

## A New Look at the Rule of Compliance of Stipulations with the Contract Regarding the Basic Requirements for Validity Based on *the Rule of Eghtefar*

Karimi. Sahar<sup>1\*</sup> -Saadatmandi. Faeze sadat<sup>2</sup>

1: Assistant Professor at Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran:  
(Corresponding Author) [karimi\\_sahar@khu.ac.ir](mailto:karimi_sahar@khu.ac.ir)

2: Ph.D. Student in Private Law at Azad University, Tehran Central Branch, Iran.

**Abstract:** The main issue investigated in the current research is the application of *the rule of Eghtefar* to the terms and provisions of contracts. The rule of *Eghtefar*, literally meaning "forgiveness," in legal terms refers to leniency in the conditions required for the validity of stipulations compared to those of the main contract. The present article is a descriptive-analytical study, and the mentioned subject has been examined using the library method. The results of the article indicate that, despite the predominant argument of civil law scholars regarding the applicability of conditions for the validity of the contracts to contractual terms, such an argument contradicts the rule of *Eghtefar*. In other words, the application of the rule of *Eghtefar* to contractual stipulations demonstrates that the criteria for the validity of stipulations do not necessarily follow the conditions applicable to the main contract. This study has substantiated the provisions of the rule of *Eghtefar* and highlighted its profound impact on the validity of contractual stipulations. In particular, it has been proved that the rule of compliance of stipulations with the condition of validity of the contract, which is considered an indisputable rule in the general rules of contracts, is contrary to the rule of *Eghtefar*, and this rule negates the rule of compliance of stipulations with the conditions applicable for the validity of the contract.

**Key words:** *The Rule of Eghtefar*, The Rule of Compliance of Stipulations with the Contract, Dependent and Independent Stipulations, Contractual Terms and Conditions, Validity of Contracts, Essential Conditions for Contract Validity.

- S. Karimi; F. Saadatmandi (2024). A New Look at the Rule of Compliance of Stipulations with the Contract Regarding the Basic Requirements for Validity Based on the *Rule of Eghtefar*, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 16(35), 61-86.

[Doi: 10.22075/feqh.2023.28130.3346](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.28130.3346)

فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۶ - شماره ۳۵ - تابستان ۱۴۰۳

صفحات ۸۶-۶۱ (مقاله پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۱/۰۶/۱۴ - بازنگری ۱۴۰۱/۱۰/۲۲ - پذیرش ۱۴۰۱/۱۰/۲۴

## نگاهی نو به قاعده تبعیت شرط از عقد در شرایط اساسی صحت معاملات بر اساس قاعده اغتفار

سحر کریمی<sup>۱</sup> / فائزه السادات سعادت‌مندی<sup>۲</sup>

[karimi\\_sahar@khu.ac.ir](mailto:karimi_sahar@khu.ac.ir)

۱: استادیار حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

۲: دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

**چکیده:** قاعده اغتفار که گاهی با عبارت (یغتفر فی الفرع ما لا یغتفر فی الاصل) بیان شده، در بیان بعضی از فقیهان به طور ویژه در رابطه با شروط ضمن عقد انشاء گردیده و با عبارت (یغتفر فی الشرط ما لا یغتفر فی العقد) بر شروط ضمن عقد متمرکز شده است. شروط ضمن عقد به دو دسته وابسته و مستقل تقسیم شده و منظور از شروط وابسته، توافقاتی هستند که قرار گرفتن آن در ظرف عقد، اعتبار و آثار حقوقی برای آن ایجاد می‌کند و با انتفای موضوع عقد منتفی می‌شوند. در مقابل، شرط مستقل، شرطی است که انتفای عقد تأثیری بر آن نداشته و مستقلاً آثار حقوقی خود را بر جای می‌گذارد. در پژوهش حاضر در کنار تبیین تقسیم‌بندی مذکور از شروط ضمن عقد، با استناد به استدلال عقلی و به انکاء شهرت فتوایی و عملی، مفاد قاعده مصطاده اغتفار با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی به اثبات رسیده و با اثبات مفاد آن، تأثیر عمیقی که بر مبحث شروط ضمن عقد به جا می‌گذارد، بیان گردیده است. به طور ویژه، اثبات شده که قاعده تبعیت شرط از عقد در شرایط صحت که به عنوان یک قاعده مسلم در قواعد عمومی قراردادها انگاشته شده، مخالف قاعده اغتفار است و همچنین این قاعده، نافی قاعده تبعیت شرط از عقد در حوزه شرایط اساسی صحت معامله است. به علاوه، ثابت گردید که تأثیر فقدان شرایط اساسی صحت معامله در شروط ضمن عقد وابسته و مستقل یکسان نبوده و احکام هر یک مستقلاً مورد بررسی قرار گرفته است.

**کلیدواژه:** قاعده اغتفار، قاعده تبعیت شرط از عقد، شروط ضمن عقد، شرط وابسته، شرط مستقل، شرایط صحت معاملات.

- کریمی، سحر؛ سعادت‌مندی، فائزه سادات (۱۴۰۳). نگاهی نو به قاعده تبعیت شرط از عقد در شرایط اساسی صحت معاملات بر اساس قاعده اغتفار. *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان*، شماره ۳۵، صفحات ۸۶-۶۱

Doi: [10.22075/feqh.2023.28130.3346](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.28130.3346)

## مقدمه

با افزایش شمار قراردادهای پیچیده که دربردارنده شروط ضمن عقد گوناگونی می‌باشند، لازم است در ارتباط با شروط ضمن عقد و شرایط صحت آن به بررسی و تحقیق بیشتری پرداخت. در حقوق ایران، قانون مدنی در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ شرایطی را برای صحت شرط ضمن عقد مقرر داشته که عبارتند از: مقدر، نافع و مشروع بودن؛ و به علاوه، لازم است شروط، خلاف مقتضای ذات عقد و یا مجهول نباشند. با این حال، قانون مدنی در رابطه با رعایت کردن شرایط اساسی صحت معاملات برای انعقاد شرط ضمن عقد، سکوت اختیار کرده است (کریمی و کریمی، ۱۴۰۱: ۷۳). به عنوان مثال، قانون‌گذار مقررات و قواعدی را در مورد معلوم و معین بودن و یا شرط با جهت مصرح نامشروع وضع ننموده و این عدم تصریح قانون‌گذار نوعی ابهام ایجاد کرده است. در این زمینه، قاعده‌ای با عنوان قاعده اغتفار وجود دارد که در بیان بعضی از فقیهان به طور ویژه در رابطه با شروط ضمن عقد انشاء گردیده و با عبارت (یغتفر فی الشرط ما لا یغتفر فی العقد) بر شروط ضمن عقد متمرکز شده است. با این حال، این قاعده که گاهی با عبارت (یغتفر فی الفرع ما لا یغتفر فی الاصل) بیان شده، در قراردادها، علاوه بر شروط ضمن آن، سایر امور فرعی مانند تعهدات جانبی (مانند مهریه در عقد نکاح) و عقود تبعی (مانند عقود تضمین‌کننده دین چون رهن، ضمان و کفالت) را نیز در برمی‌گیرد.

هدف اصلی از نگارش مقاله حاضر نیز بررسی اعمال قاعده اغتفار بر شروط ضمن عقد است تا از این راه موجب شفاف‌سازی در زمینه مقررات مرتبط با شروط ضمن عقد گردد. این قاعده از جمله قواعد منصوص نیست و دلیل منصوص از قرآن و متون روایی بر آن وجود نداشته و دلیل اصطیادی به شمار می‌رود و صحت مفاد آن نیاز به استدلال با ادله عقلی و استفاده از متون دینی به طریق دلالت التزام دارد. مقاله حاضر نیز در نظر دارد تا با استفاده از روش‌های فوق، چگونگی اعمال قاعده اغتفار بر شروط ضمن عقد را تبیین نموده و به دنبال تفسیر جدید از قاعده تبعیت شرط از عقد بر اساس قاعده اغتفار می‌باشد. در ادامه، این پژوهش در پی بررسی جایگاه شرایط اساسی صحت معاملات در

شروط ضمن عقد بوده و به لزوم یا عدم لزوم اعمال شرایط عمومی صحت قراردادها در راستای اعتباربخشی و فراهم کردن صحت شروط ضمن عقد می‌پردازد؛ چراکه سکوت قانونگذار در مورد رعایت شرایط اساسی صحت معاملات در شرط ضمن عقد، حقوقدانان را به ارائه نظرات مختلف و متضادی واداشته است. در این راستا، ابتدا قاعده اغتفار و قاعده تبعیت شرط از عقد بر اساس تقسیم شروط به وابسته و مستقل مورد مطالعه قرار گرفته و در ادامه، اعمال قاعده اغتفار بر شروط وابسته و مستقل بررسی شده است.

### ۱- قاعده اغتفار و قاعده تبعیت شرط از عقد بر اساس تقسیم شروط به وابسته و مستقل

قاعده اغتفار در باب‌های گوناگون فقه و حقوق، به ویژه بحث شروط ضمن عقد قابل استناد است. یکی از مهم‌ترین موارد اعمال قاعده اغتفار، جایگاه آن در بحث شروط ضمن عقد می‌باشد؛ زیرا شرط تابعی از عقد بوده است؛ اما قاعده اغتفار با مفاد قاعده تبعیت شرط از عقد در تعارض است و به نحوی اعمال قواعد فوق بر روی شروط وابسته و مستقل در عقود نتایج یکسانی ندارد. از اینرو پژوهش حاضر در مبحث نخست، ابتدا به بررسی دو قاعده اغتفار و تبعیت شرط از عقد پرداخته و سپس تقسیم شروط ضمن عقد به شروط وابسته و مستقل را تبیین خواهد نمود تا زمینه لازم برای بررسی اعمال این قواعد بر شروط فوق در مبحث بعد را فراهم آورد.

#### ۱-۱- قاعده اغتفار و قاعده تبعیت شرط از عقد

برای بررسی رفع تعارض بین دو قاعده اغتفار و تبعیت شرط از عقد و تبیین جایگاه صحیح اعمال هر یک از قواعد فوق، لازم است که مفاد آنها به تفصیل مورد بررسی واقع گردد. از اینرو، ابتدا قاعده اغتفار را تبیین نموده و سپس به بررسی قاعده تبعیت شرط از عقد می‌پردازیم.

#### الف. بررسی قاعده اغتفار

قاعده اغتفار در فقه با تعبیرهای گوناگون بیان شده که از جمله می‌توان به «یغترف فی التابع ما لایغترف فی المتبوع؛ یغترف فی التوابع ما لایغترف فی غیرها؛ یغترف فی الشیء ضمناً ما لایغترف فیہ قصداً» و «یغترف فی الثوانی ما لایغترف فی الاوائل» اشاره کرد (الزحیلی، ۱۴۲۷: ۴۴۷/۱؛ سیوطی، ۱۴۱۵: ۱۳۳؛ ابن نجیم، ۱۴۲۶: ۱۳۵؛ عراقی، ۱۴۱۴: ۲۷۰/۵). برخی دیگر از فقیهان، قاعده اغتفار را با این الفاظ بیان کرده‌اند: «اوائل العقود تؤکد بما لایؤکد به و اواخرها» (سیوطی، ۱۴۱۵: ۲۱۸). عده‌ای نیز ذیل قاعده «فی الشرع ضمناً یغترف ما لایکون فیہ قصداً یغترف»، تعبیر «بالاثنا اغتفرا ما لیس فی اوائل مغتفرا» را به کار برده‌اند و البته آن را بیانی دیگر از «یغترف فی الثوانی ما لایغترف فی الاوائل» دانسته‌اند (فادانی، ۱۴۱۷: ۱۱۸). قاعده اغتفار یک قاعده اصطیادی است؛ به این معنا که در متن دلیلی از ادله و منابع اولیه فقهی نیامده و فقیهان از مقایسه میان موارد گوناگون استخراج کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۲۴). به همین علت، برخلاف قاعده‌های منصوص، نیازی به بررسی کلمات قاعده به طور خاص نیست و باید منظور کلی قاعده را در نظر گرفت و با مسائل گوناگون فقهی و حقوقی تطبیق داد.

به نظر می‌رسد از بین عبارات‌های گوناگون مطرح شده درباره قاعده اغتفار، تعبیر «یغترف فی التوابع ما لایغترف فی غیرها» بهترین و عام‌ترین تعبیر باشد، زیرا به طور کامل گویای مفهوم بوده و نیز قابل تعمیم در ابواب گوناگون فقه و حقوق است. همچنین، در تمام عبارات‌ها بحث از رابطه تابع (الشیء ضمناً، الثوانی و ...) و متبوع (قصداً، الاوائل و ...) است. بنابراین، به طور کلی، قاعده اغتفار بیان‌گر این حقیقت است که آن چه در متبوع یا اصل، قابل گذشت، تسامح و تساهل نیست در تابع، از آن چشم‌پوشی می‌شود. به عبارت ساده‌تر، می‌توان گفت چشم‌پوشی در تابع بیشتر از متبوع است؛ با این توضیح که رعایت مسائلی که در متبوع لازم است، در تابع ضروری نیست. بنابراین اگر رعایت شرایط قانونی و شرعی الزامی درباره اصل (متبوع) یک چیز، امری غیرقابل چشم‌پوشی باشد نیز عدم رعایت آنها درباره فرع (تابع)، قابل مسامحه است. پس می‌توان قاعده را به طور مختصر به این صورت بیان کرد: «یغترف فی الفرع ما لایغترف فی الاصل عبد الغفار».

اگرچه تابع (فرع) و متبوع (اصل)، مفاهیم عرفی و شناخته شده‌ای هستند اما اشاره‌ای مختصر به معانی آن مؤید این سخن خواهد بود. منظور از اصل، شیء، پایه و اساسی است که شیء بر آن استوار می‌ماند و اصالت، ریشه‌ای است که شیء از آن می‌روید و جمع آن اصول می‌باشد. اصول فقه نیز اصولی است که احکام بر آن بنا می‌شوند (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۶/۸) و تابع یعنی این که شیئی از اصل اثر بگیرد یا بعد از اصل بیاید، یا به اصل اقتدا کند (همان: ۲۹/۸). به عبارت دیگر، اصل (متبوع) در اصطلاح فقهی یعنی این که چیزی مبنا و مقصود بالذات و بدون ارتباط با غیر از خودش باشد و شیء که با غیر از خودش مرتبط بوده است به گونه‌ای که داخل در اصل بوده و از آن جدا نشود، تابع نامیده می‌شود (قره‌داغی، ۲۰۰۷: ۱۷۴). متبوع، چیزی است که اصالتاً حکم بر آن ثابت می‌باشد و سپس تابع در حکم، به آن ملحق می‌شود. در قاعده اغتفار نیز منظور از متبوع، همان اصل و مقصود (الزرقاء، ۲۰۱۳: ۲۹۱) و به بیان دیگر، همان اساس و بنیان یک شیء است که مورد قصد نیز واقع شده و می‌توان گفت که متبوع، همان مقصود اصلی طرفین می‌باشد.

### ب. بررسی قاعده تبعیت شرط از عقد

مسئله اثرپذیری شرط از عقد، از مسائلی است که به بررسی رابطه عقد و شرط می‌پردازد. در این راستا، شروط از جهت دارا بودن قابلیت التزام مستقل، بر دو قسم می‌باشند: نخست، شروطی که بر حسب طبیعت موضوع خود التزامی مستقل ندارند و ناچار باید در زمره توابع عقود دیگر باشند؛ مانند شرطی که مربوط به اوصاف مورد معامله اصلی است (شرط صفت) یا زمان وفای به عهد را معین می‌کند (شرط اجل)، و یا حدود و قلمرو التزام های اصلی عقد را تعیین نموده و یا قوانین تکمیلی را تغییر می‌دهد. این شروط، در واقع به کمال و روشنی و شیوه اجرای تعهد کمک می‌کنند و خود التزامی جداگانه ندارند. دسته دوم، شروطی که می‌توانند به عنوان قرارداد مستقل مورد توافق باشند ولی دو طرف به ملاحظاتی مانند کسب لزوم از عقد اصلی آن را تابع عقد دیگر

ساخته‌اند تا نام شرط بر آن نهاده شود؛ مانند وکالتی که ضمن نکاح شرط می‌شود؛ یا مضاربه‌ای که در قرارداد بیع می‌آید و در این فرض، آن چه به تراضی ارتباط دارد عقدی است مرکب از دو قرارداد، با این قید که یکی از آنها جنبه اصلی داشته و دیگری فرعی و تبعی می‌باشد (صادقی مقدم و شکوهی زاده، ۱۳۹۱: ۱۱).

در بحث تبعیت شرط از جهت لزوم و جواز، هر دو قسم شرط مورد بحث است. در ارتباط با شروطی که قابلیت التزام مستقل ندارند باید در نظر گرفت که این شروط خود بر دو قسم می‌باشند و در ضمن عقد جایز و یا در ضمن عقد لازم واقع می‌شوند. در رابطه با شروط وابسته‌ای که در ضمن عقد جایز آورده می‌شوند، اصلی‌ترین بحث این است که آیا می‌توان شرط را با وجود قرار گرفتن در ضمن عقد جایز، لازم دانست و یا حتماً باید در ضمن عقد لازم قرار گیرد تا از آن کسب لزوم کنند؟ اگر شرط در ضمن عقد را بتوان تنها در زمانی که خود عقد هم لازم باشد، لازم در نظر گرفت در این صورت، شرط در لزوم و جواز، تابع عقد است. در مقابل، اگر شرط را حتی در ضمن عقد جایز، لازم دانست در این صورت بین عقد و شرط از حیث لزوم و جواز، انفکاک حاصل می‌شود. بنابراین، طبق فرض دوم، اگر در ضمن عقد وکالت، شرط عدم عزل شده باشد، شرط الزام آور است (عاملی، ۱۳۸۱: ۷۷). برای روشن‌تر شدن این موضوع، پژوهش حاضر با تقسیم شروط ضمن عقد به شروط وابسته و مستقل، سعی در تبیین احکام مترتب بر هر یک از آنها دارد که در ادامه به این موضوع پرداخته شده است.

## ۲-۱- تقسیم شروط ضمن عقد به شروط وابسته و مستقل

همان‌طور که پیش‌تر اشاره گردید، تمامی شروط ضمن عقد را نمی‌توان در یک دسته جای داده و احکام یکسانی بر آنها بار نمود. شروطی در قراردادها وجود دارند که اگر در خارج از عقد تصور شود، اعتبار و اثر حقوقی مهمی بر آن مترتب نیست. در حقیقت، این شروط که می‌توان با عنوان شرط وابسته از آنها یاد نمود، توافقاتی هستند که قرار گرفتن آن در ظرف عقد، اعتبار و آثار حقوقی متعددی برای آن ایجاد می‌کند و با انتفای موضوع عقد منتفی می‌شوند. در مقابل، پاره‌ای از توافق‌های ضمن عقد که

از آنها با عنوان شروط مستقل یاد می‌شود وجود دارد که انتفای عقد، تأثیری بر آنها نداشته و مستقلاً آثار حقوقی خود را بر جای می‌گذارند.

درست است که شروط مستقل مانند شروط وابسته حدوداً وابسته به عقد اصلی می‌باشند ولی می‌توان آثار و احکام حقوقی مستقل بر آنها بار نمود. به عنوان مثال، گاه یک عمل مستقل مانند عقد وکالت یا ابراء دین، به صورت شرط ضمن عقد منعقد می‌شود؛ و با این که چنین شرطی می‌تواند به صورت یک قرارداد مستقل باشد، طرفین به دلایلی همچون کسب لزوم، ضمن عقد نسبت به آن توافق می‌نمایند (قاسم‌زاده و قربانی جویباری، ۱۳۹۷: ۱۲۸). تقسیم‌بندی شرط به وابسته و مستقل به طور آشکار در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران کمتر مطرح شده است. قانون مدنی در این خصوص ساکت است و در فقه نیز به ویژه در کتب کلاسیک فقهی این تقسیم‌بندی از شرط به صراحت مطرح نشده است. این امر به دلیل شهرت این قاعده در فقه بوده که «شرط، تابع عقد است» (محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۳۲۱/۷؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۳: ۵۴/۵؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۲۲/۵) و چنان که گفته شد، شرط به «التزام تبعی» تعریف شده است. بر این اساس، بحث شرط مستقل یا امکان استقلال شرط از عقد در بقاء و عدم، دستکم به طور تفصیلی و آشکار و به عنوان یکی از تقسیمات شرط، بحث نسبتاً جدیدی است که ضرورت‌های زندگی و معاملات جدید آن را ایجاب کرده و موجب توسعه آن شده است. با وجود آن، اینگونه نیست که بحث مذکور برای فقیهان کاملاً ناشناخته باشد. این بحث از لابلائی مباحث و فروع مربوط به «شرط ضمن عقد» در کتب قدما قابل استنباط است.

پیشینه شرط مستقل در حقوق ایران به ماده ۲۴۶ قانون مدنی برمی‌گردد که به طور کلی به عدم استقلال شرط از عقد و لزوم تبعیت آن از عقد تصریح کرده است. به علاوه، ماده ۶۳۶ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ که در خصوص عدم استقلال شرط داوری صراحت داشته است. به نظر می‌رسد سخن نگفتن از استقلال شرط از عقد در



قانون مدنی ایران به این دلیل است که شروط ضمن عقد اغلب از نوع شروط وابسته هستند و بحث تبعیت شرط از عقد هم به این دلیل معروف گردیده است. این امر تا جایی است که ماده ۲۴۶ قانون مدنی ایران مقرر داشته است که با اقاله عقد، شروط ضمن آن نیز باطل می‌شود و سبب شده است که در حقوق ایران به هنگام بحث از این موضوع به ذکر این نکته اکتفا گردد که بطلان عقد اصلی به جهتی از جهات موجب بطلان شرط ضمن آن نیز خواهد شد (امامی، ۱۳۹۳: ۳۲۵).

در این نکته تردیدی وجود ندارد که حکم ماده ۲۴۶ قانون مدنی عام نبوده و شامل تمام مصادیق شروط ضمن عقد نمی‌شود؛ زیرا گذشته از این که احکام و آثار شروط ضمن عقد از جمله ماده یاد شده، بر اساس شروط وابسته به عقد و عدم توجه نویسندگان قانون مدنی به شروط مستقل تنظیم شده (ره‌پیک، ۱۳۹۵: ۴۰)، حکم این ماده قاعده‌ای تکمیلی می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۲۷) و توافق طرفین، هر چند ضمنی، می‌تواند خلاف آن را مقرر نماید. همچنین در مواردی که کارکرد و فلسفه وجودی شرط، بقای آن را ایجاب نماید، مانند شرطی که ناظر به مرحله انحلال عقد یا کشف بطلان آن است، باید قائل به استقلال شرط از عقد گردید. با این حال، نخستین بار ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ بود که شرط داوری را در قراردادهای مشمول آن قانون، مستقل از عقد اعلام کرد.

## ۲- اعمال قاعده اغتفار بر شروط وابسته و مستقل در رابطه با شرایط اساسی صحت معاملات

قانون مدنی، شرایط صحت شروط را به صورت ایجابی بیان نکرده، بلکه از سویی به بیان شروط باطل (ماده ۲۳۲) پرداخته و از سوی دیگر، از شروط مبطل (ماده ۲۳۳) سخن گفته است؛ این در حالی است که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی به بیان شرایط اساسی صحت قرارداد پرداخته است. این امر باعث طرح این پرسش شده که آیا تمام شرایط بیان شده در ماده ۱۹۰، در رابطه با شروط ضمن عقد نیز جاری بوده و یا می‌توان از برخی شرایط بیان شده در برخورد با شروط ضمن عقد چشم‌پوشی نمود؟ در این راستا،

گروهی از حقوقدانان و فقیهان (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۴۹؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۳: ۵۲/۵) به لزوم اجرای تمامی شرایط صحّت قراردادها درباره شروط قائل شده‌اند. در برابر، گروهی دیگر (نجفی، ۱۴۰۰: ۲۱۳/۲۳؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۰۷/۲)، لزوم جریان تمامی شرایط صحّت عقد در شروط ضمن عقد را نپذیرفته‌اند.

از آنجایی که ماهیت شروط وابسته و مستقلّ یکسان نبوده و انتفای عقد، تأثیر یکسانی بر آنها ندارند مطالعه هر یک به صورت مجزاً برای تبیین احکام آنها ضروری است. همچنین، یکی از مهم ترین موارد اعمال قاعده اغتفار، جایگاه آن در بحث شروط ضمن عقد می‌باشد. این امر از آن جهت است که شرط، تابعی از عقد بوده و می‌توان گفت سختگیری‌هایی که در عقد می‌شود، در شرط نخواهد شد. به عبارت دیگر، می‌توان گفت که قاعده اغتفار می‌تواند در جریان تعیین قواعد حاکم بر شروط ضمن عقد نقش بسزایی داشته باشد. از اینرو، مبحث حاضر ابتدا اعمال این قاعده بر شروط وابسته را مورد مطالعه قرار داده و سپس اعمال قاعده فوق بر روی شروط مستقلّ بررسی شده است.

## ۱-۲- اعمال قاعده اغتفار بر شروط وابسته در رابطه با شرایط اساسی صحّت معاملات

تأمل در مواد قانون مدنی نشان داد که شرط به معنای مطلق، تعهد یا قرار، تصوّر نگردیده تا شامل کلیه توافقات باشد، بلکه به عنوان امری تابع در نظر گرفته شده است. همچنین، تحلیل شروط ضمن عقد از آن جهت مورد توجه قرار گرفته تا از این نهاد در تولید احکام خاصّ و متفاوت از عقود مستقلّ، بهره کامل برده شود. به عبارت دیگر، شرط در معنای اصلی خود در قانون مدنی، غالباً عملی غیر مستقلّ و وابسته است (مانند عقدی در ضمن عقد دیگر) و احکام مقرر در این قانون نیز غالباً منصرف به شروط وابسته می‌باشد. با این که اعتبار و اثر حقوقی مهمی بر شروط وابسته در خارج از عقد مترتب نیست اما قرار گرفتن آنها در ظرف عقد، اعتبار و آثار حقوقی متعددی برای آنها

ایجاد می‌کند و همچنین با انتفای موضوع عقد منتفی می‌شوند (قاسم‌زاده و قربانی جویباری، ۱۳۹۷: ۱۲۸). این قسمت، به بررسی اعمال قاعده اغتفار بر این شروط وابسته در مورد معلوم و معین بودن موضوع شرط (الف) و مشروع بودن جهت آن (ب) می‌پردازد.

### **الف: اعمال قاعده اغتفار نسبت به معلوم و معین بودن موضوع شروط وابسته**

براساس ماده ۲۱۶ قانون مدنی، مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصی که علم اجمالی به آن کافی باشد؛ و به عبارت دیگر، معلوم بودن مورد معامله الزامی است. از همین رو، در بند ۳ از ماده ۱۹۰ قانون مذکور، «موضوع معین که مورد معامله باشد» در زمره شرایط اساسی صحت معاملات آورده شده است. بنابراین، شرایط مورد معامله از نظر قانون مدنی، معلوم (ماده ۲۱۶ ق.م.) و معین بودن (ماده ۱۹۰ ق.م.) آن است. فقها دلیل بطلان قرارداد در فرض معلوم و معین نبودن موضوع قرارداد را غرری بودن آن دانسته‌اند (به نقل از وحدتی شبیری، ۱۳۸۹: ۸۵) که بر عرفی بودن مفهوم غرر نیز اتفاق نظر دارند (شادباد و دیگران، ۱۴۰۰: ۱۷۷). بنابراین، علم تفصیلی به موضوع قرارداد با توجه به دلیلی که ارائه گردید، مخصوص مواردی است که فقدان آن به غرر می‌انجامد. از همین روست که در مواردی که بنای قرارداد بر تسامح بوده و عرف، تسامح مزبور را مورد پذیرش قرار می‌دهد، علم اجمالی کافی است.

منظور از معلوم بودن مورد معامله این است که اوصاف آن نزد طرفین معامله معلوم و روشن باشد تا بتوان آن را مطالبه یا ایفا کرد و در صورت اختلاف بتواند در دادرسی مورد حکم قرار گیرد؛ ولی مقصود از معین بودن این است که مالی که اوصاف آن معلوم است، از میان مصادیق و افراد آن معین و تعیین شود. معلوم بودن مال موضوع انتقال از سه جهت تعیین جنس، توصیف کیفیت و تعیین مقدار ضرورت دارد. بی‌گمان اشاره به همه اوصاف فرعی و جزئی، از شرایط نفوذ و تعهد نیست، زیرا همیشه احتمال دارد وصفی بی‌اهمیت از قلم بیفتد و دست‌آویزی برای بطلان معامله به وجود آورد. در رابطه با عین معین نیز ذکر همه اوصاف فرعی ضرورت ندارد و عدم ذکر آن، موجب

مبهم ساختن مورد معامله نخواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۸۱). در حقیقت، طرفین معامله باید در اوصاف مهمّی که تشکیل‌دهنده رکن اصلی ارزش مورد معامله است، توافق داشته باشند (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۶). بنابراین، اعلام اوصاف مورد معامله تا جایی که اوصاف اساسی، مهمّ و ضروری آن از دیدگاه طرفین، رکن تراضی محسوب می‌شود، لازم است و ذکر همه اوصاف فرعی ضرورت ندارد.

حال سؤالی که مطرح است آیا شرط معلوم و معین بودن در مورد شروط ضمن عقد لازم است یا خیر؟ در این مورد، می‌توان رابطه عقد و شرط ضمن عقد را بر اساس قاعده اغتفار تبیین نموده و اساس قاعده اغتفار در خصوص شروط وابسته را قابل اعمال دانست. از این منظر، هیچ دلیلی بر لزوم معلوم بودن تفصیلی مورد شرط وجود ندارد و نمی‌توان شرط با موضوع غیر معلوم را باطل دانست؛ چرا که اصل، عدم لزوم این شرایط در شرط ضمن عقد است. به علاوه، ماده ۱۹۰ و مواد بعدی قانون مدنی که مربوط به شرایط اساسی ناظر به عقد یعنی یک ماهیت حقوقی دو طرفه مستقل است و اصطلاح معامله، به قرینه مقررات مواد ۱۹۱ به بعد، در معنای اخصّ خود، یعنی عقد به عنوان یک ماهیت حقوقی مستقل به کار رفته است. همچنین، قانونگذار در ماده ۲۳۲ قانون مدنی که در مقام بیان شروط باطل بوده، نامی از شرط غیر معلوم تفصیلی و شرط باطل را به شروط غیرمقدور و بی‌فایده و نامشروع محدود کرده است. از این انحصار باید نتیجه گرفت که سایر شروط، از جمله شروط مجهول تفصیلی، صحیح است اما در صورتی که به طور اجمالی نیز معلوم نباشد باید شرط را باطل دانست (شهیدی، ۱۳۸۶: ۹۰).

با این حال می‌توان گفت که مجهول بودن شرط ضمن عقد سه صورت دارد: گاهی شرط ضمن عقدی که موضوع آن، مجهول است، حالت تبعی داشته و از دید عرف، ابهام آن نادیده گرفته می‌شود. در این صورت، عقد و شرط هر دو صحیح است، زیرا لازم نیست اصل لزوم رفع ابهام، به گونه‌ای که در بیع و اجاره اعمال می‌گردد در مورد شرط نیز رعایت شود. گاهی نیز شرط، به قدری اهمّیت دارد که از دید عرفی، قسمت

زیادی از ثمن را به خود اختصاص می‌دهد و مجهول بودن آن، تمام مورد معامله را مجهول و در نتیجه، عقد را غرری می‌سازد؛ در این صورت، عقد و شرط، هر دو باطل است. در صورت سوم، جهل به اندازه‌ای نیست که مجهول بودن آن، به عوضین سرایت کند، اما سبب درگیری و اختلاف می‌شود. در اینجا نیز قاضی باید از نفوذ آن جلوگیری نموده و چنین شرطی را باطل قلمداد کند. به عنوان نمونه، بر اساس فتوای برخی از فقها، جعل خیار مادام‌العمر صحیح است (به نقل از وحدتی شبیری، ۱۳۸۹: ۷۵).

در فقه نیز عده‌ای از فقهای امامیه در بحث اشتراط علم برای صحت شرط ضمن عقد و بررسی وضعیت شرط مجهول، و به ویژه شرط مجهول که منجر به جهل عوضین یا یکی از آنها نمی‌شود، به طور غیرمستقیم به مسأله پرداخته و شرط معلوم بودن موضوع معامله را که در حقیقت از شرایط عمومی معامله و جزو قواعد عمومی معاملات است قابل تسری به شرط ضمن عقد نمی‌دانند. از دیدگاه این فقیهان، شرط مجهول در صورتی که منجر به جهل عوضین نشود، صحیح است (نراقی، ۱۴۰۸: ۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۳۰۸/۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۰: ۲۰۲/۲۳؛ مامقانی، بی تا: ۲۳۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ۲۴۷/۳). تعدادی از آنها نیز به دلیل فقدان هرگونه دلیل شرعی مبنی بر معلوم بودن مورد شرط ضمن عقد، شرط مجهول را باطل نمی‌دانند؛ چراکه دلیلی بر اعتبار علم در شرط ضمن عقد وجود ندارد (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۱۶/۲).

با استدلالی مشابه، می‌توان اشاره کرد که به علت عدم تصریح قانونگذار نسبت به اجرای قواعد عمومی قراردادها در شروط ضمن عقد، معلوم بودن شرط ضمن عقد از شرایط صحت آن نمی‌باشد. با این حال، باید توجه داشت که اگر موضوع شرط مجهول، مطلق باشد شرط به دلیل این که امکان اجرا ندارد، باطل خواهد بود. در واقع، ضمن این که می‌توان شرط مجهول مطلق را فاقد نفع و فایده عقلایی و در نتیجه، به استناد بند ۲ ماده ۲۳۲ باطل دانست از آنجا که نمی‌توان بر اساس چنین شرطی، تعهدی را برای مشروط علیه تصور نمود و او را بدان ملزم ساخت نیز شرط باطل است (شهیدی، ۱۳۸۶: ۹۳). بنابراین مسأله مورد بحث، لزوم علم تفصیلی یا کفایت علم اجمالی است.

به علاوه، در رابطه با معین بودن مورد شرط به معنای مردّد نبودن آن، در صورتی که به قصد انشاء ارتباط پیدا کند - به این معنا که مردّد بودن، مانع قصد صحیح باشد شرط صحّت شرط می‌باشد، اما اگر مردّد بودن مبنایی برای غرری و مجهول کردن شرط باشد با توجه به استدلالی که در شرط معلوم بودن صورت گرفت معین بودن، شرط صحّت شرط نخواهد بود. به نظر می‌رسد در توجیه این بحث، مبنای جهل و غرر، بیشتر مورد توجه بوده و از اینرو صرف معین بودن، شرط صحّت نمی‌باشد. به طور مثال، اگر بر مشروط علیه شرط شود که یکی از دو کار را به نفع طرف دیگر انجام دهد، با توجه به تسامحی بودن شرط، دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد.

در مقام بررسی مسأله با توجه به قاعده اغتفار، باید به خصیصه فرعی بودن شرط توجه داشت. به عبارت بهتر، از آنجا که شروط ضمنی اهمیّت اساسی ندارند، جهل به موضوع آن، موجب غرری شدن معامله نمی‌گردد. البته طبیعی است که اگر جهل به شرط، موجب جهل به عوضین - در قراردادهایی که علم تفصیلی به موضوع قرارداد شرط است - گردد، قرارداد اصلی باطل بوده و در نتیجه، شرط نیز به تبع آن باطل خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۶: ۹۴). با این حال، اگر مجهول بودن شرط به موضوع قرارداد اصلی سرایت نکند و مجهول مطلق نیز نباشد، دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد. در نتیجه، معلوم و معین بودن شرط در حالت کلی از شرایط صحّت آن نیست، اما این صفات باید به حدی باشد که شرط را نامقدور نسازد؛ چرا که هدف از هر شرطی اجرای آن می‌باشد و اگر علم و تعیین شرط با گذشت زمان و یا با انتخاب فردی از ابهام کلی در آید ولو علم تفصیلی به شرط وجود نداشته باشد، مانعی در صحّت شرط نیست.

### ب: اعمال قاعده اغتفار نسبت به مشروع بودن جهت شروط وابسته

هر عمل حقوقی، دارای انگیزه و محرّکی است که در حقوق ایران به «جهت»، موسوم است. جهت، انگیزه و محرّک اصلی و هدف مستقیم و بی‌واسطه‌ای است که شخص به خاطر رسیدن به آن به کار ارادی دست می‌زند. به عبارت دیگر، جهت که در

فقه اسلامی به غرض و داعی تعبیر می‌شود یک انگیزه و مشوق شخصی است که بر حسب اشخاص و شرایط ممکن است متفاوت باشد. بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، مشروعیت جهت قرارداد را به عنوان یکی از شرایط اساسی صحت قرارداد دانسته است. جهت قرارداد، در قانون مدنی تعریف نشده است ولی می‌توان آن را هدف بی‌واسطه‌ای دانست که اگر وجود نداشته باشد قرارداد انجام نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۴۲)؛ بنابراین از آنجا که اشخاص مختلف انگیزه‌های یکسانی از انعقاد قرارداد ندارند، باید جهت قرارداد را بر خلاف علت تعهد و قرارداد، امری شخصی و متغیر به شمار آورد (صفایی، ۱۳۸۷: ۱۳۸).

بر اساس ماده ۲۱۷ قانون مدنی، در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است. بنابراین، قانونگذار ایران قرارداد با جهت نامشروع را در فرضی که جهت مزبور در قرارداد ذکر شده باشد، باطل دانسته است. مقصود از نامشروع چیزی است که مخالف قواعد آمره باشد، خواه این قواعد آمره مبتنی بر قوانین موضوعه یا فقه اسلامی و یا اخلاق حسنه یا سایر موارد مربوط به نظم عمومی باشد (صفایی، ۱۳۸۷: ۱۴۰). به عبارت دیگر، مشروعیت به معنای مطابقت با قانون و همچنین شرع می‌باشد؛ چراکه تمام موارد تقنینی و قضایی در نظام حقوقی ایران باید مطابق با شرع باشد (فیاض‌بخش و دیگران، ۱۳۹۷: ۲۶۶). با این وصف، می‌توان گفت دخالت قانونگذار به منظور حفظ منافع جامعه و اقتضای نظم عمومی صورت گرفته است. در فقه امامیه، جهت نامشروع هنگامی سبب بطلان عقد است که طرف دیگر بر آن آگاهی داشته باشد؛ خواه مورد تصریح قرار گرفته یا نگرفته باشد. از نقطه نظر فقهی، دلیل مهمی که می‌توان برای بطلان معامله با انگیزه نامشروع یافت، ممنوعیت همیاری بر ائتم و عدوان است و بر فرض پذیرش دلالت نهی از همیاری بر ائتم و عدولان بر فساد معامله، در مواردی که چنین عنوانی صادق باشد، حکم به بطلان قرارداد با جهت نامشروع می‌گردد.

حال سؤالی که مطرح می‌شود تأثیر عدم مشروعیت جهت شرط بر صحت آن است. بر اساس قانون مدنی، روشن است که شرطی که نامشروع، یعنی بر خلاف قواعد آمره باشد، باطل است ولی مبطل عقد نیست. باطل بودن چنین شرطی نیز مبتنی بر مصلحت جامعه است؛ چراکه قراردادهای افراد - اعم از این که اصلی یا تبعی باشد - نباید با قوانین مربوط به نظم عمومی مابینت داشته باشد. به عبارت دیگر، مصلحت جامعه اقتضا می‌کند که اگر قراردادی بر خلاف این قوانین منعقد شود، باطل به‌شمار آید. بنابراین، هرگاه ضمن قراردادی شرط شود که یکی از طرفین، شخص ثالثی را مضروب یا مجروح سازد، یا خانه‌ی او را آتش بزند، این شرط باطل است. با وجود این، از آنجا که چنین شرطی، به ارکان و شرایط صحت عقد لطمه نمی‌زند مبطل آن محسوب نمی‌شود (صفایی، ۱۳۹۲: ۲۰۷). تا اینجا موضوع در رابطه با مشروعیت خود شرط بود که امری موضوعی است، با این حال، سؤال در رابطه با ضرورت یا عدم ضرورت مشروعیت جهت شرط برای صحت آن همچنان باقی است. در رابطه با مشروعیت جهت شرط بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد.

عده‌ای شرطی که جهت آن نامشروع باشد را باطل دانسته و باور دارند که از لحاظ تأثیر عقد، امتیازی میان مشروع بودن موضوع و جهت وجود ندارد؛ بنابراین شرطی که هدف از آن تحقق امری نامشروع باشد، نیز شرطی نامشروع شمرده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۶۷؛ محقق داماد، ۱۳۹۳: ۸۷). بر این اساس، قواعد حاکم بر شروط تبعی با آن چه بر شروط مستقل، یعنی قراردادهای عام حکمفرماست، تفاوتی ندارد و به عبارت دیگر، تبعی بودن شرط هیچ تغییری در ماهیت اصلی آن نمی‌دهد و شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ ناظر به همه قراردادهای و تعهدات می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۷۰). بنابراین، قواعد حاکم بر شروط ضمن عقد تفاوت ماهوی با قواعد عمومی قراردادهای ندارد و شروط تبعی دقیقاً از همان موازین و قواعدی تبعیت می‌کند که بر شروط مستقل حکمفرماست (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۳۷). به عبارت دیگر، مبانی ارائه شده برای



مشروعیت جهت قرارداد عمومیت داشته و شرط را نیز در بر می‌گیرد و نامشروع بودن جهت شرط نیز موجب بطلان شرط خواهد شد.

با این حال، نظر دیگری مبنی بر صحت شرط با جهت نامشروع وجود دارد؛ زیرا قانونگذار چنین شرطی را در زمره شروط باطل یا باطل و مبطل (مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق.م.) بیان نکرده است (شهیدی، ۱۳۸۶: ۹۳؛ امامی، ۱۳۹۳: ۲۷۲). از این منظر، هیچ دلیلی بر لزوم مشروع بودن جهت شرط وجود ندارد و نمی‌توان شرط با جهت نامشروع را باطل دانست؛ چراکه اصل، عدم لزوم چنین شرطی در رابطه با شرط ضمن عقد است. به علاوه، قانونگذار در ماده ۲۳۲ قانون مدنی که در مقام بیان شروط باطل بوده است، نامی از جهت مصرح نامشروع نبرده و شرط باطل را محدود به شروط غیر مقدور، بی‌فایده و نامشروع کرده است (شهیدی، ۱۳۸۶: ۹۵). به بیان دیگر، از نظر قضائی نمی‌توان شرط ضمن عقدی که جهت آن نامشروع است را باطل دانست، زیرا ماده ای که بتوان به استناد آن حکم به بطلان چنین شرطی نمود موجود نبوده و در عین حال، ماده ۲۳۲ که در مقام بیان شرایط باطل است نامی از جهت نامشروع نبرده که چنین سکوتی در مقام بیان، قرینه مسلمی بر صحت این گونه شروط است (امامی، ۱۳۹۳: ۲۷۳).

به نظر می‌رسد بتوان به باور نظر گروه اخیر، استناد به قاعده اغتفار را نیز افزود و بیان داشت شرطی که جهت آن نامشروع باشد - مانند عقدی که جهت آن نامشروع است - باطل نخواهد بود؛ زیرا شرط فرع بوده و نمی‌توان آن را با عقد که اصل است قیاس کرد و شاید به همین علت قانونگذار در ماده ۲۱۷ قانون مدنی فقط به مشروعیت جهت در معامله اشاره کرده و در رابطه با مشروعیت جهت در شرط سخنی نیاورده است (گل محمدی و دیگران، ۱۳۹۷: ۵۰). افزون بر این، جهت عبارت است از هدف و غرض اصلی شارب از قرارداد در شرط در عقد بوده که این موضوع، امری شخصی و متغیر است و قانونگذار کاری به اغراض و دواعی و انگیزه های طرفین که شخصی و مربوط به نفسانیات آنها است، ندارد و به همین جهت است که تصریح آن را نیز در معامله ضروری نمی‌داند. با توجه به آن چه بیان شد، به نظر می‌رسد مشروع نبودن جهت شرط، تأثیری

در صحت آن ندارد و می‌توان گفت در برخی موارد، آن چه برای صحت عقد لازم است برای صحت شرط لازم نیست؛ این بیان، چیزی نیست جز قاعده عقلایی اغتفار که درباره شروط ضمن عقد با تعبیر «یغتفر فی الشرط ما لا یغتفر فی العقد» نیز قابل اظهار است.

## ۲-۲- اعمال قاعده اغتفار بر شروط مستقل در رابطه با شرایط اساسی صحت معاملات

شروط مستقل، صرف‌نظر از عقد اصلی، دارای هویتی مستقل و دارای اعتبار می‌باشند. نکته قابل توجه آن است که احکام و مسائل شروط ضمن عقد در قانون مدنی بر اساس شروط وابسته تنظیم شده است. در جریان احکام شروط ضمن عقد، بر شروط مستقل، لازم است دقت بیشتری صورت گیرد و با توجه به حیثیت مستقل این شروط، نسبت به تحلیل و حل مسائل آن اقدام نمود. شروط مستقل نیز از آنجا که در زمان انعقاد به عنوان شرط ضمن عقد منعقد می‌شوند تحت تأثیر قاعده اغتفار قرار دارند و حکم شروط ضمن عقد وابسته بر آنها قابل تبیین است. به این منظور، بند حاضر به بررسی اعمال قاعده اغتفار بر شروط مستقل اختصاص یافته است. در این راستا، نخست به اعمال قاعده اغتفار نسبت به معلوم و معین بودن موضوع شروط مستقل پرداخته شده و سپس اعمال این قاعده نسبت به مشروع بودن جهت شروط مستقل مورد بررسی قرار گرفته است.

### الف. اعمال قاعده اغتفار نسبت به معلوم و معین بودن موضوع شروط مستقل

واقعیت امر این است که شرط مستقل همانگونه که از عنوان آن پیدا است از استقلال بیشتری نسبت به شرط وابسته برخوردار بوده و از اینرو، بحث اغتفار بیشتر در خصوص شرط وابسته قابل اعمال است. قانون مدنی در مواد مربوط به مورد معامله (ماده ۲۱۶)، به شرط معلوم بودن مورد معامله اشاره کرده است، اما در شروط باطل (ماده ۲۳۲) از شرط مجهول نام نبرده است، لذا این سؤال و تردید وجود دارد که آیا قانونگذار با سکوت خود، شروط را تابع احکام مورد معامله و قواعد کلی غرر، قرار داده یا معلوم بودن را

در شروط، لازم نمی‌داند؟ چنان که گفته شد، به نظر می‌رسد با توجه به ظواهر و قرائن مواد مربوط به شروط ضمن عقد، معلوم بودن به صورت تفصیلی در شروط ضرورتی ندارد، بلکه به دلیل شرایط خاص شرط، از جمله فرعی بودن آن، شرط ضمن عقد از جمله اعمال حقوقی تسامحی تلقی شده که علم اجمالی در تحقق آن کفایت می‌کند. از نظر تحلیلی نیز شرط، بخشی از عوض نمی‌باشد تا به اعتبار عوض بودن، معلوم بودن آن، شرط شود.

با این حال استدلال فوق در رابطه با شروط وابسته صحیح است ولی شروط مستقل، حکم خاص خود را دارند. شرط که تعهدی تبعی است به صورت مستقل نیز قابلیت انعقاد دارد. چگونه است که باید در خصوص قراردادی در صورت انشاء به نحو مستقل، قائل به لزوم رعایت شرایط اساسی صحت معامله بود، اما در صورت توافق بر آن در ضمن عقدی دیگر، رعایت این شرایط را لازم ندانست. بدیهی است که چنین شرطی شرایط ویژه خود را داشته و نوعی قرارداد محسوب می‌شود؛ بنابراین بایستی در انعقاد و اعتبار این قرارداد فرعی مانند هر تعهدی دیگر، شرایط اساسی صحت معاملات را رعایت کرد (عابدیان، ۱۳۸۷: ۵۶). با این حال باید توجه داشت که علم تفصیلی در تمام عقود نیز لازم نیست، بلکه تنها در عقود معاوضی مغابنی چنین شرطی لازم تلقی می‌شود و عقود غیر معاوضی و معاوضی غیر مغابنی با علم اجمالی منعقد می‌گردند. بدیهی است که در جایی که علم اجمالی برای انعقاد عقد به صورت مجزا کفایت کند، وجود علم اجمالی برای صحت این توافق به صورت شرط ضمن عقد نیز کافی خواهد بود.

نکته قابل تأمل دیگر در مورد شروط مستقل، هویت مستقل آنها در عین داشتن ارتباط با عقد پایه است. از اینرو، چنان چه عقد اصلی به علت فقدان یکی از شرایط اساسی صحت معاملات مثل عدم تعلق قصد انشاء که وجود آن در شرط مستقل نیز ضروری است با بطلان مواجه گردد، شرط مستقل ضمن عقد نیز باطل است، اما اگر رعایت آن در شرط ضروری نباشد دلیلی مبنی بر تبعیت شرط وجود ندارد (قاسم‌زاده و قربانی جویباری، ۱۳۹۷: ۱۳۲). برای مثال، ممکن است معلوم و معین نبودن مورد معامله

موجب بطلان عقد گردد ولی شرط ضمن عقد داوری آن همچنان برای رسیدگی به اختلافات ناشی از چنین توافقی معتبر باشد. به معنای دیگر، ممکن است در مواردی عقد باطل گردد ولی هویت مستقل توافقی که به صورت شرط مستقل شده است، مانع از بین رفتن آن خواهد بود.

سؤال این است که با انحلال عقد، شرط چه وضع حقوقی خواهد داشت؟ برای پاسخ دقیق تر به سؤال فوق لازم است بین حالتی که شرط قبل از انحلال عقد، اجرا شده و حالتی که هنوز شرط اجرا نشده است، تفاوت قائل شد. در صورتی که شرط، اجرا شده باشد اجرای شرط، صحیح است و با اجرا، شرط ساقط می شود. بنابراین، با انحلال عقد، انتفاء و بطلان شرط بی معناست؛ زیرا شرط به عنوان یک عمل حقوقی، با شرایط قانونی منعقد و در زمان حیات خود، اجرا شده است. شرط فعل و صفت اجرا شده و نیز شرط نتیجه، به طور مطلق در این دسته قرار می گیرند. اما اگر شرط ضمن عقد، هنوز اجرا نشده و عقد منحل شود، باید بین شروط وابسته و مستقل، تفکیک داده شود؛ به طوری که اگر شرط، از جمله شروط وابسته باشد - مانند شرط فعل یا برخی مصادیق شرط صفت - در این صورت، با انحلال عقد، شرط نیز از زمان انحلال عقد منتفی می شود. اما اگر شرط اجرا نشده، از نوع شروط مستقل باشد مانند عقد وکالت، انحلال عقد، تأثیری بر صحت شرط ندارد؛ زیرا شرط از نظر شرایط صحت و اعتبار، استقلال داشته و با فسخ و انفساخ عقد اصلی از بین نمی رود. البته، همانگونه که در مباحث گذشته مشاهده شد شروط مستقل، دو حیثیت داشته و حیث شرط ضمن عقد بودن، دو اثر مهم یعنی التزام و در معرض فسخ قرار دادن عقد اصلی را به همراه دارند؛ لذا عقد وکالت مذکور به حیات خود ادامه داده، اما دو اثر فوق را از دست می دهد؛ به این معنا که پس از انحلال عقد اصلی، وکالت، لازم نیست و نمی تواند عقد اصلی را متزلزل نماید (در صورت عدم انجام شرط).

**ب. اعمال قاعده اغتفار نسبت به مشروع بودن جهت شروط مستقل**

سؤالی که مطرح است بطلان یا عدم بطلان شرط در شرایطی است که جهت شرط به گونه‌ای که در مورد قرارداد مطرح است، نامشروع باشد. در پاسخ به این سؤال برخی از حقوقدانان معتقدند از آنجایی که قانونگذار، شرط با جهت نامشروع را در زمره شروط باطل یا باطل و مبطل (مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق.م.) ذکر ننموده، لذا باید به صحت شرط قائل گردید، هرچند عمل کردن به جهت و انگیزه مزبور امکان‌پذیر نیست؛ و جالب توجه است که برخی از قائلین به صحت شرط، به ماده ۱۰ قانون مدنی نیز استناد نموده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۶: ۹۳). البته باید توجه داشت که استناد به ماده ۱۰ ق.م. موجه به نظر نمی‌رسد؛ چراکه نفوذ قراردادهای مضمول ماده ۱۰ 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 (ره‌پیک، ۱۳۹۳: ۵۲).

همچنین در رابطه با نظر فوق، نسبت به مشروعیت جهت شرط باید گفت که چنین نظری ممکن است در رابطه با شروط وابسته صحیح باشد ولی مبانی ارائه شده برای مشروعیت جهت قرارداد، عمومیت داشته و شرط مستقل را که خود می‌توانست به صورت قراردادی مجزاً منعقد گردد نیز در بر می‌گیرد. بنابراین، در همان مواردی که نامشروع بودن جهت قرارداد از نقطه نظر حقوقی یا فقهی، موجب بطلان قرارداد است، نامشروع بودن جهت شرط مستقل نیز بطلان شرط را به دنبال دارد؛ چراکه شرط فوق نیز ماهیتاً نوعی قرارداد به شمار می‌آید. به نظر می‌رسد چنین نظری با مبانی تحلیلی قراردادها نیز سازگارتر باشد. در این راستا، در جایی که جهت عقد و شرط یکسان است، بررسی شرط مشروعیت جهت در عقد، برای عقد مشروط کفایت می‌کند و البته اماره و فرض اول نیز همین است. اما اگر در مواردی معلوم شد که جهت عقد و شرط مستقل، متفاوت و یکی از آن دو نامشروع است هر یک از عقد و شرط، حکم خاص خود را خواهد داشت. بدیهی است همچون مسائل گذشته، تحلیل هر مورد از شروط وابسته و مستقل، با توجه به خصوصیات این شروط انجام می‌شود.

## نتیجه گیری

قاعده اغتفار که گاهی با عبارت (یغتفر فی الفرع ما لایغتفر فی الاصل) بیان شده، علاوه بر شرط ضمن عقد در قراردادها، سایر امور فرعی همانند تعهدات جانبی (به عنوان مثال، مهریه در عقد نکاح) و نیز حتی عقد تبعی (همانند عقود تضمین کننده دین چون رهن، ضمان و کفالت) را در بر می گیرد. قاعده فوق که دلیل منصوص از قرآن و متون روایی بر آن وجود ندارد، از دلایل اصطیادی به شمار رفته و صحّت مفاد آن نیازمند استدلال به ادله عقلی و استفاده از متون دینی به طریق دلالت التزام است. قاعده اصطیادی اغتفار که به چند صورت بیان می شود، در بیان بعضی از فقیهان به طور ویژه در رابطه با شروط ضمن عقد انشاء گردیده و با شکل «یغتفر فی الشرط ما لایغتفر فی العقد» بر شروط ضمن عقد متمرکز شده است. بر این اساس، سختگیری هائی که در رابطه با شرایط صحّت عقد اعمال می شود در رابطه با شروط ضمن عقد رعایت نمی گردد. به عبارت دیگر، یکی از کاربردهای مهم قاعده اغتفار در بحث شروط ضمن عقد است، زیرا شرط، تابعی از عقد بوده و در آن چشم پوشی هایی شده که در خود عقد نمی شود. از اینرو، درباره برخی از شرایط صحّت شروط ضمن عقد مانند منجز بودن، علم به موضوع و مشروعیت جهت شرط که رعایت آنها برای صحّت عقد (متبوع) ضروری است، در شرط چشم پوشی می شود؛ به گونه ای که فقدان شرایط بیان شده، باعث بطلان شرط نخواهد شد.

مهم ترین مصداق آن در قانون مدنی مورد حکم قرار گرفته و به رغم این که قانون مدنی اظهار اراده قطعی باطنی را در ماده ۱۹۱ شرط صحّت عقد می داند، در شروط ضمن عقد در موادی چون ماده ۲۲۵ قانون مدنی، شرط ضمنی که نتیجه اراده باطنی قطعی بدون هرگونه مظهر خارجی است را مورد پذیرش قرار داده است. با این همه، مجرای قاعده مذکور، به همین مورد منصوص محدود نمی گردد و در موارد دیگری همچون شرط تنجیز، شرط معلوم و معین شرط (در صورت منجر نشدن به جهل

عوضین)، مشروعیت جهت شرط، فضولی بودن شرط ضمن عقد، اکراهی بودن شرط (بدون این که عقد اکراهی باشد) و سایر شرایط صحت عقود، قابلیت استناد دارد. همچنین باید در نظر داشت اگر درباره یکی از شرایط صحت، تردید و اختلافی باشد از آنجا که نباید در شرط مانند عقد سختگیری کرد، اصل بر صحت آن شرط است. به عبارت دیگر، شرایطی غیر از موارد مذکور در ماده ۲۳۲ قانون مدنی که برای صحت شروط ضمن عقد هستند، لازم نیست. در نتیجه، برای صحت شرط لازم نیست که جهت مصرح شرط هم مشروع باشد؛ یا لازم نیست که شرط، معلوم باشد و شرط مجهول در صورت وجود شرایط سه گانه مصرح در ماده ۲۳۲ قانون مدنی معتبر است.

برای جمع بندی، در پژوهش حاضر به طور ویژه اثبات شد که قاعده تبعیت شرط از عقد در شرایط صحت که به عنوان یک قاعده مسلم در قواعد عمومی قراردادها انگاشته شده، مخالف قاعده اغتفار است. به بیان دیگر، قاعده اغتفار، نافی قاعده تبعیت شرط از عقد در حوزه شرایط اساسی صحت معامله است. با این توضیح، هر کس تنجیز را در عقد شرط نمی داند به طریق اولی باید شرط معلق را پذیرا باشد و هرگاه، تنجیز را در عقد شرط بدانند، در مورد شرط ضمن عقد باید ادله این امر دیده شود تا قابلیت استناد ادله مزبور در شروط ضمن عقد جداگانه بررسی گردد. در رابطه با سایر شروط همینگونه رفتار می گردد و نمی توان به طور کلی به لزوم همه شروط صحت عقد در شروط ضمن عقد حکم نمود.

## منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، **لسان العرب**، ج ۱۱۸، ۳، بیروت: دار الفکر.
- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم (۱۴۲۶ق)، **الأشباه و النظائر**؛ بیروت: دار الفکر المعاصر.
- اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق)، **حاشیه کتاب المکاسب**، ج ۴ و ۵، قم: أنوار الهدی.
- امامی، سید حسن (۱۳۹۳)، **حقوق مدنی**، ج ۱، تهران: اسلامیه.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۳ق)، **کتاب المکاسب**، ج ۵، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- حسینی روحانی، سید محمدصادق (۱۴۱۳ق)، **فقه الصادق**، ج ۱۴، قم: انتشارات آیین دانش.

- ره‌پیک، حسن (۱۳۹۳)، **حقوق مدنی پیشرفته؛ مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد**، تهران: خرسندی.
- ره‌پیک، حسن (۱۳۹۵)، **حقوق مدنی؛ حقوق قراردادها**، تهران: خرسندی.
- الزحیلی، محمد مصطفی (۱۴۲۷ق)، **القواعد الفقهیه و تطبیقاتها فی المذاهب الاربعه**، ج ۱، دمشق: دار الفکر.
- الزرقاء، مصطفی أحمد (۲۰۱۳م)، **المدخل الفقهی العام**، دمشق: دار القلم للطباعة والنشر والتوزیع السلسله: الفقه الإسلامی فی ثوبه الجدید.
- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر (۱۴۱۵ق)، **الأشباه و النظائر فی الفروع**، بیروت: دار الفکر.
- شادباد، ابراهیم ناصر؛ اکبرینه، پروین؛ پاشازاده، حسن؛ رنجبر الوارعلیا، رضا (۱۴۰۰)، **چالش های استقلال یا عدم استقلال عقد احتمالی**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۴، ۱۹۸-۱۶۹.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، **حقوق مدنی؛ شروط ضمن عقد**، ج ۴، تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، **کلیات عقود و قراردادها**، تهران: مجد.
- صادقی مقدم، محمدحسن؛ شکوهی زاده، رضا (۱۳۹۱)، **نظریه تبعیت در اعمال حقوقی**، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، ۵۷، ۴۳-۷۸.
- صفایی، سید حسین (۱۳۸۷)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، ج ۱، چ ۷، تهران: میزان.
- صفایی، سید حسین (۱۳۹۲)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، چ ۱۷، تهران: میزان.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق)، **حاشیه المکاسب**، ج ۲، قم: اسماعیلیان.
- عابدیان، میرحسین (۱۳۸۷)، **شروط باطل و تأثیر آن در عقد**، تهران: جنگل.
- عاملی، سید حسن (۱۳۸۱)، **تبعیت شرط از عقد در لزوم و جواز**، فصلنامه متین، ۱۵ و ۱۶، ۱۳۹-۱۶۴.
- عراقی، آقا ضیاء‌الدین (۱۴۱۴ق)، **شرح تبصره المتعلمین**، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- فادانی، محمدیاسین بن عیسی (۱۴۱۷ق)، **الفوائد الجنیه** (حاشیه مواهب السنیه شرح الفرائد البیهه فی نظم القواعد الفقهیه)، بیروت: دار البشائر الاسلامیه.



نگاهی نو به قاعده تبعیت شرط از عقد در شرایط اساسی صحت معاملات بر اساس ... — ۸۵

- فیاض بخش، مرجانه؛ عسگرخانی، ابو محمد؛ میرعباسی، سیدباقر (۱۳۹۷)، **نقش اصول حقوقی در رفع اجمال و سکوت حقوق ایران** (در پرتو ماده ۳ آیین دادرسی مدنی ۱۳۹۷)، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۹، ۲۶۳-۲۸۲.

- قاسم زاده، سید مرتضی؛ قربانی جویباری، محمد (۱۳۹۷)، **اثر بطلان عقد بر شرط مستقل** (توجه و تحلیل رویه قضایی)، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۲۲، ۱۱۵-۱۳۷.

- قره داغی، علی محی الدین (۲۰۰۷م)، **أثر تبعیة العقد فی العقود المالیه**. الدوحه: دار البشائر الإسلامیه.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ وقایع حقوقی**، چ ۱۹، تهران: شرکت سهامی انتشار.

- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۷، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.

- کریمی، عباس؛ کریمی، سحر (۱۴۰۱)، **اندیشه‌هایی نو در حقوق قراردادها**، چ ۲، تهران: انتشارات دادگستر.

- گل محمدی، علی اصغر؛ تولایی، علی؛ هاشمی جاجگانی، سید جعفر (۱۳۹۷)، **تحلیل قاعده ائمتار و نقش آن در شروط ضمن عقد**، حقوق اسلامی، ۵۶، ۲۷-۴۹.

- مامقانی، عبدالله بن محمد حسن (بی تا)، **مناهج المتقین فی فقه ائمه اهل البقین**، چاپ سنگی.

- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، **قواعد فقه (بخش مدنی)**، ج ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۳)، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، چ ۳، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۷۱)، **القواعد الفقهیة**، ج ۳، قم: اسماعیلیان.

- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن (۱۴۰۰ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، ج ۲۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- نراقی، ملا احمد (۱۴۰۸ق)، **عوائد الایام**، قم: مکتبه بصیرتی.

- وحدتی شبیری، سید حسن (۱۳۸۹)، **مجهول بودن مورد معامله**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.



پروشکاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی