

## ماهیت و کارکرد فقهی «شروط» در معاملات بانکی

محمدرسول آهانگران\*

### چکیده

قرارداد های بانکی یا به صورت مطلق انعقاد پیدا می کند و یا به صورت مشروط و مقید. غالب قرارداد ها به صورت مشروط است لذا در اکثر قرارداد ها رعایت موازین شرعی در امور بانکی که این همه امروزه مورد توجه و اهمیت است منوط به شناخت ماهیت فقهی و حقوقی شرط و کارکرد آن است. شرط به اعتبار های مختلف، تقسیمات فراوانی را دارا می باشد که شناخت دقیق هر یک از این اقسام، اهمیت بسزایی دارد و نیز لازم است تأثیر هر یک را جدا جدا مورد بررسی قرار داد. این بررسی از چگونگی انعقاد صحیح قرارداد با هر یک از انواع شرط ها شروع شده، و تا ملاحظه تأثیر تخلف ادامه خواهد یافت. این بررسی می بایست با حوصله و دقت انجام گیرد و نباید دشواری برخی مطالب، موجب بی توجهی گردد. سهل انگاری و بی دقتی در عملیات بانکی بر اساس موازین شرعی، علاوه بر این که موجب می شود تا از زیربنا، با اقتصاد اسلامی جدایی حاصل شود، باعث تقویت شبهه برای بسیاری می گردد و در نهایت، آنها را به این توهم می رساند که رعایت احکام فقهی تنها عوض کردن ظاهر و صورت عملیات بانکی است و هیچ تغییر ماهوی رخ نمی دهد و آنها را دچار سردرگمی و حیرت پایان ناپذیر می کند و پیوسته در حالت سؤالی باقی می ماند که چرا باید برای این تغییرات سطحی و قهراً بی اثر، این همه هزینه نمود.

**کلیدواژه:** شرط فعل، شرط نتیجه، شرط ابتدایی، شرط ضمنی، تخلف شرط

\* دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران (پردیس فارابی) ahangaran@ut.ac.ir

تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۴/۱۷ - پذیرش نهایی: ۱۳۹۵/۱۰/۱۸

## ۱- مقدمه

اتفاقات متعددی باعث شد تا اقبال عمومی در سطح بین الملل، نسبت به اقتصاد اسلامی و خصوصاً نسبت به بانکداری اسلامی، افزایش چشمگیری پیدا کند؛ اتفاقاتی چون بیداری های اسلامی و مطرح شدن اسلام به عنوان داعیه دار اداره جامعه، بحران جهانی و معضلات اقتصادی در اغلب کشورها و نیز شورش علیه نظام سرمایه داری در برخی کشورها نظیر آمریکا. از سوی دیگر، این اقبال، نموده ای است از آینده بشریت بنابر آن چه از قرآن کریم و منابع اسلامی استفاده می شود مبنی بر این که اسلام، روزی به عنوان دین غالب بر همه ادیان مطرح خواهد شد و از اینرو، در تمام دنیا اداره جوامع بر اساس الگوی اسلامی صورت خواهد گرفت.

اسلامی شدن بخش اقتصاد و بانکداری، منوط به تبعیت از مقرراتی است که از طرف شارع مقدس وضع و تعیین گردیده است. مقررات شرعی در این بخش، از چنان ظرافتی برخوردار است که اگر دقت کافی در دریافت و اجرای آن صورت نگیرد، تنها شاهد بانکداری صوری و در ظاهر، شرعی خواهیم بود و لذا اسلامی شدن حقیقی در بخش یاد شده، منوط به آشنایی دقیق با احکام فقهی است و این امر در پی تلاش و جدیت و پرهیز از سطحی نگری تحقق خواهد یافت.

در کتبی که بعد از مرحوم شیخ انصاری در کتاب مکاسب تدوین شده است بحث از «شروط» در مبحث خیرات از ابواب متاجر و بعد از بحث از خیار عیب مورد بحث قرار می گیرد. در کتب فقهی نظیر دوره فقه آیه الله العظمی خوئی، و البیع امام خمینی (ره) از این بحث، تحت عنوان «القول فی الشروط التي يقع علیها العقد و شروط صحتها» بحث شده است. در کتاب های قواعد فقهیه نیز از این بحث تحت عناوین مختلف بحث شده است؛ برای نمونه در کتاب القواعد و الفوائد مرحوم شهید اول، ضمن قواعد مربوط به خیرات، و در کتاب العناوین تألیف مرحوم میر عبدالفتاح مراغی با عنوان فی معنی الشرط، و در کتاب القواعد الفقهیه مرحوم آیه الله بجنوردی، ذیل عنوان «المؤمنون عند شروطهم» به این مبحث پرداخته شده است. بحث از شروط و

مطالب مختلف مربوط به آن در یک کتاب مستقل با عنوان «الشروط» تألیف مرحوم سید محمدتقی خوئی در دو جلد مطرح شده است.

بیان حقیقت شرط و تفاوت جوهری آن با عقد و نقد های ناظر به نظرات فقهی و نیز کاربرد این مبحث در بانکداری اسلامی و نقدهایی که از این زاویه به روش هایی که به منظور اعمال مشروعیت اعمال بانکی صورت گرفته است؛ روش هایی مانند راه های فرار از ربا، تجویز اخذ جریمه دیرکرد در قالب وجه التزام، کارت های اعتباری و مباحثی از این دست، به این مقاله صورت ابتکاری داده است که قهراً مطالعه و نقد نظر اصحاب فکر بر غنای این بحث خواهد افزود.

## ۲- تعریف شرط

شرط دارای دو معنا می باشد که نباید این دو معنا را با یکدیگر خلط کرد، بلکه باید هر یک را معنایی جدا از دیگری که هیچ ربطی به یکدیگر ندارند به حساب آورد. این دو معنا عبارت اند از: معنای مصدری و معنای اسمی، که هر دو ذیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### ۲-۱- معنای مصدری

شرط در این معنای خود، مصدر و منشأ الفاظ متجانس مختلف از جمله شارط، مشروط و مانند آن است. شرط به معنای مصدری، عبارت است از تعهد یا التزام (البته تعهد و التزام مربوط به عقد که از آن به التزام در ضمن عقد تعبیر می شود) و تعهد، یکی از امور اعتباری است که اعتبارکننده آن را به این صورت اعتبار فرض می کند که: «من نمی توانم آن را ترک کنم»؛ این نتوانستن، یک نتوانستن تکوینی نیست که واقعاً و به راستی نتوانستن باشد بلکه یک نتوانستن فرضی و اعتباری است؛ به این صورت که اعتبارکننده، فرض می کند که از انجام کاری و یا ترک کاری - بنا به این که تعهد، بر انجام یا ترک باشد - که برخلاف تعهد صورت گرفته قرار دارد، ناتوان است. نتوانستن واقعی، ناشی از فقدان قدرت بر انجام عمل است و به خاطر فقدان علت

و موجب، عاجز از انجام می باشد ولی در نتوانستن فرضی، در حقیقت عاجز نیست بلکه فرض می کند که عاجز است و نمی تواند برخلاف تعهد عمل کند (المکاسب/۲۷۵).

## ۲-۲- معنای اسمی

شرط در این معنا، اسم جامد است و صیغه های مختلف از آن قابل اشتقاق نمی باشد. شرط در این معنا، عبارت است از آن چه که تحقق یک امری بر آن توقف دارد (همان/۲۷۵) به طوری که اگر شرط منتفی شود، آن چه که بر شرط توقف دارد نیز منتفی می گردد؛ ولی اگر محقق باشد از تحقق شرط لزوماً نمی توان به این نتیجه رسید که آن امری که بر شرط توقف دارد نیز حتماً محقق است. برای مثال، مباشرت مستقیم در انعقاد قرارداد های بانکی، منوط به رسیدن به سن خاصی است که اگر طرف قرارداد، به آن سن مورد نظر نرسیده باشد، امکان و صحت انعقاد قرارداد، منتفی است. با این توضیح، معلوم می شود که چه تفاوتی میان شرط به معنای اول با شرط به معنای دوم وجود دارد؛ چراکه شرط در معنای اول، یک معنای اعتباری است که در ذهن فرد اعتبار کننده به وجود می آید، ولی شرط در معنای دوم، یک امر حقیقی و نفس الامری است. تکیه گاه و وابسته بودن یک چیزی به چیز دیگر، یک امر واقعی و حقیقی است، نه این که فرضی و اعتباری باشد و لذا این که برخی از صاحب نظران سعی کرده اند تا این دو معنا را به یک معنا برگردانند (ایروانی غروی، حاشیه المکاسب/۶۱؛ طباطبائی یزدی، حاشیه المکاسب/۱۰۵) صحیح نیست و حق این است که این دو معنا، دو معنای مستقل و جدا و منفک از یکدیگر می باشند و هیچ یک قابل ارجاع به دیگری نیست. نکته دیگری که از این توضیح روشن شد این که شرط کننده در معنای اول، که عبارت از تعهد و التزام است، باید با توجه به آن چه که حقیقت این معنا از شرط را تشکیل می دهد معنای اعتباری تعهد را در ذهن خود ایجاد نماید. برای مثال، در قرارداد اجاره به شرط تملیک، بانک اموال مورد نیاز مصرف کنندگان و پنگاه های اقتصادی را به صورت نقد خریده و با احتساب سود بانکی در قالب قرارداد مذکور در اختیار شخص طرف قرارداد می گذارد؛ مثلاً شخصی نیاز به صد میلیون تومان برای

خرید یک باب منزل دارد، بانک خانه مورد نیازش را با همین مبلغ خریداری می کند و آنگاه این خانه را به شخص مورد نظر اجاره داده، و اجاره بها را با احتساب سود از وی بازپس می گیرد و وقتی بانک، اجاره بها را به ضمیمه سود به صورت کامل دریافت نمود بنا بر شرط، باید خانه مورد اجاره را به آن شخص تملیک نماید. در این شکل قرارداد، بانک در ابتدای قرارداد باید معنای اعتباری تعهد را به وسیله فرض ایجاد کند که البته این ایجاد باید در ذهن صورت گیرد و لذا متصلی بانک در این قرارداد، معنای تعهد را در ذهن خود ایجاد می کند، به این ترتیب که فرض می کند که بعد از دریافت سود و اجاره بها نمی تواند خانه را به تملیک مشتری دریاورد، و بدین ترتیب شرط به معنای اول تحقق می یابد (البته باید توجه داشت که مبالغ دریافتی از سوی بانک فقط می تواند در قالب اجاره بها باشد و نه سود؛ چون در قرارداد اجاره تنها چیزی که از مستأجر دریافت می شود اجاره بهاست و دریافت سود معنایی ندارد، گرچه مقدار اجاره بها می تواند هر مقدار مورد توافق باشد).

همچنین معلوم می شود که عقد را به معنای «تعهد دانستن»، خطا و نادرست است، گرچه در تعریف حقوقدانان و قانون مدنی اینچنین آمده، و عقد به «تعهد» تعریف شده است (قانون مدنی/ ماده ۱۸۳). تعهد، تشکیل دهنده معنای شرط است و نه معنای عقد. عبارت است از توافق دو اراده انشایی که از آن به «پیمان» نیز یاد می گردد. البته ماهیت حقوقی برخی از قراردادها را تعهد تشکیل می دهد مانند قرارداد ضمان و یا کفالت، ولی ماهیت قراردادی مانند بیع، از تعهد تشکیل نشده است؛ هرچند که این امر، یکی از احکام و یا آثار آن قلمداد می شود. پس اگر تعهد، ماهیت و جنس تعریف عقد را تشکیل دهد، می بایست در تمام انواع عقدها راه داشته باشد و حال آن که ملاحظه گردید تنها در ماهیت برخی معدود از عقدها، این معنا راه دارد، نه آن که در تمام انواع و اقسام، این حقیقت وجود داشته باشد. معنای اعتباری ای که حقیقت قراردادی را تشکیل می دهد که از جنس تعهد نیست، و اگر مقید به شرط به معنای تعهد شود در این صورت، بنا بر شرط صورت گرفته، مشروط علیه باید به تعهد خود

جامه عمل پوشاند. برای مثال، ماهیت عقد اجاره عبارت است از تملیک منفعت در قبال عوض معلوم. طرفین قرارداد اجاره، برای تحقق عقد باید هریک آنها این معنا را فرض کنند ولی شرط در این قرارداد، به این صورت است که مثلاً در اجاره به شرط تملیک، مؤجر، متعهد می شود که پس از دریافت اجاره بها و سود بانکی در یک دوره زمانی، عین مستأجره را به تملیک مستأجر در آورد. در اینجا مؤجر تعهد می کند؛ یعنی فرض می کند که هیچ گریزی از انجام تملیک آن عین از مستأجر برایش نیست، لذا قرارداد اجاره، غیر از شرط آن است. در قرارداد اجاره، هیچ گونه تعهد و التزامی در متن آن وجود ندارد؛ یا به عبارت دیگر، ماهیت عقد اجاره را تعهد و التزام تشکیل نمی دهد بلکه ماهیت این عقد از انشاء معنای موردنظر که تشکیل دهنده ذات این قرارداد است، تشکیل می شود؛ این معنا از سوی ایجاب کننده یا مؤجر، ایجاد می شود و سپس از سوی قبول کننده یا مستأجر مانند آن چه که مؤجر انشاء و ایجاد کرده بود به همان صورت مجدداً ایجاد می شود.

### ۳- اقسام شرط

شرط به عبارات مختلف، تقسیمات گوناگونی را می پذیرد که ذیلاً به برخی از اهم آنها اشاره می گردد:

#### - تقسیم شرط به اعتبار منشأ

الف) شرط عقلی: مانند شرط بودن قدرت در تکلیف، که اگر عملی غیر مقدور باشد، تکلیف نسبت به آن لغو و بی اثر است. برای مثال، در ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ مقرر گردید که طلبکار می تواند به اندازه نرخ تورم، خسارت تأخیر تأدیه دریافت کند مشروط بر این که دین را مطالبه کند و بدهکار با داشتن تمکن، امتناع از پرداخت کند و نرخ تورم فاحش باشد. طبق این ماده، توانایی و تمکن از پرداخت به عنوان شرط عقلی، مدنظر و مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است. چنان که شارع مقدس اسلام این شرط را در پرداخت بدهی مورد توجه قرار

داده، و در قرآن کریم فرموده است: «و إن كان ذو عسره فنظرة الی میسره» (بقره/۲۸۰)؛ بر این اساس، بانک نمی تواند با وجود عدم توانایی، گیرنده تسهیلات را الزام به باز پرداخت نماید.

ب) شرط عقلائی: مانند شرایط عمومی که از نظر همه عقلا، قرارداد ها باید واجد آنها باشد نظیر اختیار و عقل که در کلیه قرارداد های بانکی باید این شرایط در آنها وجود داشته باشد؛ اعم از آن چه که به هدف تجهیز منابع منعقد می گردد مانند انواع سپرده های قرض الحسنه و سرمایه گذاری، و یا آن چه با هدف تخصیص منابع انعقاد می یابد مانند فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، جعاله، خرید دین، سلف و ...

ج) شرط شرعی: شرایطی است که از سوی شارع مقدس اسلام مقرر گردیده است، مانند شرط بودن بلوغ که از سوی شارع مقدس تعیین شده و به عنوان یکی از شرایط عمومی در کنار شرایط عقلی برای کلیه قرارداد های بانکی مقرر گردیده است. د) شرط توافقی: به شرایطی اطلاق می گردد که مورد توافق دو طرف قرارداد باشد. این شرایط بنا به مقتضیات زمانی و وجود مصالح تعیین می گردد.

#### - تقسیم شرط به اعتبار سعه و ضیق دائره آن

الف) شرط عام: شرایطی را گویند که بسیاری از قرارداد ها منوط و وابسته به آن است؛ مانند شرط بودن بلوغ و یا قصد طرفین قرارداد.

ب) شرط خاص: این نوع شرایط تنها در صحت برخی از قرارداد ها نقش دارد؛ مانند شرط بودن قبض در قرارداد هایی چون رهن، هبه یا هدیه و قرض.

#### - تقسیم شرط به اعتبار تأثیر در متعلق آن

الف) شرط صحت: به شرایطی اطلاق می شود که صحیح بودن یک قرارداد، به وجود آن منوط است؛ مانند معلوم بودن عوض و معوض، که برای عقد بیع شرطیت دارد ولی در صحت عقد صلح شرطیت ندارد؛ از اینرو، اگر بانک بخواهد در قالب

قرارداد بیع، مبادرت به انعقاد عقد نماید، زمانی حکم به صحّت می شود که مورد معامله، مشخص و معلوم باشد ولی چنین چیزی برای عقد صلح ضرورت ندارد.

ب) شرط لزوم: این شرط موجب می شود تا با تحقّق آن، قرارداد از حالت جایز بودن به لازم بودن تبدیل گردد؛ و منظور از جایز بودن یک قرارداد آن است که هر یک از طرفین قرارداد، در هر زمانی که اراده کنند بتوانند آن را به هم زده، و یا اصطلاحاً فسخ کنند؛ ولی عقد لازم آن است که هر یک از طرفین قرارداد به تنهایی نتوانند قرارداد را فسخ نمایند، البته در یک قرارداد لازم، اگر هر دو طرف قرارداد به توافق برسند، می توانند قرارداد انجام گرفته را فسخ کنند. برای مثال، قبض در قرارداد بیع، شرط لزوم می باشد یعنی تا کالای مورد معامله به تحویل مشتری نرسد، امکان به هم زدن معامله برایش خواهد بود، ولی بعد از نقل و انتقال، امکان یک جانبه منتهی می شود.

#### – تقسیم شرط به لحاظ متعلّق آن

الف) شرط فعل: عبارت است از عملی که تعهد به انجام آن از سوی طرفین قرارداد صورت می گیرد. در اجاره به شرط تملیک، تملیک می تواند در قالب «شرط فعل» مطرح شود؛ در این صورت، مؤجر که در قراردادهای بانکی، معمولاً طرف بانک می باشد متعهد می شود که پس از پرداخت اجاره بها و سود از سوی مشتری که در واقع، همان مستأجر است، خانه یا ملک مورد اجاره را به مالکیت او درآورد؛ در این صورت، مستأجر زمانی مالک می شود که بانک به تعهد خود جامه عمل بپوشاند.

ب) شرط نتیجه: عبارت است از این که نتیجه قراردادی برای یکی از طرفین، به صرف اشتراط حاصل می شود به طوری که رسیدن به آن نیازمند انجام کاری از سوی مشروط علیه نیست. اجاره به شرط تملیک، چنان که ممکن است در قالب شرط فعل انعقاد یابد همین طور ممکن است به صورت شرط نتیجه، صورت پذیرد. در این صورت، هنگامی که اجاره بها به همراه سود مورد مطالبه از سوی مستأجر پرداخت



شود، وی مالک خانه یا ملک می‌گردد و مالکیت وی نیازمند انجام کاری از سوی بانک یا هر مشروطاً علیه دیگری نیست.

ج) شرط وصف: شرطی است که خصوصیتی برای عوضین در یک قرارداد، مورد شرط قرار گیرد. برای مثال، در معامله بر روی یک کتاب، چاپ خاصی از آن مورد شرط قرار داده شود.

### - تقسیم شرط به لحاظ مستقل یا ارتباطی بودن آن

الف) شرط ابتدائی: آن است که به هیچ قراردادی مرتبط نیست بلکه جداگانه مورد تعهد قرار می‌گیرد که به آن وعده نیز اطلاق می‌گردد.

ب) شرط ضمنی: آن است که مرتبط و در ضمن یک قراردادی باشد؛ مثل این که در ضمن عقد بیع، شرطی مطرح می‌شود.

شرط‌های ضمنی نیز خود به سه دسته تقسیم می‌شود:

اول- شرط ضمنی مورد تصریح در متن قرارداد: به این صورت است که طرفین نسبت به آن در متن قرارداد تصریح نمایند، که این تصریح ممکن است به صورت نوشتاری و یا گفتاری باشد، مثل بسیاری از شروطی که در قرارداد های بانکی در قالب فرم‌های خاص مورد تصریح قرار می‌گیرد.

دوم- شرط ضمنی ارتکازی عقلایی: آن است که از سوی طرفین قرارداد، مورد تصریح قرار نمی‌گیرد ولی در ذهن همه عقلا وجود دارد و آنها نیازی به تصریح نمی‌بینند و با وجود عدم ذکر آن در متن قرارداد، به وجود آن اذعان دارند؛ نظیر شرط صحت، که در هر قراردادی صحیح و سالم بودن عوضین، مورد اذعان عقلاست هر چند که نسبت به آن در غالب موارد تصریح و اظهاری صورت نمی‌گیرد.

سوم- شرط مبنی علیه العقد: آن است که طرفین قرارداد قبل از انعقاد قرارداد، آن را مطرح و مورد توافق قرار می‌دهند ولی در متن قرارداد، ذکری از آن به میان نمی‌آید و اساساً قرارداد بر پایه آن شکل می‌گیرد.

#### ۴- شرایط معتبر در صحت شرط

##### ۴-۱- قدرت مشروطاً علیه

مشروطاً علیه یا کسی که متعهد به انجام شرطی می‌شود باید قدرت و توان انجام آن چه که مورد شرط قرار گرفته است را دارا باشد. تمام فقها، مقدور بودن مورد شرط را معتبر می‌دانند (المکاسب/۲۷۶) و اگر در حین قرارداد، شرطی مطرح شود که مقدور مشروطاً علیه نیست، موجب برای بطلان آن شرط به حساب می‌آوردند و برای اثبات این امر به دلایلی استناد شده است که از جمله آن این است که الزام کردن مشروطاً علیه به کاری که خارج از قدرت اوست لغو و بی اثر است.

##### ۴-۲- وجود غرض عقلایی

شرط باید دربردارنده یک غرض عقلایی مورد اعتنا باشد. با توجه به این شرط، اگر امری مورد تعهد قرار گیرد که مشتمل بر هیچ غرض و فایده عقلانی نباشد باطل و بی اثر است (همان).

##### ۴-۳- عدم مخالفت با شرع

شرط نباید مخالف شرع باشد. در شرط این امر به صورت مسلم میان همه فقها پذیرفته شده است که مورد تعهد نباید مخالفتی با دستورات شارع مقدس داشته باشد (همان)؛ مثل این که در عقد قرض شرط شود که قرض گیرنده باید مقدار اضافه ای اعم از عینی و یا حکمی به قرض دهنده پردازد و این شرط چون غیر شرعی بوده و ریاست قهراً باطل می‌باشد و البته این پرداخت اضافه در هر قالبی که باشد ریاست، نظیر این که در قالب وجه التزام بابت تأخیر تأدیه، گرفتن اضافه و پرداختن آن از سوی تسهیلات گیرنده بانک، شرط شود؛ در این صورت، بنا بر فتوای امام خمینی (ره) مبنی بر عدم مشروعیت دریافت جریمه دیرکرد (تحریر الوسیله/۶۱۸/۲؛ مجموعه نظرات شورای نگهبان/۱۹۲) با اضافه ای است که شرعاً جایز نمی‌باشد؛ هرچند برخی دیگر از صاحب نظران تلاش کرده‌اند تا به آن در قالب وجه التزام، مشروعیت ببخشند، ولی حقیقت این است که عمل به شرط در صورتی لازم است که مشروع باشد و شرط گرفتن اضافه، به استناد

ادله حرمت ربا مشروعیتی ندارد. وقتی معلوم شد که شرط موردنظر، ربوی و حرام است قهراً شرط خلاف شرع، باطل و بی اثر خواهد بود. دلیل فقها برای اثبات بی اثر بودن شرط مخالف شرع، روایات متعددی است که طی آن ائمه (ع) شرطی را واجب الوفاء دانسته اند که مخالفتی با شرع نداشته باشد. برای نمونه، در روایتی از علی (ع) آمده است: «فإن المسلمین عند شروطهم ألاً شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» (وسائل الشیعه/۱۷/۱۸): مسلمانان پایبند به شروط خود خواهند بود مگر شرطی که حلالی را حرام نموده، و یا حرامی را حلال کند. یا در روایت دیگری از امام صادق (ع) آمده است: «المسلمون عند شروطهم ألاً کل شرط خالف کتاب الله عزّ و جلّ فلا یجوز» (همان). شرط مخالف شرع چنان که ممکن است به شکل «شرط فعل» باشد همین طور ممکن است، شرط مخالف شرع از نوع «شرط نتیجه» باشد؛ و شرط مخالف شرع از نوع شرط فعل، مانند آن چه در بالا از نظر گذشت که در یک قرارداد قرض، شرط شود که مدیون مبلغ اضافه ای علاوه بر اصل دین به داین یا طلبکار بپردازد. اما شرط نتیجه ای که مخالف شرع باشد نظیر این که نتیجه از اموری باشد که توسط سبب خاص حاصل شود و ما بخواهیم آن را توسط اشتراط به وجود بیاوریم؛ مثل طلاق که با سبب خاص حاصل می شود و نمی توان به صرف اشتراط آن را محقق نمود. البته با یک دقت می توان مخالفت با شرع را به کلیه شرط نتیجه ها تعمیم داد؛ به این صورت که هر نتیجه ای مانند مالکیت، نیاز به سببی دارد، و سبب عبارت است از قصد به معنای انشاء و اگر بخواهیم آن را بدون انشاء و به صرف اشتراط به وجود آوریم خلاف شرع است، چراکه به طور مسلم، مقوله ای مانند مالکیت نیازمند به تملیک است و تملیک، انشاء سلطنت اعتباری است و ممکن نیست که معنای اعتباری، بدون سبب آن که عبارت از اعتبار و انشاء است تحقق یابد. پس نتیجه ای که می خواهیم به وسیله شرط محقق سازیم، از دو حال خارج نیست: یا نیازمند سبب خاص (مانند الفاظ خاص) است، و یا سبب عام (مانند قصد به معنای انشاء)؛ و نباید تصور نمود که شرط نتیجه تنها در جایی نامشروع است که سبب خاص نیاز باشد بلکه در اموری هم که سبب عام لازم است،

شرط نتیجه نامشروع است، چراکه در این صورت نیز حکم به تحقق نتیجه است بدون وقوع سبب عام آن.

به عنوان نمونه، در دریافت جریمه برای تأخیر تأدیهٔ دین از سوی بانک، نسبت به وثیقه ای که از گیرنده تسهیلات دریافت نموده به شکل شرط نتیجه، تملک خود را نسبت به جریمه مذکور شرط می‌نماید؛ چون مالکیت از اموری است که نیاز به قصد دارد و نمی‌تواند صرفاً اشتراط - البته با فرض این که چنین شرطی، مشروعیت داشته باشد - سبب آن باشد قهراً مالکیت بانک نسبت به مبالغ اضافه‌ای که بابت جریمه دریافت می‌کند، خلاف شرع خواهد بود.

مثال بالا، قابل تعمیم به هر قراردادی است که بخواهیم به صرفاً اشتراط مذکور آن را منعقد نمائیم. اثبات غیر مشروع بودن شرط نتیجه به این صورت است که از یک طرف، مسلم است که امور اعتباری با قصد و انشاء به وجود می‌آید و بدون آن، امکان تحقق برایشان نیست؛ اموری مثل مالکیت ممکن نیست که بدون انشاء واقع شود و این مطلب، مورد انکار هیچ یک از صاحب نظران و فقها قرار نگرفته، و اصلاً انکار آن معقول نیست. مگر می‌شود اموری مثل مالکیت که علت به وجود آورندهٔ آن، انشاء و اعتبار است بتواند بدون علت تحقق پیدا کند؟ بنابراین، برای تحقق نتیجه‌هایی که از سنخ امور اعتباری است می‌بایست انشاء و قصد صورت گیرد و نمی‌شود این نتیجه‌ها بدون قصد و به صورت خود به خود تحقق یابند. از طرف دیگر، در مورد نتایجی که اظهار می‌گردد به صورت شرط نتیجه محقق می‌شود اگر منظور این است که انشاء و قصدی که وجود آن ضروری است، در حین قرارداد صورت می‌گیرد که این خلاف فرض است، یعنی مثلاً در یک قرارداد اجاره به شرط تملیک، قبل از این که مستأجر به تعهد خود عمل کند، مؤجر مالکیت عین مورد اجاره را برای طرف مقابل انشاء نماید؛ این فرض معلوم است که بر خلاف واقع است و اگر گفته شود که قصد در قالب شرط، به عنوان وظیفه ای بر عهدهٔ مؤجر در این مثال نهاده شده است، در این صورت، شرط به صورت شرط فعل است و شرط نتیجه نخواهد بود. حاصل این که

شرط نتیجه، یا غیر مشروع و غیر معقول است و آن در صورتی است که تصور شود با وجود این که نتیجه از سنخ امور اعتباری بوده، در عین حال بدون اعتبار و انشاء محقق شده و یا خلاف فرض است و یا برگشت به شرط فعل می‌نماید.

بر این اساس، برخی مراجع تقلید انعقاد قرارداد اجاره به شرط تملیک در قالب شرط نتیجه را، مورد اشکال قرار داده‌اند؛ به عنوان نمونه، مرحوم آیه الله فاضل لنکرانی در پاسخ به استفتائی اظهار داشته‌اند: «اگر مقصود آن است که تملیک به نحو شرط نتیجه باشد به این معنا که بعد از پایان یافتن مدت اجاره، خود به خود به ملکیت مشتری و مستأجر درآید، صحت آن مشکل است» (مجموعه آرای فقهی قضائی ۲۷/۲۸).

#### ۴-۴- عدم مخالفت با مقتضای عقد

مخالفت با مقتضای عقد به دو صورت زیر می‌باشد:

الف) مخالفت با مقتضای به معنای مخالفت با مفاد و مدلول قرارداد

مخالفت گاه با مفاد قرارداد است که اگر شرط با مفاد قرارداد مخالفت داشته باشد، در این صورت شرط به خاطر مخالفت با مقتضای عقد باطل است مثل این که در یک قراردادی نظیر بیع شرط شود که مشتری مالک مبیع نشود، که این شرط باطل و بی اثر خواهد بود. عقد وکالت در تار و پود عملیات بانکی نقش دارد و در بسیاری از موارد، بانک با انعقاد قرارداد وکالت، به عنوان وکیل ایفای نقش می‌نماید؛ حال اگر وکالت منعقد شده، مشروط به عدم تأثیر عزل موکل باشد که اصطلاحاً به وکالت با این شرط، وکالت بلاعزل گفته می‌شود، چنین شرطی به دلیل مخالفت آن با مقتضای عقد وکالت باطل و بی تأثیر است. توضیح این که معنا و مفاد وکالت عبارت است از نمایندگی و این که وکیل، جانشین موکل است؛ حال وقتی حقیقت وکالت عبارت شد از جانشینی، دیگر با عزل و عدم پذیرش موکل نسبت به جانشینی دیگر، معنا ندارد که وکیل همچنان جانشین باشد؛ لذا شرط مذکور باعث می‌شود که وکیل با وجود انتفای حقیقت وکالت بتواند به عنوان نماینده نقش ایفا کند. در اینجا اگر کسی بگوید که خود موکل بنا به فرض، این شرط را پذیرفته و با پذیرش او وکیل حتی با عزل، وکیل

است؛ در جواب باید گفت که موکل از یک طرف در قالب وکالت، وکیل را جانشین و قائم مقام خود قرار داده است، یعنی فرض کرده که کار و عمل وکیل، کار و عمل خود اوست؛ حال با فرض عزل معنا ندارد که همچنان جانشینی باقی باشد. جانشین کسی است که اختیارش به دست کسی است که او را در این جایگاه نصب نموده است؛ اگر عزل موکل بی اثر باشد معنایش این است که اختیار از دست نصب کننده خارج شده و او مستقلاً کار می کند نه این که کار او، کار و عمل نصب کننده باشد، پس معنا ندارد که عزل وکیل، از دست موکل خارج شود ولی با این حال، او مستقلاً نبوده و جانشینش باقی بماند.

بنابراین، شرط عدم عزل در وکالت با مفاد، معنا و ماهیت این عقد منافات دارد و باعث می شود که در فرض تحقق، حقیقتی که تشکیل دهنده ذات این قرارداد است از بین برود؛ لذا باید گفت که حکم به صحت وکالت، با وجود شرط فوق، به دلیل مخالفت شرط با مقتضای عقد وکالت محل اشکال است.

ب) مخالفت با مقتضای به معنای مخالفت با آثار عرفی و یا شرعی قرارداد مخالفت با مقتضای عقد، گاه به این صورت است که شرط موردنظر با آثار عرفی و یا شرعی یک قرارداد در تنافی است؛ برای مثال، جابجایی و یا استفاده از مبیع جزو آثار عرفی قرارداد بیع است که اگر عدم آن شرط شود مثل این که فروشنده در هنگام فروش کالا شرط کند که خریدار، حق هیچ نوع تصرف و یا جابجایی را ندارد، این شرط به دلیل مخالفت با مقتضای عقد باطل است.

#### ۴-۵- لزوم معلوم بودن و مانعیت جهل

درباره شرط مجهول میان فقها اختلاف وجود دارد؛ به این صورت که برخی از فقها جهالت به قول مطلق را موجب بطلان می دانند ولی برخی دیگر از ایشان جهالتی را موجب بطلان قرارداد می دانند که منتهی به غرر یا همان خطر شود (الشروط أو الالتزامات التبعية/۱/۱۵۳). تفاوت این دو دیدگاه در یک مثال، به این صورت است که اگر کسی کالایی را به شرط خیاطت لباسی بفروشد ولی نوع خیاطت را معین نکند حال

اگر تفاوت میان نوع خیاطت زیاد باشد در این صورت، جهالت مذکور موجب غرر می شود ولی اگر تفاوت میان انواع خیاطت زیاد نباشد منتهی به غرر نمی شود.

#### ۴-۶- عدم استلزام امر محال

شرط نباید مستلزم محال باشد؛ مثل این که در یک قرارداد بیع، بایع به مشتری بگوید این کالا را به شرطی به تو می فروشم که تو آن را به من بفروشی، که این شرط مستلزم دور است و محال خواهد بود؛ چراکه مالکیت مشتری، متوقف بر عمل اوست به شرطی که در معامله صورت گرفته و تا مشتری به شرط عمل نکند مالک نمی شود و از طرف دیگر، زمانی می تواند به این شرط جامه عمل بپوشاند که مالک شده باشد چون تا مالک نشده باشد به حکم «لا بیع اّلا فی ملک» نمی تواند مبادرت به فروش مال کند؛ پس هر یک به دیگری متوقف است و چنین امری محال است.

در امور بانکی، مثال این مسأله به این صورت است که برخی برای توجیه شرعی کارت های اعتباری (Credit card) برای خرید کالا ها و خدمات اظهار می دارند که بانک، مبلغی را به حساب شخصی که دارای اعتبار است واریز می کند و آن شخص را وکیل می نماید تا با پول واریز شده برای بانک کالایی را خریداری کند و بعد بلافاصله به خودش بفروشد؛ البته با یک مبلغ بیشتر. این که بانک، شخص مورد نظر را وکیل می کند که کالا را برای بانک خریداری کند ولی بلافاصله آن را از بانک برای خودش بخرد، شرطی است که مستلزم محال است، چراکه مالکیت کالای خریداری شده برای بانک، مشروط است به این که وکیل در خرید، بلافاصله آن را برای خود تملک نماید و چون مشروط بعد از شرط محقق می یابد، بانک هم زمانی مالک می شود که وکیل، کالا را برای خود تملک نموده باشد و این در حالی است که مالکیت وکیل، متوقف بر مالکیت بانک است؛ و وقتی مالکیت بانک بنا بر شرط صورت گرفته، متوقف بر مالکیت وکیل باشد مستلزم دور است؛ از اینرو قرارداد مذکور باطل خواهد بود.

#### ۴-۷- لزوم بودن در ضمن عقد لازم

شرط به سه صورت، ضمنی خواهد شد که توضیح آن قبلاً از نظر گذشت. حال اگر شرط در ضمن قرارداد لازم گنجانده نشود بلکه به صورت ابتدائی باشد بنا بر نظر مشهور فقها عمل به آن واجب نیست (طباطبائی یزدی، حاشیه المکاسب/۱۰۶) از اینرو، در کلیه شرط هایی که از طرف بانک قرار داده می شود، به منظور ضمنی شدن شرط، آن را در متن عقد صلح که یکی از عقود لازم است، می گنجانند.

#### ۴-۸- لزوم منجز بودن

تنجیز در مقابل تعلیق است. تعلیق، عبارت است از مشروط و وابسته بودن چیزی به چیز دیگر؛ مثل این که در یک قرارداد بیع، بایع تملیک خود را معلق و وابسته به چیزی کند نظیر این که بگوید «اگر فلانی آمد من این کالا را به تو فروختم». تعلیق در باب شرط، موجب بطلان و فساد آن می گردد.

تعلیق به دو صورت است: یا تعلیق صورت گرفته بر عملی است که تحقق آن مردّد است و یا تعلیق بر وصف و ویژگی ای می شود که وقوع آن مورد شک و تردید است؛ و تعلیق بر عملی که تحقق آن مردّد است مثل این که چیزی بر آمدن شخصی معلق گردد، و تعلیق بر وصف مردّد مثل این که بر وجود فلان ویژگی در کالایی مورد نظر، تعلیق شود. هر دو نوع تعلیق موجب بطلان شرط است و شرط باید منجز باشد؛ یعنی نه معلق بر عمل مشکوک التحقق باشد، و نه معلق بر وصف مشکوک التحقق.

#### ۵- تأثیر تخلف شرط

تخلف شرط چه نسبت به شرط فعل صورت گیرد، به این معنا که در حین قرارداد، یکی از طرفین به انجام کاری متعهد شود ولی نسبت به انجام کاری که به آن تعهد نموده است، استکاف نماید و یا تخلف از شرط وصف صورت گیرد، به این نحو که ویژگی ای مورد شرط قرار گرفته باشد ولی آن ویژگی محقق نشده باشد، و یا



شرط نتیجه که نتیجه مدّ نظر در شرط، تحقّق نیابد، تنها در یک صورت، دارای اثر مشترک است و در صورت‌های دیگر دارای آثار یکسانی نبوده و بلکه مختلف است. در یک صورت، تخلف شرط در همه انواع سه گانه تخلف شرط، موجب بطلان قرارداد می شود و آن در صورتی است که اصل مفاد قرارداد به آن شرط مرتبط شده باشد؛ به این معنا که شرط مورد نظر، قیدی از مفاد قرارداد را تشکیل دهد، که در این صورت، چون آن چه مقصود طرفین را تشکیل می دهد، تحقّق نیافته است بنابر قاعده مورد اتفاق همه فقها و صاحب نظران به نام قاعده تبعیت عقد از قصد یا «العقود تابعه للقصود»، قرارداد محکوم به بطلان است؛ چراکه بنا به فرض، آن چه که مورد قصد و انشاء بوده عبارت است از عقد مشروط و وقتی شرط منتفی شود، عقد و قرارداد بدون شرط باقی مانده و این امر، مورد قصد و انشاء نبوده است و چون بنابر قاعده فوق، اصل لزوم قصد در قراردادها غیر قابل انکار است، لذا در صورت فوق باید حکم به بطلان قرارداد نمود. بنابراین، بطلان قرارداد در صورتی که شرط، باعث تقیّد مفاد قرارداد شود به حکم قاعده مسلم تبعیت عقد از قصد، حتمی است؛ به علاوه این که، از جهت فقدان عنصر رضایت نیز می توان به این نتیجه رسید؛ به این شکل که بنا به فرض، اگر متعلّق رضایت در یک قرارداد عبارت از مفاد قرارداد همراه با شرط مورد نظر باشد، به طوری که متعلّق رضایت، عقد همراه با شرط بوده و عقد بدون شرط فاقد رضایت باشد، در این صورت، به دلیل فقدان عنصر رضایت که به طور مسلم یکی از ارکان اصلی صحّت هر قراردادی است، بطلان عقد حتمی و غیر قابل انکار خواهد بود.

اما اگر شرط موجب تقیّد اصل قرارداد نشود بلکه التزام به بقاء و یا به عبارت دیگر، عمل به قرارداد را مشروط کند؛ به این معنا که مثلاً در شرط فعلی، مشروطّ علیه به انجام کار و عملی متعهد شود و توافق طرفین به این صورت باشد، حال اگر مشروطّ علیه به تعهد خود جامه عمل نپوشاند، مشروطّ له حق داشته باشد که به مفاد قرارداد پایبند و ملتزم نباشد در این صورت، مشخص است که تخلف از شرط، موجب بطلان

قرارداد نیست بلکه باعث می شود تا حق فسخ تحقق یافته و طرفی که شرط به نفع او صورت گرفته است با ملاحظه تخلف آن، بتواند قرارداد را فسخ کند.

بر اساس این تحلیل و بررسی، با توجه به این که بانک در قراردادها معمولاً در قالب آئین نامه های اجرایی شرایطی را مطرح می نماید و اصولاً قراردادها به صورت مجرد منعقد نمی شود، از اینرو باید ملاحظه نمود که شرط به مفاد خود قرارداد مرتبط شده است و یا به التزام به بقاء؟ اگر مشروطاً له پابندی و التزام خود را به قرارداد مشروط کرده باشد، در صورت تخلف مشروطاً علیه، فقط اختیار فسخ برایش خواهد بود ولی اگر اصل قرارداد و رضایت مشروط باشد، قهراً با تخلف شرط، قصد و رضایت نخواهد بود و از این جهت باید حکم به بطلان نمود؛ بنابراین، تخلف شرط بسته به نحوه اشتراط، دارای آثار مختلفی می باشد. حال با توجه به تأثیرات مختلف تخلف شرط و به منظور جلوگیری از خلط این تأثیرات، تعیین دقیق متعلق شرط که آیا مفاد قرارداد است و یا التزام و پابندی؟ ضروری خواهد بود و این در حالی است که معمولاً این جنبه در قرارداد های بانکی مورد غفلت واقع گردیده است.

لازم به ذکر است که تخلف شرط، به دو صورت است: یا متعهد به تعهد خود عمل نمی کند و یا این که شرط به دلیل بی اعتباری، از مورد تعهد خارج می شود؛ مثل این که در یک قرارداد مضاربه با این که بنا به امین بودن عامل، ضمانی برایش نیست؛ یعنی در صورت عدم تعدی و تفریط، اگر مال مورد مضاربه تلف شود، وی ضامن نیست و مسئولیتی به او توجه ندارد. حال اگر در قالب شرط ضمنی، ضامن بودن امین مورد شرط قرار گیرد، چون میان فقها در صحت و بطلان چنین شرطی اختلاف وجود دارد، اگر تا یک زمانی بنا بر صحت گذاشته شده و بر طبق آن عمل شود ولی از یک زمان به بعد، به حکم دیدگاه بطلان، چنین شرطی بی اعتبار اعلام شود، در اینجا شرط مذکور، مورد تخلف واقع شده است، و بنا به متعلق شرط، تأثیر این تخلف متفاوت خواهد بود. در یک صورت، با تخلف شرط مذکور باید به بطلان اصل قرارداد حکم نمود و در صورتی دیگر، تخلف شرط لطمه ای به صحت اصل قرارداد نمی زند.

در معامله های بانکی به عنوان یک نمونه واقعی برای تخلف شرط از جهت حکم به بطلان، می توان از جریمه دیرکرد یاد کرد که تا یک زمان بنا بر فتوای امام خمینی (ره)، شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۴/۴/۱۲ بی اعتباری این شرط را اعلام نمود. همچنین در تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۴ مجدداً بر این امر تأکید و تکرار صورت گرفت اما با بازنگری صورت گرفته، حکم به صحّت آن گردید و از تاریخ ۱۳۶۸/۱۲/۱۳ به مورد اجرا گذاشته شد.

حال با توجه به مطالبی که در بالا توضیح داده شد باید تأثیر تخلف شرط به صورت دقیق مورد توجه واقع شده و مشخص شود که در چه صورت، تخلف موجب به هم خوردن اصل قرارداد می شود و در چه صورت، فقط موجب می شود که طرف مقابل، حق فسخ پیدا کرده و بهم زدن قرارداد به اختیار او وابسته باشد؟ از این توضیحات، معلوم می شود که فتوا به صحّت قرض مشروط به زیاده و این که شرط حرام است و حرمت شرط، آسیبی به صحّت عقد قرض نمی زند (منهاج الصالحین/۱۷۰/۲؛ تحریر الوسیله/۶۵۵/۲) تنها در یک صورت صحیح است و آن در صورتی است که طرفین عقد قرض، شرط زیاده را به اصل و مفاد عقد مرتبط نکرده باشند، بلکه متعلق شرط، پایبندی به عقد باشد ولی اگر متعلق شرط، مفاد خود قرض باشد به این صورت که طرفین قرارداد، عقد مشروط را اعتبار و انشاء نموده باشند، چون با تخلف عقد، قصد منتفی است - چراکه مقصود بنا به فرض، عقد همراه با شرط است نه مجرد و بدون آن و همین طور مورد رضایت ایشان عبارت است از عقد مشروط، و عقد بدون شرط، مورد رضایت آنها نیست - از اینرو در فرض از بین رفتن شرط، باید حکم به بطلان عقد نمود؛ البته به اختیار و انتخاب طرفین بستگی دارد که متعلق شرط، خود قرارداد باشد و یا پایبندی و التزام به قرارداد؛ ولی نباید به صورت کلی در مورد صحّت قرارداد مذکور حکم صادر نمود بلکه صحّت، منوط به اختیار طرفین قرارداد است؛ اگر طرفین، مفاد عقد را متعلق شرط قرار دهند باید در صورت تخلف ناشی از بطلان،

حکم به بطلان خود عقد نمود ولی در صورتی که التزام به عقد، متعلق شرط را تشکیل دهد، بطلان شرط موجب بطلان قرارداد نمی شود.

اما تخلف از شرط فعل از نقطه نظر مشهور فقها اثر دیگری را داراست و آن جواز الزام از ناحیه مشروط له است. مشروط له با ملاحظه تخلف از سوی مشروط علیه البته در صورتی که توان و قدرت انجام آن را داشته باشد و با وجود توان انجام، از عمل به تعهد خود امتناع ورزد در این صورت، مشروط له می تواند او را نسبت به انجام تعهد صورت گرفته، الزام و اجبار نماید؛ چراکه او از عمل به وظیفه شرعی خود امتناع نموده و هر کس از انجام وظیفه شرعی اش سرپیچی کند به حکم ادله امر به معروف و نهی از منکر، طرف مقابل حق دارد تا او را به انجام وظیفه شرعی الزام نماید. البته امر به معروف و نهی از منکر دارای مراتبی است و باید در الزام متخلف، رعایت مراتب امر به معروف و نهی از منکر را نمود. مراتب امر به معروف و نهی از منکر از انزجار قلبی و تذکر زبانی شروع می شود و تا مجازات های متناسب ادامه می یابد. البته اعمال مجازات مخصوصاً در صورت ایراد ضرب جرحی و بالاتر از آن، مشروط به حکم حاکم و رعایت تشریفات قانونی در تقدیم شکایت به محاکم قضایی است؛ لذا در چنین فرضی، بانک نمی تواند بدون رعایت تشریفات قضایی، متخلف را مورد مجازات در قالب جریمه و یا هر نوع مجازات دیگر قرار دهد.

در مقابل دیدگاه مشهور، دیدگاه دیگری قرارداد دارد که عده زیادی از فقها بدان معتقدند و آن این که مشروط علیه در فرض تخلف از عمل به تعهد خود، باعث نمی شود که برای مشروط له، حق الزام به وجود آید و آن اثری که تخلف از شرط دارد این است که موجب می شود تا مشروط له تنها حق فسخ قرارداد را پیدا کند (منیه الطالب فی حاشیه المکاسب/۱۳۱/۲؛ الروضه البهیة/۹۲/۲). پایه و مبنای این دیدگاه آن است که ادله - ای نظیر حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» محتوایش حکم تکلیفی نیست بلکه ارشاد به امضاء مفاد شرط است و این ادله که از آن به «دلایل عام باب شرط» تعبیر می شود مثبت (اثبات کننده) حکم تکلیفی نیست بلکه تنها دلیل بر امضاء و صحت

شرط است و وقتی مفاد این ادله، حکم تکلیفی نباشد طبعاً وظیفه تکلیفی متوجه مشروطاً علیه نمی‌شود و در نتیجه، ادله امر به معروف و نهی از منکر موضوع نخواهد داشت.

## نتیجه گیری

نتایج بحث حاضر با توجه به کاربرد آن در معاملات بانکی به قرار زیر است:

۱- شرط دارای دو معناست: بنابر یک معنا، برای تحقق شرط درک امور اعتباری و این که معتبر را به چه صورتی باید فرض نمود اهمیت و ضرورت دارد. شرط به معنای تعهد این قسم را تشکیل می‌دهد و طرفین قرارداد باید نسبت به این جهت توجه و آگاهی کافی داشته باشند و نباید تصور شود که در قرارداد های بانکی، صرف امضاء بدون درک صحیح احکام مربوطه، موجب مشروعیت قرارداد مورد نظر می‌گردد و این معنا از شرط را باید از معنای دوم که عبارت از تعلیق و وابستگی است، تفکیک نمود.

۲- در انواعی که برای شرط مطرح است باید در مورد انعقاد قرارداد کاملاً به احکام خاص آن توجه داشت و فرم های بانکی باید در بردارنده اطلاعاتی که در مورد هر قسم لازم است، باشد.

۳- شروط بانکی باید از شرایط لازمی که مشروعیت شرط ها به آن وابسته است برخوردار باشد؛ این شرایط عبارتند از: مقدور بودن، مجهول نبودن، غرض و فایده عقلانی داشتن، غیر مخالف با شرع، منجز بودن، مستلزم محال نبودن، غیر مخالف با مقتضای عقد، و لزوم بودن در ضمن عقد لازم.

۴- شرط نتیجه به نحوی که منظور از آن، تحقق امور اعتباری و نیازمند به قصد و انشاء مانند مالکیت بدون این سبب باشد و ما بخواهیم آن امور به صورت خود به خود و بدون اعتبار و انشاء تحقق یابد غیر مشروع و باطل است.

۵- قرارداد وکالت که جزو پرکاربردترین قرارداد های بانکی است اگر به صورت بلا عزل مورد شرط قرار گیرد، چنین شرطی به دلیل مخالفت با مقتضای عقد باطل است.

۶- اثبات مشروعیت کارت های اعتباری به صورت وکیل شدن دارنده کارت و شرط خرید کالا برای بانک، مشروط به خریداری از بانک برای خودش، مستلزم دور و محال است.

۷- بنابر برخی از دیدگاه های فقهی، جریمه دیرکرد در قالب شرط التزام، به دلیل ربوی بودن شرط مذکور و مخالفت آن با شرع، باطل و غیر صحیح است.

۸- آثار تخلف شرط، بسته به نوع و متعلق آن متفاوت است؛ اگر متعلق شرط، ذات قرارداد باشد به گونه ای که عقد بدون شرط، مقصود طرفین قرارداد نباشد در این فرض، چون تخلف شرط موجب انتفای قصد می شود و با توجه به رکن بودن قصد و انشاء در قرارداد، باید حکم به بطلان قرارداد نمود و بطلان اصل قرارداد به خاطر فقدان عنصر رضایت - در صورتی که قرارداد بدون شرط مورد رضایت طرفین نباشد- نیز قابل نتیجه گیری است، ولی اگر پایبندی به قرارداد، متعلق شرط را تشکیل دهد، بطلان و یا تخلف شرط موجب بطلان اصل قرارداد نمی شود.

۹- در قرارداد های بانکی باید متعلق قصد کاملاً در حین انعقاد مشخص گردد؛ به این معنا که طرفین بدانند چه چیزی را طرف ارتباط در شرط مورد نظر قرار می دهند. آن چه طرف ارتباط قرار می گیرد یکی از این دو چیز است: یا خود قرارداد است؛ یعنی جایگاه شرط در قصد طرفین به گونه ای است که عقد بدون شرط، خارج از قصد و رضایت ایشان است؛ و یا التزام و پایبندی به قرارداد، طرف ارتباط و متعلق شرط را تشکیل می دهد که در صورت دوم، عقد بدون شرط، مقصود و مورد رضایت طرفین قرار دارد. نهایتاً با تخلف و یا بطلان شرط، مشروطاً له حق فسخ پیدا می کند و چون تعیین این دو نوع، به قصد طرفین بستگی دارد باید نسبت به تعیین آن توجه لازم را داشت.

۱۰- درباره این که بانک، در صورت تخلف مشتریان از عمل به شرط، اختیار الزام آنها را به عمل بر طبق مضمون شرط دارد یا خیر؟ با توجه به اختلاف نظر فقها و مراجع تقلید ممکن است نتوان به جواب واحدی رسید، ولی در صورت جواز، الزام این کار با رعایت تشریفات قضایی مشروعیت دارد.

## منابع

### - قرآن کریم.

- انصاری، مرتضی بن محمد امین (شیخ)، **المکاسب**، تبریز، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۵ ق.
- ابروانی غروی، علی، **حاشیه المکاسب**، تهران، انتشارات رشدی، بی تا.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، قم، انتشارات آل البیت (ع)، ۱۴۱۴ ق.
- خمینی، سید روح الله (امام)، **تحریر الوسیله**، قم، انتشارات دار العلم، ۱۳۸۰.
- خوانساری، موسی، **منیه الطالب فی حاشیه المکاسب**، تقریرات محمدحسین نائینی، نجف، انتشارات مرتضوی، ۱۳۷۶ ق.
- خوئی، سید ابوالقاسم، **منهاج الصالحین**، قم، انتشارات مهر، ۱۴۱۰ ق.
- خوئی، محمدتقی، **الشروط أو الالتزامات التبعية**، قم، انتشارات المنار، ۱۴۱۵ ق.
- طباطبائی یزدی، محمد کاظم، **حاشیه المکاسب**، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۷۸.
- جعی عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، **الروضه البهیة فی شرح اللّمعه الدمشقیه**، قم، انتشارات دار التفسیر، ۱۳۸۲.
- **قانون آئین دادرسی مدنی**، مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱.
- **قانون مدنی**، مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴.
- مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، **مجموعه آرای فقهی قضائی**، قم، معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۱.
- مهرپور، حسین، **مجموعه نظرات شورای نگهبان**، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱.
- نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.

Archive of SID