

نوشته : دکتر ابوالحسن محمدی

شروط ضمن العقد در مذاهب اسلامی و حقوق ایران

فهرست مطالب این مقاله :

مقدمه: فایده این بحث، حکم اسلامی و حکم مذاهب اسلامی، تقسیم مبحث، ترتیب بحث و اقسام شروط

شروط صحیح :

شروط صفت در مورد معامله
شروط موافق با مقتضای عقد
شرطی که به سود طرفین معامله یا یکی از آنها باشد
شرطی که اثر عقد را تأکید کند و تحکیم بخشد
شرطی که با مقتضای عقد منافی نباشد.

نتیجه بحث

دو تذکر

مقدمه - فایده این بحث، حکم اسلامی و حکم مذاهب اسلامی، تقسیم مبحث و ترتیب بحث:

محتوای این مقاله مطالعه‌ای تطبیقی در مذاهب اسلامی (امامیه، حنفی شافعی، مالکی و حنبلی) و حقوق ایران است. چنین مطالعه تطبیقی

به صورت بحثی تفصیلی در خواهد آمد که احتمالاً رساله‌ای را بوجود می‌آورد ولی نظر به محدودیت صفحات نشریه دانشکده حقوق، که این مقاله برای درج در آن تهیه می‌شود، فعلاً در هر مطلب به «اختصار غیر مخمل» اکتفا می‌شود.

این بحث شاید برای کسانی که حقوق خوانده‌اند تا حدی ساده باشد ولی بی‌فایده نخواهد بود و فایده آن، حداقل، از چند جهت است: یکی آشناسدن با موارد و مصادیق بیشتری از آنچه در کتابهای درسی حقوقی خوانده‌اند، دیگری، که از آن مهمتر است، آشنا شدن به طرز فکر حقوقی مذاهب دیگر اسلامی علاوه بر مذهب امامیه که اغلب حقوق دانان، با آن آشنا یا پیرو آن می‌باشند - آشنائی با نحوه استدلال حقوقی آنان و بالاخره آشنا شدن با منابع و مآخذ و کتب حقوق آنان.

در محیط زندگی ما غالباً وقتی از حکم اسلامی موضوعی سخن بمیان می‌آید منظور حکم آن در مذهب شیعه امامیه است و این به لحاظ انس و الفتی است که اکثریت مردم ایران با این مذهب دارند و به اصطلاح اصولی از باب انصراف است، انصرافی که در جای دیگر مثلاً در کشور سوریه یا مصر یا الجزایر یا عربستان به سوئی دیگر است، و در هر حال انصرافی است بدوی که با اندک توجهی زائل می‌شود و به تعبیر دقیق وقتی می‌توان گفت «حکم اسلامی موضوع» که آن حکم در تمامی مذاهب اسلامی یکی و یکسان و یکجور باشد مثل حکم وجوب نماز و حرمت شراب. از این رو سودمند خواهد بود که بدانیم حکم شروط ضمن العقد در دین اسلام و در هر یک از مذاهب چیست و چگونه است؟ تا از راه حل‌های مذاهب یا متفق علیه در دین اسلام در حل مسائل حقوق مدنی ایران استفاده شود.

مذاهب اسلامی، و همین طور نویسندگان حقوقی ایران، شروط ضمن العقد را به سه دسته تقسیم کرده‌اند: شروط صحیح، شروط فاسد و ضمن العقد و شروط نامساعد و غیر مفسد. در این مقاله نیز همین مبنا انتخاب شده و پیروی می‌شود.

در ترتیب مذاهب نخست از مذهب امامیه و سپس از مذاهب اهل

تسنن به ترتیب وسعت و کثرت پیروان صحبت می کنیم. مذهب امامیه را بدان جهت در اول می آوریم که نویسنده و خوانندگان با آن بیشتر مانوس و آشنا هستند.

آخرین نکته ای که در این مقدمه آورده می شود این است که فاسد و مفسد یا باطل و مبطل در اینجا به یک معنا هستند گرچه در علم اصول فقه حنفی این دو اصطلاح را در دو معنای متفاوت بکار برده اند (۱). پس از این مقدمه به شرح اقسام شروط صحیح می پردازیم و بحث از شروط فاسد و مفسد و نتیجه گیری کلی در حقوق ایران را به مقالات دیگر وامی گذاریم.

شروط صحیح

در کتب فقهی، چنانکه خواهد آمد، زیر عنوان شروط صحیح چند دسته شرط را ذکر می کنند: نخست آن عناوین را در اینجا می آوریم و سپس هر یک را طبق مذاهب بررسی می کنیم.

– اشتراط اوصاف مورد معامله، یعنی توافق بوجود «شرط صفت» در مورد معامله.

– اشتراط مقتضای عقد، یعنی شرط کردن چیزی که بدون شرط هم وجود خواهد داشت.

– اشتراط چیزی که به سود متعاملین یا یکی از آنها باشد.

– اشتراط چیزی که اثر عقد را تأکید کند.

– اشتراط شرطی که با مقتضای عقد منافی نباشد (در شرح، تفاوت آن را با نوع سوم خواهیم دید) و اکنون به شرح هر یک طبق مذاهب اسلامی می پردازیم.

۱- اشتراط صفتی در مورد معامله و حکم آن در مذاهب

شرط صفت در برابر شرط فعل و شرط نتیجه است و منظور از آن این است که طرفین معامله بر این عقیده باشند که مورد یا طرف معامله از وصفی برخوردار است و این امر را به صورت شرط در آورند مثلاً گوسفندانی را مورد بیع قرار دهند و شرط کنند که حامله باشند یا در نکاح شرط کنند که زوجه باکره و دوشیزه باشد.

چنین شرطی در فقه امامیه درست است و ضمانت اجرای آن پیدایش خیار تخلف وصف است که به موجب آن ذینفع شرط در صورت فقد شرط حق فسخ عقد را پیدا می کند (۲).

در فقه حنفی نیز چنین شرطی صحیح است و در یکی (۳) از متون معتبر فقهی آنان درباره این مسأله با حذف عباراتی که لازم بنظر نمی رسد و با ترجمه بقیه آن، چنین می خوانیم: هر گاه مبیع را به هزار درهم بفروشد و شرط کند که آن درهم ها صحیح باشند (درهم قلب نباشند) یا شرط کند که از درهم های خوب و نقد مورد قبول بیت المال باشد چنین بیعی صحیح است. زیرا آنچه شرط شده صفت ثمن است، صفتی که نمیتواند وجود نداشته باشد و در برابر آن چیزی به حساب نیامده، بدون اشتراط هم می بایست وجود داشته باشد، صفتی است که مطلوب است بدون اینکه لهو و لغو باشد، چنین صفتی از مقتضیات عقد است و اشتراط مقتضای عقد موجب فساد آن نمی باشد.

حکم مسأله در فقه شافعی بدین شرح است: هر گاه وصفی را که مورد نظر و توجه باشد شرط کنند درست است، مانند اینکه شرط کنند حیوان مورد بیع حامل یا شیرده باشد... زیرا چیزی را شرط کرده اند که به هنگام عقد موجود بوده است (۴).

۲- مفتاح الکرامه، ج ۲، ص ۷۲۹ و ۷۴۲ و روضة البهیه فی شرح اللمعة دمشقیه، ج ۲ ص ۱۲۷ و ۱۲۸.

۳- کاسانی، بدایع الصنایع، ج ۵، ص ۱۷۲.

۴- مغنی المحتاج، شرح متن منهاج، ج ۲، ص ۵۲.

مالکی‌ها نیز همین عقیده را دارند، ترجمه متنی از متون معتبر فقهی آنان (۵) چنین است: یکی از شروط صحیح اشتراط صفتی است که به هنگام عقد در مورد معامله وجود داشته باشد. خریدار می‌تواند شرط کند که مبیع دارای وصفی باشد و اگر بعد معلوم شود که مبیع آن وصف را ندارد مشتری حق رد آنرا دارد و این موجب خیار عیب یا خیار نقیصه است (بحث در اینکه این خیار عیب است یا خیار تخلف شرط در اینجا لزومی ندارد، چه منظور ما در اینجا بیان عقیده مالکی‌ها در صحت شرط صفت است).

حنبل‌ها هم مانند دیگر پیروان مذاهب اهل سنت چنین شرطی را درست می‌دانند در یکی از کتابهای فقهی آنها (۶) آمده است: مانند آنکه اسبی بخرد به شرط آنکه راهوار باشد، یا شتری بخرد و شرط کند شیرده یا پرشیر باشد و یا زمینی بخرد و شرط کند که خراج معینی داشته باشد. در این مذاهب هر گاه تخلف وصف بوجود آید ذینفع آن مخیر است که عقد را فسخ کند، چون وجود وصف شرط شده بوده است، و یا عقد را امضا کند وارش بگیرد زیرا در نظر این مذهب فقدان وصف به منزله وجود عیب است که موجب حق فسخ یا ارش می‌باشد. البته تخلف وصف با عیب فرق دارد و ارش حکم استثنائی عیب است.

۲- شرط کردن چیزی که مقتضای عقد باشد و حکم آن در مذاهب

منظور از این شرط آن است که چیزی را شرط کنند که اگر هم شرط نمی‌کردند به موجب عقد بوجود می‌آمد مانند شرط کردن تسلیم ثمن یا مبیع در بیع، شرط کردن تسلیم مهر در نکاح و شرط کردن کشت و آبیاری در اجاره زمین‌های کشاورزی.

مذهب امامیه چنین شرطی را درست می‌داند مثلاً هر گاه در عقد نکاح

۵- شرح‌الکبیر، تألیف دسوقی، به نقل موسوعة الفقه الاسلامی، ج ۱۱، ص ۱۹۵.

۶- کشف‌القناع، ج ۲ ص ۳۷.

شرط کنند که شوهر در دادن نفقه و رعایت حق قسم (به فتح قاف و سکون میم به معنای شب را به روز آوردن در کنار همسر) میان زنان خود عدالت را اجرا کند (۷) یا اینکه در رهن شرط کند که مرتهن نسبت به بستانکاران دیگر حق تقدم داشته باشد (۸).

حکم شرط مقتضای عقد در مذهب حنفی

مذهب حنفی چنین شرطی را درست می‌داند بدین استدلال که با فرض اینکه چیزی مقتضای عقد باشد شرط کردن آن تأکیدی بیش نیست. مؤلفان این مذهب در اینجا به پاسخ اشکال مقدری می‌پردازند و آن است که: مگر در روایت نیامده که: «نهی النبی (ص) عن بیع و شرط»؟ و مگر نه این است که اطلاق این روایت شرط مورد بحث را نیز فرامی‌گیرد؟ آنگاه پاسخ می‌دهند که: خیر این آن چنان شرطی نیست که منظور روایت باشد، این تأکید مفاد عقد است و آن شرطی مستقل (۹).

حکم شرط مقتضای عقد در مذهب شافعی

مذهب شافعی نیز چنین شرطی را درست می‌داند و در منابع (۱۰) معتبر فقهی آنان آمده است که: شرط حق حبس در بیع، شرط انفاق و قسم در نکاح و شرط تقدم مرتهن در صورت تزاحم غرها در عقد رهن از مقتضیات این عقودند و شروطی صحیح می‌باشند.

حکم چنین شرطی در مذهب مالکی.

مالکی‌ها نیز معتقد به درستی این گونه شرط هستند و مثال می‌زنند به جبران عیب و پس دادن عوض در عقد بیع در صورت بطلان بیع و زیان نرساندن به همسر در دادن نفقه و کسوه و حسن معاشرت (۱۱).

۷- روضة البهية، از شهید ثانی، ج ۲، ص ۱۱۹.

۸- مفتاح الکرامه، محمد جواد حسین عاملی، ج ۴ ص ۷۴.

۹- فتح القدیر، ابن الهمام ج ۵، ص ۲۱۴، ۲۱۵، چاپ ۱۳۱۵ قمری.

۱۰- مغنی المحتاج به نقل موسوعة الفقه الاسلامی، ج ۱۱، ص ۲۰۶.

۱۱- شرح الکبیر، به نقل موسوعة الفقه الاسلامی، ج ۱۱، ص ۱۹۶.

۳- شرط کردن چیزی که به سود متعاملین یا یکی از آنها باشد و شرع آن را منع نکرده باشد.

منظور از عنوان بالا شرط هائی است که بدون ذکر در عقد تحقق نمی‌یابند و از اوصاف مورد معامله نیز نمی‌باشند. تعبیر مذاهب در اینجا متفاوت است، برخی عنوان را مختصر کرده «شرط به سود متعاملین یا یکی از آنها» را آورده‌اند، برخی دیگر «شرطی را که شرع منع نکرده باشد» آورده‌اند و عده‌ای تعبیر دیگری دارند که در هر مورد تعبیر آنها را نقل می‌کنیم.

حکم این مسأله در مذهب امامیه

در منابع فقهی امامیه آمده است که هر گاه طرفین معامله‌ای شرطی کنند که به مصلحت آنها یا یکی از آنها باشد چنین شرطی درست است مانند آنکه در عقد بیع شرط مدت یا خیار یا رهن یا ضمان یا شهادت کنند (۱۲) و در عقد قرض شرط کنند که وام گیرنده در دادگاه حاضر شود و اقرار به قرض کند (۱۳).

حکم این مسأله در مذهب حنفی

در کتب فقهی این مسأله را با عنوان «شرط هائی که شرع آنها را اجازه داده» آورده‌اند (۱۴) و مثال می‌زنند به شرط اجل برای ثمن بیع و می‌گویند: قاعده این است که عقد بیع نقدی باشد و مقتضای بیع این است که ثمن همزمان با مبیع تسلیم شود در نتیجه باید شرط اجل فاسد و مفسد بیع باشد ولی آیه شریفه (۱۵) قرآن کریم «یا ایها الذین آمنوا اذا تداینتم بدین الی اجل مسمی فاکتبوه» آن را اجازه داده است و مانند شرط خیار در مدت سه روز که به استناد حدیث «اذا ابتعت فقل لا خلا به ولی الخیار ثلاثة ایام» یعنی به هنگام بیع شرط کن که فریب و نیرنگی در کار نباشد و

۱۲ و ۱۳- مفتاح الکرامه، ج ۴ ص ۷۲۹ و ج ۵ ص ۳۷.

۱۴- بدایع الصنایع از کاسانی، ج ۵ ص ۱۷۴ و فتح القدر، ج ۵، ص ۲۱۵.

۱۵- سوره بقره، آیه ۲۸۲.

سه روز حق فسخ داشته باشد (۱۶).

حکم مسأله در مذهب شافعی

شافعی‌ها عنوان مسأله را چنین بیان کرده‌اند: «شرطی که مصلحت مشروعی را برای عقد بوجود آورد» چنین شرطی صحیح است مانند شرط مدت به استناد آیه شریفه شماره ۲۸۲ سوره بقره که بدان اشاره شد، شرط دادن ضامن یا رهینه، شرط تعیین مبیع در سلف از طریق مشاهده یا توصیف کالا و شرط تعیین ضامن با مشاهده و شناختی که از او دارد یا با گفتن نام و نسب او (۱۷).

حکم مسأله در مذهب مالکی.

مالکی‌ها نیز این گونه شرط را درست می‌دانند ولی آن را زیر عنوان: «شرطی که نه مقتضای عقد است و نه با آن منافات دارد» مطرح ساخته‌اند و همان مثالهای: شرط اجل، شرط رهن، شرط ضامن را آورده‌اند. از مثال‌های دیگری که مالکی‌ها برای این عنوان ذکر کرده‌اند می‌توان نمونه‌هایی نیز آورد: شرط دوختن لباس بر فروشنده در بیع صحیح است، در عقد مساقات می‌توان شرط کرد که عامل یا مالک آن میوه‌ها را بگیرد، در همین عقد جایز است که برخی از کارهای کوچک را بر عامل شرط کنند، مانند اینکه دیوار باغ را درست کند، چشمه را لای روبی کند، بر که را خالی کند و نگهبانی از باغ و میوه‌ها بر عهده او باشد (۱۸).

حکم مسأله در مذهب حنبلی.

حنبلی‌ها عنوان مسأله را چنین گفته‌اند: «شرطی که مفاد عقد را تأکید می‌کند» چنین شرطی را درست می‌دانند و مثال آن از منابع خودشان (۱۹) بدین شرح است: شرط رهن و شرط ضمان در برابر ثمن مؤجل و در عقد قرض. و این حکم را مستند می‌کنند به عمل پیامبر اکرم (ص) که وقتی از

۱۶- مراجع شماره ۱۴.

۱۷- مغنی المحتاج، ج ۳، ص ۲۱۲.

۱۸- بدایة المجتهد و نهایة المقتصد، از ابن رشد، ج ۲، ص ۱۶۰.

۱۹- کشاف القناع، ج ۲، ص ۳۷.

يك نفر يهودی مقداری جو قرض گرفته و زره خود را نزد او گرو گذاشته بود (۲۰).

ناگفته نماند که حنبلی‌ها مصادیق و مثال‌های دیگری را که مذاهب دیگر با عناوین دیگر ذکر کرده‌اند قبول دارند، مثلاً تأجیل ثمن و شرط خیار را با عنوان «شرطی که شرع اجازه داده است» آورده‌اند و زیر عنوان «شرطی که مصلحتی را بوجود آورد» مثالهای زیر را آورده‌اند: در بیع، شرط سکنی گزیدن بایع در منزلی که فروخته است به مدت معین صحیح است. همچنین شرط سوار شدن بر شتر فروخته شده تا محلی معین جایز است. و نیز حبس مبیع تا دریافت ثمن را می‌توان شرط کرد. این گونه مثالها نمونه هستند و بطور کلی حنبلی‌ها این گونه شرط را جایز می‌دانند و این کلیت را مستند می‌دانند به حدیثی نبوی بدین مضمون که: پیامبر اکرم استثنای معلوم را مجاز دانسته‌اند معنای این گفته این است که این گونه سود بردن از کالاهائی که فروخته شده نوعی استثنای منفعتی است از کل منافع عین مورد معامله و تاجائی که این منفعت استثنا شده مجهول نباشد اشکالی در بر نخواهد داشت.

در عقود دیگر مانند: اجاره، مزارعه، مساقات، شرکت، نکاح، عاریه، وقف، هبه، حواله و جزاینها نیز مثالهایی را ذکر می‌کنند که چون مشمول همان قاعده هستند از ذکر یکایک آنها خودداری می‌شود (۲۱).

۴- شرط کردن چیزی که اثر عقد را تأکید کند

منظور از این شرط آن است که طرفین عقد بر شرطی توافق کنند که آن شرط اجرای اثر عقد را تحکیم بخشد مثلاً اگر در عقد بیع نسبه فروشنده نسبت به دریافت به موقع ثمن معامله تردید داشته باشد می‌تواند از خریدار ضامنی یا وثیقه‌ای بگیرد تا مطمئن شود که عقد بیع اثر خود را

۲۰- موسوعة الفقه الاسلامی، جزء یازدهم، چاپ قاهره، سال ۱۳۹۴ قمری، ص ۲۲۲.

۲۱- مأخذ پیش، صفحات ۲۲۳ تا ۲۲۶.

که همانا دریافت ثمن از طرف بایع است خواهد داشت.

حکم مسأله در مذهب امامیه

مذهب امامیه چنین شرطی را صحیح می‌داند و در مباحث پیشین مستند این حکم را از کتاب مفتاح‌الکرامه و شرح لمعه ذکر کردیم.

حکم مسأله در مذهب حنفی .

حنفی‌ها شرطی را که موجب تأکید و تحکیم اثر عقد شود درست می‌دانند ولی آن را زیر عنوان: «شرطی که ملائم (مناسب) با مقتضای عقد است» می‌آورند. آنان بر درستی و صحت چنین شرطی بدین گونه استدلال می‌کنند که: این شرط‌ها در معنا حکم عقد را تثبیت می‌کنند پس مانند شروطی هستند که از مقتضیات عقد باشند. گونه دیگری از استدلال اینان چنین است: گرچه شروطی از این قبیل در حقیقت از مقتضیات عقد نیستند و قاعده این است که باطل باشند ولی از آنجا که تفاوت این گونه شروط با شروط موافق با مقتضا تفاوتی است صوری و ظاهری و در معنا باهم تفاوتی ندارند استحسان اجازه می‌دهد که آن را درست بدانیم (۲۲).

توضیح آنکه حنفی‌ها در میان مذاهب اسلامی به حجیت قیاس و استحسان و استفاده از این دو قاعده شهرت دارند و در این مسأله هم معتقدند که چون حدیث داریم که: «نهی النبی (ص) عن بیع و شرط» پس قاعده و قیاس این است که شرط زاید بر اصل هر عقدی باطل باشد ولی در این مسأله که شرط موجب تحکیم اثر عقد است به استناد قاعده استحسان میتوان آنرا مجاز دانست. روشن است که این مبانی استدلال و آن حدیث جای بحث زیاد دارند ولی چون اختلاف مبنائی است طرح اشکال بر این مبناها در اینجا بی‌مورد بنظر می‌رسد.

مثال برای این مطلب همان مثال گرفتن رهن و ضامن از طرف مشتری در برابر ثمن مؤجل در بیع است (۲۳).

۲۲- مأخذ پیش، صفحه ۱۸۳.

۲۳- بدایع‌الصنایع، از کاسانی، ج ۵، ص ۱۷۱.

حکم مسأله در مذهب شافعی .

شافعی‌ها مصادیق و موارد این مسأله را زیر عنوان «شرطی که نفعی مشروع برای طرفین عقد یا یکی از آنها داشته باشد» آورده‌اند و آن را صحیح دانسته‌اند. مثال‌های آن را نیز همان گرفتن وثیقه یا کفیل یا شاهد در بیع و اقرار به دین نزد حاکم در قرض ذکر کرده‌اند.

مثال دیگری که شافعی‌ها زیر این عنوان آورده‌اند و می‌توان آن را از مصادیق مسأله: «شرطی که اثر عقد را تحکیم می‌بخشد» دانست اشتراط سلامت مبیع از عیب است. مستند آنها روایتی است که در کتاب موطاء مالك ابن انس، امام مالکی‌ها، آمده است بدین مضمون: زید بن ثابت صحابی بزرگ پیامبر (ص) از عبدالله بن عمر برده‌ای خرید به شرط آنکه تندرست باشد. پس از گرفتن برده زید آن را تندرست نیافت، میان فروشنده و خریدار در این امر اختلاف روی داد و داوری به خلیفه وقت، عثمان ابن عفان، بردند. عثمان به فروشنده، ابن عمر گفت: سوگند یاد کن که نمی‌دانسته‌ای که برده بیمار است، وی از سوگند خوردن خودداری کرد و گفت: برای خدا سوگند نمی‌خورم و پاداش از خدا می‌خواهم. آنگاه به حکم خلیفه برده را بازستد و بهای آن را پس داد.

شافعی بر اساس این روایت گفته است: حیوان هم در حال تندرستی و هم در حال بیماری غذا می‌خورد و تغییر حال می‌یابد و ممکن است عیبی پنهان یا آشکار داشته باشد بدین جهت فروشنده نیازمند شرط برائت از عیب است تا در صورت بروز عیبی پنهان که خود او هم نمی‌دانسته به لزوم بیع وثوق و اطمینان خاطریابد (۲۴).

در فروع این مسأله بحث زیاد است که اطالۀ کلام در آن با هدف بحث ما مغایر است ولذا از آن درمی‌گذریم.

حکم مسأله در مذهب مالکی.

مالکی‌ها مصادیق این مسأله «شرطی که اثر عقد را تحکیم می‌بخشد» را تحت عنوان «شرطی که عقد نه مقتضی آن است و نه منافی آن» آورده‌اند و صحت و درستی آن را پذیرفته‌اند (۲۵).

این مطلب را پیشتر از حنبلی‌ها نقل کردیم و گفتیم که آنها نیز مثال‌های این مسأله را همان ضامن و رهن در بیع و قرض می‌دانند و آن را قبول دارند.

نکته جالبی که از گفته‌های اینان مستفاد می‌شود این است که حق حبس مبیع را نیز مثالی برای رهن در برابر ثمن گرفته‌اند. توضیح آنکه حنبلی‌ها می‌گویند شرطی که موجب تحکیم اثر عقد باشد صحیح است مثل رهن گرفتن با بیع از مشتری برای ثمنی که باید در مهلتی معین تحویل دهد. رهینه‌گاهی مالی است از مشتری و گاهی همان کالائی است که خریده است و به سبب بیع مال او شده است (۲۶) این مثال در واقع همان است که در موارد دیگر با عنوان حق حبس مبیع مطرح می‌شود.

۵- شرط کردن چیزی که با مقتضای عقد منافات نداشته باشد حکم مسأله در مذهب امامیه.

می‌دانیم که امامیه هر شرطی را که جهت خاصی بر بطلان آن نباشد مجاز می‌داند زیرا اصالة الاباحه، والموءمنون عند شروطهم را شامل آنها می‌داند. دامنه این بحث وسیع است و در همه عقود و ایقاعات جاری است. از بحث تفضیلی و نقل همه مثالها خودداری کرده به نقل چند مثال اکتفا می‌کنیم:

در بیع جایز است که مشتری شرط کند با بیع پارچه‌ای را که به او می‌فروشد برایش بدوزد یا طلا و نقره‌ای را که به او می‌فروشد به صورت دست‌بند یا گردن‌بند درآورد و به او تحویل دهد.

۲۵- الخرشى، ج ۲- ص ۴۳۸.

۲۶- كشاف القناع، ج ۲- ص ۳۷.

در اجاره جایز است که مستأجر مورد اجاره را به دیگری اجاره دهد مگر این که خلاف آن را شرط کرده باشد.
در نکاح جایز است شرط کنند که حق انتخاب محل سکنا با زوجه باشد (۲۷).

حکم مسأله در مذهب حنفی

در مذهب حنفی چنین عنوانی را ندارند، در عوض عنوان: «شرط متعارف» را دارند که بسیاری از مصادیق این عنوان را فرامی گیرد ولی برخی از آنها را نفی می کند. توضیح آنکه «شرط کردن چیزی که بامقتضای عقد منافات نداشته باشد» اعم است از «شرط متعارف» مانند شرط دوختن لباسی که پارچه اش را می خرند، و از «شرط غیر متعارف» مانند اینکه ملکی را بفروشند و فروشنده شرط کند که آن را مدتی به صورتی عاریه نگهدارد که چنین شرطی به عقیده حنفی ها فاسد و مفسد عقداست (۲۸).

در اینجا استدلال حنفی ها نیز به نوبه خود جالب است، آنها می گویند به استناد روایت: «نهی النبی عن بیع و شرط» قیاس و قاعده این است که هر شرطی که مقتضای عقد نباشد و برای یکی از طرفین نفعی نداشته باشد باطل باشد، مثل همین شرط دوختن لباس بر بایع ولی عرف و عادت برخلاف این قیاس و قاعده آن را مجاز می شمارد چنانکه «استصناع» را عرف و عادت حلال ساخته و حال آنکه علی القاعده باید باطل باشد.

استصناع عبارت است از فروختن جنسی که باید ساخته شود و به هنگام عقد بیع هنوز ساخته نباشد. چنین معاملاتی به عقیده حنفی چون مبیع غیر موجود است باطل است زیرا روایت داریم که: «لا تبع مالیس عندک» ولی عرف و عادت آن را حلال ساخته است (۲۹).

روشن است که حقوقدانان ایرانی که با حقوق مدنی ایران و فقه امامیه مانوس و آشنا هستند در اینجا دچار شگفتی شده خیلی حرفها

۲۷- مفتاح الکرامه و شرح لمعه ابواب بیع، اجاره و نکاح.

۲۸- موسوعة الفقه الاسلامی، ج ۱۱، چاپ قاهره ۱۳۸۴ قمری، ص ۱۸۵.

۲۹- مأخذ پیش، ص ۱۸۴.

دارند ولی با توجه به اینکه این بحثی است مبنائی که جای آن جایی دیگر است فعلا از ورود در آن خودداری می‌کنیم.

حکم مسأله در مذهب شافعی

شافعی‌ها هیچیک از این دو عنوان : «شرط چیزی که با مقتضای عقد منافات نداشته باشد» و «شرط متعارف» را ندارند ولی مستفاد از گفتارشان این است که آنها نیز مانند حنفی‌ها روایت «نهی‌النبی عن بیع و شرط» را قبول دارند و شروطی را که با یکی از عناوین ۱ تا ۴ تطبیق نکند درست نمی‌دانند. شاهد این گفتار آن است که شرط برائت از عیب دربیع و شرط بقاء ثمره بر درخت دربیع درختان را که حنفی‌ها از باب عرف و عادت حل می‌کنند شافعیها آن را به استناد روایاتی خاص تصحیح می‌کنند (۳۰).

حکم مسأله در مذهب مالکی

از مطالعه راه‌حلهائی که در این مذهب برای فروع و مثال‌های این مسأله ارائه شده می‌توان به این نتیجه رسید که مالکی‌ها هم در این مسأله مانند حنفی‌ها قاعده «نهی از شرط و بیع» را قبول دارند و در این فروع تنها تا آنجا که عرف و عادت اقتضا کند یا حدیثی خاص داشته باشند پیش می‌روند (۳۱) مثلاً گفته‌اند اگر کسی شتری را بفروشد می‌تواند شیر و سواری آن را تا مدتی معین برای خود شرط کند و این به استناد روایت جابر است که شتر خود را در راهی به پیامبر اکرم (ص) فروخت و شرط کرد که تا رسیدن به شهر مدینه شتر را سوار باشد و از شیرش استفاده برد.

حکم مسأله در مذهب حنبلی

مذهب حنبلی از مذاهب دیگر اهل تسنن در این مسأله فاصله گرفته و به راه حل مذهب امامیه نزدیک شده، این هم از شگفتی‌هاست! اینان تحت عنوان : «شرطی که مفید فایده باشد بسیاری از فروع را می‌آورند که

۳۰- مأخذ پیش با مطالب همان مأخذ در ص ۲۰ و ۲۰۹ مقایسه شود.

۳۱- بدایة‌المجتهد و نهایة‌المقتصد، از ابن‌رشد، ج ۲ ص ۱۶۰ والخرشی، ج ۴،

امامیه تحت عنوان : «شرطی که با مقتضای عقد منافات ندارد» آورده‌اند مانند شرط سکنا در منزل فروخته شده، شرط سواری شتری که فروخته شده، شرط دوختن پارچه‌ای که خریده و شرط درویدن کشتی که خریده است.

جالب‌تر این است که حنبلی‌ها معتقدند که روایت: «نهی‌النبی عن بیع و شرط» درست نیست. و این مبنای اصلی مسأله نزد حنفی‌ها و مذاهب دیگر اهل تسنن است.

نتیجه بحث

سخن به‌درازا کشید، گرچه دامنه بحث را بسیار کوتاه کرده‌ام. از این روی در همین جا این بحث را پایان می‌دهیم و به خلاصه کردن و نتیجه‌گیری از آن می‌پردازیم.

بنظر می‌رسد که می‌توان از آنچه گذشت به این نتیجه رسید که: مذاهب حنفی، شافعی و مالکی شروطی را صحیح می‌دانند که تحت یکی از این عناوین بگنجد: یا شرط صفت باشد یا شرط مقتضای عقد باشد یا شرطی باشد در جهت تأکید و تحکیم مقتضا و یا شرطی باشد که در روایات بر صحت آن دلالتی باشد و یا عرف و عادت آن را تأیید کند.

در حالی که در مذهب امامیه و حنبلی با آزادی بیشتری در این بحث اظهار نظر و اتخاذ تصمیم می‌کنند؛ اینان معتقدند که هر چه ممنوع و نامشروع نباشد و یا جهت خاص دیگر، مثل لغویت و غیر مقدور بودن، آن را شامل نباشد شرط کردن آن در عقود صحیح است.

مبنای اختلاف نظر، بنظر می‌رسد این است که مذاهب سه‌گانه دسته اول معتقدند که روایتی داریم بدین عبارت: «نهی‌النبی (ص) عن بیع و شرط» که این قاعده را قاعده‌ای کلی می‌گیرند و آنگاه برای استثنای از این قاعده به دنبال عناوینی می‌گردند که بتوانند موارد استثنائی را با آن عناوین توجیه کنند. در حالی که امامیه و حنبلی‌ها معتقدند به درستی

چنین روایتی نیستند و اصالة الاباحه و قاعدة «المؤمنون عند شروطهم» را عام و جامع همه موارد و مسائل می‌دانند مگر آنچه به‌جهتی از این عموم خارج شده باشد.

در تأیید این استنتاج نقل‌گفتاری از یکی از علمای حنبلی (۳۲) بجا و مناسب می‌نماید:

ابن قیم جوزیه چنین می‌گوید:

«تعلیق قراردادهای، فسخها، تبرعات، تعهدات و جزاینها بر شروط چیزی است که ضرورتها و نیازمندیها یا مصلحت موجب آن (تعلیق) است. انسان از آن بی‌نیاز نیست... منظور این است که شروط نزد شارع شأن و مرتبه‌ای دارند جز آنچه بیشتر فقها گفته‌اند. فقها برخی از شروط را لغو و باطل می‌دانند که شارع آنها را لغو و باطل ندانسته و آنگاه فساد و بطلان شروط را موجب فساد و بطلان عقد دانسته‌اند بدون اینکه موجبی داشته باشد. اینان در بیان عقود که تعلیق‌پذیرند یا تعلیق‌پذیر نیستند دچار تناقض شده‌اند و قاعده جامع و مانعی که قابل اثبات باشد ندارند...»

وی سپس چنین ادامه می‌دهد که:

«در شرع اسلام که پیامبر اکرم (ص) از جانب خدای بزرگ آورده دو قضیه کلی وجود دارد: یکی اینکه هر شرطی مخالف حکم خدا و ناقض کلام الله باشد باطل است هرچه می‌خواهد باشد. دیگری اینکه هر شرطی که مخالف حکم خدا و ناقض کتاب او نباشد صحیح و لازم‌الاجرا است و آن شرطی است که بدون اشتراط انجام و ترك آن جایز باشد. این دو قاعده کلی بدون استثناء هستند؛ دلیل اثبات آن قرآن، سنت و اجماع اصحاب رسول الله (ص) است و ما دیگر به مسائل مذاهب خاص و عقاید

اشخاص اهمیت نمی‌دهیم زیرا این چیزها نمی‌توانند قاعده‌ای شرعی را از بین ببرند.

شروط مرز و حد حقوق را معین می‌کنند. ما که خلف وعده‌ای را که شرط نشده از نشانه‌های نفاق و دوروئی می‌دانیم چگونه وعده‌ای را که شرط شده و بدین گونه تحکیم یافته چنین ندانیم؟ وفانکردن به شرط مشمول دروغ و خلف و خیانت و نیرنگ است. و از خدا خواستار توفیق هستیم.»

در پایان دو نکته را تذکر می‌دهیم:

یکی اینکه در کتابهای حقوق مدنی و فقه امامیه پس از بیان شرط صحیح آن را به شرط صفت، شرط فعل و شرط نتیجه تقسیم‌بندی می‌کنند. این تقسیم‌بندی از لحاظ تفاوت احکام آنها از حیث حق فسخ و رجوع به دادگاه و عدم آنها است که چون خود بحثی مستقل و تفصیلی است فعلاً از آن صرف‌نظر می‌شود.

دیگری اینکه استنتاج از این بحث را برای حقوق مدنی ایران به‌وقتی دیگر وامی‌گذاریم و آن هنگامی است که شرط فاسد و شرط فاسد و مفسد را نیز مطرح کرده باشیم که هر یک موضوع مقاله‌ای مستقل می‌باشد.