

فصلنامه علمی (مقاله علمی-پژوهشی) جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال چهارم، شماره دوم (پیاپی ۱۴) تابستان ۱۴۰۰، صص ۶۶۳-۶۷۵
 حدود حاکمیت اراده طرفین در تعیین شروط قراردادی در حقوق ایران، انگلیس و فقه امامیه

صمد علی زاده^۱

عبدالعلی محمدی^۲

رقیه شهابی^۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۵/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۵/۱۰

چکیده:

شروط، همانند قرارداد، مظهر حاکمیت اراده و خواست طرفین بوده که در انعقاد قرارداد نقش مستقیم، با واسطه و بسزایی دارد و بنظر بسیاری از حقوقدانان و فقها، شرط محرک و داعی و انگیزه ایجاد هر عقد است و چه بسا در صورت عدم توافق در شرط، بسیاری از عقود به مرحله فرجام نخواهد رسید، اگرچه در نظر حقوقدانان ایرانی و انگلیسی و حتی فقهای امامیه شرط، یک اصل تبعی است زمانی که شرط مطرح می‌شود، قراردادی باشد و بدون وجود قرارداد طرح شرط بی معنا خواهد بود در حاکمیت اراده طرفین بواسطه نظارت دولتها در نظام های حقوقی، محدودیت هایی گذاشته اند ولی این محدودینها هیچ تاثیری در قدرتنمایی شروط ندارد و این اراده با در نظر گرفتن دیگر اصول از جمله اصل حسن نیت اصل انصاف و اصل نفی عسر و حرج و قاعده لاضرر با دخالت قوای مقنن هر کشور در قراردادها مورد حمایت قرار گرفتند ولی از باب نظم عمومی محدودیت هایی در اجرای آن گذاشتند لذا در این مقاله خواهیم دید که بواسطه دخالت دولتها افراد آنقدر هم در تعیین شروط آزاد نیستند و حتی فقها بعنوان یک قاعده بیان داشتند "مامن عام" الاوقدخص" یعنی هیچ اصلی وجود ندارد مگر اینکه تخصیص خورده باشند، بر همین مبنا محدودیت هایی بر سر راه این اصل گذاشتند که در بسیاری از موارد آن محدودیت ها نه تنها با حاکمیت دولتها در تعارض نیستند بلکه با نظم عمومی و اخلاق حسنه هم تضادی ندارند، ولی دولتها بنا بر مصالح جمعی نسبت به ایجاد آن محدودیت اقدام کرده اند بر همین مبنا قلمرو شروط با در نظر گرفتن این محدودیتها در هر کشور تعیین می‌شود..

کلمات کلیدی: اصل آزادی شروط، حاکمیت اراده، آزادی قراردادی، شروط ضمن عقد

^۱ دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد ورامین- پیشوا، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، ایران. dralizadeh۱۲۲@yahoo.com

^۲ استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد ورامین- پیشوا، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، ایران (نویسنده مسئول)

Abdmohammadi۱۳۴۸@gmail.com

^۳ استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد ورامین- پیشوا، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، ایران

R.shahaby@iauvaramin.ac.ir

آنچه که مسلم است و در حقوق کشورهای ایران و انگلیس و همینطور فقه امامیه مشترک است احترام به اراده افراد است، وجود اراده متعاملین بعنوان پایه گذار اصل آزادی قراردادی، در حقوق ایران به لحاظ تاثیرپذیری قوانین از منابع سرشار فقهی، موضوع شرط با ظرافت خاص مورد تدقیق و امعان نظر قرار گرفته است در حالی که در حقوق انگلستان تا قرن نوزدهم از نظر ماهوی، شرط توسعه چندانی نیافته بود و می توان گفت حقوق انگلستان به ویژه در مورد قراردادهای ساخته قرن نوزدهم و بیستم است به نحوی که نویسنده کتاب تفاسیری بر حقوق انگلیس که چهار جلد است و درسالهای ۱۷۶۵ تا ۱۷۶۹ منتشر شده، فقط ۲۶ صفحه را به حقوق قراردادهای اختصاص داده بود و این نخستین کتاب در زمینه حقوق قراردادهای در انگلیس است که در سال ۱۸۴۷ منتشر شد.

اگرچه شرط در هر سه نظام حقوقی پذیرفته شده، ولی این بدان معنا نیست که دولتها دست افراد را در تعیین شروط باز گذاشته و شرایط را برای سوء استفاده کنندگان مهیا کرده اند بر همین مبنا در هر سه نظام حقوق ایران، انگلیس و فقه امامیه همانند سایر نظام های حقوقی دنیا محدودیت هایی بر سر راه تجار و افراد در تعیین شروط قرار دادند، لذا در باب محدودیت شروط در این مقاله می خوانیم که در هر سه نظام حقوقی ایران، انگلیس و فقه امامیه علی رغم وجود تفاوت های بنیادی، اشتراکاتی وجود دارد، از جمله وجود شروط نامشروع و ضمانت اجرای شروط نامشروع و مغایرت شرط با نظم عمومی و اخلاق حسنه که بطلان مطلق شرط را به همراه دارد ولی بدلیل اختلاف در معنای واژه ها از جمله شروط نامشروع و اخلاق حسنه حتی نظم عمومی بین دو نظام ایران و انگلیس نمی توان نتیجه واحدی را برای این دو عنوان انتظار داشت، البته در تعریف معنوی نظم عمومی و اخلاق حسنه در دو نظام حقوقی ایران و انگلیس یک رابطه عموم و خصوص من وجه حاکم است بنحوی که در باب شرط نامشروع در حقوق ایران به وصف مواد ۲۳۲ قانون مدنی ایران، محکوم به بطلان است و اگر شرط مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد همین حکم بر آنها جاری است، و در نظام حقوقی انگلیس در خصوص شروط مهم (condition) هم همین حکم جاری است و نقطه اشتراکی که در هر سه نظام در باب مشروعیت شروط وجود دارد الزام به عدم مغایرت آن با قوانین امری است، به عبارتی آن چه که باعث زوال شرط می شود تضاد آن با قوانین امری است که محکوم به بطلان خواهد بود و این حکم در هر سه نظام حقوقی بعنوان محدودیت اصلی در تعیین شروط شناخته شده که در صورت احراز مغایرت محکوم به بطلان است، البته با وجود تفاوت معنوی در معنای مشروعیت شروط در قوانین ایران و انگلیس تبیین اشتراکات آن نیاز به بررسی بیشتری دارد ولی این موضوع در قانون ایران و فقه امامیه بدلیل تاثیر پذیری قانون ایران از فقه امامیه بالاخص نظرات شیخ انصاری این شکاف بسیار کمتر به چشم می خورد.

شرط به جهت تبعی بودن در صورت حیات قرارداد باقی هستند و با زوال قرارداد زائل خواهند شد ولی در عمل خواهیم دید اگر چه شرط از جهت ایجاد و وابسته به قرارداد است ولی بسیاری از شروط حتی با زوال قرارداد دارای حیات بوده و چه بسا این شروط برای بعد از زوال قرارداد پیش بینی شده اند، موضوعی که در قراردادهای عمومی و خصوصی و حتی پروتکل و معاهدات بین المللی هم مشهود است بنحوی که شرط بعنوان یک اصل می تواند قلمرو وسیع و بی نهایتی داشته باشد و به استناد این اصل در بسیاری موارد می توان، شروطی را در قرارداد گنجانده و استدلال کرد که به استناد اصل آزادی تعیین شروط قراردادی هر شرطی که در قرارداد بیاید الزام آور است و محدوده قلمرو آن مبتنی بر اصل آزادی تعیین شروط قراردادی است (Michael, ۱۹۹۳).

این مقاله درصدد تعیین حدود حاکمیت اراده طرفین در تعیین شروط قراردادی و مقایسه تطبیقی آن در حقوق ایران، انگلیس و فقه امامیه می باشد.

۲- حدود حاکمیت اراده طرفین در تعیین شروط قراردادی در حقوق ایران، انگلیس و فقه امامیه :

در باب موضوع حدود حاکمیت اراده افراد در تعیین شروط قراردادی در حقوق ایران نظرات متعددی از طرف حقوقدانان ایرانی بیان شده است: دکتر محمدعلی اعلائی فرد، در خصوص قلمرو حاکمیت اراده افراد در شروط قراردادی در معاملات تجاری با پذیرش این اصل، چنین بیان داشت: "اصل حاکمیت اراده یا اصل آزادی قراردادی در مکتب اصالت فردی ریشه دارد، این تاجر است که تصمیم می گیرد چه زمانی و چه شکلی و با چه کسی و تحت چه شیوه ای و تحت چه ضوابطی و با چه شرایطی با فرد دیگر وارد معامله شود، به عقیده شارحین، اصل آزادی در تعیین شروط، مخلوق اراده طرفین است بنابراین حق مسلم آنان است که اصول و قواعد حاکم بر آن را معین نمایند در واقع اصل حاکمیت اراده جزء حقوق طبیعی افراد است لذا برابر ماده ۱-۱ اصول قراردادهای تجاری بین المللی، طرفین قرارداد آزاد هستند که هر شرایطی را در قرارداد بگنجانند و محتوای آن را تعیین کنند (اعلائی فرد، ۱۳۹۶، ص ۹۰) لذا ایشان در ادامه همین بحث بیان داشت: "یکی از آثار حاکمیت اراده، حق انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای توسط تاجر در قراردادهای بین المللی است، اصل حاکمیت اراده به تاجر این اختیار را می دهد که چه قانون حاکم بر حل و فصل اختلافات خود را تعیین کنند این قانون می تواند قانون متبوع باشد و با هر یک از طرفین یا ثالث باشد" (اعلائی فرد، ۱۳۹۶، ص ۹۱) دکتر امیر انتظاری هم در مقاله خود در خصوص اصل آزادی تعیین شروط قراردادی اینچنین بیان داشت: "هرچند اصل آزادی قراردادهای و حاکمیت اراده در مباحث حقوق قراردادهای و تعهدات، اصلی پذیرفته شده است اما با حضور پدیده قانونگذاری و تعیین قواعد و ضوابط الزام آور در جوامع، مقوله ای تحت عنوان مشروعیت ایجاد شده که چون جنبه عمومی قدرتمندی دارد در مقابل اصل فوق عرض اندام نموده و آن را محدود می کند. (امیرانتظامی، ۱۳۹۵، ص ۸). در ماده ۱۰ قانون مدنی ایران بیان داشت: "قراردادهای خصوصی، نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف نص صریح قانون نباشد نافذ است" اگر چه این ماده بر حکومت اراده، دامنه گسترده تری می دهد و از انحصار عقود معینه خارج می کند اما مواد دیگر، محدودیتهای اساسی شروط در قراردادهای ایجاد می کند اما قدرت ماده ۱۰ چنان قوی است که با وجود محدودیت ها اثر اصلی خود را در بیان اراده ها در قرارداد خواهد گذاشت. که مجموعه این آثار در جمله خلاصه می شود، اول اینکه طرفین می توانند آزادانه شرایط و آثار قرارداد را تعیین کنند دوم اینکه اثر قرارداد محدود به کسانی است که در قرارداد حضور دارند سوم اینکه نیاز به تشریفات خاصی ندارد و چهارم اینکه اصحاب ملزم به رعایت مفاد قرارداد هستند. (امیرانتظامی، ۱۳۹۵، ص ۹۰). دکتر خناری نژاد در کتاب خود نوشت، "هدف توزیعی نیز یکی از دلایل محدودیت بر اصل آزادی تعیین شروط قراردادی است" (خناری نژاد، ۱۳۹۶، ص ۷۲). باید گفت این دیدگاه بسیار گسترده است زیرا هر نوع دخالت دولت نتایج توزیعی دارد چه بسا بسیاری از این موارد ایجاد محدودیت محسوب نمی شود، با این حال ملاحظات محدودیت ها در اصل حاکمیت در حقوق انگلیس و مقایسه آن با حقوق ایران تفاوت هایی چند را نشان می دهد همانطوری که در مورد حقوق انگلیس بیان شد عمده محدودیت ها بر اصل حاکمیت اراده، بر محور عدالت و انصاف دور می زند و در حقوق ایران بر محور نظم عمومی و اخلاق حسنه، بعنوان مثال هدف از جلوگیری استثمار و ناعادلانه بودن بعضی قراردادهای، قابل انطباق با نظم عمومی اقتصادی می باشد در واقع این تغییر به ماهیت نظم عمومی اقتصادی برمی گردد که اهدافی چون عدالت توزیع عادلانه ثروت و حمایت از طرف

های ضعیف قرارداد را در بطن خود دارد. لذا دکتر کاتوزیان در کتاب خود می نویسد: "در خصوص سقوط بعضی از اختیارات نیز گفته شده، که با مانع نظم عمومی روبه روست به عنوان مثال شرط سقوط اختیار تعذر تسلیم با مانع نظم عمومی اقتصادی روبه رو بوده و قابل اسقاط نیست همینطور شرط سقوط اختیار تدلیس نیز تا جایی مجاز دانسته اند که با نظم عمومی در تعارض نباشد این تعارض بیشتر در فرض عدم آگاهی قربانی از تدلیس مشهود است در فرض هم که خیار عیب رنگی از تدلیس به خود می گیرد استدلال بر عدم امکان شرط سقوط اختیارات وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۲۹۲) لذا دکتر شهیدی در همین زمینه بیان داشت: "یکی از محدودیت های اراده افراد در تعیین شروط، عدم امکان اسقاط آن شروط بعد از ایجاد است خواه منشاء ایجاد آن اراده طرفین باشد یا قانون،" (شهیدی، ۱۳۹۹، ص ۱۲۵) در ماده ۲۲۴ قانون ایران بیان شد: که شرط صفت را هم نمی توان اسقاط کرد زیرا اسقاط شرط صفت مدنی بیان داشت "شرط نتیجه قابل اسقاط نیست" اگر چه در خصوص شرط صفت، تصریح قانونی دال بر عدم اسقاط آن نداریم ولی با توجه به ساختار شرط صفت یعنی اسقاط تعهد ناشی از شرط و چون شرط صفت تعهد ایجاد نمی کند پس قابل اسقاط نیست، به عبارتی اگر مورد معامله وجود مشروط له را دارا باشد پس شرط حاصل شد پس دلیلی بر اسقاط وجود ندارد و اگر مورد معامله فاقد وصف مشروط باشد که معلوم میشود محقق شرط ممتنع بوده و امری که ممتنع است وجود ندارد که قابل اسقاط باشد، ولی در صورت فقدان وصف شروط در مورد معامله برای خریدار حق فسخ ایجاد میکند که اصطلاحاً "به آن خیار تخلف وصف گویند. دکتر کاتوزیان در کتاب قانون مدنی خود نوشته است: "قانون مدنی ایران یکی دیگر از موانع اصل آزادی در تعیین شروط قراردادی را اخلاق حسنه عنوان کرد لذا در ماده ۹۷۵ همین قانون اخلاق حسنه را یکی از منابع نظم عمومی قرارداده است" ولی ماده ۶ آ.د.م ایران در کنار نظم عمومی و در زمره موانع نفوذ قراردادها اخلاق حسنه را آورده چنین گفته است "عقود و قراردادهایی که مغایر نظم عمومی و برخلاف اخلاق حسنه باشد در دادگاه ترتیب اثر داده نخواهد شد" پس باید دید چه رابطه ای بین اخلاق حسنه و نظم و عمومی وجود دارد لدت ایشان در همین کتاب در این خصوص بیان داشت "اخلاق حسنه چهره خاصی از نظم عمومی است" با آنکه منظورنهایی، اخلاق حسنه ساختن انسانی منزه و پارسا است و حقوق به برابری نظر دارد، نظام حقوقی زیراد بسیاری از موارد که حفظ عدالت اجتماعی تکمیلی بودن قانون و نفوذ قرارداد مستلزم دور است و باید از دلایل خارجی دیگر برای این مساله راه حل بیابیم (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۱۰۶).

در باب حدود حاکمیت اراده در تعیین شروط قراردادی در نظام حقوقی انگلیس، دکتر احمد ترابی در باب محدودیت شروط در حقوق انگلیس اذعان داشت: "شرط محدودیت (معافیت) شروطی هستند که اگر جزئی از قرارداد و موثر در قرارداد تشخیص داده شود یک طرف قرارداد را قادر خواهد ساخت که از مسئولیت معاف گردد والا مسئول خواهد بود، شرط محدودیت مشابه شرط معافیت است ولی آشکارا در صدد محدود کردن مسئولیت است نه اینکه مسئولیتی را مستثنی کند، لذا برای اینکه شرط معافیت مورد اتکا قانونی یا به وسیله قواعد حقوقی یا عرفی مورد اتکا قرار گیرد باید سه نکته در آن اجرا شود اول اینکه شرط داخل قرارداد گنجانده باشد دوم اینکه شرط خسارت مورد شکایت را در برگیرد سوم اینکه آن شرط به وسیله مداخلات قانونی یا به وسیله قواعد حقوقی مربوط به بطلان از اثر نیافتاده باشد (ترابی، ۱۳۹۴، ص ۲۴۰) دکتر خبازی نژاد در باب محدودیت و حدود حاکمیت آزادی در تعیین شروط قراردادی که محدود کننده اصل آزادی و یا حاکمیت اراده است گفت: "در نظام حقوقی انگلیس همانند دیگر نظام های حقوقی دنیا بحثهای مفصلی شده است پرفسور اسپنبرگ چهار دلیل برای وجود محدودیت بر اصل آزادی قراردادی که اصل آزادی در تعیین شروط قراردادی هم در شمول این چهار دلیل است را بیان نموده که عبارتست از: اول استثمار طرفی که در تنگدستی است دوم عدم اهلیت برای معامله

سوم مضمون بودن و ارائه مشاوره ناعادلانه و چهارم ناآگاهی در مورد قیمت، اگرچه این چهار دلیل به نوعی به نظم عمومی برمی گردد علی ایحال اوبا بیان این چهار دلیل نشان میدهد که چگونه اصل معامله در مواردی که مشروعیت ندارد متزلزل می شود (خناری نژاد، ۱۳۹۶، ص ۷۶) و در جای دیگر این حقوقدانان در باب محدودیت حاکمیت اراده اظهار داشت: دخالت دولت به منظور جلوگیری از استثمار یک عامل معروفی برای محدودیت آزادی قراردادی هاست استدلال این است که اگر بین آزادی قرارداد در صورت داشتن نتیجه استثمار نمی بایست بعنوان یک اصل معتبر پذیرفته شود، این عدم پذیرش به این علت است که اصل آزادی قراردادی، قرارداد همه عوامل قدرت قراردادی را شامل عوامل استثمار نیز میشود تا تایید می کنند این عمل غیرقابل پذیرش است و دلیلی است که برای مداخله دادگاه از اجرای این اصل در موارد استثمارگری جلوگیری کند، بنابراین مطابق این نظریه هرگونه معامله ای که منجر به استثمار شود غیر منصفانه خواهد بود. (خناری نژاد، ۱۳۹۶، ص ۷۷) پرفسور تربیل کوک دلایلی را برای محدودیت بر سر راه اصل آزادی قرارداد ارائه داده که عبارت است (Trobil, Michael, ۱۹۹۳. p. ۳۶۲) از اجبار، اکراه، اطلاعات نامناسب، معایب اطلاعات متناسب و اوصاف بیرونی کالا بطور کلی دخالت دولتها، تحت عنوان حمایت از اشخاص طرف قرارداد و در بعضی موارد بخاطر منافع عمومی موجبات ایجاد موانع بر سر راه اصل آزادی را فراهم می کنند (خناری نژاد، ۱۳۹۶، ص ۷۶)، در حقوق انگلستان فقط تعهداتی لازم الاجراست که یا در یک سند رسمی درج شده باشد و یا در مقابل عوضی داده شده باشد خصیصه اصلی نظریه عوض آن است که برای آن که شروطی اثر قرارداد داشته باشد باید چیزی که در چشم قانون ارزشمند است در مقابل آن ارائه شده باشد دعوی توماس علیه توماس (این چیز ارزشمند را می توان به شکل یک تعهد متقابل یک فعلبا خودداری از انجام یک فعل نشان داد (میر صادقی، ۱۳۸۹، ص ۲۱) اگر چه در حقوق انگلستان غالباً مبتنی بر شرط صریح مندرج در قرارداد است ولی آن بدین معنا نیست که این نظام حقوقی به شروط ضمنی بی تفاوت باشد به قول لرد دینینگ رئیس دادگاه استیفا در دعوی بارتلت علیه سیدنی مارکوس (Berrlett v Sidney Marcuse, ۱۹۶۵) اتومبیلی که ایمنی لازم را برای رانندگی ندارد مسلماً "شروط لازم را برای تجاری بودن نداشته و قابل تجارت محسوب نمی شود مع الوصف این صفت در قرارداد هیچ صراحتی ندارد ولی از شروط ضمنی است که بر مبنای اوضاع و احوال و عرف حاکم به وضوح قابل استنباط است زیرا عرف حاکم دلالت دارد اتومبیلی موضوع تجارت است که ایمنی لازم را برای رانندگی داشته باشد لذا در دعوی لی علیه یورک (lee v york Coach Marince-۱۹۷۷-RTR ۳۵) اتومبیلی که ترمزهایش کار نمی کرد به وضوح از ایمنی لازم برای رانندگی برخوردار نمی باشد بنابراین بدلیل عدم وجود شروط صریح مانع پذیرش دعوی ندانسته و اعلام شد بدلیل وجود شروط ضمنی سلامت و صحت کار به وضوح از ایمنی لازم برخوردار بودن برای رانندگی برخوردار نبوده و غیرقابل تجارت محسوب می گردد این تعریف توجه به همه شرایط به همه شرایط مربوط دیگر را در برمی گیرد (میر صادقی، ۱۳۸۹، ص ۳۳). یکی از محدودیت های اصل آزادی تعیین شروط قراردادی در حقوق انگلستان الزام به ثبت شدن شرط است بموجب قانون شرکتهای انگلستان ضروری میدانند که شروط و تعهدات که بعنوان دیون ممتاز تلقی میشوند و در صورت ورشکستگی تاجر مقدم بر سایر دیون هستند باید در مرجع قانونی به ثبت برسند تا مورد ایراد سایر بستانکاران قرار نگیرند پرفسور آیتا که مولف یکی از مهمترین و مشهورترین کتب حقوقی در مورد بیع در انگلستان است عقیده دارد شرط حفظ مالکیت در حقوق انگلیس به وضوح تلاش برای طفره رفتن از لروم نسبت به موجب قانون شرکتهای است زیرا هدف تجاری این شرط آن است که در صورت ورشکستگی خریدار، حق تقدم و رجحان را به فروشنده اعطا می کند بنابراین بطور منطقی باید این شرط نیز از مقررات ثبت تبعیت کند (علمی، ۱۳۹۵، ص ۱۵) یکی دیگر از

موارد محدود کننده اصل آزادی در حقوق انگلستان شرط حق فسخ است که در قلمرو انصاف قرارداد دارد یعنی شرط حق فسخ قرارداد، جبران خسارتی است بر مبنای قاعده انصاف، فسخ قرارداد به عنوان یک راه منصفانه، بنا به صلاحیت است یعنی انجام این نوع از جبران خسارت و نحوه آن منوط به صلاح و احتیاط دادگاه انجام می پذیرد، شرط محدودیت در نظام حقوقی انگلیس مشابه است با شرط معافیت ولی آشکارا درصدد محدود کردن شروط می باشد، شرطی معافیت شرطی است که اگر جزئی از قرارداد، موثر تشخیص داده شود یک طرف قرارداد را قادر خواهد ساخت کردن مسئولیت است نه اینکه مسئولیتی را مستثنی کند شرط که از مسئولین معاف گردد والا مسئول خواهد بود (ترابی، ۱۳۹۴، ص ۲۴۰) دادگاه ها در مورد چنین شروطی (شروط محدود کننده) احم می کنند آنها مخالف این نوع قراردادها و ملزم شدن به حقوق و تعهدات آن هستند. به هر حال در جایی که طرفین با قید این شرط محدود کننده نسبت به انعقاد قرارداد توافق می کنند (ترابی، ۱۳۹۴، ص ۲۲۴) در دعوی *L Estrange* علیه *Grancob* در سال ۱۹۳۴ اظهار داشت: "هنگامی که سندی که شرایط قراردادی دربر دارد امضاء شود در اینصورت در فقدان کلاهبرداری یا من اضافه کنم در فقدان تدلیس، طرف امضاء کننده نسبت به آن تعهد متعهدات و اینکه او سند را خوانده یا نه کاملاً بی تاثیر است، دادگاهها درباره امضاء کردن بسیار سخت گیر هستند شما ملزم به آن چیزی هستید که امضاء می کنید چه سند را خوانده باشید یا نخوانده باشید و اگر شما سند را خوانده باشید چه آن را فهمیده باشید یا نفهمیده باشید به آن سند ملزم هستید بنابراین شرط محدود کننده می تواند به وسیله امضاء کردن در یک سند الزام آور شود در *law texts* بیان شده، من برای تحقیق راجع به اینکه آیا شرط محدود کننده به دلیل نامعقول بودن آن باطل است تامل نمی کنیم همه آن چیز که می گویم این است که آن شرط به قدری وسیع و به اندازه ای حق را تضعیف می کند که دادگاه نباید فروش را به واسطه آن شرط ملزم بشناسد مگر اینکه شرط به صریح ترین طریق به توجه او رسانیده شده باشد به منظور دادن آگاهی کافی از شرط لازم است آن شرط به جوهر قرمز تحریر شده و دست قرمزی به آن اشاره کرد این شروط (محدود کننده) همه از اهمیت یکسانی برخوردار نیستند اصطلاحات قراردادی مهم را شروط (*condition*) خوانده میشود و خودش را آزاد لذا آن قرارداد در نظر بگیرد، در نقص شرط یا نقص ضمانت به مطالبه خسارت صورت می گیرد اما در نقص شرط علاوه بر خسارت، فسخ قرارداد نیز امکان پذیر است (ترابی، ۱۳۹۴، ص ۱۹۹) دکتر صفایی در ترجمه کتاب در آمدی بر حقوق تطبیقی بیان داشت: حقوق انگلیس هرگز یک حقوق عرفی نبوده است، بلکه حقوقی مبتنی بر آرای قضایی است کامن لا دارای این نتیجه بوده که سبب نابودی حقوق عرفی انگلیس که در عرف های محلی متجلی بوده شده است کارکرد کنونی قاعده سابقه با مفهوم رویه قضایی پایدار (*jurisprudence*) *constate standage Rechtspre* که به مفهوم عرف نزدیک است ناآشناست و از این رو نمی توان حقوق انگلیس را مبتنی بر عرف قضایی دانست زیرا سابقه الزام آور بایک رای منحصر به فرد هم که یک دادگاه عالی صادر کرده است ایجاد می شود و تکرار قاعده در آرای متعدد که از آن به رویه قضایی تعبیر می شود لازم نیست (داوید، اسپینوزی، ۱۳۹۵، ص ۲۳۰)

شهید ثانی در کتاب شرح لمعه بیان داشت: "یصح اشتراط سائغ فی العقد اذا لم یوڈ الی جهاله فی احد العوضین او یمنع منه الكتاب و السنه و جعل ذلك شرطاً بعد فیه السائغ تکلف "هر شرطی که صحیح و جایز باشد می توان در عقد گنجانده البته در صورتی که موجب جهات و مغایرت کتاب و سنت نباشد که بیانگر حدود و محدودیت شرط می باشد (میرشفیعی، ۱۳۷۸، ص ۱۶۳)

شهید اول هم در لمعه آورده است: "شرط کردن امر جائز در عقد صحیح است در صورتیکه به جهل در یکی از عوضین (ثمن یا ثمن) منجر نشود یا کتاب و سنت از آن شرط منع نکرده باشد و همینطور چنانکه شرط شود تاخیر انداختن تحویل مبیع یا ثمن را هر اندازه هر یک از آن دو بخواهد بدون ذکر مدت، همچنین شرط باطل شود به اینکه امر غیر مقدوری را برای مشروط علیه شرط کند" (شهید ثانی، جلد ۶، سال ۱۳۹۶، ص ۴۱۷) شیخ انصاری در مکاسب محدودیت هایی در اعمال اصل آزادی تعیین شروط را در بعضی از عقود بیان کرد، نخستین عقود که اصل آزادی تعیین شروط در آن با محدودیت مواجهه شد عقد نکاح است که در این عقد امکان شرط فسخ وجود ندارد که به اتفاق فقها شیعه در عقد نکاح خیار داخل نمی شود لذا شیخ انصاری در مکاسب باب نکاح بیان داشت: "النکاح فانه لا یدخله اتفاقاً، کما کان الخلاف و المبسوط و السرائر و الجامع المقاصد و المسالك: الاجماع علیه، ولعله لتوقف ارتفاعه شرعاً علی الطلاق وعدم مشروعیه التقابل فیه". همانسان که از خلاف، مبسوط، سرائر، جامع المقاصد و مسالك برا این مطلب اجماع نظر دارند شاید این باشد که مرتفع شدن اثر نکاح شرعاً بسته به طلاق است و شارع برای رفع نکاح تنها طلاق را شرعی دانسته و اقاله در نکاح مشروعیت ندارد بلکه باید از راه طلاق عقد را بر هم زد (شیخ انصاری، ۱۳۹۴، ج ۹، ص ۲۲۳) و همینطور در باب وقف بیان شد: "الوقف فان المشهور عدم دخوله فیه، و عن المسالك: انه موضع و فاق و یظهر عن محکی السرائر و الدروس وجود الخلاف فیه و ربما علل با شترط القریه فیه و انه فک ملک بغير عوض، و الکبری فی الصغیر مبین ممنوعه" که در منظر مشهور در عدم دخول شرط فسخ در وقف است از مسالك نیز نقل است که این مساله اجماعی است و ظاهر آنچه از سرائر و دروس نقل شده وجود اختلاف نظر فقها در مورد دخول خیار شرط در عقد وقف است، در مکاسب یکی دیگر از مواردی که جهت تعیین شروط، محدودیت قائل شده عقد رهن است و آمده است: "ومنه الرهن فان المصرح به فی غایه المرام عدم ثبوت الخیار للرهن، لان الرهن وثيقه للدين و الخیار ینافی الاستیثاق" از جمله عقود مورد نظر، عقد رهن است آنچه در غایت المرام بودن تصریح شده این است که برای رهن خیار وجود ندارد (شیخ انصاری، ۱۳۹۴، ج ۹، ص ۲۲۴) در کتاب لمعه دمشقیه شهید اول آمده است: در عقد رهن شرط است عین مملوکی باشد که قبض دادن آن ممکن و فروختن آن صحیح باشد بنابراین صحیح نیست رهن گذاشتن منفعت و دین (شهید اول، ۱۳۹۴، ص ۲۵۸) علامه حلی در کتاب تبصره المتعلین بیان داشت: "اذا حجر علیه الحاكم بطل تصرفه فی ماله مادام الحجر،" هرگاه حاکم، ورشکسته را از تصرف ممنوع ساخت هرگونه عمل ولی در مال باطل است تا از او رفع حجر شود (شهید اول، ۱۳۹۴، ص ۲۶۰) و همینطور ابن براج در کتاب مهذب گفته که جعل خیار شرط در عقد ضمان اشکالی ندارد سپس ابن ادریس در سرائر حکم به جواز شرط خیار در عقد علامه حلی هم در کتاب ارشاد و تذکره تصریح کرده اند که شرط خیار در ضمان جائز است و همینطور شهید اول در کتاب دروس گفته است شرط خیار در عقد ضمان جائز است و همینطور از محقق ثانی نیز در کتاب خود بیان داشت که اعتقاد به صحت شرط خیار عقد ضمان دارد (محقق داماد، ۱۳۹۷، ص ۲۱۰) در کتاب میرزا قمی آمده است: «اذا شرط ما خالف الشرع فلا ریب فی بطلان الشرط و اما فی العقد ففی بطلان له قولان اصحهما البطلان، لنا ان العقود تابعه للمقصود و المقصود هو العقد مع الشرط و اذا بطل الشرط بطل المقصود، لان انقضاء الكل بانقضاء جزئه و قصدا لكل لا یکفی فی قصد الجزء فاذا لم یکن الجزء مقصوداً منفرداً، لم یحصل حکم» (میرزا قمی، ۱۳۹۶، ص ۶۸) اگر شرط مخالف شرع باشد در بطلان شرط شکی نیست اما در بطلان عقد دو نظر وجود دارد که صحیح ترین نظر بطلان عقد است و دلیل ما این است که عقد تابع قصد است و مقصود عقد هم شرط است نه همراه با عقد وقتی شرط باطل باشد مقصود نیز باطل می شود زیرا کل بانتفاء جزئش منتفی می شود و قصد کل در قصد کردن جزء کافی نیست بنابراین وقتی جز به صورت منفرد و به تنهایی قصد

نشده باشد حکمی بر آن متصور نیست. میرزا قمی در همین کتاب بیان داشت: "فاذا اجب الشرط، الذی هو جزء المبیع و داخل فی احد ارکانه رفع مقتضی البیع فیرتفع نفس البیع" شرط در صورتی موجه و مورد قبول است که تنافی با مقتضای عقد نداشته باشد و مراد از مقتضای عقد عبارت است از آنچه که شرعا به سبب ذات عقد بدون مداخلت و تاثیر چیز دیگر حاصل می شود بنابراین عقد نباید عاری از مقتضای خود باشد. در ادامه بیان داشت "وکل شرط مخالف کتاب الله عزوجل فهو رده، هر شرطی که با کتاب خداوند عزوجل مخالف باشد مردود است (میرزا قمی، ۱۳۹۶، ص ۵۱) میرزا قمی در همین کتاب بیان داشت: "اذا شرط ما وافق الشرع، فان سلم فهو سلم فهو، ان لم یسلم لمشرطه فقالوا انه یفید التخییر بین فسخ العقد المشروط فیه و امضائه" اگر آنچه که موافق شرع است شرط شود مورد امضاء شارع مقدس خواهد بود در آن صورت اگر شرط انجام نشود غالب فقها گفته اند، عدم ایفاء شرط مفید تخییر است بین فسخ و امضاء عقد، که در آن شرط شده است، روایتی که از طریق عبد خاصه از محدثین شیعه وارد شده و کلینی و شیخ با سند صحیح از عبدالله بن سنان و از اباعبدالله (ع) روایت کرد "من اشترط شرطا مخالفا لکتاب الله عزوجل، فلا یجوز و لایجوز علی الذی اشترط علیه و المسلمون عند شروطهم فیما وافق کتاب الله عزوجل" هرکس شرطی مخالف با کتاب خداوند کند، به نفع او و علیه کسی که بر او شرط شده نافذ نخواهد بود و مسلمانان در جایی که شرط موافق کتاب خداوند عزوجل باشد نزد شروط خود ملزم هستند و باید به آن پایبند باشند (میرزا قمی، ۱۳۹۶، ص ۱۰۷). در کتاب مکاسب شیخ انصاری آمده "بقی الکلام فی ان المشهود تاثیر الشرط انما هو مع ذکره فی متن العقد، فلو ذکره قبله یفید، لعدم الدلیل علی وجوب الوفاء به صدق الشرط علی غیر المذكور فی العقد غیر ثابت مشهود است زمانی شرط (سقوط خیار) موثر است که در متن عقد ذکر شود بنابراین هرگاه متبایعین شرط سقوط را پیش از عقد ذکر کنند فایده ای ندارد (محقق داماد، ۱۳۹۷ ص ۲۹۸). لذا محقق داماد در این خصوص بیان داشت، هرگاه طرفین عقد پس از انعقاد قرارداد برسد بر موضوعی در مورد مفاد عقد، شرطی را منعقد نماید اینگونه شروط که بعد از انعقاد عقد توافق می گردد را شرط الحاقی می گویند که منظور شروطی است که در حین انعقاد عقد در اراده جایگاهی نداشته ولی پس از عقد، طرفین می خواهند الزام به آن را به عقد پیوند بزنند مثل اینکه پس از انعقاد عقد بیع، طرفین توافق کنند که بیع، بیع را در مکان یا زمان معینی تحویل دهد شیخ طوسی در کتاب خلاف ج ۳ صفحه ۲۱ بیان داشت: "لو شرط قبل العقد ان لایثبت بینهما خیار بعد العقد، صح" الشرط لزوم بنفس الایجاب و القبول"، هرگاه طرفین عقد بیع قبل از عقد شرط کنند که وقتی عقد منعقد می کنند خیاری میان آنان نباشد شرط مزبور صحیح و لازم الوفاست. و همینطور شیخ انصاری هم بیان داشت: "ان یکون مخالفا کتاب و سنت فلو اشترط فیه حرا" و توریث اجنبی کان فاسدا" لان مخالف الكتاب و سنه لایسوعهما شی"، برای شرط ۹ مورد محدودیت بیان کرد از جمله اینکه شرط نباید مخالف کتاب و سنت باشد از شروط صحت شرط عدم مخالفت آن با کتاب و سنت می باشد "ان یکون منافیا لمقتضی العقد ولا لم یصح" اینکه شرط نباید با مقتضای عقد منافات داشته باشد و الا فاسد باطل است (محقق داماد، ۱۳۹۷ ص ۱۷۸). در موارد محدودیت شرط در مکاسب آمده است: فعن الشرایع و الارشاد و الدروس و تعلیق الارشاد و مجمع البرهان و الکفایه، دخول خیار شرط فی کل عقد شرط النکاح، الوقف، والایراء و الطلاق و العتق، و ظاهرها ماعدا الجائز و لذا ذکر هذه العبارة فی التحریر بعد ما منع الخیار فی العقود جائزه" از شرایع، ارشاد، تعلیق ارشاد، مجمع البرهان و کفایه الاحکام نقل شده است که خیار شرط در هر عقدی وجود دارد جزء عقود نکاح، وقف، ابراء، طلاق، عتق، البته ظاهر از هر عقد فقط جائز است نه اعم از لازم و جائز از این رو علامه در تحریر همین عبارت را، پس از بیان عدم دخول خیار در عقد جائز بیان کرده است و از اینجا روشن است که مراد کتاب یاد شده نیز عقود لازم است (شیخ انصاری، ۱۳۹۴، ج ۹، ص ۱۳)، دکتر محقق داماد در

کتاب نظریه عمومی قراردادها در خصوص حدود حاکمیت اراده در تعیین شروط بیان داشت شیخ انصاری اولین کسی بود که شرط را نه بعنوان یک قاعده بلکه به عنوان یک پدیده فقهی و حقوقی نمایان کرد، لذا مواردی که شیخ انصاری به عنوان حدود شرط بیان داشت را ذکر می‌کنیم (محقق داماد، ۱۳۹۷ ص ۱۶۵):

- مقدور بودن شرط برای شروط علیه
- سائغ بودن شرط
- وجود غرض عقلایی در شرط
- مخالف نبودن شرط با کتاب و سنت
- مخالف نبودن شرط با مقتضای ذات عقد
- منجر بودن شرط
- فی نفسه جائز باشد
- مجهول نباشد

شهید ثانی در کتاب شرح لمعه بیان داشت: "یصرح اشتراط سائغ فی العقد اذا لم یود الی جهاله فی احد العوضین او یمنع منعه الکتاب و سنت و جعل ذلک شرطاً" بعد قید السائغ تکلف " شرط کردن امور جایز در عقد صحیح و جایز است البته در صورتی که موجب جهالت در مبیع و یا ثمن نشود و کتاب و سنت از آن منع نکرده باشد قرار دادن این امور پس از آوردن قید امور جایز لزومی ندارد و زحمت دادن به خود است (اعلایی فرد، ۱۳۹۶، ص ۹۰) و همینطور در باب خیار شرط گفت، "خیار شرط هو یحسب الشرط اذا کان الاجل مضبوطاً متصللاً بالعقد ام منفصلاً" نحوه این خیار بسته به چگونگی شرط است که در عقد ذکر شده است در صورتی که زمانی که برای آن تعیین شده، مضبوط و مشخص باشد خواه مدت معین شده به عقد باشد یا جدا از آن (شهید ثانی، سال ۱۳۹۶، ص ۳۵۵).

۳- جمع بندی و نتیجه گیری:

در این مقاله بیان شد که در باب وجود محدودیت در تعیین شروط و تاثیر آن در اصل حاکمیت اراده، در هر سه نظام حقوقی ایران، انگلیس و فقه امامیه بنحوی مورد پذیرش قرار گرفت که با بررسی میدانی و کتابخانه ای این تاثیر که موجب محدودیت حاکمیت اراده طرفین در تعیین شروط قراردادی شده، در شرح مقاله به تفصیل بیان شده است، علی ایحال در نظام حقوقی ایران این محدودیت به نحوی بیان شده که در بسیاری موارد در صورت عدول از آن می‌تواند موجب ابطال عقد را هم به همراه داشته باشد، زیرا وقتی عقدی منعقد می‌شود طرفین طبق قانون می‌توانند با اراده کامل شرط خیار فسخ خود را اعمال کنند و این حق را هم دارند که مطابق ماده ۴۴۸ قانون مدنی شرط سقوط خیار هم بنمایند، و از طرفی هم اصل حاکمیت اراده اقتضاء دارد که هرکس بتواند از حق خود صرف نظر کرده و آن را اسقاط نماید و مبنای حکم شرط سقوط خیار نیز اصل حاکمیت اراده بوده و چهره ای از ماده ۹۵۹ قانون مدنی می‌باشد که مقرر می‌دارد: "هیچکس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند"، همان گلیه که اصل حاکمیت اراده به عنوان مبنای شرط سقوط خیار در نظر گرفته می‌شود محدودیت های این اصل نیز در حکم شرط سقوط خیار باید

مد نظر باشد که مبتنی بر اصل نظم عمومی است، در حقوق انگلیس عمده محدودیت‌ها بر اصل حاکمیت اراده، حول محور عدالت و انصاف دور می‌زند و در نظام حقوقی ایران بر محوریت نظم عمومی و اخلاق حسنه قرار دارد در عین حال، هدف این محدودیت‌ها، جلوگیری از استثمار و ناعادلانه بودن بعضی شروط در قراردادها خواهد بود در نظام حقوق انگلیس آنچه قابل انطباق در نظام حقوق ایران است، نظم عمومی اقتصادی می‌باشد، ضرورت وجودی محدودیت آزادی در تعیین شروط قراردادی مستلزم مبانی فلسفی خواهد بود که توجیه‌کننده این محدودیت باشد، در واقع صحبت از قالب تفسیری این تئوری آن است که از باب نمونه حکم موجود در ماده ۴۴۸ قانون مدنی ایران و قرارداد حاوی شرط سقوط اختیارات، با تفسیر نظری تعدیل می‌گردد یعنی باین حکم منطقی و جامع و عادلانه برای محدودیت شرط بر پایه تفسیری که بر بنیاد عقلانیت ذاتی و باطنی قانون باشد در تفسیر قرارداد حاوی محدودیت شروط، روش تفسیری عینی مطلوب نظر بوده و هدف حکم منطقی و عادلانه برای شروط قراردادی را تأمین می‌کند، مع‌هذا رویکرد تفسیر فوق با مکاتب تفسیری رئالیسم و مصرف‌کننده مداری در حقوق انگلیس دارای مشابهت وافر بوده و قابل مقایسه می‌باشد چرا که از نظر پیروان مشترک مکتب رئالیسم و مصرف‌کننده مداری، قواعد حقوقی باید دادگاه را ملزم نمایند تا با استناد به اصول کلی منطقی بودن، عدالت، معقول بودن و نظایر آن در مورد شروط و قراردادها تصمیم‌گیری کنند حال بر اساس مبانی یاد شده می‌توان به محدودیت‌های شروط در جنبه‌های مختلف پرداخت در این راستا در باب فقه امامیه به نوعی اختیاراتی که در قانون مدنی ایران تصریح شده که به تاسی از فقه امامیه می‌باشد و با اراده طرفین قابل اسقاط و یا تغییر نیست باید توجه کرد که بر مبنای موازنه محدودیت‌ها، این نوع اختیارات را به دسته جاتی تقسیم نموده‌اند و سپس به بیان حکم منطقی برای شرط سقوط اختیارات که مبتنی بر اراده طرفین است التفات نمود که از محدودیت‌های اصل آزادی تعیین شروط قراردادی محسوب می‌شود که از جمله آن اختیارات می‌توان به خیار نتیجه اشاره کرد که فرد اراده در ایجاد آن دارد ولی قادر به اسقاط آن نیست و در بسیاری از عقود از جمله عقد نکاح، وقف و ضمان و رهن هم در باب اختیارات قانونگذار محدودیت‌هایی شناخته که بدلیل مغایرت با اقتضای ذاتی آن قابل توافق نمی‌باشند و اراده طرفین نمی‌تواند در اینجا کارساز بوده و از قبل در ضمن عقد موجبات اسقاط آن را رقم بزند که این محدودیت‌ها در نظم عمومی اخلاق حسنه ریشه دارد.

در مقام بررسی تطبیقی و مقایسه‌ای از نتایج و آثار نظریه عمومی در حقوق انگلستان به بیان حکم منطقی شروط معافیت و محدودیت‌های آن پرداخته‌ایم در واقع طرح محدودیت‌های شروط مزبور به بیان حکم منطقی برای آن کمک می‌کند که این محدودیت‌ها تحت عنوان ابزار نظارتی نظری و قانونی شناخته شوند و در واقع دکترین، به مشابه ابزار نظارتی نظری به شروط معافیت حاکم هستند که همانا دکترین نقص اساسی و تدلیس می‌باشند، قانون شرایط نامنصفانه قراردادی نیز به طور ویژه بر قلمرو اجرای شروط معافیت اعمال محدودیت می‌کند و در واقع مهمترین ابزار نظارت قانونی بر این شروط هستند قانونگذار ایران موارد محدودیت را بر مبنای چند ماده قانونی احصاء کرده که در مواد ۹۵۹ و ۲۳۲ و ۲۳۳ بر مبنای نظم عمومی و اخلاق حسنه پایه ریزی شده است. لذا در مقام پیشنهاد اصلاح مقرر از باب محدودیت شروط در بسیاری از موارد تحت عنوان نظم عمومی و اخلاق حسنه قوانینی تدوین شده که بدلیل کلی بودن و همینطور تغییر شرایط زمانی می‌تواند به اصل آزادی تعیین شروط قراردادی لطمه اساسی وارد آورد لذا قانونگذار با بهانه حفظ نظم عمومی باین محدودیت‌ها از جمله مشروعیت شرط که در بند ۳ ماده ۳۲۲ قانون مدنی ایران بیان داشت بدون اینکه تعریفی از مشروعیت داشته باشد دست قضا را در انحصارگرایی شرط باز گذاشته، که در این صورت دیگر اثری از اصل آزادی تعیین شروط

قراردادی که مبتنی بر اصل آزادی حاکمیت اراده ها است نخواهد بود حتی ماده ۹۵۹ همین قانون که بیان داشته : "هیچکس نمی تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند" در حقیقت بی احترامی به اصل حاکمیت اراده افراد و شعور آنها بوده که قانونگذار با هدف جلوگیری از افراد سود جو این قانون را وضع کرد اگر چه در سال ۱۳۱۳ که این قانون وضع شده بدلیل کم سوادی شهروندی این ضرورت ایجاب می کرد که چنین قانونی را داشته باشد حالا که در ابتدا قرن ۱۴ هستیم بر عکس آن زمان وجود این قانون ابزار سوء استفاده افراد استعمارگر بر علیه شهروندان خواهد شد. لذا همانطوریکه در قراردادهای بین المللی به نحوی قلمرو اصل آزادی در مقیاس وسیعتر از قوانین داخلی است و اصل تجارت آزاد ایجاب می کند که اراده افراد در قراردادها بیشتر مدنظر قرار گیرد با تعریف مضیق از نظم عمومی و اخلاق حسنه دایره مقیاس قلمرو اصل آزادی تعیین شروط قراردادی را باید توسعه داده و محدودیت های آن کاهش یابد چرا که با وجود این محدودیت ها محاکم بر مبنای اصل استقلال قضات ، با تفسیر موسع از آن موجبات موانع جدی بر سر راه تجارت آزاد ایجاد خواهند کرد و در تفسیر نظم عمومی، آنچنان شمولیت در ایجاد محدودیت ایجاد خواهد شد که در بسیاری از موارد موجب تزلزل اراده ها می گردد، و این پدیده علاوه بر اینکه با نظم عمومی کنونی جامعه اقتصادی و تجاری سازگاری ندارد خود مانع دستیابی تاجر به حقوق مسلم خود خواهد شد اگر چه در قراردادهای بین المللی تا حدودی این موانع برطرف شده و تاجر در تعیین قانون و حتی دادگاه صالح برای رسیدگی به اختلافات مختار و متکی به اراده طرفین است موضوعی که ارتباطی به نظم عمومی و اخلاق حسنه نداشته و از طرفی زمینه احقاق حق تاجر را فراهم می کند در حالی که همین موارد هنوز در حقوق داخلی مبتلا به می باشد. در باب تبعی بودن شرط هم با نگاه موسع برخلاف بسیاری از حقوقدانان و فقها که زوال و بقای آن را به اصل عقد وابسته می دانند هم امری غیر منطقی بنظر میرسد اگر چه شرط زائیده توافقاتی است که مبتنی بر عقد است ولی لزوماً زوال و بقاء آن نمی تواند وابسته به عقد باشد که نمونه بارز آن وجود شروطی است که بعد از فسخ و ابطال عقد جهت تعیین تکلیف عوضین و خساراتی که به طرفین وارد شده را روشن می کند. پروفیسور اسپنبر در باب شروط قراردادی از جهت ضرورت، محدودیت رابه چهار دسته تقسیم کرده ، که غالباً جهت جلوگیری از استثمار یک تاجر آن را ضروری دانسته و وجود اهلیت برای معامله و دفع ضرر و جلوگیری از جهل طرف از موارد محدودیت در شرط در حقوق انگلیس احصاء شده، که مبتنی بر نظم عمومی حاکم در انگلستان است. قطع نظر به موارد معنونه ، دخالت دولتها به بهانه جلوگیری از استثمار خود محدودیتهای غیر ضروری را برای شروط تعیین کرده که این منحصر به نظام حقوق ایران نبوده بلکه نظام حقوق انگلیس هم بر همین روال در قالب انصاف و عرف تجاری با دخالت دولتها همراه است، بر همین مبنا در حقوق انگلیس شروط را به مهم و غیر مهم دسته بندی شده و این دسته بندی تا حدودی منافع تجار را بهتر تامین کرده و میزان محدودیت شرط را که در بهم ریختن اراده افراد دخیل بوده تا حدودی کاهش داده است در حقوق انگلیس اثر فساد شرط را با توجه به نوع شرط تعیین کرده و شروط را به شرط مهم (condition) و شروط غیر مهم (warranty) تقسیم نموده و اگر شرط فاسد در دسته شروط غیرمهم باشد از قرارداد حذف می شود اگر چه در حقوق ایران این دسته بندی وجود ندارد ولی بنظر می رسد در دسته بندی که در موارد ۳۲۲ و ۳۲۳ قانون مدنی بیان شده به نوعی همین دسته بندی رعایت شده لذا مقرومه اصلاحی در این خصوص با اقتباس از قانون انگلستان تصریح در تقسیم بندی بنظر تجار را در تدوین آن در قراردادها سهل تر خواهد کرد. زیرا بقول دکتر محمدعلی اعلائی فرد، این تاجر است که تصمیم می گیرد چه زمانی و چه شکلی و با چه کسی و تحت چه شیوه ای و تحت چه ضوابطی و با چه شرایطی با فرد دیگر وارد معامله شود، به عقیده شارحین، اصل آزادی در تعیین شروط، مخلوق

اراده طرفین است بنابراین حق مسلم آنان است که اصول و قواعد حاکم بر آن را معین نمایند در واقع اصل حاکمیت اراده جزء حقوق طبیعی افراد است لذا برابر ماده ۱-۱ اصول قراردادهای تجاری بین المللی، طرفین قرارداد آزاد هستند که هر شرایطی را در قرارداد بگنجانند و محتوای آن را تعیین کنند پس نباید با ایجاد محدودیت های بی مورد این اختیارات را از تاجر سلب کرد.

منابع:

- ابوالقاسم بن محمد میرزاقمی (۱۳۹۶)، رساله شروط ضمن عقد، ترجمه امیربارانی بیروندی، انتشارات خرسندی
- دکتر امیرانظامی (۱۳۹۵)، بررسی تطبیقی شرط نامشروع در حقوق ایران و انگلیس - انتشارات کنگره بین المللی علوم انسانی، چ اول، تهران
- دکتر امیرخناری نژاد (۱۳۹۶)، نظریه عمومی شرط اسقاط اختیارات با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و ایران، انتشارات موسسه مطالعات پژوهشهای حقوقی، چاپ اول
- دکتر حسین محمد میر صادقی (۱۳۸۹)، مسایل تحلیلی از حقوق انگلستان، نشر میزان، تهران،
- دکتر حمیدرضا علمی (۱۳۹۵)، کتاب پژوهش حقوق و سیاست، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی
- دکتر فاطمه میرشفیعی (۱۳۷۸)، شروط ضمن عقد باب نکاح، بررسی و مقارنه مواردی در فقه - پژوهشکده فقه و حقوق اسلامی - شماره اول
- دکتر ناصر کاتوزیان (۱۳۷۲)، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا، چ ۵- ج ۵
- دکتر احمد ترابی (۱۳۹۴)، متون حقوقی حقوق قرارداد انگلستان، ج ۱، چ دوم، انتشارات نگاه بینه
- دکتر سید مصطفی محقق داماد (۱۳۹۷)، نظریه عمومی شروط و الزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی تهران، چ اول، ج دوم
- دکتر محمدعلی اعلائی فرد (۱۳۹۶)، حقوق تجارت بین الملل، انتشارات جنگل و جاودانه، تهران، چ اول
- دکتر مهدی شهیدی (۱۳۹۹)، شروط ضمن عقد، انتشارات مجمع علمی مجد، تهران، چ هفتم، ج چهارم
- رنه داوید - کامی ژوفره اسپینوزی (۱۳۹۵) کتاب درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر - ترجمه دکتر سیدحسین صفایی - انتشارات نشر میزان - چ یازدهم - تهران
- زین الدین بن علی شهیدثانی (۱۳۹۶)، شرح المعه الدمشقیه، ترجمه وتبیین، علی شیروانی، انتشارات دارالعلم، قم، چاپ شانزدهم، جلد ۶
- شیخ شمس الدین محمد بن مکی بن احمد عاملی: شهید اول (۱۳۹۴)، لمعه الدمشقیه ترجمه دکتر علیرضا فیض دکتر علی محذب.
- مرتضی بن محمد امین شیخ انصاری (۱۳۹۴)، المکاسب، ترجمه احمد پایانی، انتشارات نشر، قم، چ چهارم، ج ۹

- Trobil cock.Michael-J- The limits of freedom of contract chs-۱-۵ cambridge-Itarrard university press-۱۹۹۳.p.۳۶۲

The extent of the sovereignty of the will of the parties in determining the contractual terms in Iranian, British and Imami jurisprudence

abstract :

The condition, like the contract, is a manifestation of the rule of will and desire of the parties, which has a direct, mediated and significant role in concluding the contract, and according to many jurists and jurists, the condition is the stimulus of farewell and creative motivation of any contract. It will not end with contracts, although in the opinion of Iranian and British jurists and even Imami jurists, the condition is a subordinate principle. When the condition is raised, it is a contract, and without a contract, the condition will be meaningless. There are restrictions in the legal system, but these restrictions have no effect on the validity of the conditions, and this will is taken into account by considering other principles such as the principle of good faith, the principle of fairness, the principle of negation of hardship and the rule of no harm with the involvement of each country's legislature. They were supported, but they imposed restrictions on its implementation in terms of public order, so in this article we will see that due to the interference of governments, individuals are not so free in determining the conditions, and even the jurists stated as a rule. No, unless they are allocated, therefore They based restrictions on the principle that in many cases those restrictions not only do not conflict with the sovereignty of states, but also do not conflict with public order and good morals, but governments have acted to create that restriction on the basis of collective interests. Consideration of these restrictions is determined in each country.

Keywords: Principle of freedom of conditions, Sovereignty of the will, Contractual freedom, Conditions in the contract