

## شرایط غیر مصرح صحت و اعتبار شرط در قانون مدنی\*

- رضا مقصودی<sup>۱</sup>
- سیدمصطفی محقق داماد<sup>۲</sup>
- سیدمهدی علامه<sup>۳</sup>
- علیرضا مظلوم رهنی<sup>۴</sup>
- هرمز اسدی کوه‌باد<sup>۵</sup>

### چکیده

ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران درباره شرایط اساسی صحت معامله و راجع به

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران (maghsoudi99@gmail.com).
۲. استاد گروه حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) (mostafa.ahmadabadi@gmail.com).
۳. استادیار گروه حقوق، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران (sm\_allameh@khuisf.ac.ir).
۴. استادیار گروه حقوق، واحد شهرقدس، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (dr.mazloom14@yahoo.com).
۵. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران (asadi.koohbad@gmail.com).

توافقات مستقل و اصلی بوده و قانون گذار در سرایت این شرایط به شروط ضمن عقد تصریح ندارد. سکوت قانون مدنی در دامنه شمول ماده ۱۹۰ نسبت به شروط ضمن عقد، موجب اختلاف نظر بین حقوق دانان گردیده است. از طرفی مواد ۲۳۲ و ۲۳۳، شرایط اختصاصی صحت شرط را بازتاب داده است؛ اما این شرایط نسبت به زمان حاضر کامل و کافی نبوده، پاسخ گوی مسائل نوظهور در این عرصه نیست. تغییر شرایط و ظهور پدیده‌های تازه اجتماعی، ضرورت توسعه و بازنگری در شرایط صحت شرط را می طلبد.

در طرح پیش روی با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی، شرایط اختصاصی صحت شرط با تأسیس دو شرط اجتهادی و بدیع یعنی لزوم سازگاری شرط با قواعد زیربنایی و مرور زمان تکمیل و تشریح شده است. همچنین در شرایط عمومی صحت شرط (اعتبار شرط)، نظریات تازه بر مبنای فقه امامیه و حقوق مدنی ایران، کانون مطالعه قرار گرفته است؛ به نحوی که شرط ضمن عقد در شرایط اساسی (به کلی یا در برخی عناوین) تابع قواعد عمومی قراردادها می باشد. **واژگان کلیدی:** شرط ضمن عقد، شرایط صحت شرط، شرایط اعتبار شرط، احکام زیربنایی.

### مقدمه

اهمیت پرداختن به حلقات مفقوده شرط و فایده و اثر یافته‌های پژوهش حاضر به واسطه آن است که دواعی و مقاصد عاقدین اعم از سلبها و منعها، تحمیلها و تحصیلها، الزامات و التزامات، تحدیدها و اضافات و نیز کاستن یا افزودن آثار و نتایج عقد، جملگی محصول عاملی به نام «شرط» است. تحولات نوین در قراردادها، اهمیت و ضرورت پرداختن به این موضوع را مضاعف کرده است؛ چرا که به نظر می رسد دایره مواردی که مراد مشترک طرفین به شرط تعلق گرفته و عقد به عنوان قالب یا پوسته‌ای برای لزوم بخشی به شرط متعلق قصد واقع می شود، رو به تزیادی چشمگیر است. به واقع در بسیاری موارد، نقش شرط در قصد مشترک طرفین بیشتر و مهم تر از تأثیر قرارداد در روابط متعاقدین جلوه می کند؛ خاصه در عقود موسوم به مغابنه یا مخاطره که برتری جویی و مزیت طلبی در گرفتن امتیازات و افزودن حقوق یا تحمیل خواسته‌ها و تحدید مسئولیتها از طریق شرط حاصل می شود. به گفته ابن قیم جوزیه

در کتاب *اعلام الموقّعين*، وفای به شرط در روابط مردم مانند نذر در برابر خداوند واجب است. همان طور که هر امر مباحی با نذر واجب می‌شود، هر فعل یا ترک فعل نیز با اشتراط، لزوم وفا می‌یابد. «مقاطع الحقوق عند الشروط» یعنی ادای حقوق و نگاه داشتن احترام مال و حق مردمان، جز با وفای به شروط و ملاحظه مفاد التزام و تعهدی که انسان سپرده است، حاصل نمی‌شود. ایشان می‌گویند وقتی خلف وعده مجرد نشانه نفاق شمرده شده، تخلف از شرط به طریق اولی مصداق دروغ و خیانت و فریب است (ابن قیم جوزیه، ۱۴۱۱: ۳). لذا در این تحول نگاه سنتی به شرط و فرعی و تبعی تلقی کردن آن یا تبعیت محض شرط از عقد در صحت و فساد و نیز تسری فساد از شرط به عقد مورد چالش و تردید جدی قرار می‌گیرد.

امروزه با پیشرفت و پیچیدگی روابط اجتماعی، دامنه تعهدات و التزامات، وسعت و عمق چشمگیری یافته است. پیدایش عناوین و پدیده‌های نوظهور بر اهمیت شروط ضمن عقد افزوده است. در این رهگذر، کمتر قراردادی را می‌توان یافت که مصون از درج شرط در ضمن آن بماند و این، حکایت از یک نیاز اجتماعی دارد که با توسعه روابط اجتماعی و قراردادی تشدید شده است. اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای نیز این امکان را برای متعاقدين تسهیل و در درج شروط مطلوب از حمایت قانونی بهره‌مند ساخته است.

## ۱. شرایط نامذکور صحت شرط در قانون مدنی (اختصاصی)

### ۱-۱. سازگاری با اصول و قواعد زیربنایی

در گذر زمان و طی قرون با پیدایش نیازها و اقتضات تازه در هر عصر، مسائل فقهی نیز دچار دگرگونی و تحول گردید. شرایط صحت شرط نیز در ابتدا چشمگیر و قابل ملاحظه نبود. بر اثر تطورات و مسائل نوظهور اجتماعی، فقها یکی پس از دیگری به مشکلاتی برخوردند که لزوم توسعه دامنه این شرایط را می‌طلبید. لذا تغییر شرایط و ظهور پدیده‌های تازه، ضرورت توسعه و بازنگری در شرایط صحت شرط را اقتضا دارد. از این روی در هر عصر و نسلی، شرایط جدیدی اضافه شده است. این حلقه به دنبال

درک چنین ضرورتی تدوین گردیده است. تبیین این بخش مبتنی بر ترسیم مسائلی است.

بحثی در فقه مطرح است که احکام شرعی، در چه صورتی با عناوین ثانویه و عوارض جدید تغییر می‌کنند؟ آیا می‌توان در وضعیت و حالتی چون عسر، حرج، ضرر ناروا، ضرورت، اضطرار، امر والد، تقیه، مصلحت تسهیل، مصلحت امنیت و یا با تأسیسی چون شرط، نذر، قسم و عهد، احکام اولی را تخصیص زده، تغییر داد؟ ضابطه اجمالاً به این مسئله برمی‌گردد که بدانیم در چه مواردی، حکم شرعی به موضوع بدون لحاظ عوارض و طواری تعلق گرفته و چه مواقعی بر موضوع با هر عارضه و حالتی بار شده است. اگر احراز شود که شارع حکم را به شرط عدم عوارض و پیشامدها بر موضوعی پیاده کرده، تغییر احوال به عنوان ثانوی از باب حکومت یا ورود بر دلیل اول مقدم است؛ چرا که حکم اولیه مقید به عدم این حالات وضع شده است. پس اگر در موردی، موضوع به واسطه یک عنوان ثانوی تغییر کرد، دگرگونی موضوع حکم تازه‌ای می‌طلبد و اینجا عناوین ثانویه بر حکم اولی مقدم می‌شود. به این اعتبار، خود شرط نیز یک عنوان ثانوی است. مؤذای دلیل «المؤمنون عند شروطهم» آن است که شرط می‌تواند برخی احکام مثل مباحات را تغییر دهد. لذا حدیث آنگاه معنا می‌یابد که با درج شرط در قرارداد بتوان حکمی را تغییر داد، مانند شرط ضمان در عاریه و اجاره؛ در غیر این صورت شرط، لغو و بی‌تأثیر است.

حقوق نیز مانند دیگر علوم، اصولی دارد و فروعی. رد و نقض اصول، بنیان حقوق را بر هم می‌زند؛ اما نپذیرفتن فروع به اساس حقوق خللی نمی‌رساند.

«اصول حقوقی از دل جنگل پرشکوه فرهنگ زنده اجتماع بیرون می‌آید و فروع حقوقی از درون باغچه دستچین قانون. اصول، احساس ساده متعارف مردم است و قواعد، تعقل پراذعای صنف حقوق دانان. اصل حقوق آن است که متعارف مردم (اصحاب دعوی) و عرف قاضیان فهم می‌کنند (عقل حقوق)، نه آنچه قانون یا صاحب نظران حقوق می‌گویند (علم حقوق)» (جعفری تبار، ۱۳۹۶: ۴۷).

بنابراین قواعدی چون: نفی ضرر و نفی عسر و حرج، که در مواردی سبب ارتفاع حکم لزوم قرارداد جهت تعدیل روابط معاملی است، در کنار اصول کلی حقوق کنونی

که حاکم بر احکام‌اند و نه تابع آن‌ها، مانند: اصل عدالت معاوضی که موازنه حقوق متعاقدین و تعادل عوضین در عقود معاوضی را تأمین می‌کند و اصل معقول و عقلایی بودن تراضی که در فقه از آن به شرطیت منفعت معقول و مشروع یاد شده است و اصل حقوقی حریت (ماده ۹۶۰ ق.م.) به معنای ضدیت با هر چیزی که انسان را به سخره می‌گیرد یا مسخر خود می‌کند یا مسخره خود می‌سازد و اصل منع سوء استفاده از حق در فقه و حقوق و عموماتی مثل: «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» و «منع اکل مال به باطل» و منع دارا شدن غیر عادلانه و مبانی حقوق نوین از قبیل: نهج اعتدال، اخلاق حسنه، نظم عمومی، کرامت انسانی و سنت‌های اجتماعی، می‌طلبد که همه مواد و مقررات قانونی و تفاسیر ارائه‌شده، مُحاط در چنین اصول و قواعد حقوقی باشند که از آن به کنترل قواعد فرودست به وسیله قواعد برتر تعبیر شده است. هیچ قاعده‌ای در نظام حقوقی، از شمول اصل کنترل و پیروی قواعد تالی از اصول عالی خارج نیست. به مهم‌ترین این قواعد عالی اشاره می‌شود:

### ۱-۱-۱. عدل

وجوب عدل و حرمت ظلم، روح و گوهر قوانین اجتماعی، و احکام مربوط به مصادیق عدل و ظلم، به منزله قالب و صدف آن است. از نظر شهید مطهری عدالت مبنا و اساس سایر احکام است که باید حضورش در همه شاخ و برگ‌های فقه دیده شود. ایشان در کتاب *عدل الهی* بیان می‌دارد که در قرآن، اصول دین و آرمان‌های فردی و اجتماعی بر پایه عدل برقرار شده و همدوش توحید، رکن معاد، فلسفه تشریح و امامت و معیار کمال و سلامت جامعه انگاشته شده است (مطهری، ۱۳۸۷: ۳۷). او در اثر دیگر خود بر این باور است که علمای اسلام با تبیین اصل عدل، فلسفه حقوق طبیعی را بنا نهادند. وی اصل عدل را روح و رکن اساسی تقنین اسلامی می‌داند (همو، ۱۳۹۵: ۲۷۷).

در جوهره اندیشه شهید صدر، عدالت اجتماعی بر محور دو اصل تعادل و توازن اجتماعی و تأمین اجتماعی استوار است (صدر، ۱۴۲۹: ۷۷۳). در این نگاه، نظریه عدالت اسلامی عنصر اصلی مکتب اجتماعی اسلام و نیازمند دخالت مستقیم و حداکثری دولت اسلامی به ویژه در «منطقة الفراغ» است. پرسش اصلی هر متفکر و مصلح

اجتماعی در آغاز آن است که نظام اصلح اجتماعی که بتواند میان منافع فردی و مصالح جمعی انس و الفت ایجاد کند و فرد را در زندگی اجتماعی به سعادت برساند، کدام است؟ (همان: ۳۴). ایشان در تحلیل اقتصاد اسلامی نیز اصل عدالت را یکی از سه رکن اساسی این ساختار، و محور حاکم بر دستگاه توزیع ثروت در جامعه را عدالت اجتماعی شناسایی کرده است که در نتیجه آن، مالکیت ذیل عدالت اجتماعی قرار می‌گیرد. فلسفه دولت صالح، اقامه عدل و استیفای حق است (همان: ۱۵). نظریه حرکت از «روبنا» به «زیربنا» در ابتدای کتاب *اقتصادنا*، به معرفی احکام مندرج در فقه به عنوان لایه روبنایی اشاره می‌کند که می‌تواند منبعی برای کشف معیارهای اصیل و مورد پذیرش اسلام در مسئله عدالت اجتماعی باشد. این دریافت از سوی اندیشمندان دیگر با تعبیری مشابهی چون «درون‌فقهی» و «برون‌فقهی» تأیید و تبیین شده است. محقق داماد در نشستی با موضوع «جایگاه اصل کرامت انسانی در اجتهاد شیعی» در دانشگاه رضوی، با تفسیر اصل کرامت بشری بر این نظر است که دو نوع قواعد فقه وجود دارد؛ یک قواعد درون‌فقهی مانند «لا ضرر ولا ضرار» که در عرض یکدیگرند. اما یک اصولی وجود دارند که اسمشان را قواعد نمی‌گذاریم و اصولی هستند که در طول این قواعد و مقدم بر آن هستند و به عبارتی برون‌فقهی هستند، مانند اصل عدالت؛ چرا که تمام اصل شریعت برای اجرای عدالت تلاش می‌کند و تمام فلسفه نبوت و ارسال رسل برای اجرای عدالت است. پس این نمی‌تواند یک قاعده درون‌فقهی باشد و بیرون و پیش از فقه قرار دارد.

به نظر برخی فقیهان، عدل که علت فرستادن پیامبران و کتب الهی است، یک اصل در تمام قراردادها محسوب می‌شود:

«وَالْأَصْلُ فِي الْعُقُودِ كُلِّهَا إِنَّمَا هُوَ الْعَدْلُ الَّذِي بُعِثَتْ بِهِ الرُّسُلُ وَأُنزِلَتْ بِهِ الْكُتُبُ»  
(ابن قیّم جوزیه، ۱۴۱۱: ۲۹۲).

بنابراین شرط نیز باید با این منظومه فکری هماهنگ بوده و از مدار اعتدال خارج نشود؛ برای نمونه، موارد زیر را می‌توان از جمله شروط باطل برشمرد:

- وجه التزامهای گزاف و نامتناسب با قرارداد که به جهت مغایرت با اصول حقوقی باطل است. چنانچه در دعوایی، دادگاه تعیین وجه التزام ۳۰۰ میلیونی را در قراردادی

که ارزش اقتصادی آن حسب ثمن تعیین شده معادل ۳۴۰ میلیون می‌باشد، مغایر اصول حقوقی و قواعد فقهی دانسته و نظر به بطلان آن داده است.

مثال وجه التزام، گواه خوبی است بر اینکه یک قاضی با ذهن ساختارگرا نسبت به دادرسی پساساختارگرا در قضیه واحد به دو گونه مختلف حکم می‌رانند. به لحاظ اهمیت موضوع و تأثیر آن در اثبات ادعا، عبارت یکی از حقوق دانان عیناً نقل می‌شود: «ذهن کودک پیش از مدرسه، بی‌ساخت است؛ زیرا معلمان هنوز به آن شکل نداده‌اند. اما در جریان آموزش‌ها ذهن او قالب می‌گیرد و آنگاه سعی او برای رهایی دوباره از این ساخت‌ها، تلاشی پساساخت‌گرایانه است. از جوانی که هنوز حقوق نخوانده، می‌پرسیم آیا درست است که کسی در قراردادی صد هزار تومانی بپذیرد که در صورت تخلف، مبلغ یک میلیارد تومان به طرف مقابل بپردازد؟ بی‌گمان کمتر کسی الزام‌آور بودن این شرط را خواهد پذیرفت و آن را قمار با مال خود خواهد دانست. اما اگر همین شخص حقوق بخواند، کلیشه ماده ۲۳۰ قانون مدنی در ذهن او همچون اصلی درست و جاودان ثبت می‌شود و دیگر حاضر نیست اگر قاضی شد، از آن دست بکشد. اما دادرسی که به آن سوی ساختارها نظر می‌افکند، در پی مفرد و تفسیری دیگر برای این ماده است تا از حدت آن بکاهد و آن را به معنی معقولش نزدیک کند» (جعفری‌تبار، ۱۳۹۶: ۲۲۶).

نمونه تفسیر پساساختارگرا، دادنامه شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان فارس است که مستشاران، رأی دادگاه بدوی در قسمت شرط وجه التزام را با تقلیل و تعدیل وجه التزام روزانه از چهار میلیون ریال به یک میلیون ریال اصلاح نموده‌اند، زیرا:

«تعیین خسارت روزانه چهار میلیون ریال با لحاظ کل ثمن معامله، بسیار گزاف و خلاف انصاف و عدالت معاوضی و غیر عادلانه به نظر می‌رسد. بنابراین هیئت دادگاه مستفاد از حکم کلی منعکس در مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی که قائل به تعدیل تعهدات قراردادی توسط دادگاه گردیده و قواعد فقهی نفی عسر و حرج و لاضرر با تعدیل و تقلیل وجه التزام روزانه از چهار میلیون ریال به یک میلیون ریال، دادنامه تجدیدنظرخواسته را با اصلاح به عمل آمده، تأیید و اعلام می‌نماید» (دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۷۱۲۰۱۰۰۸۵۶ مورخ ۱۳۹۵/۰۶/۳۱ شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان فارس).

- رعایت اصل عدالت در چندمسمری مورد تصریح قرآن کریم قرار گرفته است:

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾؛ لذا توافق بین مرد با زن دوم در قالب شرط ضمن عقد بر اینکه زن دوم در شرایط نامساوی با زن اول زندگی کند، باطل است (مطهری، ۱۳۹۵: ۳۵۶).

- مرجع تشخیص مصادیق عدل و ظلم، ارتکاز عقلاست. چنانچه امام خمینی به درک عقلی و فهم عرفی، حیل باب ربا را رد کرده و آن را مصداق ظلم می‌شناسد. بنابراین اگر در یک قرارداد، شرطی برای فرار از ربا در قالب حيله شرعی گنجانده شود، باطل است؛ زیرا پذیرش حیل ربا مستلزم لغویت احکام است (علی‌اکبریان، ۱۳۹۶: ۲۷۲).

ایرادی که ممکن است بر محور قرار دادن اصل عدالت وارد گردد، آن است که مفهوم عدالت، مقول به تشکیک است. لذا دارای انضباط حقوقی نیست و ملاکی منضبط برای قضاوت به دست نمی‌دهد. بنابراین در استفاده از این عنصر، احتیاط شرط است و شوق به عدالت نباید دستاویزی برای طرد و نفی مبانی گردد. منظور از عدالت، عدالت در چارچوب است نه بی‌چارچوب. از طرفی باید مرز بین عدالت قضایی با اخلاق به خوبی تمییز و ترسیم شود؛ مثلاً نرخ‌گذاری که توسط اصناف، اتحادیه یا عرف بازار در مورد یک کالا یا محصول صورت می‌گیرد، گاهی اوقات از نظر اخلاقی عادلانه نیست، اما ملاک قرار دادن آن با اصل دیگری به نام نظم عمومی برخورد دارد. اگر قیمت واقعی یک کالا ۵۰۰ تومان باشد، اما اتحادیه یا صنف مربوط، آن را ۴۰۰ تومان ارزیابی و قیمت‌گذاری کند و خریداری، آن جنس را به ۴۵۰ تومان بردارد، هرچند فروشنده راضی است، اما این رضایت از منظر اخلاق به لحاظ آن است که صنف مربوط، سطح توقع او را پایین آورده و به قیمت ناعادلانه راضی کرده است. لذا اخلاقی نیست.

### ۲-۱-۱. کرامت انسانی و نفی استثمار

حقوق قراردادهای اسلامی بر آن است که قرارداد بر پایه تعادل منعقد شده، طرفین متحمل ضرر فاحش نشوند. بدین لحاظ چنانچه الزامات متعاقدين دچار عدم توازن و تعادل شده، زمینه استثمار یک طرف را توسط طرف دیگر فراهم آورد، این تراضی بر بنیاد قاعده «منع استغلال» (بهره‌برداری ناعادلانه) فاقد اعتبار است. در فقه امامیه، غبن



یکی از اسباب سازنده نابرابری در عوضین است و استغلال، زمانی است که در یک قرارداد، غبن فاحش وجود داشته باشد، هرچند بیشتر فقها قاعده استغلال را مبتنی بر لاضرر می‌دانند. مبنای اخلاقی قاعده منع استغلال چیزی جز ضرورت تعادل اقتصادی بین عوضین نیست.

حقوق مربوط به شخصیت، مانعی بر راه نفوذ و اعتبار شروط غیر اخلاقی و ظالمانه است. هر توافقی که با کرامت انسانی در تضاد باشد و جسم و جان آدمی را به مسلخ بردگی بکشد، در برابر گوهر آزادی رنگ می‌بازد. پذیرفتنی نیست که قانون منع خرید و فروش برده در خاک ایران و آزادی برده در موقع ورود به مملکت که در ۱۳۰۷/۱۱/۱۸ تصویب شد، بار دیگر تحت لوای عناوینی چون: «آزادی قراردادها» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یا حدیث: «المؤمنون عند شروطهم» عملاً احیاء و تجدید اثر شود. رویه قضایی تلاش دارد در تقابل قانون و حقوق، رأی را صرفاً بر فرامین قانون‌گذار استوار نسازد و سهم منابع دیگر حقوق را نیز ادا نماید. سخن کاربونیه (استاد فرانسوی) به زیبایی گویای این نقش است:

«قانون‌گذار بر سنگی مرمرین و سرد، دستخط خود را حکاکی کرده است ولی این دادرسان هستند که در صحنه نمایش، آن را حرکت و حیات می‌بخشند» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۹).

چنانچه در یک نمونه، مردی در ازدواج دوم، بر همسر دوم چنین شرط کرده است: «ضمن عقد خارج لازم، زوجه این شرط را پذیرفت که نسبت به انجام کارهای منزل و نگهداری و جمع‌آوری زوجه، همسر اول زوج، تا آخر عمر اقدام نماید». بعد از مرگ شوهر، همسر اول (ذی‌نفع شرط) دعوای الزام به انجام تعهد علیه همسر دوم (مشروط‌علیه) اقامه می‌کند. دادگاه نخستین (شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی ارسنجان) به موجب دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۷۱۹۲۹۰۰۸۵۸ مورخ ۱۳۹۶/۸/۱۳ حکم به الزام صادر می‌کند؛ ولی دادگاه تجدیدنظر با نقض رأی، شرط را خلاف مقررات و باطل می‌داند. شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان فارس طی دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۷۱۲۲۴۰۱۵۵۹ مورخ ۱۳۹۶/۱/۲۳ در موضوع پرونده شماره ۹۶۱۰۶۴ چنین اظهار نظر می‌کند: «... اگرچه شرط فعل ضمن عقد مورد دعوی در پرتو اصل آزادی اراده، مدّ نظر واقع

شده، اما صحت و نفوذ شرط مذکور با تردید جدی روبه‌روست؛ زیرا اولاً، اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، مطلق و بی‌حد و حصر نیست تا در هر صورت موجب اعتبار شروط ضمن عقد باشد. شرط مورد اشاره به لحاظ ایجاد وابستگی شخصیت متعهد از حیث اجتماعی و اقتصادی به دیگری، موجب سلب آزادی وی و مخدوش کردن "کرامت انسانی" ایشان است. حفظ کرامت انسانی و پرهیز از رفتارهای غیر انسانی مانند "بیگاری" از جمله مفاهیمی است که در اسناد و اعلامیه‌های حقوق بشر مورد تأکید قرار گرفته (ماده یک اعلامیه جهانی حقوق بشر و مقدمه میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی)، در نظام‌های حقوقی معاصر نیز رعایت مفاهیم بنیادین حقوق بشری در حقوق خصوصی و انعقاد عقود ضروری تلقی شده و شروط مخالف با این حقوق که موجب سلب آزادی متعهد و الزام به انجام امور مشقت‌بار است، تحت عنوان "شروط غیر منصفانه" باطل و بلااثر است. کرامت انسانی یکی از صفات ذاتی و عالی‌ه انسان است که در مکتب متعالی اسلام نیز مورد توجه خاص واقع شده: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ (اسراء / ۷۰)، به همین لحاظ، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در بند ششم اصل دوم، این حقوق را محترم شمرده و مقدم بر حقوق خصوصی افراد دانسته است. اصول مربوط به کرامت انسانی از مفاهیم پایه و زیربنایی حقوقی است و آزادی اراده رویناست و دامنه آزادی قراردادی نمی‌تواند به حدی توسعه یابد که حقوق ذاتی بشر و کرامت انسانی را از بین ببرد. از همین رو مخدوش کردن حقوق ذاتی انسان در پرتو شروط قراردادی ممکن نیست. ثانیاً، "اخلاق والای اجتماعی" ایجاد می‌کند که شروط قراردادی موجب سلب آزادی متعهد و سبب اختلال در معیشت او نگردد. قراردادی که فرد را ملزم می‌کند بدون محدودیت زمان و به طور دائمی عملی را بدون مزد انجام دهد، جان و حیثیت وی را در معرض نابودی قرار می‌دهد. شرط مراقبت از دیگری تا پایان عمر تقریباً همه وقت متعهد در طول شبانه روز را اشغال کرده و او را از انجام کار دیگر، ازدواج مجدد و حتی مسافرت ممنوع ساخته و از این حیث، این شرط از مصادیق سلب آزادی و خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی است که به موجب مواد ۹۶۰ و ۹۷۴ قانون مدنی باطل است. ثالثاً، در کلیه قراردادهای مربوط به شخصیت به معنای عام مانند اجاره اشخاص و هر نوع التزام شخص در مقابل دیگری بنا به نظری که منتسب به مشهور فقهای عظام است، به لحاظ حفظ کرامت انسانی و پرهیز از غرری شدن، درج مدت ضروری است والا عمل حقوقی (عقد یا شرط) باطل است. لذا التزام متعهد به انجام عملی به مدت طولانی و نامعین مانند طول عمر خود یا دیگران بر مبنای موازین فقهی

مورد اشاره معتبر نیست. ضمن اینکه در کلیه تعهدات از جمله تعهد به نفع ثالث در حقوق ایران باید زمانی برای اجرای فعل مورد تعهد معین شود یا اجرا در مدت عرفی قابل تصور باشد. اگر تعهد نامعین، حسب اجزای زمان قابل تقسیم باشد، نهایتاً می‌توان برای همان بازه زمانی آن را صحیح دانست و چنانچه تعهد قابل تسهیم نباشد، مطلقاً باطل است؛ به ویژه اینکه در عوض آن، هیچ سبب متعارفی در میان نبوده و مجانی باشد (ملاک ماده ۷۶۸ قانون مدنی). ... بنابراین شرط قراردادی مستند دعوی، به جهات یادشده جزء شروط باطل و غیر لازم‌الوفاست...».

### ۳-۱-۱. اعتدال

با عنایت به شرح بند ۱-۱-۱، از آنجا که ارزش و اعتبار عدالت، ذاتی و نفس‌الامری است، سنگ محک سایر اصول و قواعد است؛ یعنی اعتبار آن به سبب وضع قانون یا جریان حاکمیت اراده نیست، بلکه به عکس، مشروعیت اصول دیگر تابع عدالت است. پس اعتدال در زمره اصول زیربنایی و بالادستی است که حاکم و محیط بر سایر قواعد از جمله شروط است و شرط باید محاط در این اصل مبنایی بوده و از مدار آن خارج نشود؛ چرا که در هر عمل حقوقی، اعتدال با توجه به اضلاع آن یعنی ظرفیت فاعل، توانمندی او و ماهیت عمل، حدی معین دارد که تجاوز از آن، مصداق خروج از اعتدال است. به نظر برخی فقیهان، صرف مال در جایی که شأن شخص نیست، اسراف است:

«إِنَّ الإسراف هو تضييع المال أو صرفه فيما لا يليق أو فيما لا يحتاج إليه» (نراقی، ۱۳۶۶: ۲۹).

### ۴-۱-۱. اخلاق حسنه و نظم عمومی

اخلاق حسنه و نظم عمومی، از جمله منابع و ابزار بیان اصول و قواعد حقوقی هستند (ماده ۹۷۵ ق.م. و ماده ۶ ق.آ.د.م.). اثر سلبی این دو منبع، مانع اجرای قراردادهای نامتعارف و فاقد توازن در عوضین و نافی الزامات مغایر با اصول یادشده است. شعبه دوم دادگاه حقوقی آستانه اشرفیه در دعوایی که خواندگان به طور تضامنی متعهد به پرداخت وجه دو فقره سفته شدند و از طرفی به موجب دو فقره تعهدنامه ملتزم گردیدند که اگر در موعد مقرر وجه سفته‌های مزبور را پرداخت نکنند، روزانه مبلغ یکصد هزار

تومان به متعهدله خسارت پرداخت کنند، چنین استدلال کرده است:

«... مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در قالب خسارت قراردادی مازاد بر شاخص بانک مرکزی برای اشخاص حقیقی یا حقوقی به استثنای بانک‌ها، به عنوان معامله ربوی قلمداد و ربح تلقی می‌گردد و نظر به اینکه مطابق ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، عقود و قراردادهایی که مخلاً نظم عمومی و یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشند، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست و مطابق بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شرطی که نامشروع باشد، باطل است و در دادگاه مسموع نیست...» (رای شماره ۹۶۰۹۹۷۱۴۳۰۲۰۱۵۳۸ شعبه دوم دادگاه حقوقی آستانه اشرفیه). ۱۳۹۸/۱۲/۱۳

گفته شده است که اخلاق حسنه، چهره خاصی از نظم عمومی است و اموری که با اخلاق حسنه مخالفت داشته باشد، طبعاً نظم عمومی را نیز مختل می‌کند. پس شرطی که نتیجه آن بی‌نظمی بوده یا موجب جریحه‌دار شدن عواطف و احساسات عمومی باشد، به جهت مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه و نادیده انگاشتن قواعد آمره، در زمره شروط نامشروع و باطل است (علامه، ۱۳۸۷: ۱۴۷).

### ۱-۵. سنت‌های اجتماعی

این یافته برخی نویسندگان حقوق، به خوبی جایگاه عرف و سنت‌های اجتماعی را در تکمیل و اصلاح قوانین نشان می‌دهد:

«هیچ علمی به اندازه حقوق بر عادات و سنت‌های اجتماع تکیه ندارد... حقوق تنها از قانون سرچشمه نمی‌گیرد و مفهومی گسترده‌تر از آن دارد. نظمی که ما در آن زندگی می‌کنیم، زاده عوامل گوناگون سیاسی و اقتصادی است و تنها بخش ناچیزی از آن به قوانین دولتی مربوط می‌شود... اخلاق عمومی کم و بیش در حقوق نفوذ می‌کند و نیازمندی‌های اقتصادی و اجتماعی، راه حل‌های تازه‌ای را ایجاد می‌کند که در قانون سابقه نداشته است» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۰۷).

نقل است که شهید ثانی شرط خلاف سنت‌های اجتماعی را فارغ از ذکر در متن عقد یا تبانی بر آن، مردود و باطل دانسته است. از طرفی، امری که یک سنت اجتماعی بر آن گواهی دهد، به منزله ذکر در عقد و لازم‌الوفاست؛ هرچند در متن عقد ذکر نشود

و تبانی بر آن هم حاصل نشده باشد (عابدی، ۱۳۹۷: ۱۲۵).

یکی از شرایط مذکور در صحت شرط، عقلایی بودن است. نفوذ امر عقلایی در صورتی است که الفاظ عقد یا نوشته و یا اشاره، توافق دو طرف را نمایان و منعکس سازد. در ادوار مختلف، وسیله ابراز اراده در عرف اجتماع متفاوت بوده است. هر چه به گذشته برگردیم، بیشتر شاهد غلبه اعتبار و اهمیت قول بر نوشته هستیم. لذا انشاء صیغه عقد، جایگاه ویژه‌ای در تمام عقود و ابواب فقه دارا بود. امروزه به سبب توسعه دانش ارتباطات، افزایش چشمگیر سطح آگاهی و جریان موج تازه که خوانش نوینی از سواد را شناسایی و طلب کرده، این نسبت معکوس شده و کتابت و امضا به ویژه در اسناد رسمی حتی در چهره دیجیتال، اعتبار و نفوذ خود را بر دیگر وسایل ابراز اراده تحمیل کرده است.

در نتیجه تحول اوضاع و تطور زمان، برخی امور کارایی و جایگاهی همسنگ یا برتر نسبت به قول و حتی نوشته کسب کرده‌اند که یکی از آنها «آداب و سنت‌های اجتماعی» است. ارزش‌های هر فرهنگ، خواه ناشی از باورهای دینی بوده یا محصول عرف و سنت یا نظام تربیتی باشد، موجب هویت‌بخشی و انتظام اجتماع است. هر چند قدرت و نفوذ این عناصر، بسته به بافت سنت و عرف، جایگاه مذهب، پایداری رسوم و ارزش‌های بومی و سایر متغیرات، در هر جامعه‌ای متفاوت است، اما تأثیر ارزش‌ها در شکل بخشیدن به نظام رفتاری افراد و تنظیم کنش و نگرش آن‌ها قابل تردید نیست. از آنجا که وظیفه حقوق مدنی، برقراری درست روابط افراد جامعه با یکدیگر است، قواعد آن نمی‌تواند با شاکله فرهنگ بومی و نظام ارزشی اجتماع در هر دوره بیگانه یا نسبت به آن بی‌تفاوت باشد.

یکی از این سنت‌های پسندیده، تکریم، احترام و رعایت حال بزرگان، سالخورده‌گان، زنان و کودکان است. تأثیر و کارایی این عنصر فرهنگی در کشورها متفاوت است. داشتن اخلاق کریمانه، موافق فلسفه رسالت نبی مکرم اسلام است که فرمود: «إِنِّي بُعِثْتُ لِأَتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ». در سیره پیامبر اسلام ﷺ بزرگی و قابلیت احترام و تکریم فقط در کبر سن خلاصه نشده و طیف وسیعی از افراد قابل احترام در این دایره قرار می‌گیرند. در فرهنگ دینی ما، استحقاق احترام در این افراد تنها امری تشریحی

نیست، بلکه تکوینی بوده و تأثیرات وضعی فراوان در سرنوشت آدمیان دارد؛ به نحوی که پاره‌ای از معادلات پیچیده زندگی افراد، وابسته و معطوف به وضعیت این روابط دانسته شده است. حال چنانچه در عقد نکاح شرط شود که زوج، مادر سالخورده و بی‌سرپناه خود را از منزل اخراج کرده یا به خانه سالمندان بسپارد یا مرد بر زن شرط کند که فرزند خردسال بی‌کس خود را رها کرده و از حضانت او چشم‌پوشد و این امر در تمنع و تزاحم با اخلاق حسنه، ارزش و سنت اجتماع و سبب ملامت عرف تلقی گردد، آیا دادرسی می‌تواند بی‌اعتنا به اصول زیربنایی، صرفاً به عموم و اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی متوسل شده، از مشروط‌علیه وفای به شرط را بخواهد؟ آیا نباید ظاهر جامد ماده ۲۳۰ را منصرف از چنین شرطی پنداشت و آن شرط را باطل اعلام کرد؟

«... ذهن تعلیم‌ندیده را می‌توان جاهل دانست، اما پس از پذیرش متعبدانه تعالیم خشک مرسوم، بسیار محتمل است که همین ذهن احقر شود. به همین دلیل است که آموزش‌های مرسوم حقوقی گرچه غالباً به طالبانش «علم حقوقی» می‌آموزد، در عوض، «عقل حقوقی» را از آنان باز می‌ستاند» (جعفری‌تبار، ۱۳۹۶: ۲۲۶).

## ۲-۱. مرور زمان

باید پذیرفت که از جمله شرایط صحت شرط آن است که مشمول مرور زمان نباشد؛ یعنی می‌توان خود مرور زمان را شرط صحت شرط قرار داد. از بین اختیارات، قانون مدنی به فوریت چهار مورد تصریح کرده است؛ اما در دیگر موارد اختلاف نظر وجود دارد. با وجود آنکه در موارد غیر مصرح از جمله خیار غبن، فقها به فوری بودن اعمال خیار نظر نداده و خیار را علی‌التراخی می‌دانند، اما نمی‌توان مرور زمان را نادیده پنداشت. تراخی، مقتضای اطلاق است؛ یعنی در موضوعی که قید فوریت و تضییق نیامده، مجرد امتثال، موجب تحقق آن است. تراخی در لغت از «رخاء» به معنای سستی و سهولت است. نتیجه آسان‌گیری آن است که می‌توان خیار را یا در اولین زمان ممکن اعمال کرد یا در ظرف زمانی که برای آن مقرر است. پس مقتضای تراخی، تخییر است نه تأخیر؛ مثلاً در فریضه صبح، مدت زمان امتثال بر وجه تراخی است و می‌توان اول وقت ادا کرد یا وقت دوم یا سوم، یا در امر به صله رحم، ساعت یا روز اول و دوم تفاوتی ندارد و صرف اطاعت، موجب امتثال است. در اختیارات مشمول تراخی

نیز این ظرف زمان باید معلوم باشد. چنانچه مرور زمان در اعمال خیار نادیده انگاشته شود، با وصف اینکه ماده ۴۴۵ ق.م.م. تمام خیارات را قابل انتقال به ارث دانسته است، علاوه بر تنافی با مفاد تراخی، موجب غرر و مستلزم ضرر است. پذیرش این معنا که نوه یا نتیجه متوفی پس از چند نسل، ادعای فسخ قراردادی را علیه وارثی مطرح کند که اسلافش منعقد ساخته‌اند، ضمن آنکه در غالب موارد با اصول زیربنایی که تشریح گردید، تعارض دارد، در منطق حقوقی و ذائقه سلیم پذیرفتنی نیست.

با تعیین مرور زمان، اگر حق مطالبه نشد، ساقط می‌شود. شرط همیشه حقی به نفع مشروطه ایجاد می‌کند، ولی این حق مشمول مرور زمان است و اگر با تخلف یا امتناع شرط، مشروطه اقدام به فسخ نکند تا مدت مرور زمان سپری گردد، با استنباط التزام عملی مشروطه به معامله، حق فسخ ساقط می‌شود. اثر سقوط حق در نتیجه مرور زمان آن است که با تخلف، شرط دیگر وجوب وفا و ضمانت اجرا ندارد و مشروطه نمی‌تواند مشروط علیه را الزام به انجام شرط کند. لذا همه احکام شرط ساقط می‌شود. فرضاً اگر خانه‌ای در قبال انجام تعهدی فروخته شد و مشروط علیه تا بیست سال از وفای به عهد سرپیچی و مشروطه در اعمال خیار اهمال نمود، حق او مشمول مرور زمان شده و ساقط است. پس یکی از شرایط صحت شرط آن است که مشمول مرور زمان نشود. نشانه اعتبار این شرط در آرای برخی محاکم دیده می‌شود؛ چنانچه در مهلت اعمال حق فسخ، دادرس بدوی دادگاهی چنین استدلال کرده است:

«... توجهاً به اینکه خواهان با عدم اقدام جهت فسخ در برهه زمانی حدوداً دو ساله و مطالبه چک هم از طریق قانونی یعنی طرح دعوی و هم از طریق عرفی با فرستادن واسطه و غیره، التزام عملی خود را به معامله نشان داده است و ارسال اظهارنامه پس از اقدامات مذکور می‌باشد، لذا حق فسخ وی ساقط و صرفاً امکان مطالبه ثمن را دارد...» (شناسنامه رأی مکتوم مانده است).

## ۲. شرایط نامذکور اعتبار شرط در قانون مدنی (عمومی)

مسئله مهم در این بخش، بررسی لزوم رعایت شرایط اساسی صحت معاملات، در شروط ضمن عقد است. از آنجا که قانون مدنی ایران به این شرایط در ماده ۱۹۰ و راجع

به توافقات مستقل و اصلی تصریح کرده و در شروط ضمن عقد، اشاره‌ای به آن‌ها نداشته، این امر موجب اختلاف نظر بین حقوق دانان گردیده است. برخی نویسندگان ماده ۱۹۰ را ناظر به عقد یعنی ماهیت حقوقی دوطرفه مستقل دانسته و سکوت قانون‌گذار در سرایت شرایط مذکور به شروط ضمن عقد را قرینه احصایی بودن مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق.م. و دو ماده مزبور را یگانه ملاک شروط باطل شمرده، اصل را بر عدم ضرورت اجتماع شرایط اساسی ماده ۱۹۰ در شروط ضمن عقد نهاده‌اند (شهیدی، ۱۳۹۳: ۹۰). از این منظر، همین که شرطی باطل و مبطل نبود، واجد شرایط صحت و اعتبار است و نیازی به تبعیت از جمله شرایط اساسی صحت معامله ندارد. پس شرط فاقد شرایط عمومی صحت معامله، صحیح است. دسته‌ای دیگر با تمسک به مبانی و اصول، از آنجا که شرط نیز نوعی عمل حقوقی است که نیازمند اهلیت و اختیار است و تبعی بودن آن به این مبنا خللی نمی‌رساند، شرط ضمن عقد را در شرایط اساسی (به کلی یا در برخی عناوین) تابع قواعد عمومی قراردادها دانسته و شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ را حاکم بر هر توافقی که تحقق آن محتاج اراده انشایی است، می‌شمارند. بنابراین شرط ضمن عقد خصوصیتی ندارد تا از شمول این قاعده مستثنا شود. شرایط اختصاصی صحت شرط، موضوع مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق.م. در فصل آخر (انحلال) مورد تحلیل قرار می‌گیرد. در این بخش، مسئله لزوم رعایت شرایط عمومی موضوع ماده ۱۹۰ ق.م. که از آن به شرایط عمومی تعبیر می‌شود، در شروط ضمن عقد بررسی می‌شود.

شرط ضمن عقد، تعهدی است که در متن قرارداد آورده می‌شود و بر اثر آن، نوعی وابستگی و علاقه بین عقد و شرط به وجود می‌آید که شرط حالت تعهد تبعی می‌یابد. اگرچه افراد از این تأسیس برای تحقق خواسته‌ها و اهداف خود سود می‌برند، اما به کارگیری شرط، بی‌ضابطه و فاقد معیار نبوده، تابع موازین خاصی است. هر شرطی الزام‌آور نیست. لذا متعاقدين نمی‌توانند با رهایی از شرایط عمومی صحت معاملات، شرط را به مثابه شگردی برای برتری جویی و تحصیل امتیازات ناروا به کار برده و با درج خواسته‌های نامشروع در عقد، از تبعات آن مصون مانده، انتظار لزوم وفا از چنین شرطی داشته باشند. بنابراین صحت و فساد شرط، فرع بر اعتبار آن است؛ همچنان که بحث پیرامون مقدوریت شرط، فرع بر امکان وقوع آن است. ملاک درستی شرط صرفاً



خارج بودن از شمول مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق.م. نیست، بلکه باید واجد شرایط اعتبار نیز باشد. نکته دیگر آنکه از نظر قانون‌گذار در ماده ۱۹۰ ق.م.، خود شرایط اساسی صحت معاملات نیز دارای درجه اعتبار و ضریب اثر یکسانی نیستند؛ به گونه‌ای که سه شرط اول ماهیتاً وجوبی و شرط چهارم ایجابی است. یعنی سه شرط اول باید باشد، ولی شرط چهارم اگر ذکر شد، باید مشروع باشد، ولی لازم نیست که ذکر شود. پس در مورد شرایط اساسی صحت خود عقد نیز نمی‌توان از ضرورت اجتماع همه آن‌ها سخن گفت. این مطلب در شرط با توجه به جنبه تبعی و فرعی بودن آن نسبت به عقد، به طریق اولی صادق است؛ یعنی در حکومت قواعد عمومی صحت قراردادها بر شرط، نمی‌توان حکم یکسانی صادر کرد و سکوت مقنن در مورد هر یک از این قواعد، تفسیر جداگانه‌ای می‌طلبد. ولی به طور کلی، تردیدی در عدم تسری همه شرایط اساسی عقد به شرط باقی نیست. در ادامه شرایط اعتبار شرط بررسی می‌شود.

## ۱-۲. اهلیت

عاقدين علاوه بر عقد باید واجد اهلیت قانونی نسبت به شرط نیز باشند. در لزوم این حکم، تردید روا نیست. اما برخی نویسندگان، اهلیت برای شرط را نیز در وجود و عدم تابع عقد می‌دانند؛ یعنی اهلیت در عقد را مستلزم اهلیت برای شرط و عدم اهلیت برای انشاء عقد را موجب عدم اهلیت در اشتراط می‌بینند (همان). علامه اهلیت استیفا را در این مسئله به لزوم برخورداری از حق اشتراط تعبیر می‌کند. به عبارت دیگر، اهلیت یعنی حق اشتراط از شارط سلب نشده باشد (علامه، ۱۳۸۷: ۱۰۴). به بیان فقهی، «سائغ» مربوط به موردی است که شرط به معنای مصدری (حقیقی) جایز باشد، نه در وجه اسم مفعولی (یا معنای مجازی، معنای اسم مفعولی یعنی ملتزم یا مشروط). شرطی که در وجه اسم مفعولی روا نیست، مانند اینکه از انگور شراب بسازد که در واقع به شرط مخالف کتاب برگشت دارد. اما اگر واژه «سائغ» را در معنای مصدری تفسیر کنیم، یعنی خود شرط کردن روا باشد و ممنوع نگردد، مثل جایی که شرط کردن بر اثر نذر یا امر والد غیر سائغ گردد. در این برداشت، «سائغ» دارای وجه فارق و بار معنوی مستقل از «نامشروع» می‌شود. پس معنای سائغ به دارا بودن حق اشتراط بازگشت دارد و عدم

مخالفت شرط با کتاب و سنت، به مشروط یا مورد شرط برمی‌گردد. اما بر این وجه از اصطلاح «سائغ» دو ایراد گرفته‌اند: اول، همچنان که شرط فاسد در معاملات، موجب بطلان معامله نمی‌شود، حرمت شرط در معنای مصدری نیز به معنای فساد آن نیست. دوم، بر مبنای امام خمینی برای شرط غیر سائغ به معنای مصدری، نمی‌توان مصداقی یافت؛ چرا که در نمونه‌هایی هم که گفته شد، حرمت روی شرط نمی‌آید، بلکه حرمت به واسطه آن است که مخالفت با پدر و مادر یا مخالفت نذر حرام است. پس حرمت به اعتبار متعلق شرط است و حکم نمی‌تواند از متعلق خودش سراغ غیر متعلق خود برود و از این جهت نیز این تعبیر از «سائغ» اشکال دارد (موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۱۴۹).

همچنین بر خلاف نظر شهیدی، بین اهلیت برای عقد و اهلیت در شرط همیشه تلازم برقرار نیست و می‌توان مواردی را یافت که مشروط‌علیه نسبت به عقد، واجد اهلیت و نسبت به شرط، فاقد اهلیت باشد؛ مثل اینکه در عقد نکاح سفیه شرط شود که میزان مهریه را سفیه معین کند. در اینجا غیر رشید نسبت به اصل نکاح اهلیت دارد، ولی نسبت به شرط به سبب مالی بودن موضوع، فاقد اهلیت است. یا اینکه به موجب قرارداد وکالت، سفیه در انجام امور غیر مالی وکیل شده، اما شرطی در امری مالی با موکل ببندد.

## ۲-۲. قصد و رضا نسبت به عقد و شرط

آیا لازمه وابستگی شرط به عقد آن است که اراده عقد، مستلزم قصد شرط نیز هست یا اینکه می‌توان نسبت به قرارداد متضمن یک شرط، فرضی را تصور کرد که قصد به عقد تعلق می‌گیرد و به شرط خیر؟

بر مبنای تفسیری که از شرط به عنوان یک تعاهد عرفی ارائه شد، مقصود طرفین با درج شرط ضمن عقد این است که معامله مشروط دو التزام دارد: یکی تعهد به اصل بیع، و دیگری پایبندی به لزوم عقد. اما وفاداری دوم در صورتی است که شرط ضمن عقد محقق شود، وگرنه در عین تعهد به اصل بیع، مشروط‌له التزام دوم را ندارد. در نظریه «انحلال عقد واحد به عقود متعدد» نیز یک قصد به چند قصد، یا یک عقد به چند عقد تجزیه نمی‌شود، بلکه هر یک از متعاقدین با یک قصد، دو التزام را ایجاد

می‌کنند؛ یعنی مقصود متعاقدین از عقد مشروط در مقام انشاء دو التزام است و چون عقد از قصد تخلف نمی‌کند، در عالم واقع نیز عقد منحل به دو تراضی می‌شود. در اندیشه میرزای قمی، عقد و شرط جدا از هم نیستند و تراضی به عقد، مقید به شرط است. لذا قصد به هر کدام جداگانه تعلق نمی‌گیرد و شرط مثل جزء یکی از دو عوض است که ثمن بر آن توزیع و فساد آن سبب بطلان عقد می‌شود (میرزای قمی، ۱۳۹۶: ۸۵). شهیدی نیز با وجود اینکه برای تحقق شرط، لزوم قصد انشاء را مانند عقد پذیرفته، اما چون تفکیک و تمایزی در حرکت اراده بین عقد و شرط ضمن آن نمی‌بیند، بحث لزوم یا عدم لزوم اراده نسبت به شرط را قابل طرح نمی‌داند (شهیدی، ۱۳۹۳: ۹۱). لذا از نظر ایشان، مجموع شرط و عقد، یک التزام را تشکیل می‌دهند.

طرح و تحلیل مسئله، متوقف بر تفکیک بین دو مقام «قصد انشاء» و «رضا» است. قصد انشاء بسیط است و قابل تجزیه نیست، اما طبق نظام تعدد متعلق قصد و تکثر سلطه، که با مبنای برگزیده در ماهیت‌شناسی شرط سازگار است و نظر به تئوری وحدت انشاء و تعدد منشأ یا جانشینی یک قصد به جای دو قصد:

«تکثر سلطه‌ای که متعلق قصد انشاء است، به معنای تکثر قصد انشاء نبوده و تابع تکثر متعلق همان سلطه است. اگر موضوع یک عقد بیع، صد اسب باشد، می‌توان گفت بائع صد سلطه دارد و این سلطه‌ها به تعداد اسب‌هاست. بائع با عقد واحد و با انشاء واحد، تمام این سلطه‌ها را به مشتری منتقل می‌کند، اما تکثر سلطه‌ها موجب تکثر قصد انشاء نمی‌شود؛ زیرا قصد انشاء غیر قابل تجزیه است. پس بائع با یک قصد انشاء می‌تواند چندین سلطه را به مشتری منتقل کند و چندین منشأ را در ظرف اعتبار به وجود آورد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۸۵).

بنا بر نظریه منتخب، عقد و شرط در ناحیه تعلق رضا، یک واحد بسیط و غیر قابل تجزیه نیست. تفکیک تراضی ضمنی به ذات عقد بدون شرط و تراضی به شرط به معنای تحلیل عقد به دو التزام است که یکی اصلی و دیگری تبعی است. آثار این نظریه با مبنای برگزیده همسو و موافق است. از جمله احکام این است که در تعلق اراده بین قصد و رضا تفاوت وجود دارد. رضا از امور انشایی نیست و ماهیت آن با ماهیت قصد انشاء متفاوت است (همان). تقارن شرط با عقد به معنای مجرد اقتران دو التزام

نیست، بلکه این ارتباط، نوعی پیوند و بستگی بین شرط با عقد پدید می‌آورد که مشروط را یا دارای اثر تعلیقی می‌سازد و یا تقییدی. لذا در نظریه لزوم اراده نسبت به عقد و شرط، گرچه تفکیک در ناحیه قصد نسبت به شرط و عقد ممکن نیست و نمی‌توان تصور کرد که قصد به عقد بدون شرط تعلق بگیرد، اما رضای به عقد مشروط می‌تواند در ناحیه عقد و شرط تفکیک شده، به عقد تعلق بگیرد و به شرط خیر. لذا هرچند در نظریه بسیط، امکان افتراق اراده نسبت به عقد با شرط وجود ندارد، اما نظریه مرکب که در آن عقد مشروط به نحو تعدد منشأ منحل به دو تراضی می‌شود، بین قصد و رضا تفکیک قائل است؛ یعنی تعلق رضا را در عقد با شرط تفکیک می‌کند. بنابراین از آنجا که لزوم اراده نسبت به عقد و شرط هر دو مورد لحاظ است، همان طور که ممکن است رضا حاصل شود، ولی قصد انشاء محقق نشود، نمی‌توان گفت که تحقق قصد انشاء نسبت به عقد، به معنای آن است که رضای نسبت به شرط نیز لزوماً همزمان و قهراً حاصل شده است؛ چرا که ممکن است اکراه تنها در ناحیه شرط شکل بگیرد و از طرف دیگر، اکراه در عقد مستلزم اکراه نسبت به شرط نیست.

صورت اول (اکراه در شرط) با مبنای برگزیده توجیه گردید. اما در حالت دوم که رضایت نسبت به عقد اصلی مفقود و نسبت به شرط موجود است، با عدم تنفیذ عقد اکراهی و بطلان آن، شرط نیز باطل است؛ زیرا ارتباط شرط با عقد، تابع خواست طرفین است. هرچند طرفین به طور معمول، شروط را به عقد وابسته می‌کنند و شرط یک تعهد تبعی و فرعی نسبت به تعهد اصلی و لزوماً در صحت و فساد، تابع عقد است، ولی این نکته کلیت ندارد. قصد مشترک که حاکم بر عقد است، می‌تواند این وابستگی را قطع کند یا کیفیت آن را به اشکال مختلف تغییر دهد:

۱- استقلال اصلی: در مواردی از قبیل شرط داوری، اراده طرفین بر استقلال کامل شرط تعلق گرفته، به نحوی که با انحلال عقد اصلی، آسیب ندیده و مصون بماند. در این مورد، رضای معتبر برای نفوذ قرارداد وجود ندارد و مخدوش است، حال آنکه رضایت معتبر برای شرط ضمنی موجود است.

۲- استقلال غایی: ممکن است شرط در اراده مشترک از لحاظ غایت، مستقل تلقی شود یا خود غرض غایی باشد. پس دو گونه جلوه می‌کند:

الف) گاهی تأثیر شرط در نظر عاقدین به زمانی موکول می‌شود که بی‌اعتباری عقد اصلی شناسایی گردد. در این هنگام، شرط جوانه زنده، به بار می‌نشیند و شکوفا می‌شود. اساساً شرط برای چنین وضعیتی پیش‌بینی شده است؛ مانند شرط تشدید یا تخفیف ضمان درک مبیع یا ثمن، از آنجا که اراده طرفین بر این بوده که در صورت مستحقّ للغير درآمدن مبیع یا ثمن چنین شرطی اجرا گردد، نمی‌توان نفوذ یا عدم نفوذ شرط را وابسته به قرارداد اصلی نمود.

ب) مواردی نیز وجود دارد که بر خلاف روال معمول، خود شرط هدف غایی است و معامله اصلی در نظر عاقدین مقام دوم را داشته، تابع شرط است. گاهی برای لزوم‌بخشی به یک تعهد ابتدایی، دو طرف آن را در شمایل شرط ضمن عقد لازمی درج می‌کنند، با این وصف که عوض از اشیاء سیر و محقّر اما شرط ضمن آن از چنان اهمیت و اعتباری برخوردار است که تردیدی در اینکه هدف اصلی از قرارداد، وجوب وفای شرط است، باقی نمی‌گذارد؛ مثلاً در ازای فروش یک مداد به مبلغی بالا شرط شود که فروشنده یک سال به عنوان اجیر در خدمت خریدار باشد. غالب شروط ضمن عقد که در دفاتر اسناد رسمی تنظیم می‌شود، از این قبیل است. گرچه در مقابل نظریه تفسیر اراده باطنی طرفین، از این فکر نیز نمی‌توان به سادگی گذشت که آنچه ملاک اصل و فرع بودن است، غرض متعاقدین نیست، بلکه قالب و پیکره‌ای است که برای بیان اراده خود طرح و اجرا کرده‌اند. اگر نیت طرفین آن بوده که شرط اصل، و عقد تابع آن باشد، اما الفاظ عقد بر این اراده باطنی گواهی ندهد و عقد مشروط به گونه‌ای انشاء شود که شرط، تعهد تبعی تلقی گردد، از ظاهر عبارات نمی‌توان چشم پوشید و فساد عقد حقیر را همچنان سبب بطلان شرط خطیر ندانست. اگر شرط تابع است، در واقع کالعدم است، هر چند کشف اراده باطنی نیز در فرضی که ظاهر کلمات قرارداد بر خلاف آن است، ممتنع جلوه می‌کند، چه رسد به حاکم ساختن آن.

سؤال دیگر آن است که اگر قصد یا رضا یا اهلیت نسبت به عقد محقق و نسبت به شرط منتفی بود، وضعیت حقوقی عقد و شرط چیست؟

نظر علامه (بر وجه مسموع در درس شروط) آن است که فقد رضا نسبت به شرط به عقد آسیبی وارد نمی‌کند، با این حال، نبود رضا مانع اعتبار شرط و البته موجب

ضمانت اجرا نسبت به خود عقد می‌گردد. پس در بی‌اعتباری شرط فاقد رضای تردیدی روا نیست و شاید هم بتوان گفت که ضمانت اجرای عدم نفوذ نسبت به شرط جاری است؛ چون برای تحقق هر عمل حقوقی، رضایت انشاکننده به نحو معتبر ضروری است. شرط نیز گرچه وابسته به عقد است، اما وجود حقوقی مستقل دارد و اعتبار آن مستلزم وجود عنصر رضای طرفین است.

حال در این حالت که اعتبار شرط غیر نافذ به رضایت مشروط‌علیه وابسته است، اگر او رضایت ندهد، این عدم رضای چه تأثیری بر سرنوشت عقد و شرط می‌گذارد؟ ردّ شرط توسط مشروط‌علیه، موجب بطلان شرط است، اما امتناع شرط در این مورد، تأثیری در صحت عقد ندارد و مستفاد از ماده ۲۴۰ ق.م.، تعدّر شرط، سبب ایجاد حق فسخ برای مشروط‌له نسبت به عقد نمی‌شود؛ چون اولاً مستلزم دور است و ثانیاً از آنجا که خود مشروط‌له مُقَدِّم و عامل اکراه مشروط‌علیه در قبول شرط بوده است، پس باید نتیجه اقدامش را بپذیرد. به عبارت روشن‌تر، موجب عدم نفوذ، خود مشروط‌له بوده و طبق قاعده اقدام، مشروط‌له نمی‌تواند چنین عقدی را فسخ کند، چون امتناع مستند به فعل مشروط‌له است:

«اگر بعد از عقد، انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط بر نفع او شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت؛ مگر اینکه امتناع، مستند به فعل مشروط‌له باشد» (ماده ۲۴۰ ق.م.).

## ۳-۲. عدم معلومیت شرط

قانون مدنی در بند ۴ ماده ۱۹۰، بر لزوم معلوم و معین بودن مورد معامله، و در ماده ۲۱۶، بر مبهم و مردد نبودن آن تصریح کرده است. این اصل بر دلایلی چند استوار است که مهم‌ترین آن، بنای معاملی عرفی بر تساوی بین عوض و معوض یا به تعبیر جعفری لنگرودی «موازنه در ارزش عوضین» که از عناصر سه‌گانه تراضی معاملی است، می‌باشد. این بناء، اشتراط معلومیت موضوع معامله را می‌طلبد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۰).

موضوع تسری قاعده معلوم بودن مورد معامله به شروط ضمن عقد، نه تنها بین حقوق‌دانان بلکه در فقه امامیه نیز محلّ نزاع و تضارب آراء بوده است. در مقابل حکم

به لزوم رفع ابهام از مورد شرط، برخی نویسندگان حقوق با توجه به فرعی بودن شرط، علم تفصیلی را در موضوع شرط لازم ندانسته‌اند. شهیدی با برشمردن دلایلی بر آن است که اگر موضوع شرط هنگام عقد به طور تفصیلی معلوم نباشد، ولی اجمالاً یعنی در واقع معلوم باشد، شرط مزبور صحیح است و تنها مورد بطلان شرط نامعلوم جایی است که شرط به نحو اجمالی نیز معلوم نباشد و به عبارت دیگر، مجهول مطلق باشد، هر چند مشمول شروط باطل ماده ۲۳۲ ق.م.م هم نگردد (شهیدی، ۱۳۹۳: ۹۳). علامه تفسیری متفاوت از مسئله ارائه داده و نظری قابل تأمل دارد. از نگاه ایشان، با توجه به عدم اعتبار لزوم معلومیت شرط، چون عقد و شرط از امور اجتماعی بوده که تنها در افق نفس تولید نشده و باید در خارج محقق و منشأ اثر گردند، شرط مجهول ولو به نحو مطلق به دلیل قابلیت تعیین در خارج صحیح است، همان طور که اگر شرط مردّد باشد، تأثیری در صحت عقد نداشته و صحیح است. بنابراین بر خلاف لزوم اکرایی نبودن شرط، در اینجا اگر شرط شود ثمن معامله هر میزان پولی باشد که در جیب خریدار است، معامله و شرط صحیح است (علامه، ۱۳۸۷: ۲۰۶). محقق داماد این مسئله را که آیا اصولاً دلیلی بر مضر بودن غرر در شرط وجود دارد یا خیر، از موارد قابل تردید می‌داند و در عین حال، تأکید دارد بر اینکه مسلم است که حتی اگر جهل شرط به عوضین هم سرایت نکند، به هر حال باید قابل اجرا باشد؛ در غیر این صورت، شرط مجهول فاقد اعتبار و کأن لم یکن است و دادگاه در مقام رسیدگی مانند عقد مطلق با آن برخورد خواهد کرد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۵۱/۱). بنا بر نظر اخیر شاید بتوان گفت که شرط مجهول مطلق به دلیل عدم امکان اجرا باطل است، گرچه قائل نظر دوم، حتی شرط مجهول مطلق را قابل از برای تعیین می‌داند.

در مقام داوری بین دیدگاه‌های موجود، باید محلّ نزاع را به مسئله لزوم علم تفصیلی در موضوع شرط، تحریر و تحدید کرد؛ چرا که شرط مجهول مطلق قابلیت اجرا ندارد و نیز می‌توان آن را از جهت مشمول بند ۲ ماده ۲۳۲ ق.م.م. فاقد نفع و فایده عقلایی دانست. مامقانی با معتبر دانستن نوعی علم اجمالی در شرط، مجهول مطلق را سبب نزاع و بحث‌برانگیز تلقی کرده است:

«... وأما الجهالة التي لا تؤول إلى العلم فقد يوجّه فيها البطلان نظرًا إلى أنّه مثاّر النزاع ولم يعهد نظيره في الشرع بل المعلوم منه خلافه. فتأمل جيّدًا» (مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۵۹).

این اندیشه که علم تفصیلی را شرط صحت شرط نمی‌داند، ولی لزوم معلومیت به نحو اجمالی را مورد شناسایی قرار می‌دهد، راجح به نظر می‌رسد.

قانون‌گذار در ماده ۲۱۶ ق.م.، شرط صحت قرارداد را معلوم بودن موضوع آن به علم تفصیلی دانسته است. مطابق ماده ۳۴۲ ق.م. نیز رفع ابهام از معامله در مقدار، جنس و وصف مبیع ضروری است. مؤلف *تحریر المجله* لزوم معلومیت را در دو جهت دیگر به این موارد افزوده است: آگاهی از وجود ثمن و مثن و علم به حصول که همان قدرت بر تسلیم است (کاشف‌الغطاء، ۱۳۹۰: ۳۹۱). اما نوآوری‌های عصر جدید و پدیده‌های نوظهور، موجب تغییر نیازهای اقتصادی و تحولات قراردادی شده است که در مواردی با قالب‌های موجود قابل توجیه نیست. امروزه نهاد قرارداد باز به عنوان یک تأسیس مطلوب و کارآمد در حقوق قراردادها شناخته می‌شود. این پدیده که مقررات راجع به آن در قانون متحدالشکل تجاری با عنوان «شروط تکمیل‌کننده» ذکر شده و در تجارت بین‌الملل نیز به عنوان یک نهاد کارآمد مطرح است، با اعتباربخشی به کفایت علم اجمالی، اصل لزوم علم تفصیلی را تعدیل ساخته است، به وجهی که در آن پاره‌ای موضوعات قراردادی چون میزان ثمن، مکان انجام تعهد و... در زمان تشکیل قرارداد به صورت باز و مبهم، تنظیم و سپس مطابق روش‌های موجود در نظام‌های حقوقی تکمیل می‌شوند. از طرفی در شرایط نوین با پیشرفت علم و بهره‌گیری نظام قضایی از تجهیزات و ابزارهای دقیق، فنی و استاندارد کارشناسی، می‌توان در زمینه‌های مختلف با ضریب خطای پایین، غرر را از روابط قراردادی زدود و فلسفه وضع قاعده غرر را که پیدایش زمینه اختلاف و نزاع است، مرتفع ساخت. بنابراین در بسیاری موارد، دیگر ابهام قراردادی موجب غرر نیست.

آنچه در مورد تعدیل نظریه علم تفصیلی گفته شد، نسبت به موضوع اصلی معامله است. درباره شرط که تعهدی تبعی است و از عدم تصریح قانونی به لزوم معلومیت نیز رنج می‌برد، به طریق اولی، کفایت علم اجمالی پذیرفتنی است. به علاوه در حقوق ایران با تصویب قوانین مؤخر، برخی شروط که موقع درج در قرارداد مبهم‌اند، به تدریج



مورد پذیرش قرار گرفتند؛ از جمله به موجب ماده ۸ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶، شرط اجاره عین مستأجره به مستأجر متصرف با «اجاره متعارف» که یک معیار نامعلوم اما قابل تعیین است، صحیح و موجد حق برای مستأجر دانسته شده است. همچنین شرط تنصیف دارایی در قباله‌های ازدواج، یک شرط نامعلوم در زمان انعقاد عقد است که در آینده قابل تعیین خواهد بود. البته اعتبار شرط مجهول به نحو اجمال، منصرف از میزان جهلی است که به یکی از دو عوض سرایت کرده و معامله را غرری و باطل سازد (بند ۲ ماده ۲۳۳ ق.م.ا). سید یزدی اقتضای تحقیق در مسئله را عدم بطلان شرط مجهول می‌داند؛ زیرا دلیلی بر اعتبار علم در شرط نداریم، مگر آنکه شرط مطلقاً (حتی به علم اجمالی) مجهول باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹: ۲۸۷/۳).

#### ۴-۲. نامشروع بودن جهت شرط

شرط چهارم از شرایط اساسی صحت معامله، یک شرط ایجابی است که تنها در صورت تصریح، موجب بطلان عقد است. برخی نویسندگان، جهت را علت غایی تعریف کرده‌اند که: «امری است ذهنی و شخصی که تابع امیال اشخاص است، هم در زندگی قضایی و هم در بیرون آن» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۲۵۴).

حکومت و سرایت این بند به شروط ضمن عقد، مورد انکار اساتیدی چون شهیدی است. بنابراین از نظر ایشان، حتی با وجود تصریح به جهت نامشروع شرط، مانند آنکه ضمن فروش کارخانه‌ای شرط شود که کامیون فروشنده متعلق خریدار باشد تا از آن برای حمل مواد مخدر استفاده کند، شرط باطل نیست، گرچه مشروط‌له نمی‌تواند از شرط غیر قانونی بهره ببرد (شهیدی، ۱۳۹۳: ۹۳). این تفسیر، مورد ایراد برخی حقوق‌دانان قرار گرفته است. علامه بر این نظر است که در بطلان شرطی که غرض از انعقاد آن، هدفی نامشروع باشد، تردید نباید داشت. مشروعیت جهت مصرح در شرط را باید از شرایط اساسی اعتبار شرط دانست. عدم مشروعیت جهت شرط، آن را ناگزیر از قلمرو شرایط صحت و دایره اعتبار خارج می‌کند (علامه، ۱۳۸۷: ۲۲۰). وانگهی، نافذ شناختن امری به معنای قابلیت اجرای آن است. شرطی که جهت مذکور آن نامشروع است، لزوم وفا ندارد و جمع بین صحیح دانستن چنین شرطی با ممنوع شمردن استیفای آن،

عقلاً ممکن نیست. از طرفی شرط نامقدور، ممتنع و لاجرم به دلالت ماده ۲۴۰ ق.م.، خود باطل است.

جعفری لنگرودی نه تنها شرط دارای جهت نامشروع را فاسد می‌داند، بلکه استقلال جهت شرط از جهت عقد را در تفاهم عرف به شدت دشوار می‌بیند، لذا بر آن است که جهت نامشروع شرط ظاهراً موجب نامشروع شدن جهت عقد و در نتیجه فساد خود عقد می‌شود. پس اگر کسی دگانی را برای نصب ماشین‌آلات چاپ کتب و روزنامه به مبلغ و مدت معلوم اجاره دهد، به شرطی که دو جلد کتاب معلوم را با اجرت معلوم در آنجا چاپ کنند، ولی این دو جلد از کتب ضلال باشد، این شرط فعلی که هدف نامشروع دارد، خود فاسد است و به جهت عقد نیز سرایت کرده و آن را هم نامشروع می‌سازد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۶۹).

### نتیجه‌گیری

قانون مدنی از یک سو فصل چهارم از باب اول کتاب مربوط به معاملات و تعهدات را به بیان شروط ضمن عقد اختصاص داده و در پانزده ماده، اقسام و احکام این شروط را ذکر کرده است. اما اولاً تعریفی از شرط ضمن عقد ارائه نداده و ثانیاً از شرایط صحت شروط ضمن عقد به صورت ایجابی گفتگویی به میان نیاورده است، بلکه ابتدا به ذکر شروط باطل (ماده ۲۳۲ ق.م.) پرداخته و سپس صرفاً از شروط باطل و مبطل (ماده ۲۳۳ ق.م.) سخن رانده است. از سوی دیگر، قانون‌گذار به احکام و مواد روشن و صریحی درباره شرایط ارکان عقد و اوصاف عوضین پرداخته است (مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ ق.م.): به گونه‌ای که معلوم بودن موضوع و لزوم رفع ابهام از مورد معامله بر پنج محور اصلی استوار گردیده است: وجود، حصول، جنس، وصف، مقدار. بنابراین معامله چیزی که در وجود یا قابلیت تسلیم آن، جهل و ناتوانی وجود دارد یا اوصاف آن از جنس و وصف و مقدار معلوم نیست، به جهت غرری بودن باطل است. همچنین مشروعیت جهت معامله از شرایط اساسی صحت آن است. در لزوم تعلق اراده انشایی به عقد و موضوع قرارداد نیز با توجه به نص ماده ۱۹۱ قانون مدنی تردیدی نیست. در این زمینه نیز مراحل تحقق عقد بر چهار اصل: وقوع قصد انشاء (وجود)، مبرز خارجی (احراز)،

تطابق اراده‌ها (موافقت)، عدم مانع (سلامت) قرار گرفته است.

اما در شرایط اساسی اعتبار شرط و لزوم تعلق اراده مستقل انشایی نسبت به آن، مقررات قانون مدنی ساکت یا ناکافی بوده و به طور صریح احصا نشده است. با فقد نص قانونی یا نقص آن، در اینکه در نتیجه تبعیت شرط از عقد، آیا قواعد عمومی صحت قرارداد بر شرط نیز قابل تطبیق و اعمال است یا خیر، بین استادان حقوق و نظریه پردازان شرط اختلاف است.

مانند عقد می‌توان شرایط صحت شرط را به شرایط عمومی و اختصاصی تقسیم کرد. آنچه که قانون مدنی در ماده ۱۹۰ درباره شرایط عمومی عقود آورده، در مورد شرط هم صادق است و آنچه در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ احصا شده، درباره شرایط اختصاصی صحت شرط حاکم است. پس شرایط اعتبار (ماده ۱۹۰) با شرایط صحت و فساد شرط (مواد ۲۲۳ و ۲۲۴) متفاوت است. صحت و اعتبار یکی نیست، هرچند اگر عقدی صحیح نباشد، معتبر نیست. همان طور که بحث در مقدریت و عدم مقدریت شرط، فرع بر امکان وقوع آن است، بحث در صحت و فساد شرط، فرع بر اعتبار آن است. پس نتیجه تدقیق بیشتر، تفکیک بین شرایط صحت و اعتبار شرط است. لازمه درستی شرط صرفاً خارج بودن از مصادیق مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ نیست، بلکه باید واجد شرایط اعتبار هم باشد. علاوه بر شرایط عمومی صحت شرط، ترسیم خطوط تاریک و مبهم احکام و قواعد شرط با توجه به وضع ویژه آن در ارتباط با قرارداد و طرف‌های عقد و غبارزدایی از مقررات قانون مدنی در موارد نقص و اجمال، چهره دیگر حلقه‌های مفقوده موضوع این پژوهش قرار گرفت که با ابداع احتمالات و طرح نظریه اعتبار شرط و واکاوی و طبقه‌بندی دیگر حلقه‌های مفقوده شرط در سه حوزه: حلقه‌های مفقود در شروط مذکور، حلقه‌های مفقود در شروط غیر مصرح صحت شرط (شروط اختصاصی) و حلقه‌های مفقود در شروط غیر مصرح اعتبار شرط (شروط عمومی) و با کشف و ضبط حلقه‌های مفقوده در هر قسمت، تلاش شد با شناسایی خلأهای موجود و نوآوری و یافته‌های تازه و پیشنهاد حلقه‌های تکمیلی شرط، نقص و کاستی قانون مدنی ترمیم و زنجیره‌ای به هم پیوسته از احکام و آثار شرط ارائه شود تا این تأسیس در جایگاه واقعی خود قرار گیرد.

## کتاب‌شناسی

۱. ابن قیم جوزیه، شمس‌الدین ابو عبدالله محمد بن ابی بکر بن ایوب، *اعلام الموقعین عن رب العالمین*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۱ ق.
۲. جعفری تبار، حسن، *دیو در شیشه*، تهران، نگاه معاصر، ۱۳۹۶ ش.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۴. همو، *تئوری موازنه*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۵. همو، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۶. همو، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۷. صدر، سیدمحمدباقر، *الاسلام یقود الحیاة*، قم، مرکز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد صدر، ۱۴۲۹ ق.
۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه کتاب المکاسب*، چاپ دوم، قم، مؤسسه طيبة لاحیاء التراث، ۱۴۲۹ ق.
۹. عابدی، احمد، *دروس خارج فقه، خيارات*، قم، ۱۳۹۷ ش.
۱۰. علامه، سیدمهدی، *شروط باطل و تأثیر آن در عقود*، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۱۱. علی اکبریان، حسنعلی، *قاعده عدالت در فقه امامیه*، گفتگو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۶ ش.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶ ش.
۱۳. کاشف الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، *تحریر المجله*، تهران، مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، ۱۳۹۰ ش.
۱۴. مامقانی، ملاعبدالله بن محمدحسن، *نهاية المقال فی تکملة غاية الآمال*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ ق.
۱۵. محقق داماد، سیدمصطفی، و دیگران، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران، سمت، ۱۳۹۷ ش.
۱۶. مطهری، مرتضی، *عدل الهی*، تهران، صدرا، ۱۳۸۷ ش.
۱۷. همو، *نظام حقوق زن در اسلام*، تهران، صدرا، ۱۳۹۵ ش.
۱۸. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *کتاب البیع*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۸ ش.
۱۹. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *رساله در شروط ضمن عقد*، ترجمه امیر بارانی بیرانوند و فاطمه امیری پاک، تهران، خرسندی، ۱۳۹۶ ش.
۲۰. نراقی، احمد بن محمدمهدی، *عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۳۶۶ ش.