

بررسی لزوم یا عدم لزوم شرایط اساسی صحت قراردادهای در مورد شروط ضمن عقد

سیدمحمد مهدی قبولی درافشان^۱، سیدمحمد مهدی قبولی درافشان^۲

تاریخ ارسال: ۹۱/۴/۲۹؛ تاریخ پذیرش: ۹۱/۶/۲۹

چکیده

مسئله مهمی که در حوزه حقوق مدنی و نیز فقه قراردادهای مطرح است، بحث لزوم یا عدم لزوم رعایت شرایط اساسی صحت معاملات در خصوص شروط ضمن عقد است. در قانون مدنی ایران، به طور صریح شرایط صحت شرط احصاء نشده است. گروهی عمدتاً به استناد این که شرط نیز نوعی توافق است، همه شرایط اساسی صحت معاملات را در مورد آن نیز لازم الرعایه می‌دانند و در مقابل، گروهی دیگر، شرائط مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی را مربوط به توافقیهای مستقل و اصلی دانسته، استناد بدون قید و شرط به آن در زمینه شروط ضمن عقد را روی بر نمی‌تابند. به ویژه اینکه، شروط باطل در قانون مدنی احصاء گردیده و قانونگذار به مواردی از قبیل شرط با جهت نامشروع را در زمره شروط باطل تصریح نکرده است. این جستار، ارائه پاسخ مناسب به مسأله مورد نظر را در گرو توجه به مبانی قانون مدنی در زمینه شرایط اساسی و عمومی صحت قرارداد دانسته است. با بررسی مبانی مزبور، به این نتیجه می‌رسیم که قصد، رضا، اهلیت و لزوم مشروع بودن جهت شرط همچون قراردادهای لازم است لیکن در مورد شرط، اصولاً علم اجمالی به موضوع کافی است.

کلیدواژه‌ها: شرایط اساسی صحت، قرارداد، شروط ضمن عقد، قانون مدنی، حقوق موضوعه

۱- مقدمه

قانونگذار ایران، شرایط صحت شروط را به صورت ایجابی ذکر نکرده است، بلکه از سویی، به ذکر شروط باطل (ماده ۲۳۲ قانون مدنی) پرداخته و از سوی دیگر، از شروط باطل و مبطل (ماده ۲۳۳ قانون مدنی) سخن گفته است. این در حالی است که در مورد قراردادها، در ماده ۱۹۰ ق. م به بیان شرایط اساسی صحت قراردادها پرداخته است. این امر موجب طرح این سؤال گردیده که آیا جملگی شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی در مورد شروط نیز جاری است یا می‌توان از برخی شرایط مزبور در مورد شروط ضمن عقد چشم‌پوشی نمود. در این راستا گروهی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۶۸؛ عابدیان، ۱۳۸۷، صص ۴۰-۴۱) قائل به لزوم اجرای جملگی شرایط صحت قراردادها در مورد شروط گردیده‌اند. در مقابل، گروه دیگری از حقوقدانان (امامی، بی‌تا، ص ۲۷۲؛ شهیدی، ۱۳۸۶، صص ۹۲-۹۳)، لزوم جریان همه شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ را نپذیرفته‌اند و شروطی از جمله شروط مجهول (البته معلوم اجمالی) و نیز شرط با جهت نامشروع را صحیح دانسته‌اند.

هرچند، اختلاف نظرهای اصلی در مورد معلوم و معین بودن موضوع شرط و نیز مشروعیت جهت شرط است. در عین حال، در مورد شرط قصد و رضا و نیز اهلیت نیز مسائل جانبی مهمی قابل بحث است. از جمله اینکه آیا در مورد شروط، شیوه خاصی برای ابراز اراده لازم است یا اصل رضایی بودن قراردادها در مورد شروط نیز جاری است. پاسخ این سؤال، به ویژه در مورد شروط تبانی اهمیت دارد. به علاوه سؤال مهم دیگری که قابل طرح است، لزوم یا عدم لزوم تطابق میان ایجاب و قبول از حیث شروط ضمنی است. در همین راستا، در مورد شرط رضا نیز این سؤال وجود دارد که آیا عدم رضای به شرط، موجب عدم رضا به عقد اصلی نیز می‌باشد یا می‌توان میان این دو تفکیک نمود و به رغم عدم رضا به شرط، عقد اصلی را صحیح و شرط را غیر نافذ دانست. در مورد اهلیت نیز این سؤال مطرح است که آیا اهلیت لازم برای عقد و شرط تفاوتی با هم دارند یا خیر؟ این جستار، در صدد یافتن پاسخ برای مسأله اصلی و نیز سؤال‌های فرعی مورد اشاره با عنایت به مبانی فقهی و حقوقی است. به همین جهت، به تفکیک، هریک از شرایط مزبور را بررسی می‌کنیم و جاری شدن آن در مورد شروط ضمن عقد را به بحث می‌گذاریم. در این راستا ابتدا به بررسی قصد و رضا در مورد شروط می‌پردازیم (شماره نخست)، سپس از اهلیت سخن می‌گوییم (شماره دوم)، در نهایت پس از بررسی شرایط مربوط به موضوع شرط (شماره سوم)، مشروعیت جهت را در مورد شرط، مطالعه می‌کنیم. (شماره چهارم)

۲- قصد و رضا

برای بررسی لزوم اراده (قصد و رضا) و مسائل مترتب بر آن در مورد شروط ضمنی، ابتدا ضمن بررسی لزوم قصد در مورد شرط ضمنی (۱-۲)، از ضمانت اجرای عدم تطابق اراده‌ها در مورد شروط ضمنی سخن خواهیم گفت (۲-۲) سپس به بررسی اصل رضایی بودن شروط می‌پردازیم (۳-۲) و در نهایت ارتباط میان رضای به عقد و شرط را بررسی خواهیم نمود. (۴-۲)

۲-۱ لزوم قصد انشاء در مورد شروط ضمن

عقد

قانونگذار، در ماده ۱۹۰ ق. م. از لزوم قصد و رضا به عنوان اولین شرایط لازم برای صحت قراردادها سخن گفته است. این دو شرط، تعبیر دیگری از لزوم «اراده» برای تحقق عقد است. مبنای لزوم اراده برای صحت قرارداد نیز بسیار روشن است و بازگشت به ماهیت ارادی قرارداد دارد. چرا که قرارداد از توافق اراده‌ها تشکیل یافته است. البته به رغم اینکه قانونگذار در تدوین این قسمت از قانون مدنی، از قانون مدنی فرانسه بهره برده است، ولی در مقام تطبیق با فقه امامیه به پیروی اندیشمندان فقهی به تفکیک اراده به دو عنصر قصد و رضا پرداخته است (در تأیید این نظر ر. ک محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ص ۲۳۸). تفکیک مزبور نیز به این جهت است که اهمیت قصد و رضا یکسان نیست و به همین دلیل ضمانت اجرای آن دو نیز با یکدیگر متفاوت است. توضیح این‌که، آنچه سازنده قرارداد به شمار می‌آید قصد انشاء است. به همین جهت یکی از معتبرترین قواعد پذیرفته شده فقهی، قاعده تبعیت عقد از قصد به شمار آمده است. (العقود تابعة للقصد)^۱ و در مواردی که آنچه واقع شده، در راستای قصد نباشد و طرف قرارداد آن را قصد ننموده باشد، باید از عدم تشکیل یا بطلان قرارداد سخن گفت (ماوقع لم یقصد و ما قصد لم یقع). این مسأله از مواد قانون مدنی از جمله ماده ۱۹۱ قانون مدنی نیز به خوبی قابل استنباط است. ماده ۱۹۱ قانون مدنی در این خصوص بیان داشته است: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.» با توجه به همین مراتب، فقدان قصد موجب عدم تشکیل قرارداد و بطلان مطلق قرارداد می‌گردد در حالی که فقدان رضا عدم نفوذ آن را به دنبال دارد. (در این خصوص ر. ک. کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۱۹؛ صفایی، ۱۳۸۵، صص ۶۲-۶۳؛ شهیدی، ۱۳۷۷، صص ۱۳۷-۱۳۸؛ همو، ۱۳۸۴، ص ۲۴؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، صص ۲۲۹ به بعد).

۱. در خصوص این قاعده فقهی ر. ک. حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، صص ۴۸-۷۰.

با توجه به مبنایی که برای لزوم قصد در قراردادها بیان شد، به نظر می‌رسد شرط مزبور به‌طور مسلم در مورد شروط ضمن عقد لازم است؛ زیرا شروط نیز ماهیت ارادی دارد و تحقق آن به توافق اراده‌های انشائی است. به همین جهت همانگونه که برخی از اندیشمندان حقوقی (شهیدی، ۱۳۸۶، صص ۹۰-۹۱) بیان داشته‌اند شرط از عقد در مرحله انشاء و ادامه اعتبار حقوقی تبعیت می‌کند. توضیح اینکه شرط به عنوان ماهیتی اعتباری با اراده انشایی طرفین به وجود می‌آید، هرچند که همراه عقد و به تبعیت از آن تشکیل می‌گردد. به دیگر سخن تمایزی در حرکت اراده میان عقد و شرط ضمن آن وجود ندارد. بنابراین، قصد انشاء طرفین برای تحقق آن نیز لازم است.

۲-۲ ضمانت اجرای عدم تطابق اراده‌ها در مورد شروط ضمنی

ممکن است این سؤال مطرح شود که اگر یکی از طرفین، عقد را همراه با شرط انشاء کند، ولی عقد در قصد طرف دیگر بدون شرط انشاء گردد، آیا عقد و شرط با یکدیگر منتفی می‌گردند یا اینکه فقط شرط تحقق نمی‌یابد. در پاسخ به این سؤال از نقطه نظر فقهی دیدگاه‌های متفاوتی ارائه گردیده است. گروهی از فقیهان (شیخ انصاری، ۱۴۲۰، ص ۱۷۵؛ نائینی، ۱۳۷۳، ص ۱۱۴؛ خوئی، بی‌تا، ص ۷۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰، ص ۲۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۱۳۴؛ زین الدین، ۱۴۱۳، ص ۳۶؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷، ص ۲۴)، از عدم تحقق عقد و شرط به دلیل عدم تطابق میان ایجاب و قبول سخن گفته‌اند. برخی از فقیهان امامی (حسینی حائری، ۱۴۲۳، ص ۵۰۷) نیز از عدم نفوذ عقد در این حالت دفاع نموده‌اند. به اعتقاد ایشان اختلاف میان ایجاب و قبول از نظر شرط، موجب اختلاف ذاتی ایجاب و قبول نمی‌گردد، بلکه چنین اختلافی فقدان رضا را به دنبال دارد. زیرا رضایت ابراز شده منوط و وابسته به وجود شرط است و حال که شرط پذیرفته نشده، نفوذ عقد نیازمند رضایت جدید است. بنابراین، ایجاب‌کننده می‌تواند اقدام به رد یا اجازه عقد نماید. برخی دیگر از اندیشمندان فقهی (حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ص ۳۵۹؛ همو، ۱۴۲۹، صص ۲۴۳-۲۴۴؛ همو، بی‌تا، ص ۳۵؛ همچنین رک. ایروانی^۲، ۱۴۰۶، ص ۹۲) با توجه به نقش فرعی شرط، تطابق لازم برای تحقق عقد را وابسته به تطابق از لحاظ شروط ضمنی ندانسته، در فرض عدم تطابق از نظر شروط ضمنی، عقد

را محقق دانسته‌اند، ولی برای طرفی که عقد مشروط را انشاء نموده، حق فسخ قائل گردیده‌اند. به اعتقاد ایشان، در فرضی که شرطی در قرارداد گنجانده می‌شود، تخلف از شرط مزبور یا تعذر و حتی فساد آن موجب بطلان عقد نیست بلکه عقد صحیح بوده و نهایت امر قابل فسخ است. همین امر، فرعی بودن شرط و تحقق قرارداد بدون شرط را اثبات می‌نماید.

در میان حقوقدانان نیز برخی هنگام بحث از موارد لازم برای تطابق ایجاب و قبول به پیروی گروه نخست فقهها، برای تطابق ایجاب و قبول، تطابق از نظر شروط ضمنی را لازم دانسته‌اند. به اعتقاد ایشان (شهیدی، ۱۳۷۷، صص ۱۶۸-۱۶۹؛ همچنین رک. طاهری، ۱۴۱۸، ص ۹۹) در فرض عدم تطابق از نظر شروط ضمنی، نه تنها شرط بلکه عقد نیز محقق نمی‌گردد. دلیلی که در این خصوص ارائه گردیده، این است که با توجه به اینکه یکی از طرفین، عقد مشروط و دیگری عقد بی‌شرط را اراده می‌نماید، توافق اراده‌ها منتفی است و قرارداد تحقق نمی‌یابد. در واقع، از این دیدگاه توافق در خصوصیات عقد (مانند مطلق یا مشروط بودن یا منجز یا معلق بودن) برای تشکیل قرارداد لازم است و یکی از این موارد تطابق از نظر مطلق یا مشروط بودن عقد است. مستند قانونی که در این خصوص مورد استفاده قرار گرفته، ماده ۱۹۴ قانون مدنی است. در این ماده از لزوم همانی بودن عقدی که مورد انشاء طرفین قرار گرفته است، سخن به میان آمده است. در مقام تفسیر «همانی بودن عقد» ادعا شده (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۱۶۹) نه تنها همانی بودن ناظر به یکی بودن ماهیت منطقی عقد مورد انشاء طرفین، بلکه مستلزم یکی بودن از حیث خصوصیات قرارداد نیز می‌باشد و مشروط یا مطلق بودن از این قبیل است.

انتقادی که می‌توان به این نظر وارد نمود این است که در ملاک همانی بودن باید موارد اصلی و اساسی در نظر گرفته شود، در حالی که مفروض این است که شروط ضمنی موارد اساسی به شمار نمی‌آیند و جنبه فرعی دارند. البته طبیعی است اگر بسان برخی فقیهان (به عنوان نمونه شهید ثانی، ۱۴۱۰، ص ۵۰۵؛ نراقی، ۱۳۷۵، صص ۱۵۶-۱۵۸) قائل به این امر باشیم که شروط ضمنی جزئی از عوضین به شمار می‌آیند، پاسخ مسأله متفاوت خواهد بود؛ زیرا در چنین فرضی شرط امری فرعی به شمار نیامده، اصولاً بطلان، شرط به بطلان قرارداد می‌انجامد. لیکن این دیدگاه مورد پذیرش نیست؛ زیرا همانگونه که برخی از اندیشمندان فقهی (شیخ انصاری، ۱۴۲۰، ص ۹۵) بیان داشته‌اند، شروط ضمن عقد در زمره قیودی به شمار می‌آیند که رکن مطلوب نیستند و به همین جهت نمی‌توان انتفاء شرط را موجب انتفاء

۲. این اندیشمند فقهی معتقد است، اگر فساد شرط اخلاقی در صحت قرارداد وارد ننماید، به طریق اولی عدم قبول شرط، خللی ایجاد نمی‌نماید. البته ایشان وجه اولویت را بیان ننموده‌اند.

عقد دانست. با پذیرش عدم جزئیت شرط است که می‌توان با گروهی از فقیهان (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۱۸۹ به بعد؛ مصطفوی، ۱۴۱۷، ص ۱۴۶ به بعد؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ص ۱۲۵ به بعد) همداستان شد و از قاعده «شرط فاسد، مفسد عقد نیست»، سخن گفت. به نظر می‌رسد، قانون مدنی نیز در بحث شروط نظریه جزئیت را نپذیرفته است؛ زیرا قانونگذار از شروط باطل و غیر مبطل نیز سخن گفته است. این امر بیانگر عدم تسری بطلان شرط به عقد است. در این میان، موارد شروط باطل و مبطل مانند شرط خلاف مقتضای ذات یا شرطی که به جهل عوضین قرارداد بیانجامد، به دلیل اخلال به ارکان قرارداد موجب بطلان قرارداد است. طبیعی است، اگر شرط ناظر به یکی از مواردی باشد که جنبه اساسی دارد، دیگر نمی‌توان در تسری بطلان شرط به عقد تردید نمود. ولی در سایر موارد باید قائل به عدم تسری بطلان شرط به عقد گردید.

با توجه به مراتب فوق، به نظر می‌رسد اصولاً ضمانت اجرای عدم توافق اراده‌ها در خصوص شرط، عدم تحقق شرط و قابلیت فسخ قرارداد اصلی باشد؛ زیرا شرط امری فرعی است و عدم تحقق توافق در مورد امور فرعی نمی‌تواند به قصد انشاء قرارداد اصلی لطمه وارد نماید. در واقع شروط ضمن عقد قید اراده محسوب نمی‌گردند تا با انتفای شرط ضمن عقد، قرارداد مشروط نیز منتفی گردد، بلکه همانگونه که در فرض بطلان شرط ضمنی، اصولاً قرارداد صحیح به شمار می‌آید، در فرض مورد بحث نیز نمی‌توان عدم تحقق شرط را به قرارداد اصلی تسری داد. البته طبیعی است، اگر شرط در نظر طرفین جنبه اساسی داشته باشد عدم تحقق آن می‌تواند توافق اراده‌ها در مورد قرارداد اصلی را نیز معلول نماید.

۳-۲ بررسی اصل رضائی بودن شروط

سؤال دیگری که مرتبط با بحث قصد می‌باشد، این است که آیا اصل رضائی بودن شروط نیز همچون اصل رضائی بودن قراردادها پذیرفته است یا خیر؟ اهمیت این بحث به ویژه در مورد اعتبار یا عدم اعتبار شروط تبانی جلوه‌گر است.

همانگونه که می‌دانیم امروزه اصل حاکمیت اراده در عرصه قراردادها مورد پذیرش بوده و یکی از نتایج آن اصل رضائی بودن قراردادها است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، صص ۱۴۶-۱۴۷؛ صفایی، ۱۳۸۵، ص ۴۸). بر اساس اصل اخیر، شیوه بیان و توافق اراده‌ها اهمیت ندارد و هر وسیله‌ای که به گونه‌ای دلالت بر قصد و توافق اراده‌ها نماید کافی است. البته در گذشته در متون فقهی از لزوم ابراز اراده در قالب الفاظ سخن به میان می‌آمد (در

این خصوص رک. علامه حلی، ۱۴۱۸، ص ۱۶؛ همو، ۱۴۱۰، ص ۴۴۸؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸، ص ۵۷؛ ابن طی الفقعانی، ۱۴۱۸، ص ۱۰۷؛ طباطبائی، ۱۴۱۹، صص ۱۱۲-۱۱۳؛ حسینی عاملی، ۱۴۲۴، صص ۴۸۳ به بعد) لیکن امروزه نظر به تحولات عرفی و با عنایت به عموم و اطلاق ادله صحت عقد با نفی هرگونه تشریفات برای شیوه ابراز اراده جهت انعقاد قرارداد (جز در مواردی که دلیل خاصی بر خلاف آن دلالت داشته باشد) مواجه هستیم. (روحانی، ۱۴۱۴، صص ۱۸-۱۹ و ۲۷۴؛ قدیری، ۱۴۱۸، ص ۸۱؛ صص ۲۷ و ۴۹؛ حسینی حائری، ۱۴۲۸، ص ۸۱؛ همچنین رک. خوئی، ۱۴۱۹، صص ۲۱۵-۲۱۶؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۲، صص ۳۶۱-۳۶۲)، از دیدگاه حقوق موضوعه، اصل رضائی بودن قراردادها از ماده ۱۹۱ قانون مدنی نیز قابل استنباط است؛ زیرا در این ماده، برای ابراز اراده شکل خاصی مقرر نشده، بلکه هر چیزی که دلالت بر قصد انشاء نماید، برای ابراز آن کافی دانسته شده است.

حال در مورد شروط ضمن عقد نیز باید بر همین عقیده بود؛ زیرا عمومات ادله صحت شرط از جمله «المؤمنون عند شروطهم» ناظر به شروطی که به گونه‌ای خاص ابراز گردیده باشند، نیست و همان مبانی که در مورد قراردادهای مستقل نافذ تشریفات است در مورد شروط نیز جاری است؛ زیرا تفاوت شرط ضمن عقد با قرارداد مستقل، تفاوت فرع و اصل است. حال در جایی که بتوان اصل را به هر ترتیبی ابراز نمود به طریق اولی در مورد فرع نیز همین حکم جاری است؛ زیرا اهمیت اصل بیش از فرع است. بنابراین، نمی‌توان در مورد فرع سخت گیرانه برخورد نمود. بنابراین، هرچند شرط باید به گونه‌ای در عقد راه یابد ولی ذکر لفظی شرط یا لزوم اتخاذ تشریفات خاص در مورد همه شروط پیشوانه استدلالی محکمی ندارد. فایده عملی این مسأله، به ویژه در مورد شروط تبانی مطرح است. در خصوص اعتبار این شروط و لزوم وفای به آن از دیدگاه فقهی اتفاق نظر وجود ندارد و آنچه‌آنکه مرحوم شیخ انصاری (ره) (۱۴۲۰، ص ۵۶) بیان داشته است نظر مشهور فقهی بر لزوم الوفا نبودن چنین شروطی است و در کلمات مشهور فقیهان، در این خصوص میان شروطی که طرفین عقد بدون توجه و حتی با فراموش نمودن مذاکرت قبلی خود منعقد نموده‌اند و شروطی که طرفین به آن توجه داشته و عقد خویش را مبنی بر آن واقع ساخته‌اند تفکیکی صورت نگرفته است.^۳

۳. جالب توجه این است که توجه به ورود لفظی شرط به قرارداد و عدم پذیرش شروط تبانی موجب شده است در برخی از مسائل حکم مسأله واحد در دو فرض مذکور متفاوت قلمداد شود. و به همین جهت بویژه از آن در ارائه راهمایی برای فرار از ربا استفاده شده است. (در این خصوص رک. شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۵۶)

عقد از نظر عدم وجود رضا بررسی گردد. در این خصوص باید گفت اصولاً اگر نسبت به قرارداد اصلی رضایت مفقود باشد، وجود آن نسبت به شروط ضمن آن نیز به تبع مفقود است. در عین حال به نظر می‌رسد اگر احراز گردد که اراده طرفین بر استقلال شرط از این حیث بوده است، می‌توان در مواردی عقد را غیر نافذ و شرط را نافذ دانست. کمابینه اگر شرط ناظر به تشدید یا تخفیف ضمان درک مبیع یا ثمن باشد از آنجا که اراده طرفین بر این بوده است که در صورت مستحق‌الغیر در آمدن مبیع یا ثمن چنین شرطی اجرا گردد، نمی‌توان نفوذ یا عدم نفوذ شرط را وابسته به قرارداد اصلی نمود (در تأیید استقلال شرط در این مورد رک. کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۲۹؛ همو، ۱۳۸۴، ص ۱۱۱-۱۱۲). در واقع، اگر قرارداد اصلی به دلیل مستحق‌الغیر در آمدن مبیع یا ثمن شخصی، غیر نافذ از کار در آید، شرط ضمنی مورد بحث نفوذ خود را حفظ خواهد کرد. این مسأله، از تحلیل اراده‌های طرفین قابل استنباط است. در مورد شرط داوری نیز می‌توان استدلال مشابهی ارائه نمود. در واقع در چنین مواردی، رضایت معتبر برای نفوذ قرارداد مخدوش است و وجود ندارد، حال آنکه رضایت معتبر برای شرط ضمنی موجود است و شرط رضا در مورد آن تحقق یافته است.

آنچه گفته شد، راجع به عدم وجود رضایت معتبر در مورد قرارداد اصلی بود. حال باید دید اگر در مورد قرارداد اصلی رضایت وجود داشته باشد، می‌توان تصور نمود که نسبت به شروط ضمنی رضایت وجود نداشته باشد و از این جهت به نفوذ قرارداد اصلی و عدم نفوذ شروط ضمنی حکم نمود؟

به نظر می‌رسد، پاسخ مسأله بسته به تلقی است که نسبت به ارتباط میان عقد و شرط وجود دارد. طبیعی است اگر عقد و شرط ضمن آن را به مثابه قید و مقید بدانیم باید بر آن شد که یا رضایت نسبت به مجموع وجود دارد و عقد و شرط از این حیث نافذ است یا رضایت نسبت به مجموع وجود ندارد و عقد و شرط با هم غیر نافذ هستند. لیکن اگر چنین ارتباط وثیقی میان عقد و شرط برقرار ندانیم، طبیعی است که باید بتوان مواردی را تصور نمود که علی‌رغم وجود رضایت معتبر نسبت به عقد، رضای معتبر نسبت به شرط وجود نداشته باشد. به نظر می‌رسد - با توجه به مطالبی که در مورد تحقق قرارداد در فرضی که یکی از طرفین، قرارداد مشروط را قصد نموده و دیگری قرارداد غیرمشروط را پذیرفته، عنوان گردید - در این بحث نیز می‌توان از امکان جدایی میان قرارداد اصلی از حیث نفوذ قرارداد و عدم نفوذ شرط سخن گفت. البته طبیعی است در چنین مواردی در صورت عدم تنفیذ شرط، باید برای طرف مقابل حق فسخ قرارداد

در مقام بررسی موضوع، از دیدگاه فقهی به نظر می‌رسد همانگونه که برخی از محققین فقهی (موسوی خوئی، ۱۴۱۴، ص ۱۷۰) بیان داشته‌اند اگر مراد از ذکر شرط در ضمن عقد، ارتباط میان شرط و عقد باشد، تردیدی در آن نیست و این ارتباط در مورد شروط تبانی که طرفین هنگام عقد بدان توجه داشته‌اند، وجود دارد لیکن اگر مقصود لزوم ابراز لفظی شرط باشد، دلیل قانع‌کننده‌ای برای آن وجود ندارد.

در هر حال، در نظام حقوقی موضوعه ایران شروط تبانی مورد پذیرش است؛ زیرا در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی در مورد شرط صفت در قرارداد نکاح بر این امر تصریح نموده است. به موجب این ماده، «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانی بر آن واقع شده باشد». همچنین بر اساس ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی، اشکالی در اینکه شرط نفعه در عقد منقطع به صورت بنایی تحقق یابد، وجود ندارد. بدیهی است، با توجه به پذیرش شرط تبانی در باب نکاح می‌توان شروط مزبور را از باب الغاء خصوصیت در سایر قراردادها نیز پذیرفت؛ زیرا قرارداد نکاح از این حیث خصوصیتی ندارد که شروط تبانی را به آن اختصاص دهیم. به علاوه، می‌توان از این نیز فراتر رفت و در مورد سایر قراردادها به قیاس اولویت نسبت به نکاح تمسک جست، زیرا هنگامی که قانونگذار در قرارداد نکاح که اهمیت آن نسبت به سایر قراردادها آشکار است، شروط تبانی را می‌پذیرد به طریق اولی این قبیل شروط در سایر قراردادها نیز باید پذیرفت (در تأیید این نظر ر. ک. محقق داماد، ۱۴۰۶، ص ۵۹).

۲-۴ بررسی ارتباط میان رضای به عقد و شرط

در مورد شرط رضا، ادعا شده (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۹۱) که اگر رضایت به عقد مشروط وجود داشته باشد، نسبت به شرط نیز به تبعیت از عقد محقق است، لیکن اگر رضایت به شرط وجود نداشته باشد، عقد مشروط نیز متعلق رضا نبوده، غیر نافذ است. بنابراین، نمی‌توان پذیرفت که شرط نافذ و عقد مشروط غیر نافذ باشد همچنانکه نمی‌توان پذیرفت عقد مشروط نافذ و شرط ضمن آن غیر نافذ باشد.

در مقام بررسی این ادعا مناسب است، ابتدا تبعیت شرط از

۴. به موجب این ماده «در عقد منقطع زن حق نفعه ندارد، مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد».

را در صورت عدم آگاهی نسبت به عدم نفوذ شرط در نظر گرفت. به عنوان نمونه، الف منزل خود را به ب می فروشد و در ضمن قرارداد شرط می شود که اتموبیل معینی که ب مدعی مالکیت آن است، متعلق به الف باشد. لیکن پس از قرارداد معلوم می شود که اتموبیل متعلق به ج است. در این فرض، باید شرط را غیر نافذ به شمار آورد زیرا رضایت معتبر در مورد آن وجود ندارد. حال آنکه باید قرارداد اصلی را نافذ دانست. طبیعی است در این فرض می توان برای الف در صورت عدم تنفیذ شرط توسط ج حق فسخ قرارداد را قائل گردید.

۳- اهلیت

لزوم اهلیت، یکی دیگر از شرایطی است که در بند دوم ماده ۱۹۰ قانون مدنی برای صحت قراردادها لازم دانسته شده است. البته اهلیت خود به دو نوع تقسیم می شود. اهلیت تمتع و اهلیت استیفاء. اصل بر این است که همه اشخاص (اعم از صغیر و کبیر، عاقل و مجنون و...) دارای اهلیت تمتع هستند. در عین حال، ممکن است قانونگذاران در مواردی اهلیت تمتع را محدود نمایند.^۵ لیکن اهلیت استیفاء برای حمایت از محجورین مقرر شده است. گروهی از محجورین به دلیل فقدان اراده، فاقد اهلیت استیفاء در اجرای امور مالی و غیر مالی خویش هستند. طبیعی است قراردادهای منعقد شده توسط ایشان باطل است و تفاوتی از این حیث میان قرارداد اصلی و شروط ضمن آن وجود ندارد؛ زیرا در هر حال در چنین فرضی قصد انشاء به عنوان عنصر سازنده اعمال حقوقی مفقود است.

گروهی دیگر از محجورین، توانایی انشاء عمل حقوقی (قصد) را ندارند. اشخاص سفیه و کودکان دارای قدرت تمیز، اعضاء این گروهند. در این میان حجر اشخاص سفیه، ناظر به امور مالی است و نفوذ قراردادهای وی در این خصوص وابسته به اذن یا اجازه «ولی» یا «قیم» است. لیکن این دسته از محجورین برای تصرفات انشائی غیر مالی، نیازی به اذن یا تنفیذ دیگری ندارند. برخلاف اشخاص سفیه که قلمرو حجر کودکان علاوه بر امور مالی، امور غیر مالی را نیز در برمی گیرد. به دیگر سخن، حق تصرفات انشائی استقلالی ندارند. البته این مسأله و به طور کلی حدود حجر صغیر ممیز در فقه امامیه و حقوق ایران محل اختلاف است. به گونه ای که از نقطه نظر فقهی ادعا شده که نظر مشهور بطلان معاملات صغیر ولو با اذن یا اجازه ولی یا

قیم می باشد. لیکن ادله ارائه شده توسط مشهور در این باب، مورد انتقاد برخی از بزرگان از فقها (انصاری، ۱۴۲۰، صص ۲۷۷ به بعد) قرار گرفته و برخی از ایشان (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸، صص ۱۱۳-۱۱۴؛ حکیم، بی تا، صص ۱۸۰-۱۸۴؛ خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۳۷۷، صص ۵۲۳ به بعد؛ همچنین رک. محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹، صص ۱۸۹ به بعد.) ضمن نقد و رد ادله استنادی و عدم پذیرش دلالت روایات استنادی، نظر به نفوذ معاملات صغیر ممیز در صورت اذن یا اجازه ولی یا قیم داده اند. حتی برخی (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹، صص ۱۸۹ به بعد) ادعا نموده اند که هم اکنون بیشتر فقیهان نظر بر عدم نفوذ معامله صغیر ممیز داشته، آن را با تنفیذ ولی، برخوردار از آثار معامله صحیح می دانند.

در هر حال، از دیدگاه حقوقی همان گونه که برخی از اساتید (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۸۳) بیان داشته اند، امروزه نظر مشهور در میان حقوقدانان عدم نفوذ اعمال حقوقی صغیر ممیز بدون اذن ولی یا قیم و امکان تنفیذ یا رد آن توسط ولی یا قیم است (برای ملاحظه ادله حقوقی ارائه شده در تأیید این نظر، رک. صفایی، ۱۳۸۷، صص ۸۳-۸۵).

حال باید دید آیا شرط اهلیت در مورد شروط ضمن عقد نیز جاری است یا خیر؟ در پاسخ باید گفت، همانگونه که اهلیت تمتع برای انعقاد قرارداد اصلی لازم است، نفوذ شروط ضمنی نیز فقط در قلمرو اهلیت تمتع امکان پذیر است؛ زیرا قراردادهای اعم از اصلی یا در قالب شروط ضمن عقد، تصرف در حقوق محسوب می شود و تا حقی وجود نداشته باشد، تصرف در آن بی معنا است. در مورد اهلیت استیفاء نیز باید گفت، از آنجا که مبنای آن حمایت از محجورین است، در این خصوص تفاوتی میان قرارداد اصلی و شرط نیست. البته در مورد مجنون و صغیر غیر ممیز می توان از منظر فقدان قصد انشاء نیز به موضوع نگریست.

سؤال دیگری که ممکن است، مطرح شود این است که اگر طرفین برای عقد اهلیت داشته باشند، آیا برای شرط نیز اهلیت دارند و بالعکس اگر برای عقد اهلیت نداشته باشند آیا برای شرط مندرج در ضمن عقد نیز اهلیت ندارند. برخی از حقوقدانان (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۹۱) به این سؤال پاسخ مثبت داده اند و قائل به تبعیت شرط از عقد در این خصوص هستند. هرچند در بسیاری از موارد این پاسخ مقرون به صحت است لیکن نمی توان در همه موارد آن را پذیرفت.

به عنوان مثال، ممکن است شخص برای انعقاد اصل قرارداد اهلیت داشته باشد، ولی در مورد شروط ضمن آن اهلیت نداشته

۵. در این خصوص رک. صفایی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۱۵ به بعد.

باشد. مانند سفیه که برای ازدواج اهلیت دارد ولی در امور مالی نکاح مثل مهر فاقد اهلیت است یا تاجر ورشکسته‌ای که می‌تواند اجیر دیگری شود، ولی برای پذیرش شرط پرداخت نیمی از دستمزد خود به مستأجر در ازای دیون سابقه که دارد فاقد اهلیت است.

به نظر می‌رسد که در این مورد با توجه به اینکه اهلیت در امور مالی و غیر مالی ضوابط متفاوتی دارد، نمی‌توان در همه موارد استدلال مزبور را پذیرفت. ولی با توجه به جنبه حمایتی لزوم اهلیت می‌توان شرط اهلیت را در مورد شروط ضمن عقد نیز تسری داد.

بر اساس بند سوم ماده ۱۹۰ و نیز ماده ۲۱۶ قانون مدنی، معلوم و معین بودن موضوع هر قرارداد، شرط صحت آن است. مطالعه کتب مختلف فقهی نشان می‌دهد که فقیهان امامی دلیل بطلان قرارداد در فرض معلوم و معین نبودن موضوع قرارداد را غرری بودن قرارداد دانسته‌اند (در خصوص بطلان معاملات غرری و ادله آن، رک. علامه حلی، ۱۴۲۰، صص ۵۳-۵۴؛ همو، ۱۴۱۵، ص ۱۳۷؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۱، صص ۱۷۴-۱۷۵؛ وحید بهبهانی، ۱۴۱۷، ص ۲۳؛ محقق نراقی، ۱۴۱۷، صص ۸۹-۹۶؛ نجفی، ۱۳۶۸، ص ۴۱۷؛ نائینی، ۱۴۱۳، ص ۴۹۶؛ همو، ۱۴۱۸، صص ۲۱۹ و ۳۵۹-۳۶۰؛ وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، صص ۶۰-۶۴ و ۶۷-۷۰).

البته باید توجه داشت علم تفصیلی به موضوع قرارداد با توجه به دلیلی که ارائه گردید، مخصوص مواردی است که فقدان آن به غرر می‌انجامد. بنابراین در مواردی که بنای قرارداد بر تسامح است و عرف تسامح مزبور را می‌پذیرد، باید علم اجمالی را پذیرفت. به همین دلیل ماده ۲۱۶ قانون مدنی در موارد خاصه، علم اجمالی را کافی دانسته است. به موجب این ماده «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». طبیعی است همانگونه که بیان شد، موارد خاصه را باید با مراجعه عرف و البته توجه به قوانین موضوعه، کشف نمود.

برخی از حقوقدانان (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۹۳) نیز بیان داشته‌اند، ضمن اینکه می‌توان شرط مجهول مطلق را فاقد نفع و فایده عقلایی در نظر گرفت و به استناد بند ۲ ماده ۲۳۲ قانون مدنی، باطل دانست، می‌توان گفت از آنجا که نمی‌توان بر اساس چنین شرطی، تعهدی را برای مشروط علیه تصور نمود و او را بدان ملزم ساخت، شرط باطل است. بنابراین مسأله مورد بحث لزوم علم تفصیلی یا کفایت علم اجمالی است.

به نظر می‌رسد در مقام بررسی مسأله، باید به خصیصه فرعی بودن شرط توجه داشت. به عبارت بهتر، از آنجا که شروط ضمنی اهمیت اساسی ندارند، جهل به موضوع آن، موجب غرری شدن معامله نمی‌گردد. البته طبیعی است اگر جهل به شرط، موجب جهل به عوضین (در قراردادهایی که علم تفصیلی به موضوع قرارداد شرط است)، گردد، قرارداد اصلی باطل است و در نتیجه شرط نیز به تبع باطل خواهد بود. در این خصوص، می‌توان به بند دوم ماده ۲۳۳ قانون مدنی که از شروط باطل و مبطل سخن می‌گوید، استناد نمود. به موجب این ماده، «شروط مفصله ذیل باطل و موجب به بطلان عقد است: ۱- شرط خلاف مقتضای عقد ۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود». طبیعی است اگر جهل به شرط به موضوع قرارداد اصلی سرایت نکند و مجهول مطلق نیز نباشد، دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد (در تأیید این نظر رک. شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۹۳). بنابراین اگر ضمن فروش خانه‌ای شرط شود که همه اثاثیه و اموال موجود در خانه متعلق به خریدار باشد، در حالی که خریدار هنگام عقد به آن علم تفصیلی نداشته باشد، شرط صحیح است (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۹۳).

۴- معلوم و معین بودن موضوع

حال سؤالی که مطرح است این است که آیا شرط فوق در مورد شروط هم لازم است. به دیگر سخن آیا علم تفصیلی به موضوع شرط لازم است یا علم اجمالی کافی است. باید خاطر نشان شد که اگر موضوع شرط مجهول مطلق باشد، شرط به دلیل اینکه امکان اجرا ندارد باطل خواهد بود. در واقع همانگونه که

۵- مشروعیت جهت

بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، مشروعیت جهت قرارداد را یکی دیگر از شرایط اساسی صحت قرارداد دانسته است. جهت قرارداد، در قانون مدنی تعریف نشده است، ولی برخی از حقوقدانان آن را هدف بی‌واسطه‌ای دانسته‌اند که اگر وجود نداشت، قرارداد انجام نمی‌شد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۴۲). در واقع جهت، معامله غرض و هدف اصلی است که معامله‌کننده از انعقاد قرارداد داشته است. بنابراین از آنجا که اشخاص مختلف انگیزه‌های یکسانی از انعقاد قرارداد ندارند، باید جهت قرارداد را امری شخصی و متغیر به شمار آورد (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۳۸). قانونگذار ایران قرارداد با جهت نامشروع را در فرضی که جهت مزبور در قرارداد ذکر شده باشد، باطل دانسته است. همانگونه

که برخی از حقوقدانان (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۴۰؛ همو، ۱۳۸۶، ص ۳۶۴) بیان نموده‌اند، مقصود از «نامشروع» چیزی است که مخالف قواعد آمره باشد خواه قواعد مزبور مبتنی بر قوانین موضوعه یا فقه اسلامی و یا اخلاق حسنه یا سایر موارد مربوط به نظم عمومی باشد. با این وصف می‌توان گفت دخالت قانون‌گذار به منظور حفظ منافع جامعه و اقتضای نظم عمومی صورت گرفته است. البته از نقطه نظر فقهی دلیل مهمی که می‌توان برای بطلان معامله با انگیزه نامشروع یافت ممنوعیت همیاری بر اثم و عدوان است و در مواردی که چنین عنوانی صادق باشد و بر فرض پذیرش دلالت نهی از همیاری بر اثم و عدوان بر فساد معامله، حکم به بطلان قرارداد با جهت نامشروع می‌گردد.^۶

به هر حال بدون اینکه بخواهیم وارد فروض مختلف مسأله تاثیر جهت نامشروع در مورد قرارداد گردیم، سؤالی که مطرح است این است که اگر جهت شرط به گونه‌ای که در مورد قرارداد مطرح است، نامشروع باشد، بطلان شرط را به دنبال دارد یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال برخی از حقوقدانان (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۹۳) معتقدند، از آنجاییکه قانونگذار شرط با جهت نامشروع را در زمره شروط باطل یا باطل و مبطل (مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی) ذکر ننموده است باید، قائل به صحت شرط گردید، هرچند عمل کردن به جهت و انگیزه مزبور امکان‌پذیر نیست. جالب توجه است که برخی از قائلین (امامی، بی تا، ص ۲۷۲) به صحت شرط به ماده ۱۰ قانون مدنی نیز استناد نموده‌اند.

در نقد این نظر می‌توان گفت که مبانی ارائه شده برای مشروعیت جهت قرارداد عمومیت داشته و شرط را نیز در بر می‌گیرد. بنابراین در همان مواردی که نامشروع بودن جهت قرارداد از نقطه نظر حقوقی یا فقهی، بطلان قرارداد را به دنبال دارد، باید گفت نامشروع بودن جهت شرط نیز، بطلان شرط را به دنبال دارد؛ زیرا شرط نیز ماهیتاً نوعی قرارداد به شمار می‌آید. حتی می‌توان همداستان با برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۶۷) و با اشاره به اینکه ماده ۲۳۲ ق. م. مشروعیت شرط را

لازم می‌داند، مدعی شد که از لحاظ تاثیر در عقد، امتیازی میان مشروع بودن موضوع و جهت قرارداد وجود ندارد، بنابراین، شرطی که هدف از آن تحقق امری نامشروع باشد، نیز شرطی نامشروع به شمار می‌آید.

همچنین باید توجه داشت، استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی با توجه به مطالبی که بیان گردید، موجه نیست؛ زیرا نفوذ قراردادهای مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی نیز وابسته به رعایت قواعد آمره قانونی و نظم عمومی و اخلاق حسنه است. بدیهی است شرطی که جهت آن نامشروع بوده و جهت مزبور وارد عرصه قرارداد می‌گردد، مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه است.

۶- نتیجه‌گیری

با عنایت به مطالب ذکر شده در پژوهش حاضر، به نظر می‌رسد اصولاً رعایت شرائط اساسی صحت قراردادها جز علم تفصیلی به موضوع در مورد شروط ضمن عقد نیز لازم است. در واقع، در مورد شرط قصد و رضا، از آنجایی که ماهیت شرط همچون قرارداد، ارادی است، تحقق آن به توافق اراده‌های انشائی است. اصل رضایی بودن شرط نیز مورد پذیرش است و از این جهت شروط تبانی قابل پذیرش هستند. طبیعی است برای تحقق شرط توافق اراده نیز ضروری است ولی به اعتقاد ما عدم تطابق میان ایجاب و قبول از حیث شروط ضمنی، بر خلاف نظر مشهور فقهی و حقوقی، عدم تحقق قرارداد را به دنبال ندارد. بلکه عقد اصلی بدون شروط ضمنی منعقد می‌گردد هر چند از جانب شخصی که شرط را مقرر نموده قابل فسخ است. البته اگر شرط جنبه اساسی داشته باشد و قید اراده به شمار آید، باید از عدم تحقق قرارداد اصلی نیز سخن گفت. اهلیت قانونی (اعم از اهلیت تمتع و استیفا) در مورد مشروط له و مشروط علیه نیز از شرایط اعتبار شرط به شمار می‌آید. به طور معمول شخصی که برای انعقاد قرارداد اصلی اهلیت دارد در خصوص شروط ضمن عقد نیز دارای چنین اهلیتی است. در عین حال گاه شخصی برای انعقاد عقد اهلیت دارد ولی نسبت به شرط فاقد اهلیت است مثل سفیه که برای ازدواج اهلیت دارد ولی در امور مالی نکاح مثل مهر فاقد اهلیت است. اگر موضوع شرط مجهول مطلق باشد، شرط به دلیل اینکه امکان اجرا ندارد باطل خواهد بود. لیکن علم تفصیلی نیز لازم نیست؛ زیرا به طور معمول شروط ضمنی اهمیت اساسی ندارند و جهل به موضوع آن، موجب غرری شدن معامله نمی‌گردد. مگر اینکه جهل به شرط، موجب جهل

۶. برای ملاحظه مبانی بطلان معامله با انگیزه نامشروع که به طور معمول در مکاسب مجرمه و در مسأله فروش انگور و چوب به شخصی که آن را برای تولید و ساخت شراب و بُت خریداری می‌نماید، مطرح می‌شود، رک. شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، صص ۱۲۳-۱۲۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، صص ۶ به بعد؛ نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، صص ۲۴ به بعد؛ همو، منیه الطالب، ج ۱، صص ۳۴ به بعد؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ج ۱، صص ۱۲۸ به بعد؛ خوئی، بی تا، ج ۱، صص ۲۶۳ به بعد؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۲، صص ۱۳۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۳، صص ۱۲۳؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، صص ۱۶۶؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۱، ج ۸، صص ۴۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۸، صص ۲۱۰؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ج ۲، صص ۹؛ مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۱، صص ۵۸.

- سهمی انتشار با همکاری بهمن برنا، ج ۷.
۱۵. محقق داماد، سید مصطفی و غیره، (۱۳۷۹)، «حقوق قراردادهای در فقه امامیه»، ج ۱، تهران، سمت.
۱۶. محقق داماد، سید مصطفی و غیره، (۱۳۸۹)، «حقوق قراردادهای در فقه امامیه»، ج ۲، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه با همکاری انتشارات سمت.
۱۷. عابدیان، میر حسین، (۱۳۸۷)، «شروط باطل و تأثیر آن در عقد»، تهران، انتشارات جاودانه، جنگل، ج ۲.
۱۸. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶ق)، «قواعد فقه»، ج ۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ج ۱۲.
۱۹. موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۴۰۱ق)، «قواعد فقهیه»، ج ۱، تهران، مؤسسه عروج، ج ۳.
۲۰. وحدتی شبیری، سید حسن، (۱۳۷۹)، «مجهول بودن مورد معامله»، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ج ۱.

دوم - منابع عربی

۲۱. ابن طی الفقحانی، (۱۴۱۸)، «الدر المنضود»، قم، امیر، ج ۱.
۲۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۲۰)، «کتاب المکاسب»، ج ۳، قم، کنکره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ج ۲.
۲۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۲۰)، «کتاب المکاسب»، ج ۶، قم، کنکره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ج ۱.
۲۴. ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی، (۱۴۰۶)، «حاشیه المکاسب»، ج ۱، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ج ۱.
۲۵. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، (۱۴۰۵)، «الحدائق الناظرة فی احکام العترة الطاهرة»، ج ۱۸، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۶. حسینی حائری، سید کاظم، (۱۴۲۳)، «فقه العقود»، ج ۱، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ج ۲.
۲۷. حسینی حائری، سید کاظم، (۱۴۲۸)، «فقه العقود»، ج ۲، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۲۸. حسینی روحانی، سید صادق، بی تا، «منهاج الصالحین»، ج ۲، بی جا.
۲۹. حسینی روحانی، سید صادق، (۱۴۱۲)، «فقه الصادق علیه السلام»، ج ۱۵، قم، مدرسه امام صادق علیه السلام، ج ۱.
۳۰. حسینی روحانی، سید صادق، (۱۴۱۹)، «منهاج الفقهاء»، ج ۳، قم، انوار الهدی، ج ۵.
۳۱. حسینی سیستانی، سید علی، (۱۴۱۷)، «منهاج الصالحین»، ج ۲، قم، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، ج ۵.
۳۲. حسینی عاملی، سید محمد جواد، (۱۴۲۴)، «مفتاح الکرامه»، ج ۱۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ج ۱.

به عوضین (در قراردادهایی که علم تفصیلی به موضوع قرارداد شرط است)، گردد، که در این صورت قرارداد اصلی و به تبع آن، شرط باطل خواهد بود. شرط مشروعیت جهت در مورد شروط ضمنی نیز لازم است؛ زیرا در مورد قراردادهای مبنای مشروع بودن جهت، حفظ منافع جامعه و پاسداری از نظم عمومی است و این مبنا در مورد شروط با جهت نامشروع نیز قابل اجرا است.

۷- فهرست منابع

اول - منابع فارسی

۱. امامی، سید حسن، بی تا، «حقوق مدنی»، ج ۱، تهران، انتشارات اسلامی.
۲. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)، «حقوق مدنی»، ج ۴، شروط ضمن عقد، تهران، انتشارات مجد، ج ۱.
۳. شهیدی، مهدی، (۱۳۷۷)، «تشکیل قراردادهای و تعهدات»، تهران، نشر حقوقدان، ج ۱.
۴. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۴)، «حقوق مدنی (۳)»، تعهدات، تهران، انتشارات مجد، ج ۷.
۵. صفایی، سید حسین، (۱۳۸۶)، «حقوق مدنی و حقوق تطبیقی»، تهران، نشر میزان، ج ۲.
۶. صفایی، سید حسین، (۱۳۸۷)، «دوره مقدماتی حقوق مدنی»، ج ۱، اشخاص و اموال، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ج ۷.
۷. صفایی، سید حسین، (۱۳۸۵)، «دوره مقدماتی حقوق مدنی»، ج ۲، قواعد عمومی قراردادهای، تهران، نشر میزان، ج ۴.
۸. طاهری، حبیب الله، (۱۴۱۸ق)، «حقوق مدنی»، ج ۵، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۲.
۹. فخلعی، محمد تقی (۱۳۸۸)، «تحول آرای فقیهان امامی در باب روشها و ابراز انشای عقد همراه با تحلیل دیدگاه امام خمینی (س)»، فصلنامه متین، شماره ۴۴.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، «دوره مقدماتی حقوق مدنی»، (۱۳۸۵)، اعمال حقوقی (قرارداد ایقاع)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۱۱.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، «حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای»، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ج ۷.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، «حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای»، ج ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ج ۲.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، «دوره مقدماتی حقوق مدنی، درسهایی از عقود معین»، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، ج ۷.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، «عقود معین»، ج ۱، تهران، شرکت

۳۳. حسینی مراغی، میرفتاح، (۱۴۱۸)، «العناوين الفقهية»، ج ۲، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ج ۱.
۳۴. حکیم، سید محسن، بی تا، «تجیح الفقاهة»، قم، انتشارات ۲۲ محسن.
۳۵. خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۳۷۷)، «مصباح الفقاهة»، ج ۱، قم، مكتبة الداوری، ج ۱.
۳۶. خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۹)، «محاضرات في أصول الفقه»، ج ۱، (تقریرات توسط اسحاق فیاض)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ج ۱.
۳۷. خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۳۷۷)، «مصباح الفقاهة»، ج ۲، قم، مكتبة الداوری، ج ۱.
۳۸. خوئی، سید ابوالقاسم، بی تا، «مصباح الفقاهة»، ج ۳، بی جا.
۳۹. روحانی، سید محمد صادق، (۱۴۱۴)، «فقه الصادق (ع)»، ج ۱۹، قم، مؤسسة دار الكتاب، ج ۳.
۴۰. زین الدین، محمد امین، (۱۴۱۳)، «کلمة التقوی»، ج ۴، قم، ج ۳.
۴۱. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، (۱۴۱۷)، «الدروس الشرعية في الفقه الامامية»، ج ۳، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۴۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، (۱۴۱۰)، «الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقية»، ج ۳، قم، ج ۱، منشورات مكتبة الداوری.
۴۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، (۱۴۱۳)، «مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام»، ج ۳، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم.
۴۴. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۸)، «حاشیة المکاسب» (چاپ سنکی)، ج ۱، قم، مؤسسه اساعیلیان.
۴۵. طباطبائی، سید علی، (۱۴۱۹)، «ریاض المسائل»، ج ۸، قم، مؤسسه النشر الإسلامي، ج ۱.
۴۶. طباطبائی حکیم، سید محسن، (۱۴۱۰)، «منهاج الصالحین»، ج ۲، دار التعارف للمطبوعات، بیروت - لبنان، اول.
۴۷. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۸)، «حاشیة المکاسب»، ج ۱، قم، مؤسسة اساعیلیان.
۴۸. علامه حلی، (۱۴۲۰)، «تذکره الفقهاء» (ط. ج.)، ج ۱۰، قم، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ج ۱.
۴۹. علامه حلی، (۱۴۱۸)، «قواعد الأحكام»، ج ۲، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ج ۱.
۵۰. علامه حلی، (۱۴۱۵)، «مختلف الشیعة»، ج ۵، قم، مؤسسه نشر اسلامي، ج ۱.
۵۱. علامه حلی، (۱۴۱۰)، «نهایة الإحکام»، ج ۲، قم، مؤسسة اساعیلیان، ج ۲.
۵۲. فاضل مقداد، جمال الدین مقداد بن عبدالله، (۱۴۰۴)، «الشفیح الرائع
- نخصر الشرائع»، ج ۲، مكتبة آية الله النجفي، قم.
۵۳. قدیری، محمد حسن، (۱۴۱۸)، «كتاب البيع»، تهران، مؤسسة تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ج ۱.
۵۴. مامقانی، محمد حسن بن عبدالله، (۱۳۱۶)، «غایة الآمال في شرح المكاسب»، ج ۱، مجمع الذخائر الإسلامية.
۵۵. محقق أردبیلی، (۱۴۱۲)، «مجمع الفائدة و البرهان»، ج ۱۰، قم، مؤسسه نشر اسلامي، ج ۱.
۵۶. محقق أردبیلی، (۱۴۱۱)، «مجمع الفائدة و البرهان»، ج ۸، قم، مؤسسه نشر اسلامي، ج ۱.
۵۷. محقق کرکی، (۱۴۰۸)، «جامع المقاصد»، ج ۴، قم، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ج ۱.
۵۸. محقق نراقی، احمد، (۱۴۱۷)، «عوائد الأيام»، بی جا، مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية، ج ۱.
۵۹. مصطفوی، سید محمد کاظم، (۱۴۱۷)، «مائة قاعدة فقهية»، قم، مؤسسه نشر اسلامي، ج ۳.
۶۰. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۵)، «أنوار الفقاهة- كتاب البيع»، قم، انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام، ج ۱.
۶۱. موسوی مجنوردی، سید حسن، (۱۴۱۹)، «التواعد الفقهية»، ج ۴، قم، نشر الهادی، ج ۱.
۶۲. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۶۸ش)، «المکاسب المحرمة»، ج ۱، قم، مؤسسه اساعیلیان، ج ۳.
۶۳. موسوی خوئی، سید محمد تقی، (۱۴۱۴)، «الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود»، ج ۱، بیروت، دار المؤرخ العربي، ج ۱.
۶۴. نائینی، (۱۴۱۳)، «کتاب المکاسب و البيع»، ج ۱، قم، مؤسسه نشر اسلامي.
۶۵. نائینی، محمد حسین، (۱۴۱۸)، «منية الطالب» (تقریرات توسط شیخ موسی خوانساری)، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامي، ج ۱.
۶۶. نائینی، میرزا محمد حسین، (۱۳۷۳)، «منية الطالب في حاشیة المکاسب»؛ ج ۱، تهران، المكتبة المحمدية، ج ۱.
۶۷. نجفی، شیخ محمد حسن، (۱۳۶۸ش)، «جواهر الكلام»، ج ۲۲، تهران، دار الکتب الإسلامية، ج ۷.
۶۸. نراقی، ملا احمد، (۱۳۷۵ش)، «عوائد الأيام»، قم، مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي، ج ۱.
۶۹. وحید صهبانی، محمد باقر، (۱۴۱۷)، «حاشیة مجمع الفائدة و البرهان»، بی جا، مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهاني، ج ۱.