق.
22. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی شروط ضمن عقد؛ ج 4، ج 1، تهران: انتشارات مجد، 1386.
23. شیخ انصاری، مرتضی؛ کتاب المكاسب المحرمه و البيع و الخيارات (ط-الحديثه)؛ ج 6، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری علیه السلام، 1415ق.
24. صفایی، سید حسین و اسدالله امامی؛ مختصر حقوق خانواده؛ ج 11، تهران: نشر میزان، 1385.
25. صفایی، سید حسین؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها؛ ج 2، ج 2، تهران: نشر میزان، 1383.

26. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم؛ حاشیه المکاسب؛ ج 2، قم: مؤسسه اسماعیلیان، 1421ق.
27. طوسی، محمد بن حسن؛ المبسوط فی فقه الامامیه؛ ج 2، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، 1387ق.
28. عبدالغفار، محمد حسن؛ القواعد الفقهیه بین الاصله و التوجیه - احکام التابع و المتبوع؛ [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
29. عراقی، آقا ضیاء الدین و علی کزازی؛ شرح تبصره المتعلمین (للأغضیاء)؛ ج 5، قم: دفتر انتشارات اسلامی، 1414ق.
30. فادانی، محمد یاسین بن عیسی؛ الفوائد الجنیه حاشیه مواهب السنیه شرح الفرائد البهیة فی نظم القواعد الفقهیه؛ بیروت: دار البشائر الاسلامیه، 1417ق.
31. فخرالمحققین، محمد؛ ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القوائد؛ ج 1، قم: مؤسسه اسماعیلیان، 1387ق.
32. قاضی نعمان مغربی، نعمان بن محمد؛ دعائم السلام؛ ج 2، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، 1385ق.
33. قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی و سیدمحمد هادی قبولی درافشان؛ «بررسی لزوم یا عدم لزوم شرایط اساسی صحت قراردادها درباره شروط ضمن عقد»؛ دوفصل نامه علمی پژوهشی دانش حقوق مدنی، ش 1، 1391.
34. قره داغی، علی؛ بحوث فی فقه البنوك الاسلامیه؛ بیروت: دارالبشائر الاسلامیه، 2007م.
35. قشیری نیشابوری، مسلم بن حجاج ابوالحسن؛ صحیح مسلم؛ محقق: محمد فؤاد عبدالباقی؛ ج 3 و 5، بیروت: دار احیاء التراث العربی، [بی تا].
36. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها؛ ج 3، ج 3، تهران: شرکت سهامی انتشار، 1392.
37. کاشف الغطاء، جعفر؛ القواعد الستة عشر؛ قم: مؤسسه کاشف الغطاء، [بی تا].
38. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر؛ انوار الفقاهه - کتاب البیع؛ قم: مؤسسه کاشف الغطاء، 1422ق.
39. کاشف الغطاء، محمد حسین؛ تحریر المجله؛ ج 1، نجف: المکتبه المرتضویه، 1359ق.
40. کریمی، عباس؛ جزوه حقوق مدنی پیشرفته 2 دوره دکترای حقوق خصوصی؛ یزد: دانشگاه آزاد اسلامی واحد یزد، 1394.

41. محقق داماد، سیدمصطفی؛ نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی؛ چ 3، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، 1393.
42. محقق کرکی، علی؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ ج 4، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، 1414ق.
43. مراغی، عبدالفتاح؛ العناوین الفقهیه؛ ج 2، چ 1، قم: دفتر انتشارات اسلامی، 1417ق.
44. موسوی خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهه؛ ج 7، [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
45. —؛ موسوعة الامام الخوئی؛ ج 15، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی علیه السلام، 1418ق.
46. نائینی، محمدحسین؛ منیة الطالب فی حاشیه المکاسب؛ ج 2، تهران: المکتبه المحمدیه، 1373ق.
47. نجفی، محمدحسن؛ جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام؛ ج 23، بیروت: داراحیاء التراث العربی، 1404ق.