

### **Examining the conditions contrary to the requirements of the contract in Shiite jurisprudence and British and French**

#### **Abstract**

It is a condition, obligation and obligation that is included in the contract, and if this subordinate obligation is illegitimate, then illegitimacy means that it is against the law, which, according to Dr. Katozian's justice-oriented theory, also illegitimate matters that are against good morals and public order. He knows that it will invalidate the condition and give rise to the right of conditional termination. The purpose of this study is to investigate the conditions contrary to the requirements of marriage in Shiite jurisprudence and British and French. The results of this study show that it was also examined in the law of the United Kingdom. Contradictory, there is the issue of interpretation and the famous rule of the blue pencil, the result of which is to break the contract and allow the judge to remove the illegitimate condition, which of course is where the breaking of the contract does not contradict the public order. Regarding the necessity of the nature of the contract, a single criterion has not been stated in Imami jurisprudence, but some have relied on the role of custom, some have relied on the Shari'a, and others have used the meaning of the written will of the parties as a criterion for action. From a legal point of view, and considering the organization of the definitions of certain contracts in the laws, it seems that in the current situation, one should distinguish between definite and indefinite contracts in determining the appropriate nature of the contract.

**Keywords:** Terms of marriage, Requirement of marriage, Shiite jurisprudence, British jurisprudence, French jurisprudence

**بررسی شروط خلاف مقتضای عقد در فقه شیعه و انگلیس و فرانسه**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۲۰

فرنگیس شیخ<sup>۱</sup>محمدعلی صفا<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۶/۳

مهدی بهره مند<sup>۳</sup>**چکیده**

شروط، تعهد و التزامی است که ضمن عقد قرار می‌گیرد و اگر این تعهد تبعی نامشروع باشد که عدم مشروعیت یعنی امر خلاف قانون که البته با توجه به نظری عدالت محور از آقای دکتر کاتوزیان اموری که خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی باشد را نیز نامشروع می‌داند، باشد سبب بطلان شرط و موجد حق فسخ برای مشروط له خواهد بود. هدف از این پژوهش بررسی شروط خلاف مقتضای عقد در فقه شیعه و انگلیس و فرانسه می‌باشد. نتایج حاصل از این پژوهش نشان دارد که در حقوق کشور انگلستان نیز مورد بررسی قرار گرفت که این نتیجه حاصل گردید که شروط را به دو دسته اصلی و فرعی تقسیم می‌کنند و اگر شرط مذکور نامشروع باشد، یعنی با قوانین کامن لا و قوانین مصوب در تضاد باشد، بحث تفسیر و قاعده معروف مداد آبی پیش می‌آید که نتیجه آن تجزیه قرارداد و اجازه حذف شرط نامشروع را به قاضی اعطاء می‌نماید، که البته این امر در جایی است که تجزیه قرارداد با نظم عمومی جامعه در تضاد نباشد. درباره مقتضای ذات عقد معیار واحدی در فقه امامی بیان نگردیده است بلکه برخی بر نقش عرف تکیه نموده، برخی بر شرع تمسک جستند و برخی دیگر مدلول اراده انشایی طرفین را ملاک عمل قرار داده‌اند. از دیدگاه حقوقی و با توجه به ساماندهی تعاریف قراردادهای معین در قوانین به نظر می‌رسد در وضع فعلی باید در تشخیص مقتضای ذات عقد میان عقود معین و غیر معین تفکیک نمود.

کلمات کلیدی: شروط ضمن عقد، مقتضای عقد، فقه شیعه، فقه انگلیس، فقه فرانسه

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد جیرفت، دانشگاه آزاد اسلامی، جیرفت، ایران

<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق و الهیات، واحد جیرفت، دانشگاه آزاد اسلامی، جیرفت، ایران

<sup>۳</sup> استادیار گروه حقوق و الهیات، واحد جیرفت، دانشگاه آزاد اسلامی، جیرفت، ایران

انسانها در روابط معاملی که با یکدیگر برقرار می کنند برای پرهیز از اختلافات اقدام به اشتراط شرایطی می کنند تا با این روش ضمانت اجرای محکمی برای تعهداتشان با طرف مقابل ایجاد کرده باشند. شروط ضمن عقد یکی از مهمترین و ظریف ترین مباحث فقه اسلام و قوانین موضوعه می باشد که براساس اصل حاکمیت اراده شکل گرفته و تکامل یافته است، امروزه کمتر قراردادی را می توان پیدا کرد که در آن شرطی بنفع احد متعاقدین یا ثالثی درج نشده باشد. متقدمین احکام و مقررات مربوط به شرط ضمن عقد را بطور محدود در مبحث خیار شرط مورد بررسی قرار می دادند اما توسعه روزافزون این شروط در روابط حقوقی افراد سبب شد که نویسندگان و محققان در کتب خود مبحث مستقلی را به این موضوع اختصاص دهند. فقهای اسلامی نظرات متعددی در خصوص شرط خلاف مقتضای عقد بیان نموده اند. شرط خلاف مقتضای عقد: تعهدی فرعی است که ضمن عقد شرط شده و بر حسب مورد یا با مقتضا و اثر اصلی عقد بنحوی تضاد دارد که جمع میان آن دو امکان پذیر نیست که در اینصورت شرط خلاف مقتضای ذات عقد نامیده می شود. و یا با یکی از لوازم لاینفک عقد مطلق منافات دارد که در اینصورت جمع میان عقد و شرط همانند جمع میان مطلق و مقید بوده و هیچگونه تضادی متصور نیست، و آنرا شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد می نامند. قانون مدنی نیز به پیروی از این رویه یک فصل مستقل مشتمل بر مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶ را به شروط ضمن عقد و احکام و مقررات آن اختصاص داده است. دلیل عمده رشد و تحول شروط ضمن عقد غیر نافذ شمردن شروط ابتدائی از سوی دانشمندان متقدم بوده است، به عقیده این محققان هرگاه اشخاص قصد توافق بر امری را داشته باشند که بر هیچیک از عناوین عقود معین قابل انطباق نباشد، بناچار باید تراضی خود را بصورت عقد صالح و یا تعهدی در ضمن عقود معین دیگر شرط نمایند. این اندیشه پس از وضع ماده ۱۰ قانون مدنی و پذیرش

کامل اصل حاکمیت اراده نیز همچنان استمرار یافت و اشخاص بهنگام انعقاد قرارداد به منظور سهولت در امور خویش شروطی را در آن درج نموده و تعهداتی را بر عهده می گیرند. علی ای حال، شرط ضمن عقد خود نوعی تراضی و توافق بشمار می آید، براساس این اصل می توان گفت همانگونه که قانون شرایطی برای صحت عقد و تراضی مقرر داشته است، شرط ضمن عقد نیز در صورتی نفوذ و اعتبار حقوقی خواهد داشت که واجد شرایط اساسی صحت شرط باشد قواعدی که شرایط اساسی صحت معامله با صحت شرط را بیان می نمایند، ضوابط امری بوده و تخلف از آنها بر حسب مورد سبب بطلان عقد یا شرط خواهد شد. بعلاوه، تلازم و وابستگی شرط به قرارداد اصلی، مسأله سرایت فساد شرط به عقد رانیز تداعی می نماید. از جمله شروطی که قانون گذار برای صحت شرط بر شمرده است و عدم منافات آن با مقتضای عقد است. که در ماده ۲۳۳ قانون مدنی بیان شده است.

## ۲- بیان مساله

شرط در اصطلاح به چیزی اطلاق می شود که از نبودش، عدم لازم آید ولی از وجودش، وجود لازم نیاید (انصاری، زکریا، ۷۱) «مقتضا» در لغت آن است که هر گاه مانعی به آن برنخورد، نتیجه ای در پی داشته باشد. در مورد عقد هم اثر حاصله از عقد را مقتضای عقد می نامیم به عنوان نمونه عقدی که مخالف کتاب و سنت (مانع) نباشد، مقتضی تأثیرگذاری نام دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۳۹۲). مقتضای ذات عقد موضوع اصلی و اثری است که اگر از عقد گرفته شود جوهر و مفاد آنچه مورد تراضی است از بین می رود. مقتضای عقد بستگی به نوع عقد دارد هر عقدی مقتضای خاص خود را دارد. مقتضای عقد بیع، انتقال مالکیت و انتقال منفعت مقتضای عقد اجاره است.

حقوقدانان در مبطل بودن این شرط و چرایی و چگونگی آن اختلافاتی دارند. اما به طور کلی توجیه شان این است که طرفین عقد با آوردن این شرط در حقیقت مفادی را که قبلاً در عقد تراضی کرده بودند را نفی می کنند و به دو انشاء متضاد بر می گردد. در عقد بیع تراضی به انتقال ملکیت به مشتری است اگر شرط شود ضمن عقد بیع ملکیت انتقال نیابد و ملکیت در بائع باقی بماند این شرط با انشاء در عقد منافات دارد و انشاء عقد را باطل می کند و این تضاد موجب بطلان عقد شده است. در مقابل مقتضای ذات عقد، مقتضای اطلاق عقد قرار دارد که عبارت است از آثار معمولی عقد که عقد بدون ذکر امری از متعاملین، سبب حصول آن اثر میشود شرط بر خلاف مقتضای اطلاق عقد صحیح می باشد. مثلاً در ضمن عقد بیع شرط شود که مشتری برای مدت معینی حق انتقال مبیع را نداشته باشد (افتخاری، ۱۳۸۲، ص ۲۲۳). مثال در عقد بیع شرط شود که مشتری مبیع ربع را نفروشد و هبه نکند یا بر مستأجر شرط شود که شخصاً از عین مستأجره منتفع شود یا اینکه در عقد نکاح شرط خیار دراز مدت شود و یا شرط شود که هرگاه مهر را نپردازد نکاحی در میان نباشد یا عدم مهر و نفقه شرط شود و در عقد مضاربه بر مضارب شرط شود که حتی بدون تعدی و تفریط ضامن سرمایه است و یا در ودیعه شرط ضمان مستودع شود. ماده ۱۰ قانون مدنی می گوی «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است» در واقع این قانون در خصوص شرط خلاف مقتضای عقد می باشد که این شرط در قانون باطل است. از آنجا که ماده ۱۰ قانون مدنی که مشهور به اصل آزادی قراردادهاست بیان می دارد که طرفین قرارداد مجازند در روابط خصوصی خود قراردادهایی را منعقد کنند و در ضمن آن به نفع یا ضرر یکدیگر تعهد نمایند. آنچه مهم است این است که تعهدات باید در محدوده قانون و مشروح باشد اسلامی پناه، ۱۳۸۰، ص ۲۰). در بند نخست ماده ۲۳۳ قانون مدنی شرط خلاف مقتضای عقد یکی از شروط باطل و مبطل ذکر گردیده است. در این ماده تعریفی از مقتضای عقد بیان نگردیده و معیاری نیز برای تشخیص آن عرضه نشده است، لیکن آنچه مسلم است مقصود از مقتضای عقد، جوهره عقد است که از آن به «مقتضای مطلق عقد» یا به تعبیری «مقتضای ذات عقد» یاد می شود. به دیگر سخن، بحث از مقتضای اطلاق عقد نیست؛ زیرا امروز پذیرفته شده است که شرط مخالف مقتضای اطلاق عقد اشکالی ندارد زیرا دلیلی بر بطلان آن موجود نیست و مشمول ادله صحت شروط است (شهیدی، ۱۳۸۷، ص ۸۷). با توجه به نیازهای جامعه و برقراری روابط اجتماعی و عقود مختلف این نیاز را می طلبد که تحقیقات جامعی در خصوص بررسی شروط خلاف مقتضای عقد در فقه شیعه و انگلیس و فرانسه انجام پذیرد و به بررسی این شروط در فقه و قوانین موضوعه و بررسی مبانی بطلان شروط خلاف مقتضای عقد و تفاوتها و شباهتها پردازیم.

### ۳- پرسش های پژوهش

۱- ماهیت شروط خلاف مقتضای عقد در فقه شیعه و انگلیس و فرانسه چگونه است؟

#### ۳-۱ سوالات فرعی

معیار تشخیص شرط خلاف مقتضای عقد در فقه شیعه و انگلیس و فرانسه چگونه است؟ مبانی بطلان شروط خلاف ذات عقد در فقه شیعه و انگلیس و فرانسه چگونه است؟  
فرضیه های پژوهش ماهیت شروط خلاف مقتضای عقد بر روی عقود در فقه شیعه و انگلیس و فرانسه تاثیر دارد.

#### ۴-۱- فرضیات فرعی

معیارهایی برای تشخیص شرط خلاف مقتضای عقد در در فقه شیعه و انگلیس و فرانسه وجود دارد. بطلان شروط خلاف مقتضای عقد در در فقه شیعه و انگلیس و فرانسه مبنایی دارد.

#### ۵-۱- اهداف پژوهش

اهداف نظری ۱- شناخت ماهیت شروط خلاف مقتضای عقد در فقه شیعه و انگلیس و فرانسه  
 شناخت معیار تشخیص شروط خلاف مقتضای عقد در فقه شیعه و انگلیس و فرانسه شناخت مبنای بطلان عقد شرط خلاف مقتضای عقد در فقه شیعه و انگلیس و فرانسه

#### ۵-۲ اهداف کاربردی

بررسی شرط خلاف مقتضای عقد در فقه شیعه و انگلیس و فرانسه

#### ۶- جنبه نوآوری پژوهش

با توجه به با بررسی پژوهش‌های انجام شده در حیطه موضوع این پایان نامه در می‌یابیم که تاکنون هیچ پژوهشی در خصوص بررسی شروط خلاف مقتضای عقد در فقه شیعه و انگلیس و فرانسه صورت نگرفته است. و این خود نوعی نوآوری محسوب می‌گردد.

اهمیت و ضرورت انجام تحقیق یکی از شاخص‌های مهم حضور فعال، پویا و زنده فقه در جامعه و زندگی مردم، در گرو پاسخ‌گویی فقه به نیازهای آنان است، بیشک یکی از عرصه‌های مهم زندگی اجتماعی مردم مسائل اقتصادی است؛ از آن جمله، مسائل متنوع و نوپیدایی در بخش معاملات و به ویژه حوزه تعهدات و قراردادهای وجود دارد، که بیش از همه، در معرض بایدها و نبایدهای شرعی است و حضور مؤثر فقه را می‌طلبد. از این مهم‌تر، نقش و جایگاهی است که شروط ضمن عقد می‌تواند در حل مشکلات اقتصادی و معضلات اجتماعی داشته باشد. چه بسا در حل یک مشکل اقتصادی و اجتماعی، قالبهای متعارف عقود، پاسخگو نباشند ولی با کم و زیاد کردن یک شرط بتوان بر آن مشکل فائق آمد. امروزه در ایران اسلامی با حاکمیت فقه و قانون اسلامی، کم نیست مواردی از این دست، که از این طریق سامان یافته است. عقود جاری در بانکداری اسلامی برای رفع مشکل ربا، و یا شروط ضمن عقد نکاح برای پیش‌گیری از معضلات اجتماعی خانواده و ... نمونه‌هایی از آن است. بنابراین هر گونه بحث از شروط و احکام آن همواره بحثی زنده، لازم و مورد ابتلا خواهد بود.

برای ورود در بحث، آشنایی بیشتر با واژه و اصطلاح «شرط» ضروری می‌باشد. در فرهنگ‌های لغت، کتاب‌های فقهی و حقوقی به تعریف این واژه از لحاظ لغوی و ادبی و عرفی و همچنین به عنوان اصطلاحی اصولی، فقهی و حقوقی پرداخته‌اند که به تفکیک به بررسی آنها خواهیم پرداخت.

۸- پیشینه پژوهش اعلی‌آبادی، علی (۱۳۸۲) در مقاله خود به بررسی تحلیل مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد پرداخته است. باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد در میان فقها و حقوقدانان مورد اتفاق است. قانون

مدنی این نظر مورد اتفاق را پذیرفته است. با این حال مبنا یا دلیل بطلان این شرط از مسائل مورد اختلاف است. به طور سنتی اجماع، انصراف ادله لزوم وفا به شرط. مخالفت با کتاب و سنت، استلزام فساد عقد و ملازمه عدم شرط با وجود آن از دلایل و مبانی بطلان مقتضای عقد به شمار می آید. مبانی مزبور هیچکدام در مقام نقد و تحلیل مصون از ایراد و انتقاد نیستند. به نظر می رسد تحلیل منطقی مسأله تحلیل دو فقیه متأخر محقق اصفهانی و محقق ایروانی باشد. از نظر این دو فقیه محقق در فرض شرط مخالف مقتضای عقد دو تصد منافاتی در آن واحد وجود دارند و چون تعلق دو قصد مننانی در آن واحد محال است اساساً شرط و عقد تحقق خارجی پیدا نمی کنند. این مقاله پس از معرفی راههای شناخت مقتضای عقد صور منافات شرط با اقتضای عقد و مبانی بطلان مورد بحث، در نهایت به ترجیح و تقویت نظریه محقق اصفهانی و محقق ایروانی می پردازد.

۲- سرحدی، بهاره (۱۳۹۶) در پایان نامه خود به بررسی جایگاه شروط خلاف مقتضای عقد نکاح در نظام حقوقی کنونی پرداخته است. شروط ضمن عقد ازدواج تعهداتی است که در حین ازدواج با توافق زن و شوهر وارد مفاد قرارداد ازدواج آنها میشود. این شروط را میتوان در سند رسمی ازدواج ذکر کرده و با امضای دو طرف رسمیت داد. این شروط در قانون ذکر نشده اند و به انتخاب طرفین چه در هنگام ازدواج و چه پس از آن انتخاب میشوند. شناخت جوهر و ذات عقد نکاح نیز، هم به لحاظ پایه گذاری نهاد اصیل خانواده و متعاقب آن اجتماع، هم بدین جهت که این عقد، بیشتر یک پیمان اخلاقی و مذهبی است تا سازمان حقوقی، دارای ظرافت بیشتری بوده و مستلزم دقت افزون تری می باشد، بنابراین دستیابی به مقتضای عقد، وجود معیار و ضابطه های دقیق، ضروری مینماید که در این خصوص معیارهای متفاوتی ارائه گردیده که برگزیدن هر یک به تنهایی می تواند نتیجه ای مستقل به دنبال داشته باشد. دستیابی به مقتضای ذات عقد نکاح نیز به مانند سایر عقود، واجد آثار بسیار مهمی می باشد، از جمله می توان وضعیت حقوقی مصادیق عملی شروط ضمن عقد نکاح را مورد بررسی قرار داده و به تبع آن حکم به صحت یا بطلان چنین شروطی به جهت عدم مخالفت با مقتضای ذات عقد یا مخالفت با آن صادر نمود. ما در این رساله پس از بیان نظریات مختلف در خصوص مفهوم مقتضای ذات عقد نکاح و شروط خلاف آن قائل به دیدگاهی هستیم که، جوهر و پایه ی اصلی این عقد را ایجاد رابطه ی زوجیت بین زن و مرد و تشکیل خانواده دانسته و بنابراین هر شرطی که خلاف این اثر اصلی و اساسی باشد، باطل و مبطل عقد نکاح می دانیم.

۳- فاطمی پور، فرمان (۱۳۹۸) در پایان نامه خود به بررسی فقهی حقوقی شرط خلاف مقتضای عقد نکاح و بیع پرداخته است. در این پژوهش به بررسی فقهی حقوقی شرط خلاف مقتضای عقد نکاح و بیع بصورت تحلیلی پرداخته شده و ضابطه تشخیص شروط خلاف مقتضای ذات و اطلاق عقد از یکدیگر که از فروعات مبحث شروط ضمن عقد است، مورد بررسی قرار گرفت. مقتضای عقد به مقتضای ذات عقد و اطلاق عقد تقسیم شد. شناخت دقیق شروط خلاف مقتضای ذات عقد نکاح و بیع و پی ریزی و قراردادن شروط ضمنی براساس آن، باعث جلوگیری از مشکلات اقتصادی و معضلات اجتماعی، همچنین ضررهای مالی و جانی در بحث نکاح شد. اهمیت توجه به ابعاد گوناگون شروط و رعایت آنها در این مبحث، باعث جلوگیری از تزلزل بنیان خانواده و باطل و مبطل شدن عقد نکاح و بیع و نیز باعث عدم خسارات مالی در بیع شد. با توجه به اهمیت موضوع، بررسی شد که مقتضای عقد چیست؟ مصادیق شروط خلاف مقتضای عقد نکاح و بیع کدامند؟ این پژوهش با رویکردی توصیفی تحلیلی به بررسی این مهم پرداخته و بعد از بررسی متون فقهی حقوقی نتیجه گرفته شد که اگر شروطی خلاف مقتضای ذات عقد باشد باطل و مبطل عقد، چرا که چنین شروطی جوهره و هدف اصلی عقد است ولی اگر خلاف اطلاق باشد باطل و مبطل عقد نیست چرا که، هدف اصلی متعاقدين نیست. مبنا و دلیل بطلان عقد و نظرات فقها و

حقوقدانان در مورد صحت و عدم صحت عقد و شرط، مورد تحلیل قرار گرفته است. سپس با عنایت به ماده ۱۰ قانون مدنی که مشعر به اصل آزادی قراردادهای می باشد، بیان شد که طرفین قرارداد مجازند در روابط خصوصی خود، قراردادهایی را منعقد نمایند و در ضمن آن تعهداتی را به نفع یا به ضرر یکدیگر درج نمایند. لیکن آنچه مهم بود اینکه این تعهدات باید در محدوده قانون و به عبارت دیگر مشروع باشند و همچنین عده ای از فقهای امامیه هم در مبحث شرط از همین اصل به «المومنون عند شروطهم» استناد کرده اند.

## ۹- مفاهیم

### ۹-۱- شرط

شرط را در لغت به معنای «نشان ضروری، علامت قطعی و التزام به چیزی» دانسته اند که جمع آن «شروط» می باشد (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ۲، ۱۱۲۷). در لغت به تعهدی که در ضمن قراردادی آمده، شرط گفته میشود. تعبیر اهل لغت در تعریف شرط، مشابه است؛ مثلاً در قاموس چنین آمده است: «الزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه» (فیروزآبادی، ج ۲، ص ۳۶۸) متعهد ساختن و پذیرش تعهد در ضمن عقد بیع و مانند آن. همین تعبیر در لسان العرب، (ابن منظور، ج ۷، ص ۸۲) و المنجد لوییس مألوف، ص ۳۸۲. که متأخرترین مأخذ لغوی است، تکرار شده است. همچنین در لغت به معنی «گرو بستن، لازم گردانیدن، پیمان کردن، نشتر زدن، تیغ زدن، عهد و پیمان و...» (لغت نامه دهخدا، واژه شرط) و «تعیین مورد قرارداد» (الیاس، ۱۳۷۰، ۳۴۰). به کار رفته است. در عموم فرهنگ های لغت عرب آن را به معنی الزام و التزام بر انجام کاری» دانسته اند (المعجم الوسیط، ۱، ۴۷۶ المنجد، ۳۸۲ و لسان العرب، ۷، ۳۳۰). شرط واژه‌های عربی است و از بررسی کتب لغت که گفته اند «الشرط هو الالزام و الالتزام فی بیع و نحوه» (ابن منظور ۷۱۱۱. ۶۳۰، لسان العرب - فیروز آبادی ۸۱۶ - ۷۲۹)، القاموس المحیط و ذبیدی (۱۱۶۸ - ۱۱۱۰)، ها تاج العروس رجوع شود) بدست می آید که شرط (به فتح شین و سکون راء) عبارت از: بعهده دیگری نهادن و یا بعهده گرفتن چیزی است ضمن بیع و مانند آن. در کتب لغت معانی دیگری هم برای شرط به سکون راء یا فتح آن ذکر شده است (ابن فارس ۳۹۵ ها معجم مقاییس اللغه ج ۳- لسان العرب - خلیل بن احمد فراهیدی (۱۷۵ - ۱۰۰)، العین - جوهری (۳۹۳ - ۳۳۲)، صحاح اللغه. طریحی (۱۰۸۵ - ۹۷۹) ها مجمع البحرین - القاموس المحیط - تاج العروس و غیره) در عرف «شرط» بر دو معنا اطلاق می شود: اول - معنای حدیثی که در این معنا مصدر «شرط» می باشد همچنان که در قاموس آمده که شرط الزام شیء و التزام به آن در بیع و غیربیع» می باشد.

شرط در این معنا می تواند به معنای «التزام ابتدایی» نیز به کار رود. همچنان که بر نذر، عهد و وعده نیز اطلاق می گردد. دوم - آنچه از عدمش، عدم مشروط لازم می آید بدون آنکه از وجودش، وجود مشروط لازم آید یا نیاید که در این معنا برعکس معنای اول اسم «جامد» است (نه مصدر).

### ۹-۲- شرط در اصطلاح علم نحو

درست است که علم نحو از عوارض الفاظ بحث می کند لیکن بدون شک موضوع، عوارض الفاظ است از لحاظ دلالت آنها بر معانی، اگر از رفع فاعل یا نصب مفعول بحث می کند فاعل یا مفعول لفظهایی هستند که بر کننده کار

یا کسی یا چیزی که کاربر آن واقع شده دلالت دارند، بنابراین در ما نحن فیه جمله شرطیه که موضوع سخن نحویان است جمله ای است که بر ارتباط و تلازم دو نسبت دلالت می کند، چنین جمله ای از نظر علم نحو دارای سه جزء است یکی، ادوات شرط مثلاً «إن» هذا و غیره دوم، شرط، و آن اولین جمله ایست که پس از ادوات شرط واقع می شود سوم، جواب یا جزاء شرط و آن دومین جمله ای است که پس از ادوات قرار می گیرد. بنابراین شرط در اصطلاح علم نحو اولین جمله ای است که پس از ادوات شرط واقع می شود.

### ۳-۹- شرط در اصطلاح فلسفه

مقدمتا باید دانسته شود که گرچه دانشمندان منطق از شرط و جمله شرطیه بحث می کنند معذالک شرط در علم منطق اصطلاح خاصی نیست، زیرا قضیه شرطیه همان جمله شرطیه به اصطلاح ادبیات است، منتهی منطقیان به شرط مقدم و به جزاء تالی می گویند و تفاوت میان شرطیه متصله و منفصله این است که متصله مطابق ه جمله شرطیه است و منفصله التزاماء مثلاً قضیه "هذا العدد اما زوج او فرد"، به این قضیه بر می گردد که ان کان زوج فلیس بفرد و ان کان فردا فلیس بزواج. اما در فلسفه شرط یکی از اجزاء علت است و مقصود از آن چیزی است که به مقتضی که جزء دیگر علت است فعلیت تأثیر می بخشد، مانند آب که امکان تأثیر بذر را به فعلیت تبدیل می کند، بهمین لحاظ است که برخی از محققان می گویند از نظر فلسفی شرط چیزی است که هستی شیء متوقف بر آن است (صلیبا، ص ۴۰۹).

در علم اصول شرط در دو مورد بکار می رود اول:

در مفهوم شرط، در این مورد مقصود از شرط همان شرط به اصطلاح نحویان است النهایه در اینجا بحث در این است که چنانچه جمله شرطیه بر ثبوت عند الثبوت دلالت میکند (منطوق)، آیا بر انتفاء عند الانتفاء (مفهوم) هم دلالت می کند یا خیر؟ پیداست که شرط و جمله شرطیه و اجزاء آن اصطلاح تازه ای نیست بلکه مقصود شرطی است که یکی از اجزاء جمله شرطیه است که همان اصطلاح علم نحو است. دوم: در بحث مقدمه واجب، در اینجا اصولیون شرط را به چیزی تعریف کرده اند که انتفای آن موجب انتفاء مشروط است، اما وجود آن موجب وجود مشروط نیست، در این مورد نیز معنای فلسفی شرط مد نظر قرار گرفته است (گرچی، ج ۱، ص ۹۴).

### ۹-۴- اصطلاح شرط در حقوق خارجی

**حقوق فرانسه:** برخلاف قانون مدنی ایران که در فصل چهارم از باب اول را به بیان شروط ضمن العقد پرداخته است. قانون مدنی فرانسه فصل یا باب مشخصی را به بیان انواع و احکام شروط ضمن العقد اختصاص نداده است. بجز آنکه در برخی از مواد پراکنده آن می توان موردی را یافت که به بیان شرط پرداخته است. به عبارت دیگر در قانون این کشور بدون آنکه قواعد و مقررات خاصی را در در خصوص شرط ضمن العقد بیان نمایند در میان یکسری از احکام واژه شرط را نیز بکار برده است (شهبیدی، شروط ضمن العقد، ۱۳۸۶، ص ۳۱). در مجموع این مواد قانون مدنی آن شرط در دو معنا بکار رفته است: یک معنای آن که در ماد ۱۱۶۸ و ۱۱۸۳ قانون مدنی فرانسه آمده است که ((تعهد معلق عبارت است از تعهدی که متوقف بر واقعه آینده و محتمل الوقوع باشد خواه آنکه پیداش تعهد متوقف بر آن باشد یا انحلال تعهد)). و در معنای دوم آن که به عنوان مثال در ماده ۹۰۰ ق.م.ف بیان



شده است ((شرط اصطلاحی است که در ضمن یک عمل گنجانده می شود. به گونه ای که آثار حقوقی آن عمل را تکمیل می نماید)) (دکتر امامی به نقل از دکتر افتخاری، کلیات عقود و تعهدات، ۱۳۸۲، ص ۲۲۳-۲۲۴).

حقوق سوئیس: در ماده ۱۵۱ قانون تعهدات سوئیس شرط به معنای تعلیق در آمده است. به عبارت دیگر چنانچه در ضمن یک عقد شرطی قرار داده شود، مطابق قانون این کشور آن عقد معلق می شود و زمانی از حالت تعلیق بیرون می آید که که شرطی که ضمن عقد آن محقق شود. از این حیث که هم در حقوق فرانسه و هم در حقوق سوئیس شرط را تعلیقی می دانند که تنجیز عقد منوط به آن است مشابه هم می باشند. به دو معنا است: یکی به (condition) - حقوق انگلستان: در حقوق این کشور اصطلاح شرط است و دیگری شرط احتمالی (promissory condition) (معنای شرط تعهدی (contingent condition)).

**شرط در حقوق انگلستان:** در ابتدای سخن نباید از این موضوع چشم پوشی نمود که شروط از جمله مذاکراتی هستند که می توانند سازه اصلی قرارداد منعقد باشند. با همه این تفاسیر در حین مذاکرات قراردادی، طرفین قرارداد اظهارات فراوانی می نمایند که باید این مطلب را مورد پذیرش قرارداد که تمامی اظهارات طرفین نمی تواند بخشی از قرارداد قرار گیرد. به این دسته از مذاکرات که سبب انعقاد معامله می شوند اما بخشی از قرارداد را تشکیل نمی دهند اعلام اطلاق می گردد. و در آینده اگر اثبات شود که اطلاعات طرفین دروغ بوده است در این صورت طرف بدون تقصیر می تواند از باب تدلیس اقامه دعوا نماید.

وقتی که قرارداد بصورت کتبی است گفتن اینکه کدامیک از این اظهارات شرایط قراردادی محسوب می گردد سهل تر می گردد. اما قراردادهای فراوانی بصورت شفاهی منعقد می گردد که تعیین این موضوع که این اظهارات خاص تشکیل دهنده بخشی از قرارداد است بسیار دشوار است. پس باید با این اوصاف پذیرفت که هر اظهاری که نتیجتاً بخشی از قرارداد را اعم از شفاهی یا کتبی را تشکیل می دهد شرط قراردادی نام دارد. شرایط مندرج در قرارداد از موارد بسیار زیادی تشکیل شده است. اما کلیه این موارد الزاماً اظهاراتی که توسط طرفین در طول مذاکرات بیان شده است نمی باشد. شرایطی که کاملاً مشخص بیان می شود شروط صریح نامیده می شوند. اما باید دانست که این امکان وجود دارد که در قرارداد شرایطی بجز شرایط صریح وجود داشته باشد. شروط ضمنی بوسیله قوانین مصوبه و نیز در دادگاهها در قرارداد وارد می شوند. یک نمونه معمول از قانون مصوبه ای که این کار را انجام می دهد قانون بیع کالاها مصوب ۱۹۷۹ می باشد. مواد ۱۲ تا ۱۵ قانون فوق الذکر، شرایط تلویحی در مورد مالکیت فروشنده کالا، کیفیت کالا، تطابق آن با توصیف و غیره را در قراردادها وارد می نماید<sup>۱</sup>. دادگاهها علاقه زیادی به وارد نمودن شرایط تلویحی در قرارداد ندارند. آنها تنها زمانی این کار را انجام می دهند که: الف؛ طرفین در یک حرفه بوده و شرط مورد نظر معمولاً در این حرفه مورد قبول باشد و یا ب؛ قرارداد بدون آن شرط معنای تجاری نداشته باشد. در اینگونه موارد رویه بر این تفکر نهاده شده است که شرط مورد نظر از قبل بخشی از مورد معامله بوده، هر چند که بطور صریح در آن وارد نشده است. در اینجا لازم به ذکر است که از دو نوع شرط اصلی فرعی که در حقوق قراردادها وجود دارند صحبت به میان آوریم و میان آن ها تمایز قائل گردیم. شرط اصلی شرطی است که بطور مستقیم با جوهره قرارداد در ارتباط می باشد،<sup>۲</sup> یا نسبت به ماهیت قرارداد به اندازه ای اساسی می باشد که اگر مورد تعرض قرار گیرد و نقض شود، طرف مقابل از این امکان برخوردار است که قرارداد را لغو

<sup>۱</sup> همان صفحه ۱۰۸

<sup>۲</sup> اسماعیل، صغیری، ترجمه کامل Law made simple

شده محسوب بدارد. از این حیث طرف بدون اهمال بیش از این، متعهد به انجام هیچ اقدامی به موجب آن قرارداد نخواهد بود. جمله این شرایط از اهمیت برابری برخوردار نمی باشند. در حقوق انگلستان، عبارت

«Condition» به بیان عمل یا تعهدی که محتوای اصلی تعهد را تشکیل می دهد، تعریف شده است. به طوری که اگر همان عمل یا تعهد مزبور انجام نشود، طرف دیگر قرارداد می تواند آن را رها کند و از قید بیشتر قرارداد معاف گردد. برای مثال در یک قرارداد اجاره کشتی مقرر شده بود که کشتی در زمان تشکیل قرارداد اجاره در بندر آمستردام باشد که عدم حضور کشتی در آن زمان در مکان مذکور، طرف دیگر قرارداد را از قید تعهدات قراردادی خویش آزاد کرد. در این مثال تأثیر شرط وجود کشتی در زمان و مکان مقرر به حدی بود که عدم تحقق شرط، تعهدات قراردادی طرف دیگر را منتفی ساخت. در حقوق این کشور واژه

شرط. «Condition» در معنای دیگری نیز به کار می رود که عبارت از همان تعلیق است. در این معنا شرط قرارداد واقعه ای است که محقق شدن آن برای تحقق و موثر واقع شدن قرارداد ضروری است و بدون آن عقدی محقق نمی شود. مورد دیگر در این باب «warranty» است که در مقایسه با «Condition» از اهمیت کمتری برخوردار است و نقض آن به مشروط له حق خودداری از اجرای تعهد را نمی دهد، بلکه تنها او را ذیحق در مطالبه خسارت می سازد. به این ترتیب نمی توان آن را بخش اساسی از قرارداد شناخت. این شرط در قرارداد از جمله شروطی می باشد که در مقایسه با اهداف مستقیم قرارداد تبعی به شمار می آید. با توجه به این توضیح این نتیجه حاصل می گردد که این شرط به اندازه شرط اصلی اساسی نمی باشد که قرارداد را لغو نماید. نقض شرط فرعی طرف بدون تقصیر را صرفاً نسبت به اقامه دعوی خسارت محق می سازد. او نمی تواند قرارداد را ملغی تلقی نماید. جمله شروط اصلی و فرعی مفاد قرارداد می باشند و در هر قرارداد با توجه به اراده های طرفین، تصمیم در خصوص اینکه یکی از مندرجات، شرط اصلی یا فرعی است بسته به تصمیم دادگاه می باشد.

در مقایسه این سه نظام حقوقی (فرانسه، سوئیس و انگلستان) به نظر می رسد که معنای شرط تعهدی در حقوق انگلستان با شرط فعل ایران شباهت هایی داشته باشد. و مفهوم شرط احتمالی را همان تعلیق در قانون مدنی ایران بکار گرفت. مفهوم شرط در حقوق انگلستان با مفهومی که در حقوق فرانسه و سوئیس آمده مغایرت دارد. در حقوق انگلستان شرط به معنای قسمتی از قرار داد اصلی می باشد و مانند حقوق فرانسه و سوئیس به معنای تعلیق عقد نمی باشد. معنای تعلیق از شرط نیز یعنی حدوث واقع یا عملی است که تشکیل عقد به آن وابسته است می باشد (شهبیدی، شرط ضمن عقد، ۱۳۸۶، ص ۳۷) حقوق ایران، فصل چهارم قانون مدنی که شامل موارد ۲۳۲ تا ۲۴۶ است با اقتباس از فقه امامیه مخصوصاً متأثر از نظریات شیخ انصاری می باشد و با این عبارت در بیان شرایطی که در ضمن عقد می شود به شروط ضمن العقد اختصاص یافته است هر چند که خود قانون گذار اقسام شروط ضمن العقد صحیح را ذکر کرده است اما این تقسیم بندی بر مبنای تضمین برای متعهدله انجام گرفته است که در زمان خود به توضیح آن اشاره خواهد شد. شرط صحیح مطابق ماده ۲۳۴ ق.م. شرط بر سه قسم است: ۱- شرط صفت ۲- شرط نتیجه ۳- شرط فعل الف - شرط صفت در قانون عبارت است از شرط راجع به کمیت یا کیفیت مورد معامله (ماده ۲۳۴ ق.م) برای مثال: پارچه ای به شرط آنکه از حریر باشد به فروش می رسد. که وصف حریر بودن پارچه یک وصف کیفی است که در صورت کشف خلاف آن برای مشروط له (خریدار) حق فسخ ایجاد می شود. در حقوق خارجی: در قانون مدنی فرانسه و در ماده ۱۲۲۶ آن به موردی بر می خوریم که می تواند مصادقی از شرط صفت یا شرط نتیجه یا شرط فعل باشد. مثلاً در ماده ۱۲۲۶ ق.م.ف آمده است که شرط ضمانت اجرا شرطی

می باشد که مطابق آن شخصی به منظور اجرای یک قرار داد تعهد به چیزی در صورت عدم اجرای آن می کند(نوری، عقود و تعهدات قرار دادی به طور کلی و الزامات بدون قرار داد از قانون مدنی فرانسه، ۱۳۸۰، صص ۴۴-۴۵). همچنین در حقوق انگلستان شرط صفت ضمن عقد پیش بینی شده است که تخلف از آن به مشروط له اجازه فسخ عقد را می دهد. اما مغایرتی که بین شرط صفت در حقوق ایران با حقوق انگلستان وجود دارد آن است که در حقوق این کشور مشروط له در صورتی می تواند به دلیل تخلف از شرط صفت، حق فسخ خود را اعمال نماید که طرفین توافق نموده باشند در صورت تخلف از شرط صفت، برای مشروط له حقوق فسخ داشته باشد(شهیدی، شروط ضمن العقد، ۱۳۸۶، ص ۷۴).

به عبارت دیگر تا زمانی که طرفین حق فسخ ناشی از تخلف از شرط صفت را پیش بینی نکرده باشند مشروط له نمیتواند عقد اصلی را فسخ نماید این در حالی است که در حقوق ایران به موجب قانون مدنی به دلیل تخلف شرط صفت ضمن العقد، برای مشروط له حق فسخ ایجاد می شود؛ صرف نظر از اینکه چنین حقی در ضمن عقد پیش بینی شده باشد یا خیر با توجه به آن ایجاد حق فسخ ناشی از تخلف از شرط صفت در حقوق انگلستان قراردادی و تابع اراده طرفین عقد است اما در حقوق ایران ناشی از حکم قانونگذار است و نیازی نیست در قرارداد وجود چنین حقی مشخص نگردد. ب - شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود ماده ۲۳۴، ق م. در حقوق ایران وقتی صحبت از شرط نتیجه می شود منظور شرطی است که به صرف انشای عقد، محقق شود و نیاز به تشریفات دیگری نداشته باشد کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۱۳۸۷، ص ۲۲۳). مثال مرسوم در این زمینه، شرط وکالت مستاجر در فروش اتومبیل موجد در ضمن عقد اجاره می باشد که به محض انعقاد عقد اجاره، وکالت نیز محقق می شود؛ چرا که انشای وکالت همزمان با انشای عقد اجاره بوده و مقارن با عقد اصلی به وجود می آید. در فقه شرط نتیجه به نتیجه و هدف یک فعل تعبیر شده است برای مثال در ضمن عقد وکالت تملیک خانه موکل به سود وکیل شرط می شود(شهیدی، حقوق مدنی، ج ۱۳۸۶، ص ۴، ص ۶۴).

در حقوق خارجی در حقوق فرانسه نیز اگرچه قانونگذار مدنی آن به صراحت نامی از شرط نتیجه نبرده اما با جست و جو در مواد قانون مدنی این کشور می توان موردی را یافت که در آن تعلیق به این شرط اشاره دارد برای نمونه در ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی فرانسه آمده است عبارت از این است که در آن حصول معلق علیه، Suspendliquidation of contract منحل شدن عقد سبب انفساخ تعهد می شود و مورد معامله را در وضعیتی قرار می دهد که گویی تعهد به وجود که از آن به عنوان شرط انفساخ معلق به حصول معلق علیه تعبیر می شود نیامده است. مصداقی از شرط نتیجه می باشد البته تعلیق انحلال عقد در این حالت و با حدوث معلق علیه عقد را از ابتدا باطل می کند نه از زمان حدوث معلق علیه و مانند بطلن عمل می کند و بامفهوم می که از انحلال در حقوق ایران که از زمان حدوث معلق علیه، عقد منحل می شود متفاوت است (نوری، عقود و تعهدات قراردادی بطور کلی و الزامات بدون قرارداد از قانون مدنی فرانسه، ۱۳۸۰، صص ۳۳-۳۴). بنابراین در نظام حقوق مدنی فرانسه نیز ما آن شاهد هستیم که شرط نتیجه به رسمیت شناخته شده است البته حتی اگر در ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی این کشور شرط نتیجه پیش بینی نمی شد، با استناد به قاعده اعتبار حاکمیت اراده در نظام حقوقی آن کشور توافقاتی که در ضمن یک عقد ایجاد می شود را نافذ و ملزم به رعایت آن دانست که شامل توافقی که در قالب شرط نتیجه منعقد می شود، نیز می باشد(شهیدی، شروط ضمن العقد، ۱۳۸۶، ص ۸۳). در حقوق انگلستان به طور کلی شروط ضمن عقد به سه قسم است: (شروط مهم conditions)

در حقوق این کشور همه تعهدات به یک اندازه دارای اهمیت نمی باشند، برخی از شروط آن قدر مهم و اساسی محسوب می شود که بطلن آن به هر دلیلی باعث نادیده گرفتن قرارداد اصلیمی شود، یا چنانچه یک شرط مهمی نقض گردد مشروط له این حق از او سلب می شود که عقد رافسخ نماید و خسارت ناشی از نقض را مطالبه نماید، این در حالی است که شرط های غیر مهم این اختیار را برای مشروط له به وجود نمی آورند و تنها مشروط علیه می تواند خسارت بگیرد. و حق فسخ عقد اصلی را ندارد برای مثال در قراردادهایی که با موضوع تجاری منعقد میگردند آنچه که به عنوان شرط مهم در این قراردادها مشخص می گردد؛ مسئله زمان اجرای قرارداد است این نکته در آرای دادگاه های این کشور قابل مشاهده است معیار اینکه چه شروطی مهم هستند و چه شروطی غیر مهم؛ گاهی شروط مهم در قوانین موضوعه مشخص می شوند و گاهی این قاضی دادگاه ست که تشخیص می دهد شرط مهم چیست بنابراین حتی در جایی که طرفین یک قرارداد عنوان شرطی را مهم قلمداد نمایند، صرف چنین عنوانی نمی تواند آشکار کننده آن باشد که اراده طرفین نیز در راستای اهمیت یک شرط باشد و ممکن است قاضی با در نظر گرفتن اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد آن را فاقد اهمیت بدانند (میر محمد نصادقی، مسائل تحلیلی از حقوق قراردادهای در انگلستان، ۱۳۸۲، صص ۵۱-۵۰).

ج - شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود، ماده ۲۳۴ ق م که در فقه نیز یکی از اقسام شروط ضمن العقد به حساب می آید شرط فعل از حیث ماهیت شامل مثبت و منفی و از حیث تحقق به شرط فعل مادی و حقوقی تقسیم می شود (شهیدی، شروط ضمن العقد، ۱۳۸۶، ص ۶۵). مشابه شرط فعل حقوق در حقوق انگلستان است (همان منبع، ص ۳۵).

#### ۵-۹- شرایط شروط ضمن العقد در فقه، حقوق ایران و حقوق خارجی

همانطور که می دانیم برای اعتبار و نفوذ حقوقی شروط ضمن العقد شرایطی لازم است، که در این مبحث به آن خواهیم پرداخت برای اینکه بدانیم شروط ضمن العقد صحیح چه شروطی هستند ابتدا لازم است که با شروط باطل آشنا شویم چرا که به تعبیر قانون مدنی مطابق آنچه که در فقه امامیه با آن آشنا شده ایم شرط را به طور کلی در صورتی که مغایرتی با شرع مقدس نداشته باشد، به دلیل عمومی بودن قاعده شروط و صحت و اعتبار حاکمیت اراده در انعقاد و اندراج شروط آن را معتبر می داند در فقه اسلامی: در فقه اسلامی شرایط صحت شروط ضمن العقد با آنچه که در قانون مدنی ذکر شده است قدری تفاوت دارد و با تفصیل بیشتری بیان شده است برای مثال شرایط صحت در نظر مرحوم شیخ انصاری شامل موارد ذیل است: عدم مخالفت با کتاب و سنت، نفع عقلی داشتن شرط، عدم مخالفت با مقتضای عقد اصلی، مقدور بودن انجام مورد شرط، چنانچه شرط مجهول است جهل به آن به عقد اصلی سرایت نماید، در نظر برخی از فقهای امامیه شرط ضمن العقد مجهول باطل نیست بلکه در صورتی باطل است که جهالت آن به عقد اصلی سرایت نماید که در این صورت هم عقد اصلی وهم شرط ضمن آن باطل می گردد (شیخ مرتضی انصاری به نقل از شهیدی، شروط ضمن العقد، ۱۳۸۶، ص ۱۲۲) در جامع المقاصد می خوانیم برای اینکه شرط صحیح و الزام کننده باشد؛ لازم است در ضمن عقد ذکر گردد در غیر این صورت شرطی که در ضمن عقد ذکر نگردد و به صورت توافق قبل از عقد باشد برای طرفین تعهد و التزامی به وجود نمی

آورد (المحقق کرکی، ص ۴۳۰). بنابراین شرط اول برای الزام آور بودن یک شرط در نظر مشهور فقها این است که در ضمن عقد ذکر شود خود این شرط که در ضمن عقد گنجانده می شود نمی بایستی مخالف حکم خدا و سنت باشد از دیدگاه مشهور فقها کافی است شرط ضمن العقدی مغایر احکام الهی نباشد و نیازی نیست حتما هم راستا با کتاب و سنت باشد این شرط مهمترین شرط برای صحت شروط.. ضمن العقد می باشد شرط دیگر آن است که شرط ضمن العقد مجهول نباشد شرط ضمن. العقد نمی بایستی مستلزم امری غیر ممکن و محال باشد و بالاخره شرط ضمن العقد در صورتی الزام آور است که منجز نباشد بنابراین شروط ضمن العقدی که تنجیز آن منوط به حدوث معلق علیه باشد از این رو که عقد اصلی نیز معلق به تنجیز شرط ضمن آن می شود، از نظر برخی از فقها چون شیخ انصاری صحیح نمی باشد.

#### ۹-۶- در حقوق ایران و حقوق خارجی حقوق ایران: فصل چهارم قانون مدنی

که شامل موارد ۲۳۲ تا ۲۴۶ است با اقتباس از فقه امامیه مخصوصا متأثر از نظریات شیخ انصاری می باشد و با این عبارت در بیان شرایطی که در ضمن عقد می شود به شروط ضمن العقد اختصاص یافته است هرچند که خود قانون گذار اقسام شروط ضمن العقد صحیح را ذکر کرده است اما این تقسیم بندی بر مبنای تضمین برای متعهدله انجام گرفته است که در زمان خود به توضیح آن اشاره خواهد شد. شرط صحیح مطابق ماده ۲۳۴ ق.م. شرط بر سه قسم است: ۱- شرط صفت ۲- شرط نتیجه ۳- شرط فعل

**الف - شرط صفت در قانون** عبارت است از شرط راجع به کمیت یا کیفیت مورد معامله (ماده ۲۳۴ ق.م) برای مثال: پارچه ای به شرط آنکه از حریر باشد به فروش می رسد. که وصف حریر بودن پارچه یک وصف کیفی است که در صورت کشف خلاف آن برای مشروط له (خریدار) حق فسخ ایجاد می شود.

**در حقوق خارجی:** در قانون مدنی فرانسه و در ماده ۱۲۲۶ آن به موردی بر می خوریم که می تواند مصادقی از شرط صفت یا شرط نتیجه یا شرط فعل باشد. مثلا در ماده ۱۲۲۶ ق.م.ف آمده است که شرط ضمانت اجرا شرطی می باشد که مطابق آن شخصی به منظور اجرای یک قرار داد تعهد به چیزی در صورت عدم اجرای آن می کند (نوری، عقود و تعهدات قرار دادی به طور کلی و الزامات بدون قرار داد از قانون مدنی فرانسه، ۱۳۸۰، صص ۴۴-۴۵). همچنین در حقوق انگلستان شرط صفت ضمن عقد پیش بینی شده است که تخلف از آن به مشروط له اجازه فسخ عقد را می دهد. اما مغایرتی که بین شرط صفت در حقوق ایران با حقوق انگلستان وجود دارد آن است که در حقوق این کشور مشروط له در صورتی می تواند به دلیل تخلف از شرط صفت، حق فسخ خود را اعمال نماید که طرفین توافق نموده باشند در صورت تخلف از شرط صفت، برای مشروط له حقوق فسخ داشته باشد (شهیدی، شروط ضمن العقد، ۱۳۸۶، ص ۷۴).

#### ۹-۷- شرایط شروط ضمن العقد در فقه، حقوق ایران و حقوق خارجی

در حقوق انگلستان شروط ضمن یک قرارداد زمانی صحیح و لازم الجرا نمی باشند که قاطع و کامل باشند در نتیجه چنانچه یک شرط مبهم و ناقص باشد الزام آور نخواهد بود علت این امر آن است که وقتی یک شرط ضمن العقد کامل نباشد، این گونه تعبیر می شود که توافقات طرفین عقد برای به اجرا درآوردن شرط به طور موثری انجام نشده است حتی به عقیده برخی در صورتی که چنین شروطی نامعین باشند مانع از اجرای قرارداد اصلی نیز می

شوند(جان ان آدامز نو راجر براونزورد، مترجم مهدی موسوی، تحلیل و نقدی بر حقوق قراردادهای در انگلستان، ۱۳۸۶، صص ۱۵۴-۱۵۰). این تعبیر زمانی واقعیت خواهد داشت که ابهام شرط ضمن العقد به قرارداد اصلی نیز سرایت کرده و اجرای آن را نیز با اشکال مواجه سازد همانند شرط ناشناخته در حقوق مدنی ایران که جهل آن اجرای عقد اصلی را غیرممکن می نماید، از این روست که قانونگذار ایران به پیروی از فقه امامیه چنین شرطی را باطل و مبطل عقد می داند).

در حقوق انگلستان شروط ضمن یک قرارداد زمانی صحیح و لازم الجرا نمی باشند که قاطع و.. کامل باشند در نتیجه چنانچه یک شرط مبهم و ناقص باشد الزام آور نخواهد بود علت این امر آن است که وقتی یک شرط ضمن العقد کامل نباشد، این گونه تعبیر می شود که توافقات طرفین عقد برای به اجرا درآوردن شرط به طور موثری انجام نشده است حتی به عقیده برخی در صورتی که چنین شروطی نامعین باشند مانع از اجرای قرارداد اصلی نیز می شوند(جان ان آدامز نو راجر براونزورد، مترجم مهدی موسوی، تحلیل و نقدی بر حقوق قراردادهای در انگلستان، ۱۳۸۶، صص ۱۵۴-۱۵۰). این تعبیر زمانی واقعیت خواهد داشت که ابهام شرط ضمن العقد به قرارداد اصلی نیز سرایت کرده و اجرای آن را نیز با اشکال مواجه سازد همانند شرط ناشناخته در حقوق مدنی ایران که جهل آن اجرای عقد اصلی را غیرممکن می نماید، از این روست که قانونگذار ایران به پیروی از فقه امامیه چنین شرطی را باطل و مبطل عقد می داند).

باید پذیرفت که اثر اندراج شرط فاسد ضمن عقد در حقوق انگلیس با اثر اندراج چنین شرطی در حقوق کشورمان تفاوت های بسیاری دارد. در مواردی که قرارداد به صورت کتبی باشد، طرفین از اقامه دلیل برای افزودن، تغییر، یا نفی مفاد قرارداد ممنوع می باشند. بنابراین مدرک شفاهی جهت اثبات از قلم افتادن شروط دیگری از سند کتبی مورد پذیرش قرار نخواهد گرفت. با همه این تفاسیر این موضوع سبب نمی گردد که تصحیح اشتباه موجود در قرارداد کتبی امکان پذیر نباشد، البته این موضوع منوط به این است که شرایط اصلاح وجود داشته باشد<sup>۲</sup>. علاوه بر این چنانکه قرارداد کتبی کامل نباشد و در حقیقت بیانگر مجموع معامله نباشد برای اثبات توافق تبعی یعنی توافقی که نسبت به خواسته اصلی طرفین قرارداد فرعی به شمار می آید، مدرک شفاهی بوسیله دادگاه مورد پذیرش قرار خواهد گرفت. این شروطی که از آن صحبت به میان آمد شروط مصرح بودند. اما شرط دیگری که می تواند در قرارداد. قرار گیرد و نامشروع باشد شرط ضمنی است که همانگونه که پیشتر بیان کردیم این است که یکی از قواعد اساسی قراردادی این می باشد که طرفین قرارداد در انعقاد آن تعلق می باشند و این که قراردادی بوجود آید از جماع وظایف محکمه نمی باشد<sup>۳</sup>. با همه این مطالب این احتمال می رود که قانون در مواردی استثنایی شروطی را در قرارداد بطور استثنایی به شکل شروط ضمنی تحمیل کند. که از جمله آنان می توان به دادن اثر تجاری به قرارداد اشاره نمود. و همچنین بواسطه عرف که ممکن است بواسطه عرف محلی یا تجاری خاص، شروطی بطور ضمنی تحمیل گردد. و نیز قانون بیع کالاها مصوب سال ۱۹۷۹ که مادتين ۱۲ الی ۱۵ قانون مذکور، در مقام حمایت از خریدار، شروط خاصی را بطور ضمنی به قراردادهای بیع کالاها وارد می کند. به عنوان نمونه به ماده ۱۳ این قانون اشاره می نمایم که اینگونه مقرر می دارد که کالاها باید مطابق توصیفشان باشند و همچنین با نگاهی به ماده ۱۴

<sup>۲</sup>. اسماعیل، صغیری، ترجمه کامل law made simple، میزان، ص ۲۳۱.

<sup>۴</sup>. همان، ص ۲۳۳.

همان قانون که مقرر می‌دارد کالا باید دارای کیفیت رضایت بخش باشد. در ابتدای سخن باید به این نکته توجه داشت که شروط ضمن‌العقد در حقوق کشور انگلستان قابلیت تفکیک به دو دسته مجزا از یکدیگر را دارند. و اگر بخواهیم به زبانی گویا تر و از راه قیاس برای درک موضوع از قانون مدنی کشور خودمان در این باب بهره مند شویم، به نظر اینجانب می‌توانم به مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مذکور اشاره نمایم. شروطی که در ماده ۲۳۲ قانونگذار بدان اشاره نموده، حائز اثر مجزا از اندراج شروط مورد نظر قانونگذار در ماده ۲۳۲ قانون مدنی می‌باشد. زیرا در ماده ۲۳۲ از شروطی نام برده شده که بنیان عقد را زیر پای نمی‌گذارد تا اثری مشابه با شروط ماده ۲۳۳ داشته باشد که عقد را از اساس به هم می‌ریزد. شروط ضمن‌العقد در انگلستان گاهی آنچنان مهم است که شبیه ماده ۲۳۳ قانون مدنی ایران می‌باشد که از آن به «Condition» تعبیر گردیده و گاهی از شرایط غیر مهم که از آن به «warranty» تعبیر گردیده است. هرگاه ضمن یک قرارداد، شرطی مندرج گردد که از جمله شروط غیر مهم «warranty» باشد. و ضمناً، از جمله شروط فاسد باشد؛ باید توجه داشت که در این حالت بدون اینکه به تعهد اصلی که قرارداد می‌باشد آسیبی وارد گردد، این شرط برای بقای قرارداد کنار گذارده می‌شود و گویی که از ابتدا چنین شرطی وجود نداشته است. و اما سؤالی که در اینجا به میان می‌آید این است که اگر شرط مذکور ضمن‌العقد از جمله شرایط مهم بود تکلیف چیست؟

آیا باز هم مانند مورد «warranty» برای احترام به طرفین و بقای توافق آنان شروط ضمن‌العقد را نادیده گرفته و توافق آنان را صحیح می‌دانیم؟ در اینجا پاسخ منفی است و باید ذکر گردد که اینجا همان تفاوت اثر «condition» و «warranty» می‌باشد، که در این حالت احتمال دارد تمام قرارداد و توافقات صورت گرفته بواسطه اندراج چنین شرطی منحل شود.<sup>۵</sup> تجزیه قرارداد یا جداسازی (severance) عبارت از اختیاری است که دادگاه در جداسازی قسمت باطل از قسمت صحیح قرارداد<sup>۶</sup>، دارد؛ این موضوع در حقوق انگلیس در دعاوی متعدد مورد بحث قرار گرفته و عمدتاً در قرارداد هایی مطرح می‌شود که یکی از طرفین، شرایط خاصی را برطرف دیگر تحمیل می‌کند، مثلاً محدودیت‌ها یا انحصاری‌هایی در تجارت و کسب و کار برمتعهد تحمیل می‌شود یا توافق‌هایی بین کارگر و کارفرما در مورد اشتغال بعدی مستخدم به عمل می‌آید یا یکی از طرفین از مطالبه حقوق خود محروم می‌گردد.<sup>۷</sup> تاریخ تکوین قواعد حقوق در انگلستان و صعوبت استخراج این قواعد از احکام پراکنده دادگاه‌ها باعث می‌شود که در نخستین نگاه، اجرای آن قواعد شگفت‌آور و گاه نامعقول جلوه کند. چنان‌که قاعده غریب «مداد آبی»<sup>۸</sup>، به پندار پاره‌ای از نویسندگان فرانسوی، مبنای حقوق انگلستان در زمینه بطلان جزیی عقد است.<sup>۹</sup> ولی، تأمل بیشتر و مطالعه نوشته‌های جدیدتر حقوقدانان انگلیسی<sup>۱۰</sup> نشان می‌دهد که از حیث نتیجه، این نظام شباهت زیادی با سایر کشورهای اروپایی و راه حل‌ها چندان غریب و دور از انتظار نیست. باید واقف گردید که مطالعه کاملاً بدون تاریخ آن میسر نمی‌گردد: در دو قرن ۱۶ و ۱۷ میلادی در پاره‌ای از دعاوی مسأله امکان تجزیه تعهدهای

<sup>۵</sup> - شهیدی، پیشین، ص ۱۰۹.

<sup>۶</sup> - به نقل از شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، ص ۱۰۹.

<sup>۷</sup> - همان.

<sup>۸</sup> - ضابطه‌ای است که با استفاده از آن دادگاه‌های انگلستان می‌توانند به اصطلاح با نیش اصلی آن حذف کنند تا بقیه قرارداد اجرا شود.

<sup>۹</sup> - به نقل از کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها ج ۳، انتشار، ص ۲۰۹.

<sup>۱۰</sup> - - همان.

جمع آمده در یک سند رسمی مطرح شد و نظریه عمومی بر این قرار گرفت که تعهد مشروع سند نباید، تنها بدین سبب که در همان سند تعهدی نا مشروع شده است، ابطال شود. در احکام این دوره تصریح شد که، هرگاه سندی حاوی شروط قانونی و غیر قانونی باشد، دادگاه بایستی تنها شروط نا مشروع را ابطال کند و سایر شروط را نگاه دارد. منتها، بر قاعده تجزیه پذیر بودن تعهدهای سند استثنایی هم وجود داشت که، به موجب آن، هرگاه تعهدی بر خلاف قوانین مصوب مجلس باشد، تمام عمل حقوقی باطل است: بدین ترتیب، میان اعمال مخالف قوانین و تعهدهای مخالف کامن لا تفاوت گذارده می شد و امکان جدا ساختن تعهدهای نیک و بد، در فرضی که قانونی مصوب مورد تجاوز قرار می گرفت، از بین می رفت.<sup>۱۱</sup> این قاعده و استثنای آن دیری نپایید که تغییر یافت و به تحول تاریخی ادامه داد. اما، همچنان شاهد این موضوع خواهیم بود (که هنوز) جوهره و مایه آن در حقوق عنصر کنونی موجود می باشد. اصل (severance) یا همان تجزیه پذیر بودن شرط نا مشروع از قرارداد همچنان استوار می باشد، اما باید توجه داشت که همیشه با گذر زمان و عدالت محوری و توجه به جامعه و نظام آن، قواعدی چون نظم عمومی و حمایت از مفاد تراضی توان محدود ساختن اصول را دارد. و باید پذیرفت که این استثنا بدین شکل در آمد که، هرگاه قانون، اعلام نماید که فلان قرارداد که حاوی شرط نا مشروع می باشد، باطل است؛ دادرسی رسیدگی به آن را مکلف نموده که ذهن خود را از تجزیه قرارداد دور و مصون نگاه دارد و بطلان تمام عقد را اعلام نماید.<sup>۱۲</sup> نخستین تحول، از بین رفتن امتیاز بین، قوانین مصوب، و قواعد کامن لا بود. قواعد چنین شد که « اگر نتوان در قراردادی، بخش نا مشروع را از بخش درست آن جدا کرد، همه قرارداد باطل است، ولی، هرگاه بتوان آن دو را از هم جدا ساخت، بایستی بخش بد را به دور انداخت و بخش خوب را نگاه داشت، خواه مبنای نا مشروع بودن بخش بد، قانون مصوب باشد یا کامن لا<sup>۱۳</sup>» با بررسی مسائل فوق و در نهایت جمع بندی این موضوع، بایستی به دو قاعده استنباط شده از احکام دادگاه توجه داشت و اختیار دادرسی را در تجزیه قرارداد تعیین کرد: الف - اینکه باید دانست دادگاه نمی تواند قرارداد جدیدی برای دو طرف بنویسد، خواه این اقدام وسیله دوباره نویسی قرارداد موجود باشد یا تغییر و اصلاح طبیعت آن ب - اینکه تجزیه قرارداد و جدا کردن بخش ناصحیح آن در صورتی امکان پذیر خواهد بود که با نظم عمومی جامعه مخالفت نداشته باشد. در ارتباط با نخستین قاعده، نمونه ای که از رأی دادگاه به دست آمده، درباره محدود کردن معامله برای طرف قرارداد است. فروشنده جواهرات مصنوعی در لندن، در قرارداد فروش سر قفلی محل کسب خود با خریداری تعهد می کند که به مدت ۲ سال با او، به عنوان فروشنده جواهر طبیعی و مصنوعی در سراسر انگلستان و آمریکا و روسیه و اسپانیا رقابت نکند. پس از این قرارداد، فروشنده در لندن و در همان خیابان جواهر فروشی باز می کند. و خریدار منع او را بر مبنای شرط می خواهد. دادگاه محدود ساختن شغل ملتزم به شرط در معامله جواهر اصلی (با این استدلال که پیشه معمولی خواهان معامله جواهر بدلی است) و خارج از انگلستان نامتعارف می داند، ولی استدلال می کند که، چون واژه (طبیعی یا اصل) و نام کشورهای خارجی را می توان به نیش قلم (مداد آبی) و بدون اینکه مفاد آن در هم بریزد حذف کرد، شرط در مورد فروش جواهر بدلی و در کشور انگلستان متعارف و نافذ است. علت حکم صادره از سوی دادگاه مؤید این قاعده می باشد که دادگاه صلاحیت این موضوع را ندارد که قرارداد جدیدی شکل دهد برای طرفین. دادرسی در جایی بین اجزاء شرط تبعیض خواهد نمود که صورت عقد و شکل تراضی را بر هم نزند و تنها این

<sup>۱۱</sup> همان صفحه ۲۱۰

<sup>۱۲</sup> همان، ص ۲۱۰ - ۱۳ - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، سهامی انتشار، ص ۲۱۰.

<sup>۱۳</sup> به نقل از کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، سهامی انتشار، ص ۲۱۰



تلاش را می‌نماید که قسمت فاسد را با نهایت تغییر اندک در عقد، آن را برای بقای حیات از آلودگی بزدايد<sup>۱۴</sup>. و همین قاعده می‌باشد که به (blue pencil test) معروف گردیده است. دادگاه، نه تنها از حیث صورت و ترکیب ظاهری قرارداد محدود است، در جایی هم که تبعیض بین شروط باعث دگرگونی کامل قلمرو و مفهوم عقد می‌شود، از این اقدام خودداری می‌کند. زیرا، آنچه مطرح است در واقع یک قرارداد است نه دو عقد جداگانه. در این که چه اموری، به عنوان یک مجموعه و کل، لازمه بقای قرارداد است، وابسته به تعبیر دادگاه از آن است و قاعده عامی ندارد؛ برای مثال، در دعوای پیشین دیدیم که حذف پاره‌ای از مناطق و انواعی از مشاغل، که ضمن قرارداد برای محدودیت شغلی، مشروط علیه خود را ملتزم نموده، مفهوم قلمرو آن را تغییر نمی‌دهد و تراضی از این جهت غیر قابل تجزیه و تفکیک است. به عکس این جریان، صحبت به میان آمده است که، هرگاه برای جلوگیری از رقابت شغلی تمامی فعالیت‌های تجارتي موسسه‌ای در شرط قرار گیرد، میان آنها نمی‌توان تفاوت و برتری قائل گردید، زیرا آنها در مجموع یک عقد واحد می‌باشد<sup>۱۵</sup>. شایان ذکر است دانست که در تعداد فراوانی از احکام صادره در ادوار گذشته و همچنین احکام صادر شده در قرن هجدهم این موضوع را می‌توان استنباط نمود که تجزیه سبب Consideration، که عوض یک تعهد واقع می‌گردد، ضحیح به نظر نمی‌رسد و هرگاه یکی از اجزای آن نامشروع باشد نمی‌توان آن را تجزیه نمود و بلید قبول نمود که کل واحد قرارداد محکوم به بطلان است<sup>۱۶</sup>. برای توضیح هرچه بهتر این موضوع نباید از ذکر مثال کوتاهی نمود، و آن مثال این که یک نفر متعهد گردد که در قبال اعمال و افعال خود که در مجموع سه یا چهار فعل متفاوت می‌باشد مقداری پول دریافت دارد. حال با بررسی سلامت این افعال بدین نتیجه رسیدیم که فی المثل یکی از آنها فاسد می‌باشد. باید دانست دادگاه نمی‌تواند مبادله آن مبلغ را در برابر کار مشروع نافذ بداند و بدین گونه سبب پرداخت پول را تجزیه نماید. اما، باید دانست که این قاعده نیز بعدها مورد انتقاد قرار گرفت و در احکام نوین تری نسبت به اینگونه موضوع اصلاح شد که، هرگاه جدایی شرط فاسد چنان مفاد عقد را تغییر دهد که گویی قرارداد تازه‌ای است، باید از آن پرهیز نمود. در دعوای خانواده (Goo dinson)، شوهری متعهد می‌گردد که یک مبلغ مشخص مرتباً به زن خود بپردازد، مشروط بر اینکه او از تمامی دعوای زن و شوهری بر او صرف نظر کند، بابت دیونی که دارد، جبران خسارت شوهر را بکند و اعتبار شوهر را وثیقه ضروریات زندگی نسازد. تعهد به اینکه زن ادعای زن و شوهری بر او نکند بر خلاف نظم عمومی جامعه است، زیرا صلاحیت دادگاه را نفی می‌سازد. ولی، فساد این بخش از سبب تعهد شوهر در دادن پول باعث بطلان تمام قرارداد نمی‌شود، چرا که بخش اصلی سبب نیست. دادگاه این شرط فاسد را از قرارداد جدا می‌کند و باقی را به سود زن نافذ و قابل اجرا می‌داند<sup>۱۷</sup>. و در ارتباط با قاعده بعدی، یعنی مانع نظم عمومی، به نظر می‌رسد که، در حالتی که قسمت صحیح قرارداد مخالفت داشته باشد با نظم عمومی، دادگاه از این عملیات که شرط فاسد را حذف نماید و قرارداد را تجزیه کند شدیداً خودداری خواهد کرد<sup>۱۸</sup>؛ باید دانست که در حقوق کشور انگلستان، میان قراردادهای باطل (void) و نامشروع (Illegal) تفاوت چشمگیر است. آنگونه که معتقدند شرط باطل را می‌توان در صورت اجتماع شرایط دیگر برای صحت، حذف نمود و قرارداد را به قوت خود

<sup>۱۴</sup> - . کاتوزیان، پیشین، ص ۲۱۱.

<sup>۱۵</sup> - . به نقل از کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشار، ص

<sup>۱۶</sup> . کاتوزیان، پیشین، ص ۲۱۱

<sup>۱۷</sup> . به نقل از کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشار، ص ۲۱۲

<sup>۱۸</sup> - . کاتوزیان، پیشین، ص ۲۱۲.

باقی گذاشت. اما این در حالی است که شرط نامشروع به حدی نشانه پستی شدید اخلاقی است که تنفیذ هر بخش آن با نظم عمومی مخالفت دارد. برای مثال می توان به موارد متعددی از دعاوی و احکام صادره در ارتباط با آنها اشاره نمود. شخصی در قراردادی که با دیگری در ارتباط با استخدام خود با دستمزد از قرار هفته ای ۱۳ لیره منعقد می نماید، ضمن آن شرط می نمایند که همچنان علاوه بر مبلغ فوق للذکر ۶ لیره از باب مخارج به او پرداخت گردد. اما حقیقت موضوع این می باشد که هزینه های او به هیچ وجه به ۶ لیره نمی رسیده است و این تعهد تنها برای فرار او از پرداخت مالیات بر درآمد به کار رفته می باشد. شخص مزبور به دادگاه مراجعه می نماید و هفته ای ۶ لیره را در ادعای خود درج نمی نماید. دیوان استیناف اینگونه اقدام به اصدار رأی می نماید که شرط مربوط با نظم عمومی مخالفت دارد و تمام قرارداد را باطل می گرداند<sup>۱۹</sup>. در مثال دیگر اینکه، در یک قرارداد قسمتی از آن به دلیل اینکه ناظر به ارتباط با دشمن بود، دادگاه به دلیل مخالفت آن نظم عمومی و نامشروع بودن آن از تجزیه قرارداد خودداری و اقدام به صدور رأی مبنی بر فساد کل قرارداد نمود<sup>۲۰</sup>.

در ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی فرانسه نیز برای اینکه شرط ضمن العقد صحیح باشد باید انجام آن شرط توسط مشروط علیه قابل انجام باشد در غیر این صورت باطل است با این تفاوت که در قانون مدنی فرانسه در صورتی که شرط ضمن العقدی غیرممکن باشد، قرارداد اصلی رانیز باطل می کند اما در قانون مدنی ایران عدم وجود این ویژگی اگرچه به بطلان شرط منتهی می گردد، اما عقد را باطل نمی کند(نوری، قانون مدنی فرانسه، ۱۳۸۰، ص ۳۱). البته باید توجه نمود که بین دو ماده ۱۱۷۲. ق م فرانسه با ماده ۹۰۰. ق م ف تفاوت آشکاری وجود دارد در ماده ۱۰۰ قانون مدنی فرانسه بعد از آنکه شروط باطل را عنوان کرده در ادامه بیان نموده. که بطلان این دسته از شروط به عقد اصلی سرایت نمی کند و حال آنکه ماده ۱۱۷۲ به سرایت بطلان شروط ضمن العقد به عقد اصلی دلالت می نماید(شهیدی، شروط ضمن العقد، ۱۳۸۶، ۱۰۷). وجود این ویژگی از بین شروط ضمن العقد صفت، فعل، نتیجه تنها در شروط فعل قابل تصور است؛ چرا که شرط صفت و با نتیجه به دلیل اینکه وجودشان در لحظه انشای عقد معتبر است و واژه انجام که در ماده مارالذکر آمده است به دلالت التزامی ناظر به شروط فعل می باشد(شهیدی، حقوق مدنی، ج ۴، ۱۳۸۶، ص ۹۶).

در حقیقت قدرت به انجام یا عدم انجام شرط، ویژگی است که فقط در شرط فعل قابل تصورات است شرط دیگر برای صحت شرط ضمن العقد آن است که بتوان برای شرط مقرر نفع و فایده ای.. در نظر گرفت معیار نفع و سود نیز عرفی است به عبارت دیگری برای اینکه بدانیم چه شرطی دارای نفع است باید دید که اکثریت و عقلی جامعه چنین شرطی را دارای نفع و فایده می دانند یا خیر با این حال در برخی موارد معیار اینکه یک شرط دارای فایده عقلی هست یا خیر، به عرف و بنای خردمندان توجه نمی شود و گاهی همین که در اندراج یک شرط نزد طرفین عقد نفعی وجود داشته باشد(ولو عرفا فایده ای بر آن مترتب نباشد) برای صحت شرط ضمن العقد کافی است (کاتوزیان، اعمال حقوقی، ۱۳۸۶، ص ۳۰۳)

#### ۸-۹- دیدگاه مذهب شافعی

تقسیم شروط از دیدگاه شافعی به حنفیه مشابه می باشد. این تقسیم بندی شامل:

<sup>۱۹</sup> . دعوی: napier v. napional Buisness Agency Ltd (۱۹۵۱) انسون، حقوق قراردادها، ص ۳۸۶ و ۳۸۷.

<sup>۲۰</sup> . دعوی: kuenigl v. Donnersmark.

- ۱) شرطی که مقتضای مطلق عقد است. مانند: قبض و مجوز انتفاع و رد مورد معامله به وسیله حق خیار عیب.
- ۲) شرطی که مقتضای عقد نیست؛ ولی منافی برای خود عقد در آن نهفته است. مانند شرط رهن تضمینی و یا کفالت. برای قیمت نسبه
- ۳) شرطی که به مصلحت عقد نیست. و باعث به وجود آمدن غرر و منجر به نزاع می شود و یا مانع مقتضای عقدی می شود که شارع به آن اجازه داده است. مانند: شرط قرض همراه با فروش آن و یا شرط اینکه مشتری مبیع را نفروشد.
- ۴) شرطی که سودی برای متعاقدین ندارد. چنین شرطی باطل است و در عین وجود آن هم، عقد صحیح می باشد. لازم به ذکر است که بیشتر این شروط شافعیه با حنفیه همخوانی دارند، ولی در موضوع فروش به شرط آزاد کردن با حنفیه اختلاف دارند، شافعیه چنین شرط هازاد بر مقتضای عقد را به علت نزدیکی، قبول و صحیح می دانند (الآمدی، ۲۰۰۳، ۱، ۱۷۴؛ رافعی، ۱۹۹۷، ۴، ۱۰۵؛ شریینی، ۱۹۹۷، ۲، ۴۶).

#### ۹-۹- دیدگاه شافعیه در مذهب شافعیه

نیز شروط صحیح به اقسام زیر تقسیم شده است: ۱) شرطی که مقتضای عقد است؛ مانند اشتراط قبض یا رجوع یا انتفاع مشتری از بیع یا شرط انفاق در عقد نکاح. ۲) شرط ملائم عقد که مصلحت عقد یا نیاز مردم به آن باشد (شریینی، ۱۹۹۷، ۲، ۴۶). همان گونه که مشاهده میشود در فقه شافعیه نیز بین شرطی که ملائم با عقد است و شرطی که حاجت مردم به آن است، فرقی نمی گذارند و همه را تحت عنوان دوم می آورند. گویا هر دو قسم شرط نزد آنان شیء واحدی میباشد (سنهوری، ۱۹۹۸، ۱۵۳). در مذهب شافعی شرطی که دارای سودی برای یکی از متعاقدین باشد و از جمله شروط صحیح بالا و مورد نیاز مردم نباشد براساس اتباع از روایات وارد شده در مورد نهی نبی از فروش و شرط، فاسد و مفسد عقد شمرده شده است (رافعی، ۱۹۹۷، ۴، ۱۰۵).

حال فرقی نمی کند در معاوضات باشد یا تبرعات، حال آنکه در فقه حنفی همان گونه که آوردیم در غیر معاوضات تنها شرط باطل است و عقد صحیح است. همچنین در این مذهب نیز تعدد صفقه یا اشتراط عقدی در عقد دیگر نهی شده است (سنهوری، ۱۹۹۸، ۱۵۵). اما در خصوص ضمانت اجرای شرط نوع دوم، برای این قسم از شروط مثالهایی را بیان نموده اند که شامل شرط اعطاء رهن یا ضامن است. آن چنان که دکتر سنهوری مینویسد:

مثالهای دیگری غیر از اشتراط اشهاد بر عقد و اشتراط نوشتن در سند برای این قسم (شروط مورد حاجت مردم در مذهب شافعیه ندیدیم) «همان، ۱۵۳».

شرایط صحت شروط ضمن العقد در این نظام ها چیست مقررات مربوط به شروط ضمن العقد قانون مدنی ایران در قسمت شروط ضمن العقد با الهام از منابع فقهی و به ویژه تحت تاثیر اندیشه های شیخ مرتضی انصاری. تدوین گردید برای اینکه شرط ضمن العقدی صحیح باشد لازم است که ویژگی شروطی که در قانون به عنوان شروط باطل اعم از آنکه مبطل عقد باشد یا نباشد معرفی شده اند، در آن نباشد در مقایسه بین دو نظام حقوق مدنی ایران و فرانسه شاهد آن هستیم که ملک های صحت شرط که شامل موارد مقدور بودن و مشروع بودن و عدم مخالفت شرط با اخلاق حسنه. می باشد؛ در این دو نظام حقوق مدنی مشابه می باشد هرچند تفکیکی که در قانون مدنی ایران در خصوص شروط باطل و مبطل عقد و شروط باطل و غیر مبطل عقد مشاهده می کنیم که آن نیز از متون فقهی از شروط فاسد و مفسد عقد و شروط فاسد و غیر مفسد عقد اقتباس گردیده در حقوق خارجی به این طرافت بیان نگردیده و تنها در قانون مدنی فرانسه در دو ماده متعارض آمده که بطلان شروط باطل به بطلن عقد اصلی منتهی می گردد و در ماده دیگر تنها. بطلان شروط باطل تاثیری در عقد ندارد در حقوق انگلستان شرط در صورتی صحیح می باشد که کامل و روشن و واضح غیر مبهم و معین باشد و شروطی که واجد این شرایط صحت نباشد در صورتی که از شروط مهم باشند به مشروط له اختیار فسخ می دهند و اگر غیر. مهم باشند تنها مشروط له می تواند خسارت دریافت نماید و تنها در جایی که اون قدر شرطی مبهم باشد که اجرای قرارداد اصلی را با مشکل مواجه سازد در این صورت است که قرارداد اصلی از شرط مندرج در آن تاثیر گرفته و در اجرا با ممنوعیت مواجه می گردد. همچنین با بررسی هایی که در حقوق انگلیس در این زمینه نمودم متوجه این موضوع شدم که حقوق این کشور سرنوشت قرارداد را به قاضی واگذار نموده که این حالت هم با توجه به نتیجه گیری که از حقوق کشور ایران ارائه نمودم قابل وارد نمودن خدشه است. زیرا همانگونه که حقوق ایران سرنوشت عقد را بطور انحصار در اختیار مشروط له قرارداد است حقوق انگلیس نیز سرنوشت را به اختیار قاضی منحصر نموده است؛ که با توجه به خدشه ای که از نظر اینجانب بر حقوق ایران وارد است بر حقوق انگلیس نیز قابل قبول است، و همان راهکار برای حقوق کشور مطروح افضل می باشد. درباره مقتضای ذات عقد معیار واحدی در فقه امامی بیان نگردیده است بلکه برخی بر نقش عرف تکیه نموده، برخی بر شرع تمسک جستند و برخی دیگر مدلول اراده انشایی طرفین را ملاک عمل قرار داده اند. از دیدگاه حقوقی و با توجه به ساماندهی تعاریف قراردادهای معین در قوانین به نظر می رسد در وضع فعلی باید در تشخیص مقتضای ذات عقد میان عقود معین و غیر معین تفکیک نمود.

منابع

۱. امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، ج ۴، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۴.
۲. القاموس المحيط: فیروزآبادی، چاپ بیروت، در یک مجلد
۳. المعجم الفلسفی دکتر جمیل صلیبا، چاپ بیروت، در دو مجلد
۴. تاج العروس: سید محمد مرتضی زبیدی، چاپ بیروت جزوه حقوق اسلامی
۵. دکتر ابوالقاسم گرجی، چاپ انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره لیسانس
۶. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی ۳، تعهدات، انتشارات مجد، جلد سوم، چاپ هفدهم، تهران، ۱۳۹۱
۷. -عوائد الایام: ملااحمد نراقی، چاپ مکتبه بصیرتی قم، سنگی، در یک مجلد
۸. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی قرارداد- ایقاع)، شرکت انتشار، چاپ یازدهم، تهران، ۱۳۸۵.
۹. ولسان العرب ابن منظور، چاپ بیروت، در ۲۰ مجلد
۱۰. منا حقوق تعهدات: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، چاپ انتشارات دانشگاه تهران، جلد اول، ۱۳۶۳
۱۱. مکاسب شیخ مرتضی انصاری، چاپ بیروت، در سه مجلد.
۱۲. میر محمد نصادقی، مسائل تحلیلی از حقوق قراردادها در انگلستان، ۱۳۸۲، صص ۵۱-۵۰