

## بررسی کیفیت اعتبار قصد و رضا در صحت و نفوذ شروط ضمن عقد

دکتر اسماعیل صغیری\*

### چکیده

طبق بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون مدنی قصد طرفین و رضای آنها، برای صحت معامله شرط اساسی محسوب می‌شود. ظاهر صدر ماده مرقوم و بندهای چهارگانه آن، این است که مصادیق ماده عبارت است ماهیتهای حقوقی دو یا چند طرفی، که حسب تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی - با ملاحظاتی که در این خصوص وارد است- «عقد» یا «قرارداد» نامیده می‌شود و به ظاهر ماده مذکور از «شروط ضمن عقد» منصرف است. این تحقیق به بررسی کیفیت اعتبار قصد انشاء و رضایت مشروطه و مشروط‌علیه در صحت، تحقق و نفوذ شروط ضمن عقد و مقایسه آن با «عقد»، می‌پردازد.

واژگان کلیدی: قصد، قصد انشاء، رضا، رضایت، شروط ضمن عقد.

---

\* عضو هیات علمی دانشکده حقوق و الهیات دانشگاه آزاد اسلامی تبریز و وکیل دادگستری.

### طرح بحث

بررسی آثار و احکام حاکم بر قصد و رضا و نیز تحلیل فعالیت ذهنی و دماغی طرفین معامله، به خوبی نشان می‌دهد که قصد غیر از رضا و کاملاً از آن متفاوت است. به عنوان مثال در حالی که فقدان قصد انشاء موجب بطلان معامله می‌گردد (مواد ۱۹۱ و ۱۹۵ ق.م.) فقدان رضای معتبر باعث عدم نفوذ آن می‌شود (مواد ۲۰۳ و ۲۴۷ ق.م.) برای اینکه تفاوت ماهوی قصد و رضا به روشنی معلوم گردد، لاجرم مراحل فعالیت ذهنی و دماغی طرفین معامله، باید بررسی شود: بدین منظور اشاره می‌شود که هر شخصی که بخواهد معامله‌ای مانند فروش یک تخته فرش را بنماید، لاجرم ابتدا تصویری از فرش و بیع و به طور خلاصه شمایی کلی از معامله و همه ارکان آن در ذهن او نقش می‌بندد، که به آن مرحله «تصور یا خطور» می‌گویند. خطور امری قهری و غیرارادی است و اولین مرحله از مراحل مختلف فعالیت روانی به اعلام اراده منجر محسوب می‌شود. پس از نقش بستن تصویر کلی معامله در ذهن، شخص سود و زیان خود را در انجام یا عدم انجام معامله به صورت ذهنی می‌سنجد و ارزیابی می‌کند. در این مرحله، ذهن در واقع وارد عمل محاسبه می‌شود. به این مرحله، مرحله «سنجش یا تدبر» گفته می‌شود. مرحله پس از سنجش، تصمیم به انجام یا عدم انجام معامله است که در حال، با جزمیتی بر انجام یا عدم انجام آن همراه است. لذا به این مرحله، مرحله «جزم یا تصمیم» گفته می‌شود. در صورت جزم طرف بر انجام معامله، رضایت و خشنودی در ذهن او حاصل و به انجام معامله متمایل می‌گردد که این میل و رغبت به انجام معامله، همان «رضا» نامیده می‌شود و مرحله چهارم از مراحل فوق است. در نهایت وقتی که این رضایت در ذهن حاصل

گشت به پشتوانه آن، شخص تصمیمی را که بر انجام معامله گرفته است، می‌خواهد عملی کند. لذا مرحله پنجم را می‌توان مرحله «اجرای تصمیم یا انشای معامله» نامید که همان قصد انشا است. در مرحله ششم، شخص قصد انشای خود را که امر درونی است، از طریق نوشته یا کلام ابراز و بدینسان اعلام اراده می‌کند، از این جهت می‌توان این مرحله را مرحله «اعلام اراده» نامید. بنابراین تحلیل حالات و فعالیت‌های ذهنی منجر به اعلام اراده انجام معامله، به خوبی نشان می‌دهد که رضا با قصد تفاوت دارد؛ آری، در حالی که رضایت از جنس حالت و کیفیت و چگونگی است، قصد از جنس فعل و کار است، منتهی فعل و کار ذهنی‌ای که جز با اقترا ن به مبرز خارجی قابل درک و دسترسی نیست. این است که ماده ۱۹۱ ق.م. اشعار می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که بر قصد دلالت کند». بنابراین قصد انشاء عنصر سازنده و ماده تشکیل‌دهنده معامله است در حالی که رضایت فقط شرط تأثیر و نفوذ معامله است و در ساخته شدن آن نقش چندانی ندارد؛ این است که ضمانت اجرای فقدان قصد، بطلان معامله و ضمانت اجرای فقدان رضا، عدم نفوذ آن است. بنابراین با معلوم شدن تفاوت ماهوی قصد و رضا و به ویژه تفاوت آنها در آثار و احکام، شایسته است که کیفیت اعتبار هر یک از این دو عامل را در صحت، تحقق و نفوذ شرط ضمن عقد در فراز مستقلی مورد بحث و بررسی قرار دهیم.<sup>۱</sup>

#### گفتار اول - قصد طرفین شرط

طرفین شرط برای ایجاد آن در عالم اعتبار، لاجرم باید شرط را انشاء کنند. نظر به اینکه انشای شرط به طور معمول در حین انشای عقد صورت می‌پذیرد، بنابراین با اخذ وحدت ملاک از ماده ۱۹۱ ق.م. می‌توان معتقد بود که شرط محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که بر شرط دلالت کند. یعنی قصد انشای

طرفین، عنصر سازنده شرط ضمن عقد و رکن و استوانه آن است. لذا نقش قصد انشای طرفین شرط، در ایجاد و محقق ساختن آن را نمی‌توان با یک شرط ساده، که فقط زمینه را برای پیدایش شرط ضمن عقد فراهم کند، مقایسه کرد؛ بلکه قصد انشاء نقشی بسیار پراهمیت‌تر و وزین‌تر در تحقق شرط دارد، به نوعی که فقدان آن بیدرنگ موجب فقدان و از نظر حقوقی، بطلان، شرط ضمن عقد خواهد بود. حکمی که به نظر نمی‌رسد در بین علما و دانایان حقوق مخالفی داشته باشد. بدین ترتیب شرط ضمن عقد را باید محصول قصد انشای طرفین شرط دانست که موجب ایجاد شرط ضمن عقد می‌شود.<sup>۲</sup> اما نکته بسیار حایز اهمیتی که در حوزه مشترک مربوط به قصد انشاء و شرط ضمن عقد قابل طرح و بررسی است و مبحث جدیدی غیر از مباحث مطرح شده در باب کلیات قراردادها در خصوص قصد انشاء به شمار می‌رود، همان مسأله لزوم یا عدم لزوم اقراران قصد انشاء به میرز خارجی برای تحقق شرط ضمن عقد است؛ برای تبیین صورت مسأله باید گفت: همان طور که می‌دانیم به موجب ماده ۱۹۱ ق.م. قرارداد زمانی به وجود می‌آید و اعتبار حقوقی پیدا می‌کند که قصد انشاء، که عنصر سازنده آن است، از طریق یک وسیله غیرذهنی و خارجی مثل لفظ یا نوشته یا حرکت اعضا و جوارح مانند اشاره و معاطات ابراز گشته و نمود خارجی پیدا کند؛ زیرا اولاً - حقوق اصولاً جزو علوم اجتماعی است و به بررسی ارتباط افراد با هم می‌پردازد. بنابراین به فرض بعید، اگر روی کره زمین فقط یک نفر وجود داشته باشد، اصولاً حقوقی - چه به صورت فطری و چه به صورت علمی - نمود پیدا نمی‌کند و ثانیاً - برای ایجاد ارتباط بین افراد وجود وسایل ارتباطی غیرذهنی و خارجی لازم و ضروری است؛ چونکه نوع بشر - جز در موارد استثنایی - قابلیت اطلاع از حالات و افعال ذهنی و درونی همدیگر را ندارد. اراده به صورت اعم و قصد انشاء به صورت

اخص، یک فعل نفسانی و کاملاً درونی است که اطلاع از آن جز به وسیله مبرز بیرونی امکانپذیر نیست، لذا ابراز این اراده درونی و به واقع اعلام اراده، در نظام حقوقی ما و بلکه همه نظامهای معتبر حقوقی دنیا از چنان اهمیتی برخوردار است که عده‌ای ابراز اراده را همچون خود اراده از شرایط ثبوتی- و نه اثباتی- برای تحقق و به وجود آمدن قرارداد تلقی می‌کنند<sup>۳</sup> و بدون وجود آن یا در صورت عدم اقتران زمانی آن با خود اراده، عقد را باطل محسوب می‌کنند. پس به طور خلاصه و به بیان ساده، می‌توان گفت: برای به وجود آمدن قراردادها علاوه بر وجود قصد انشا، وجود وسیله خارجی دلالت‌کننده بر آن و نیز اقتران زمانی این وسیله دلالت‌کننده با خود قصد انشاء لازم و ضروری است (مستفاد از ماده ۱۹۱ ق.م.). حال پرسش در خصوص شرط ضمن عقد این است که آیا وجود سه شرط مذکور (یعنی وجود قصد، وجود مبرز خارجی و اقتران قصد و مبرز خارجی) برای تحقق شرط ضمن عقد هم لازم است یا خیر؟

در پاسخ باید گفت، همان‌گونه که قبلاً نیز اشاره شد، در ضرورت وجود قصد انشاء برای تحقق شرط ضمن عقد نمی‌توان به خود تردیدی راه داد؛ زیرا اصولاً شرط ضمن عقد، مبتنی بر توافق است و توافق چیزی جز نقطه مشترک یا محل تلاقی دو انشای متقابل نیست. اما در خصوص دو شرط دیگر یعنی وجود مبرز خارجی و به ویژه اقتران مبرز خارجی با قصد انشای شرط ضمن عقد وضعیت به این سادگی نیست. همه تردیدها از مسأله شروط تبانی، که بی‌شک جزو شروط ضمن عقد محسوب می‌شوند<sup>۴</sup>، شروع می‌گردد. می‌دانیم شروط تبانی یا شروط بنایی به آن دسته از شروط ضمن عقد اطلاق می‌گردند که طرفین قرارداد به هنگام انشای قرارداد، ذکری از آنها به میان نمی‌آورند، ولی قرارداد در حین انعقاد مبنیاً بر آنها و

متکی و استوار بر آنها انشاء می‌شود. این تبانی معمولاً به دلیل گفتگوها و مذاکرات پیش از عقد، که جنبه مقدماتی دارند، پیش می‌آید و صورت می‌پذیرد؛ مثلاً، پیش از انشای عقد نکاح، از شغل و حرفه زوج پرسش و ایشان اظهار می‌کند که وکیل دادگستری هستم و رفته رفته در حین مذاکرات پیش از عقد، این حرفه زوج از چنان اهمیتی برخوردار می‌شود که طرفین اصولاً انعقاد عقد را مبتنی بر وکیل دادگستری بودن زوج تلقی می‌کنند و اتفاقاً از فرط این بدهاقت به ذکر آن در عقد نکاح نیازی احساس نمی‌کنند، ولی بدون تردید این شرط جزو شروط ضمن عقد نکاح محسوب می‌شود. این است که قانون مدنی در ماده ۱۱۲۸ خود اشعار می‌دارد: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط گردد و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بود؛ برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد.» از طرفی به نظر می‌رسد، در صورتی که حین انشای عقد، متعاقدين هیچ توجهی به شرط مذکور نداشته باشند و عقد کاملاً بدون توجه به مفاد شرطی، که قبلاً مورد توافق قرار گرفته، انشاء شود، یعنی در صورتی که دو طرف عقد هنگام تراضی از آن شرط غافل بمانند و مفاد شرطی که قبلاً مورد توافق قرار گرفته است به بونه فراموشی سپرده شود، بی‌گمان نباید آن را جزء مفاد عقد شمرد. [در این صورت، همه] گفتگوها و وعده‌ها بی‌اثر می‌شود و التزام، اگر مفاد آن امر خارجی باشد، به عنوان قراردادی جداگانه مورد مطالعه قرار می‌گیرد. به بیان دیگر، اگر ارتباط بین تراضی یا گفتگوی پیش از عقد با آنچه پیمان اصلی درباره آن بسته می‌شود، در ذهن قطع گردد، عقد را باید مستقل و جدای از آن شمرد.<sup>۵</sup> از این رو به نظر می‌رسد برای اینکه شرطی بتواند جزو شروط تبانی محسوب شود باید حتماً در هنگام انشای عقد، مورد توجه اراده طرفین قرارداد،

قرار گیرد. همین مقدار از توجه اراده به توافقات پیش از عقد، به نظر ما، قصد انشای شرط ضمن عقد را تشکیل می‌دهد و می‌توان در این حوزه، توجه اراده طرفین عقد را به مفاد توافق قبلی، در حکم قصد انشای شرط ضمن عقد دانست. بنابراین مشخص می‌شود که صرف حصول توافق مقدماتی در زمان پیش از عقد، برای اطلاق شرط تبانی بر آن توافق، کافی نیست؛ بلکه در کنار این توافق مقدماتی، حین انشای عقد نیز، اراده متعاقدین، باید متوجه توافق مذکور باشد و در حقیقت مفاد توافق مذکور را به صورت عملی انشاء کند. بدون چنین انشایی، بی‌گمان شرط تبانی به وجود نخواهد آمد؛ زیرا اگر طرفین در مذاکرات مقدماتی، پیش از انشای عقد، مفاد توافق مذکور را انشاء نمایند و این انشا به مبرز خارجی مقرون باشد، بی‌گمان عقد مستقلی تحقق یافته است که بسیار بعید است با خالی دانستن توجه اراده حین انشای عقد، از وجود هرگونه جنبه انشایی و اختصاص دادن نقش آن به ایجاد ارتباط بین دو عقد مستقل، بتوان این قرارداد مستقل را جزو مندرجات عقد اصلی محسوب کرد. اگر هم مذاکرات مقدماتی و توافق اولیه حاصل فاقد جنبه انشایی دانسته شود، در این صورت لاجرم باید معتقد بود که همان توجه اراده طرفین در حین انشای عقد به مفاد شرط مورد توافق، در حکم قصد انشاء است. حال با پذیرش این عقیده تلویحاً پذیرفته می‌شود که شرط تبانی، شرطی است که می‌تواند به صرف قصد انشاء و بدون اینکه در حین انشای آن به ابراز مفاد آن نیازی باشد، محقق شود و اعتبار قانونی پیدا کند؛ زیرا حسب تعریف، شرط بنایی، به عنوان یکی از انواع شروط ضمن عقد، شرطی است که طرفین قرارداد، هنگام انعقاد و انشای قرارداد ذکری از آن نمی‌کنند و اشاره‌ای به آن نمی‌نمایند، بلکه فقط ذهن آنان متوجه شرط مذکور است و همین توجه اراده، در حکم انشای شرط تبانی است. بنابراین ملاحظه می‌گردد که شرط

تبانی، حین انشاء، جهت تحقق و اعتبار قانونی، نه نیازی به میرز خارجی و نه نیازی به اقتران میرز خارجی به قصد انشاء دارد. دلیل این امر شاید آن باشد که طرفین عقد، پیش از انشای عقد و شرط، در حین مذاکرات مقدماتی، شمایی کلی از عناصر و ارکان شرط را تصور و سپس ابراز نموده‌اند و پس از آن با اعتماد به ابراز قبلی، به انشای عقد و شرط مبادرت می‌نمایند.

خلاصه آنکه، هر چند نمی‌توان در شرطیت وجود قصد انشاء برای تحقق شرط ضمن عقد، تردیدی به خود راه داد، اما شرطیت وجود میرز خارجی، قصد انشاء و اقتران زمانی این میرز خارجی، با قصد انشای موصوف برای تحقق و اعتبار شرط ضمن عقد، با ملاحظات همراه است. آنچه آمد شاید برای ساده‌اندیشانی پاسخ شایسته‌ای باشد که تصور می‌کنند، همه احکام شروط ضمن عقد و قراردادهای در حوزه قصد انشاء یکسان است و از این‌رو به تکرار مباحث مربوط به قصد انشاء در هنگام بحث از شروط ضمن عقد نیازی نیست!

### گفتار دوم- رضای طرفین شرط

همان طور که قبلاً نیز گفته شد، اشتیاقی که پس از خطوط و سنجش در نتیجه تصدیق مفید بودن انجام معامله در ذهن معامله‌کننده راه یافته و او را به سوی انشای مفاد آن رهنمون می‌سازد، «رضا» نامیده می‌شود که یک حالت انفعالی ذهنی و ذر حقیقت یک کیفیت نفسانی است. با اینکه ماده ۱۹۱ ق.م. رضای طرفین را شرط صحت معامله ذکر می‌کند، ولی مطالعه مواد بعدی به ویژه مواد ۱۹۹، ۲۰۳، ۲۱۳، ۳۴۶، ۳۵۲ و ۱۰۷۰ ق.م. به خوبی نشان می‌دهد که رضایت برخلاف قصد انشاء در تشکیل و ساخته شدن عقد نقشی ندارد و فقدان آن باعث بطلان معامله نمی‌شود؛ بنابراین نمی‌توان آن را «شرط صحت» در معنای اخص کلمه دانست؛ چونکه فقدان



آن باعث «عدم نفوذ» معامله است و از این جهت رضایت شرط نفوذ معامله است نه شرط تحقق آن.

اما مطلبی که در حوزه شروط ضمن عقد در مورد رضایت طرفین قابل طرح است اولاً - به امکان اکرایی، یا در مواردی، فضولی بودن شرط ضمن عقد با وجود غیراکراهی و غیر فضولی بودن اصل عقد ارتباط پیدا می‌کند. بدین توضیح که ممکن است اصل قرارداد در شرایطی طبیعی و بدون هرگونه فشار و تهدیدی واقع شود، ولی یکی از شروط ضمن آن در اثر تهدید خارجی در قرارداد گنجانده شده باشد، یا اینکه شخصی غیر از طرفین اصلی قرارداد، شرطی را در آن بگنجانند؛ مثلاً، در صورتی که شخصی غیر از طرفین معامله به هنگام اکتیاع یک دستگاه اتومبیل، پس از اینکه مبیع و ثمن تعیین و در شرایطی آزاد مورد توافق طرفین قرار گرفت، ناگاه اسلحه را بکشد و طرفین را با تهدید به پذیرش این شرط وادار نماید که موتور اتومبیل ابتدا تعمیر و سپس تحویل داده شود، باید شرط ضمن عقد مذکور را از جمله شروط ضمن عقد اکرایی دانست. یا در صورتی که پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و ثمن، فرزند بایع از طرف پدرش این شرط را بپذیرد که اتومبیل پس از تعمیر موتور، تحویل مشتری شود، در این صورت به نظر می‌رسد که چنین شرطی، فضولی است. حال پس از پی بردن به امکان اکرایی یا فضولی بودن شرط ضمن عقد، علی‌رغم غیراکراهی و غیر فضولی بودن اصل قرارداد، می‌توان نکته حایز اهمیت دیگری در خصوص تاثیر فقدان رضایت در شرط ضمن عقد را مورد بحث و بررسی قرار داد؛ پرسش این است که آیا اصولاً رضا شرط صحت شرط ضمن عقد محسوب می‌شود و اگر چنین باشد، ضمانت اجرای فقدان رضایت در شرط ضمن عقد چیست؟ آیا مثل قراردادهای شرط ضمن عقد را نیز در صورت مخدوش بودن رضایت می‌توان غیرنافذ دانست یا اینکه خیر حکم دیگری در این خصوص ثابت و مستلزم بحث و بررسی بیشتر است؟

در خصوص پاسخ به مسأله نخست باید گفت که، شرط ضمن عقد از جمله توافقات تبعی محسوب می‌شود که در هر حال نقش اراده در ایجاد و تحقق آن غیر قابل انکار است؛ اراده نیز همان گونه که در ابتدای گفتار حاضر ملاحظه کردیم، از نظر ذهنی دارای مراحل است که این مراحل در شرایط طبیعی، مکمل همدیگر محسوب می‌شوند و اصولاً زنجیره‌وار با همدیگر ارتباط دارند، به نوعی که اگر خطور و تصویری از معامله صورت نپذیرد، نمی‌توان انتظار تدبیر و سنجش ذهنی و نهایتاً جزم و رضا را در شخص اراده‌کننده داشت. به همین میزان نیز، در شرایط معمول فقدان قصد انشا و اعلام آن بدون وجود رضایت، غیرقابل انتظار است. پس به طور معمول در همه اعمال حقوقی، که مستلزم دخالت اراده در وجود و اعتبار خود هستند مراحل ذهنی خطور، سنجش، جزم، رضا و قصد انشاء و در نهایت اعلام آن وجود دارد. بنابراین کافی است که امری در زمره اعمال حقوقی باشد تا به راحتی بتوان گفت، رضایت در شکل‌گیری آن نقش دارد؛ اما نکته‌ای که حایز اهمیت بیشتری است، نوع شرطیت عنصر رضا در وضعیت شرط ضمن عقد است. به بیان ساده‌تر، نکته با اهمیت‌تر، عبارت از تشخیص ضمانت اجرای فقدان رضا در شرط ضمن عقد است. در خصوص وضعیت شروط ضمن عقد اکراهی یا فضولی که در آنها رضایت مفقود یا مخدوش است، یکی از این دو عقیده قابل ابراز است:

به عنوان استدلال نخست می‌توان گفت: «مطابق قاعده برای تحقق هر عمل حقوقی، رضایت انشاء‌کننده آن عمل در زمان انشاء ضروری است و بدون رضا برای عمل حقوقی نمی‌توان وجودی در عالم اعتبار شناخت. تأثیر رضای متأخر در اعتبار بخشیدن به معامله فضولی یا اکراهی مقدم، حکمی مخالف قاعده و مستند به دلایل خاص فقهی است که مورد اقتباس قانون مدنی ایران قرار گرفته است.»<sup>۶</sup> از این رو برای جاری ساختن آن فقط باید به قدر متیقن از موضوع حکم اکتفا کرد و در خارج

از این حوزه به دلیل تردید در اصل وجود حکم، به اقتضای اصل عدم، حکم به عدم جریان این حکم وضعی داد. مستفاد از منابع فقهی و مقررات قانونی آن است که جریان حکم عدم نفوذ یا تأثیر رضای متأخر در نفوذ معاملات اکراهی و فضولی، صرفاً در خصوص قرارداد و عقود قدر متیقن است و لذا در خارج از دامنه قراردادهای و عقود مثل ایقاعات و شروط، جریان حکم، مواجه با تردید و بلکه ممنوع است. مقتضای این استدلال، بطلان شرط ضمن عقد اکراهی یا فضولی است. اما در مقابل و به عنوان استدلال مخالف می‌توان گفت: اولاً - به فرض تحدید جریان حکم وضعی عدم نفوذ به قراردادهای و عقود، جریان آن در خصوص شروط ضمن عقد بلااشکال است؛ زیرا در هر حال شرط ضمن عقد، جزو مندرجات و محتویات عقد است و از نظر وجودی و حکمی به آن وابسته است؛ لذا تبعیض در جریان حکم واحد نسبت به اجزای شیئی واحد، غیر منطقی و از این جهت شرط ضمن عقد اکراهی و فضولی غیر نافذ است. ثانیاً، در صورت پذیرش بطلان شرط ضمن عقد به دلیل مخدوش بودن رضا، در مواردی که عقد و شرط ضمن آن، هر دو تحت تأثیر اکراه واقع شوند، نتیجه آن خواهد شد که عقد غیرنافذ و شرط باطل باشد، که به این ترتیب، حتی پس از زوال کره، امکان تنفیذ معامله به دلیل عدم مطابقت ماهیت انشاء شده - عقد بدون شرط - با مقصود اراده طرفین - عقد به علاوه شرط - با تردید جدی مواجه خواهد بود، در حالی که هیچ یک از فقها و حقوقدانان چنین تفکیکی را نپذیرفته‌اند و در اصل چنین نتیجه‌ای از توالی فاسد، نظرهای قبلی است. ثالثاً، مطالعه مواد قانونی مرتبط با ضمانت اجرای معاملات اکراهی و فضولی نشان می‌دهد که قانونگذار در تمام موارد از واژه «معامله» استفاده کرده است، که واژه‌ای مطلق و عام است و علاوه بر قراردادهای، در اطلاق آن به شروط ضمن عقد اشکالی ملاحظه نمی‌شود؛<sup>۷</sup> از این رو بار کردن حکم عدم نفوذ نسبت به شروط ضمن عقد نیز بلااشکال به نظر می‌رسد.<sup>۸</sup>

با توجه به آنچه گفته شد، عقیده دوم، به صواب نزدیک‌تر به نظر می‌رسد و لذا باید به عدم نفوذ شرط ضمن عقد اکراهی یا فضولی و اناطه آن به تنفیذ مالک یا قائم مقام قانونی وی، جهت اعتبار، حکم داد. بدیهی است که اثر رد مشارالیه، بطلان شرط ضمن عقد خواهد بود، که در این صورت با استفاده از وحدت ملاک مواد ۲۳۵ و ۲۴۰ ق.م. باید به ایجاد حق فسخ عقد برای مشروط له حکم داد.

## نتیجه‌گیری و پیشنهاد:

در حالی که آیه شریفه، «یا ایهاالذین امنوا اوفوا بالعقود» مبنای الزام‌آور بودن قراردادهاست، این مبنا در خصوص شروط ضمن عقد، حدیث «المومنون عند شروطهم» است. بنابراین، کاملاً قابل پیش‌بینی است که هر یک از دو نهاد حقوقی «شروط» و «عقد» نظریات مستقلی را به خود اختصاص داده‌اند و واجد احکام اختصاصی هستند. از اینرو، بسیاری از مباحث مطرح شده در حقوق قراردادها، به نظر، باید با قرائتی جدید در مورد شروط ضمن عقد هم مطرح و با ملاحظات مختص این شروط مورد بحث و بررسی قرار گیرد. این پژوهش در خصوص عمده‌ترین شرایط عمومی برای صحت، یعنی قصد‌ها و رضا، ثابت می‌کند که بین احکام آن دو، در عقد و شرط تفاوت دقیق و ظریفی وجود دارد. امید است طرح چنین مباحثی توجه جامعه حقوقی را به تفاوت‌های بنیادین عقد و شرط به عنوان اسباب ایجاد تعهدات و آثار حقوقی، جلب نماید و باب پژوهش‌های مستقلی را در خصوص شرط ضمن عقد بگشاید.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

پرتال جامع علوم انسانی

### یادداشتها

- ۱- البته «در حقوق کشورهای اروپایی، مانند فرانسه، تفکیکی از قصد و رضا مثل حقوق ایران به عمل نیامده و با اینکه وجود قصد ... نقش اصلی را در تشکیل عقد و به طور عام در تحقق هر عمل حقوقی دارد، نامی از آن به صورت عنصر جدای از رضا در بین شرایط اساسی عقد، در قانون مدنی و حقوق این کشورها دیده نمی‌شود و در جایگاه شرط روانی طرف عقد، در قانون مدنی فقط از رضایت نام برده شده که در نوشته‌های حقوقی گاهی از رضایت با کلمه اراده یاد شده است، بدون اینکه توجهی به قصد انشای متمایز از رضا شده باشد». شهیدی، دکتر مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ش ۹۲.
- ۲- البته ممکن است عدلای «قانون» را سازنده شرط یا عقد یا ایقاع بپندارند که در پاسخ باید گفت: قانون هیچ‌گاه عنصر سازنده این نهادهای حقوقی نیست. «آنچه در حوزه دخالت قانون قرار دارد، تعیین الگوهای عقود و ایقاعات [و شروط ضمن عقد] و مشخص کردن آثار و احکام هر یک از آنها است. قانون برای هر یک از روابط حقوقی مورد نیاز جامعه، الگوی خاصی وضع کرده و برای آن آثار متناسبی شناخته است که ما این الگو را ماهیت حقوقی می‌نامیم». شهیدی، دکتر مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ش ۹۸، ص ۱۳۹.
- ۳- در این خصوص استاد بزرگوار جناب آقای دکتر شهیدی به هنگام دفاع از نظریه ارسال به عنوان نظریه مطابق با سیستم حقوق ایران، درخصوص زمان و مکان تحقق عقد در عقود مکاتباتی، می‌نویسند: «... انداختن نامه در صندوق پست عملی است که عرفاً بر قصد انشا... دلالت می‌کند از آنجا که طبق ماده ۱۹۱ ق.م. تقارن قصد انشا با وسیله ابراز آن نیز لازم است، قصد انشا هم، در زمان انداختن نامه در صندوق پست موجب تشکیل عقد است و قصد انشای پیش از این زمان، اگر هم موجود بود، نمی‌توانسته است در تشکیل عقد اثری داشته باشد؛ چونکه دلالت بر قصد انشا نسبت به تشکیل عقد دارای جنبه ثبوتی است، نه اثباتی و هم زمانی قصد انشا، با دلالت‌کننده بر آن در قانون لازم شمرده شده است». شهیدی، دکتر مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ش ۱۲۱، ص ۱۶۳.
- ۴- البته مشهور فقها چنین شروطی را الزام‌آور ندانسته و حتی بر عدم الزام‌آور بودن آنها ادعای اجماع کرده و لزوم ذکر در عقد را جزو شرایط صحت شرط ضمن عقد ذکر کرده‌اند. گروه دیگری نیز برخلاف آنان عقیده داشته و می‌گویند تبانی درباره شرط در حکم ذکر در عقد است. قانون مدنی نظر اخیر را پذیرفته است و در موارد ۴۱۰ تا ۴۱۵ و بویژه ۱۱۲۸ ق.م. پذیرش این نظریه به وضوح به چشم می‌خورد. کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ش ۵۴۸، ص ۱۲۷.
- ۵- کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ش ۵۴۸، ص ۱۲۵.
- ۶- شهیدی، دکتر مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ش ۳۳۹، ص ۴۱۶.
- ۷- هر چند که واژه «معامله» ظهور در معاملات مستقل (قراردادها) دارد و منصرف از شروط ضمن عقد است.
- ۸- در این خصوص مواد ۲۰۳ و ۲۴۷ ق.م. به ترتیب اشعار می‌دارند: «اگرچه موجب عدم نفوذ «معامله» است اگر چه از طرف شخص خارجی غیر از متعاملین واقع شود». «معامله به مال غیر، جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد، ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت «معامله» صحیح و نافذ می‌شود».

## منابع و مأخذ

۱. حائری شاهباغ، سید علی، شرح قانون مدنی، ج ۱ با ویرایش جدید، دو مجلد، نشر کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶ ه. ش.
۲. سنگلجی، محمد، ضوابط و قواعد معاملات و کلیات عقود و ایقاعات، ج ۴، بی‌نا، تهران، ۱۳۴۷ ه. ش.
۳. شایگان، دکتر سید علی، حقوق مدنی ایران، ج ۲، ج ۱، شرکت سهامی چاپ، تهران، ۱۳۲۲ ه. ش.
۴. شهیدی، دکتر مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، ج ۱، نشر مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران، ۱۳۸۲ ه. ش.
۵. شهیدی، دکتر مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۱، نشر عصر حقوق، تهران، ۱۳۷۹ ه. ش.
۶. شهیدی، دکتر مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، نشر حقوقدان، تهران، ۱۳۷۷ ه. ش.
۷. شهیدی، دکتر مهدی، تعهدات (حقوق مدنی ۳)، ج ۱، نشر مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران، ۱۳۸۰ ه. ش.
۸. شهیدی، دکتر مهدی، حقوق مدنی ۶ (عقود معین ۱)، ج ۱، نشر مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران، ۱۳۸۲ ه. ش.
۹. شهیدی، دکتر مهدی، سقوط تعهدات، ج ۲، نشر کانون وکلای دادگستری مرکز، تهران، ۱۳۷۳ ه. ش.
۱۰. عابدیان، دکتر میرحسین، شروط باطل و تاثیر آن در عقد، ج ۱، انتشارات ققنوس، تهران، ۱۳۷۹ ه. ش.

۱۱. علامه، سید مهدی، شروط باطل و تاثیر آن در عقود، ج ۱، انتشارات مانی، اصفهان، ۱۳۷۵ ه. ش.
۱۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، اعماق حقوقی (قرارداد- ایقاع)، ج ۲، نشر شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، تهران، ۱۳۷۱، ه. ش.
۱۳. کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ۵ مجلد، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا، تهران ۱۳۶۴ تا ۱۳۶۹ ه. ش.
۱۴. کاتوزیان، دکتر ناصر، گامی به سوی عدالت، ج ۱، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، تهران، ۱۳۷۸ ه. ش.
۱۵. محقق داماد، دکتر سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی ۲)، ج ۱، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۷۴ ه. ش.
۱۶. مغنیه، محمد جواد، فقه تطبیقی مذاهب پنجگانه (جعفری- حنفی- مالکی- شافعی- حنبلی)، ترجمه کاظم پورجوادی، ج ۴، مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی (ماجد)، تهران، ۱۳۷۲ ه. ش.
۱۷. صادقی، دکتر علی‌اکبر، «شروط ضمان مستأجر»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده شهید بهشتی، ش ۱۳ و ۱۴، تهران، پاییز ۱۳۷۲ ه. ش تابستان ۱۳۷۳ ه. ش.



شروېشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی