بررسی تطبیقی شروط ضمن العقد در حقوق ایران و حقوق خارجی (فرانسه، سوئیس و انگلستان)

طاهره نبی زاده کفشگر[1]

چکیده

شروط ضمن العقد به دو دسته کلیه شروط صحیح و باطل تقسیم می شوند. شروط باطل نیز به دو نوع مبطل و غیر مبطل منقسم می گردند. شروط ضمن العقد در حقوق ایران شامل شرط صفت، فعل و نتیجه می باشد.این تقسیم بندی ملهم از متون فقهی است و در برخی از نظامهای حقوقی مانند فرانسه و انگلستان مشابه این اقسام شروط(البته با کمی تسامح) مشاهده می شود.به نظر می رسد برای صحت یک شرط کافی است که ویژگی هایی که منتهی به بطلان آن می شود در آن وجود نداشته باشد.و غیر از شروط باطلی که قانونگذار مدنی ذکر نموده اگر شرطی ضمن عقد گنجانده شود به دلیل شمول اصل آزادی قراردادها نافذ و معتبر باشد.

واژگان کلیدی:

شروط ضمن العقد/ اقسام شروط/ صحیح و باطل/ بررسی تطبیقی

۱- کارشناس ارشد حقوق خصوصی

1.پایگاه حقوقی، حق گستر

مقدمه

وقتی شرطی در ضمن یک قرارداد آورده می شود برای اعتبار و صحت آن لازم است خصوصیاتی که در قانون آمده است را داشته باشد. شرایط صحت شروط ضمن العقد هم در متون فقهی آمده و فقها از دیر باز درگیر مسائل مربوط به شرط فاسد و غیر فاسد بوده اند.

حقوق مدنی ایران نیز از این مسئله غافل نمانده و فصل مخصوصی را بدان اختصاص داده است.

تطبیق این موضوع با حقوق خارجی نیز در راس این مقاله است. فایده این کار علاوه بر آشنایی با قواعد و مقررات مربوط به شروط ضمن العقد در حقوق خارجی، از این جهت که منتهی به دست یابی به عمق وسعت دیدنسبت به قوانین کشورها و در نتیجه قیاس مشابهت ها و وجوه افتراق آن می گردد. با این نیت به تهیه و تدوین مقاله مزبور پرداخته ایم اگرچه نتیجه کار درای نواقص و نارساهایی خواهد بود که آن نیز به دلیل مبتدی بودن نویسنده در امر پژوهش است که امید است با راهنمایی خواننده گرامی این نارسایی برطرف گردد.

بنابراین ابتدا به بیان معنای شرط در سه نظام فقهی و حقوق داخلی و خارجی پرداخته (مبحث اول) ، سپس بعد از بیان انواع و اقسام شروط ضمن العقد (مبحث دوم)، به شرح تطبیقی شرایط صحت شروط ضمن العقد پرداخته ایم(مبحث سوم).

مبحث اول ـ مفهوم سازی و طرح مسئله

الف ـ اصطلاح شرط در فقه: در متون فقهی واژه شرط را به معنای تعهدی است که وفای آن برای طرفین تعهد الزام است، بکار برده اند و از دیدگاه اجتماع فقهیان شرط دو نوع است: یا شرط ابتدایی است یا ضمن عقد. (افتخاری،کلیات عقود و تعهدات،۱۳۸۲،ص۲۲۴)

شرط ابتدایی که در لسان حقوقدانان به عنوان یکی از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی نمونه بارز عقود غیر معین است، در فقه به معنای التزامی است که مستقل از عقد اصلی است و قبل از آن به صورت تعهد ابتدایی به وجود می آید.(قاسم زاده، اصول قراردادها و تعهدات ،۱۳۸۷ ، ص۱۳۰)

ازدیدگاه مشهور فقهای امامیه یک تعهد در صورتی الزام آور است که یا در قالب مشخصی قرار بگیرد یا اینکه به صورت تعهد فرعی است، در ضمن عقد معینی گنجانده شود، فلذا شروط ابتدایی که قبل از انعقاد تعهد اصلی بین طرفین توافق می شود، التزامی برای آنان نخواهد داشت.

(ذاکر صالحی، شروط ابتدایی و تطبیق آن با قراردادهای نا معین، ۱۳۸۳ ،ص ۵)

همانطور که می دانیم شرط ضمن العقد عبارت است از شرطی که در ضمن یک عقد به نفع کسی و به ضرر دیگری مقرر می شود.(دکتر افتخاری، کلیات عقود و تعهدات،۱۳۸۲،ص ۲۲۶) این شروط از این رو که به تبع التزام اصلی به وجود می آیند، الزام آور هستند. صرف نظر از اینکه در بین فقهای امامیه شهید اول چنین شرطی را الزام آور نمی داند اما اکثریت قریب به اتفاق فقها شرطی که در ضمن عقد آورده می شود را لازم الرعایه و الزام آور می دانند.(شکاری ، شرط ابتدایی، ۱۳۷۷، ص۳)

ب ـ اصطلاح شرط در حقوق مدنی ایران: به نظر می رسد در قانون مدنی ایران هم شرط ابتدایی و هم شرط ضمن العقد هر دو معتبر و لازم الوفا باشند. ماده ۱۰ این قانون نمونه بارز از شرط ابتدایی است و تعاریف و احکام شروط ضمن العقد نیز در از ماده ۲۳۴ به بعد این قانون مشروح است. از آنجا که ذهن خواننده این مطالب با مفاهیم شروط ضمن العقد آشنایی دارد برای اجتناب از اطناب کلام صرفا به بیان مسئله می پردازیم و بعد از آنکه با معنای این اصطلاح در حقوق خارجی آشنا شده ایم ، به موضوع اصلی تحقیق می پردازیم.

ج ـ اصطلاح شرط در حقوق خارجی:

۱ـ حقوق فرانسه: برخلاف قانون مدنی ایران که 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 خصوص شرط ضمن العقد بیان نماید در میان یکسری از احکام واژه شرط را نیز بکار برده است.(شهیدی ، شروط ضمن العقد،۱۳۸۶ ، ص۳۱)

در مجموع در این مواد قانون مدنی آن شرط در دو معنا بکار رفته است: یک معنای آن که در مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۸۳ قانون مدنی فرانسه آمده که « تعهد معلق عبارت است از تعهدی است که متوقف بر واقعه آینده و محتمل الوقوع باشد خواه آنکه پیداش تعهد متوقف بر آن باشد یا انحلال تعهد». ودر معنای دوم آن که به عنوان مثال در ماده ۹۰۰ ق .م.ف بیان شده : « شرط اصطلاحی است که در ضمن یک عمل گنجانده می شود به گونه ای که آثار حقوقی آن عمل را تکمیل می نماید». (دکترامامی به نقل از دکترافتخاری،کلیات عقود و تعهدات ،۱۳۸۲ ، صص ۲۲۳ـ ۲۲۴)

۲ـ حقوق سوئیس : در ماده ۱۵۱ قانون تعهدات سوئیس شرط به معنای تعلیق آمده است. به عبارت دیگر چنانچه در ضمن یک عقد شرطی گنجانده شود، مطابق قانون این کشور آن عقد معلّق می شود و زمانی از حالت تعلیق بیرون می آید که شرطی که ضمن عقد آن تحقّق یابد . از این حیث که هم در حقوق فرانسه و هم درحقوق سوئیس شرط را تعلیقی می دانند که تنجیز عقد منوط به آن است مشابه هم می باشند.

۳ـ حقوق انگلستان: در حقوق این کشور اصطلاح شرط (condition) به دو معناست: یکی به معنای شروط تعهدی (promissory condition) است و دیگری شرط احتمالی (contingent condition)

در مقایسه این سه نظام حقوقی (فرانسه،سوئیس و انگلستان) به نظر می رسد معنای شرط تعهدی در حقوق انگلستان با شرط فعل ایران همخوانی 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 متفاوت است.

در حقوق انگلستان شرط به معنای قسمتی از قرارداد 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. (شهیدی، شروط ضمن العقد ،۱۳۸۶ ، ص ۳۷) این تعابیر از شرط با حقوق ایران نیز متفاوت است چرا که در حقوق ایران شرط فرع بر وجود عقد است که وقوع یا عدم وقوع آن به عقد اصلی از حیث تشکیل یا عدم تشکیل آن وابسته نمی باشد .

به هرحال بعد از آنکه با مفهوم شرط در فقه حقوق ایران و حقوق خارجی آشنا شده ایم به طرح این مسئله می پردازیم که شرایط شروط ضمن العقد در این نظام های حقوقی چیست؟به عبارت اخری می خواهیم شرایط شروط ضمن العقد قانون مدنی ایران را در مقایسه با قوانین خارجی بررسی نماییم و ازتفاوت ها یا بعضا شباهت هایی که در این نظام ها وجود دارد،آگاه شویم.

مبحث دوم ـ اقسام شروط ضمن العقد در فقه ، حقوق ایران و حقوق خارجی

در این قسمت ابتدا به بیان انواع و اقسام شروط ضمن العقد در فقه و مذاهب مختلف آن ، حقوق ایران و حقوق خارجی می پردازیم و شرایط صحت هر یک از آنان را در مبحث جداگانه ای مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱ ـ در فقه و مذاهب اسلامی: به طور سنتی در متون فقهی شروط ضمن العقد را به سه دسته تقسیم می نمایند که شامل شروط صحیح ، شروط فاسد ضمن العقد و شروط غیر مفسد و نامساعد می شود.

از جمله شرط صحیح شرط صفت است.می دانیم منظور از شروط صفت توافق طرفین عقد بر وجود وصف یا صفت مشخص در موضوع معامله است . برای مثال اگر معامله در خصوص زمینی است خریدار شرط می کند که اگر زمین مورد معامله ۵۰۰ متر باشد،آنرا بخرد.این شرط در فقه امامیه به عنوان یکی از شروط صحیحی که می توان در ضمن عقد آنرا شرط نمود وجود دارد. در فقه اهل تسنن شامل مذاهب شافعی، حنفی ، مالکی وحنبلی چنین شرطی را معتبر می دانند.

شرط صحیح دیگر، شرط موافق با مقتضای عقد می باشد که منظور از این دسته از شروط آن است که که حتی اگر طرفین عقد آنرا در ضمن عقد پیش بینی نمی کردند به حکم اقتضای عقد به وجود می آمد.مانند اینکه مستجر در ضمن اجاره شرط نماید که موجر عین مستاجره را به او تحویل دهد.این شرط به اتفاق تمام فقهای امامیه و فقه های اهل تسنن(که شامل مذاهب شافعی،حنفی،مالکی و حنبلی می شود) نافذ و معتبر است.شروطی که به نفع یکی از طرفین عقد ایجاد می شود به شرط آنکه چنین شرطی با حکم شرع در تعارض نباشد. در فقه امامیه چنین شرطی را در صورتی که به مصلحت طرفین عقد یا حداقل یکی از آنها باشد معتبر می داند. تمام مذاهب فقهای اهل تسنن نیز چنین شرطی را نافذ می دانند.

شروطی که با مقتضای عقد تنافی نداشته باشد: یعنی هر شرطی که در تعارض با اثر عقد نباشد مانند اینکه باع ضمن قرارداد فروش خانه شرط کند به مدت یک سال آنرا اجاره نماید.داجتماع فقهای امامیه و تسنن موافق اعتبار این شرط می باشند. در نهایت شروطی که اثر عقد را را تاکید نماید که به نظر همان شرط

دادن رهینه برای ثمن مؤجل در حقوق است که می تواند به صورت شرط نتیجه یا به صورت شرط فعل باشد. در مجموع از آنجایی که در فقه این طور بیان گردیده که فقها به دلایل اصالتی که برای اراده در انعقاد عقد قائلند شروط ضمن العقدی را که مغایرتی با شرع نداشته باشد را صحیح می دانند. (محمدی، شروط ضمن العقد در مذاهب اسلامی و حقوق ایران، ص۱۳۹)

۲ ـ در حقوق ایران و حقوق خارجی

حقوق ایران : فصل چهارم قانون مدنی که شامل مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶ است با اقتباس از فقه امامیه و مخصوصا متاثر 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 قانونگذار اقسام شروط ضمن العقد صحیح را ذکر کرده است اما این تقسیم بندی بر مبنای تضمین اجرای شرط از حیث الزام و اجبار متعهد به اجرای تعهد و یا بعضاً ایجاد حق فسخ عقد اصلی برای متعهد له انجام گرفته است که در جای خود به آن پرداخته خواهد شد.

شروط صحیح مطابق ماده ۲۳۴ ق.م شرط بر سه قسم است: ۱ـ شرط صفت ۲ـ شرط نتیجه ۳ـ شرط فعل.

الف ـ شرط صفت در قانون عبارت است از شرط راجع به کمیت یا کیفیت مورد معامله.(ماده۲۳۴ 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 مصداقی 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 قرارداد تعهد به چیزی در صورت عدم اجرای آن می کند.(نوری، عقود و تعهدات قراردادی بطور کلی و الزامات بدون قرارداد 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 اختیار فسخ عقد را می دهد.اما تفاوتی که بین شرط صفت در حقوق ایران با حقوق انگلستان 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 حق فسخ داشته باشد. (شهیدی، شروط ضمن العقد ،۱۳۸۶ ، ص۷۴)

به عبارت دیگر تا زمانی که طرفین حق فسخ ناشی از تخلف از شرط صفت را پیش بینی نکرده باشند مشروط له نمی تواند عقد اصلی را فسخ نماید. این در حالی است که در حقوق ایران به موجب قانون مدنی به صرف 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. بنابراین 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 ونیازی نیست در قرارداد وجود چنین حقی تصریح گردد.

ب ـ 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، تحقق یابد 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 موجر در ضمن عقد اجاره می باشدکه 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 غایت یک فعل تعبیر شده است.برای مثال در ضمن عقد وکالت تملیک خانه موکل به سود وکیل شرط می شود.(شهیدی، حقوق مدنی ، ج۴ ،۱۳۸۶ ، 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 به این شرط اشاره دارد. برای نمونه در ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی فرانسه آمده است : « تعلیق انحلال عقد (Suspend liquidation of contract) عبارت از این است که در آن حصول معلق علیه، سبب انفساخ تعهد می شود و مورد معامله را در حالتی قرار می دهد که گویی تعهد به وجود نیامده است...» که از آن به عنوان شرط انفساخ معلق به حصول معلق علیه تعبیر می شود ومصداقی 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 بطلان عمل می کند و با مفهومی که از انحلال در حقوق ایران که از زمان حدوث معلق علیه، عقد منحل می گردد، متفاوت است. (نوری، عقود و تعهدات قراردادی بطور کلی و الزامات بدون قرارداد از قانون مدنی فرانسه ، ۱۳۸۰ ، صص۳۳-۳۴)

بنابراین در نظام حقوق مدنی فرانسه نیز ماآن شاهد هستیم که شرط نتیجه به رسمیت شناخته شده است.البته حتی اگر در ماده۱۱۸۳ 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 لازم الرعایه دانست که شامل توافقی که در قالب شرط نتیجه منعقد می شود، نیز می باشد.(شهیدی ، شروط ضمن العقد، ۱۳۸۶، ص۸۳)

در حقوق انگلستان به طور کلی شروط ضمن عقد به سه قسم است:۱ ـ شروط مهم (conditions)

۲ـ شروط غیر مهم (warranty) ۳ ـ شروط نامعین (innominate terms)

درحقوق این کشور همه تعهدات به یک اندازه واجد اهمیت نمی باشند، برخی از شروط آن قدر مهم و اساسی محسوب می شود که بطلان آن به هر دلیلی باعث نادیده گرفتن قرارداد اصلی می شود، یا چنانچه یک شرط مهمی نقض گردد مشروط له این حق را خواهد داشت که عقد را فسخ نماید و خسارت ناشی از نقض را مطالبه نماید، این در حالی است که شرط های غیر مهم این اختیار رابرای 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 می گردند آنچه که به عنوان شرط مهم در این قراردادها لحاظ می گردد؛ مسئله زمان اجرای قرارداد است. این نکته درآرای دادگاه های این کشور قابل مشاهده است. معیار اینکه چه شروطی مهم هستند و چه شروطی غیر مهم؛ گاهی شروط مهم در قوانین موضوعه تصریح 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 مبین آن باشد که اراده طرفین نیزدر راستای اهمیت یک شرط باشد و ممکن است قاضی با در نظر گرفتن اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد آنرا دارای اهمیت نداند.(میر محمد صادقی، مسائل تحلیلی از حقوق قراردادها در انگلستان، ۱۳۸۲ ،صص۵۱-۵۰)

ج ـ 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 ایران، شرط تعهدی (promissory condition) در حقوق انگلستان است.(همان منبع ، ص۳۵)

مبحث سوم ـ 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 دراین 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 عمومیت قاعده شروط و صحت و اعتبار حاکمیت اراده در انعقاد و اندراج شروط آن را معتبر می داند.

۱ ـ 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 نمونه شریط صحت در نظر مرحوم شیخ انصاری شامل موارد ذیل است:

عدم مخالفت با کتاب و سنت،نفع عقلایی داشتن شرط،عدم مخالفت با مقتضای عقد اصلی،مقدور بودن انجام مورد شرط،چنانچه شرط مجهول است جهل به آن به عقد اصلی سرایت ننماید،در نظر یرخی 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، ص۱۲۲)

در جامع المقاصد می خوانیم برای اینکه شرط صحیح و الزام اُور 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.(المحقّق کرکی، ص ۴۳۰)

بنابراین شرط اول برای الزام آور بودن یک شرط در نظر مشهور فقها آن است که در ضمن عقد ذکر گردد.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 موافق 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 اور است که منجز باشد. بنابراین شروط ضمن العقدی که تنجیز آن منوط به حدوث معلق علیه باشد از اینرو که عقد اصلی نیز معلق به تنجیز شرط ضمن آن می شود، از نظر برخی از فقها چون شیخ انصاری صحیح نمی باشد.

۲ ـ در حقوق ایران و حقوق خارجی :

برای اینکه شروط ضمن العقد صحیحاً واقع گردد رعایت چند شرط لازم است.دسته اول این شرایط مربوط به شرایطی است که ضمانت اجرای عدم رعایت آن تنها بطلان شرط است و در عقد اصلی تاثیری ندارد.این شرایط در ماده ۲۳۲ ق.م این موارد ذکر شده اند : « ۱ـ شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد۲ـ شرطی که در آن نفع و فایده نباشد ۳ـ شرطی که نامشروع باشد» .

دسته دوم شروطی است که فقدان آن نه تنها منجر به بطلان شرط است به بطلان عقد اصلی نبز منتهی می شود.که در ماده ۲۳۳ ق.م پیش بینی شده است:۱ـ شرط خلاف مقتضای عقد ۲ـ شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.

اینکه در قسم اول از شروط باطل، از شروط باطلی نام برده شده است که مبطل عقد نمی باشد، مبیّن این نکته است که عقد در مرحله انشا و ایجاد خود تابع شرطی که در ضمن آن می شود، نمی باشد تا در فرضی که شرط به دلایلی باطل بوده در صحت و موجودیت تاثیر گذار باشد.(شهیدی، شروط ضمن العقد ،۱۳۸۶ ، ص۹۵)

بنابراین در مجموع ۵ شرط لازم برای صحت شروط ضمن العقد لازم است که شرح آن با مقایسه قوانین خارجی خواهد آمد.

همانند این تقسیم بندی در قانون مدنی فرانسه نیز به چشم می خورد.در ماده۱۱۷۲ قانون مدنی این کشور شروط باطل شامل شرط غیر مقدور، شرط خلاف اخلاق حسنه نا مشروع قرار داده است.(نوری، قانون مدنی فرانسه ، ۱۳۸۰، ص۳۱)

دربند ۲ ماده ۲۰ قانون تعهدات سوئیس شروط فاسد یا مخدوش ضمن عقد را باطل دانسته است.

شباهت این دو نظام حقوقی آن است که شرط باطل در صورتی مبطل عقد نیز می باشدکه بیان کننده اراده طرفین قرارداد باشد هر چند همانند نظام حقوق مدنی ایران به طور مشخصی اقسام شروط باطل مبطل عقد در قوانین مدنی شان تصریح نگردید اما در رویه قضایی این دو کشور اینگونه معمول شده که چنانچه بطلان شرط فاسد ضمن العقد آن قدر اساسی و مهم باشد که فقدان آن اراده حاکم بر قرارداد را دچار خدشه نماید عقد نیز باطل می شود؛در نتیجه دیگر به آن شرط صرفاً شرط باطل اطلاق نمی گردد و در زمره شروط باطل مبطل عقد به مثابه آنچه که در حقوق ایران به شرط خلاف مقتضای ذات عقد تعبیر می شود، در می آید.(شهیدی، شروط ضمن العقد ، ۱۳۸۶، صص ۳۶ - ۳۷)

البته قاضی دادگاه سوئیسی در برخی این اختیار را دارد بجای آنکه شرط ضمن العقد باطل را به طور کلی از قرارداد حذف نماید،آن را با شرط دیگری که به قصد و اراده طرفین نزدیک است جایگزین نماید. (همان منبع، ص ۱۰۸)

اولین شرط لازم برای اعتبار شروط ضمن العقد آن است که انجام شرط مقرر در قرارداد توسط مشروط علیه ممکن باشد ویا در صورتی که توانایی انجام آن را ندارد و مباشرت ایشان در عمل به شرط مورد نظر نباشد

نوعاً توسط شخص یا اشخاص دیگر قابل انجام باشد و توانایی انجام شرط نیز در زمان اجرای شرط ملاک است نه در زمان انعقاد عقد و شرط.(قاسم زاده، اصول قراردادها و تعهدات ،۱۳۸۷، ص۱۲۱)

در ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی فرانسه نیز برای اینکه شرط ضمن العقد صحیح باشد می بایستی انجام آن شرط توسط مشروط علیه ممکن 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 را نیز باطل می کند اما در قانون مدنی ایران فقدان این ویژگی اگرچه به بطلان شرط منتهی می گردد، اما عقد را باطل نمی کند. (نوری، قانون مدنی فرانسه ،۱۳۸۰ ، ص۳۱)

البته باید توجه نمود که بین دو ماده ۱۱۷۲ ق.م فرانسه با ماده ۹۰۰ ق.م.ف تعارض آشکاری وجود دارد.

در ماده ۹۰۰ قانون مدنی فرانسه بعد ازآ نکه 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 ازبین شروط ضمن العقد (صفت ، فعل ، نتیجه) تنها در شروط فعل قابل تصور است؛ چرا که شرط صفت و یا 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 ،ج۴، ۱۳۸۶، ص ۹۶)

در حقیقت قدرت به انجام یا عدم انجام شرط، ویژگی است که تنها در شرط فعل قابل تصور 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 فایده نیز عرفی است. به عبارت اخری برای اینکه بدانیم چه شرطی دارای فایده است باید دید که اکثریت و عقلای جامعه چنین شرطی را دارای نفع و فایده می دانند یا خیر. با این حال در برخی موارد معیار اینکه یک شرط واجد فایده عقلایی هست یا خیر، به عرف و بنای خردمندان توجه نمی شود و گاهی همینکه در اندراج یک شرط نزد طرفین عقد نفعی وجود داشته باشد (ولو عرفاً فایده ای بر آن مترتّب نباشد) برای صحت شرط ضمن العقد کفایت می کند. (کاتوزیان ، اعمال حقوقی،۱۳۸۶ ، ص۳۰۳)

برای اینکه شرط ضمن العقدی صحیح باشد می بایستی شرط مذکور مخالف با شرع نباشد. به عبارت دیگر نامشروع نباشد.بدین معنا که وقتی شرطی ضمن عقدی می شود می بایستی مشروع باشد. منظور از مشروع بودن شرط چیست؟ به گفته یکی از حقوقدانان منظور از مشروع بودن شرط ضمن العقد آن است که خلاف قوانین امری و اخلاق عمومی نباشد(همان منبع، ص۳۰۴) این امر مبیّن آن است که هرچند اشخاص در

انعقاد شروط ضمن تعهدات و قراردادهایشان آزاد می باشند اما این آزادی چندان مطلق نیست و اخلاق حسنه ایجاب می نماید که شروط غیر اخلاقی غیر نافذ و بی اعتبار باشند.

از دیدگاه برخی دیگر؛ منظور از شرط مشروع بودن شرط آن است که شرط مقرر در ضمن یک با حکم قانونوگذار مغایرت نداشته باشد.یعنی اینکه ممنوعیتی در مواد قانون برای آن وجود نداشته باشد.(شهیدی حقوق مدنی، ج۴، ۱۳۸۶، ص ۱۰۱)

در جمع این دو نظریه باید گفت اگرچه در مقایسه با نظریه دوم، نظریه اول موارد بیشتری را شامل شده است اما در حقیقت شروط خلاف اخلاق حسنه و قوانین امری شامل ممنوعیت قانون می شود؛ چراکه چنین شروطی مورد حمایت قانونگذار نمی باشند.(ر.ک ماده ۱۰ ق.م)

شرط مشروع بودن شرط ضمن العقد در حقوق فرانسه نیز اگرچه در قانون مدنی آن تصریح نگردیده اما از آنجا که مطابق قانون آن کشور موضوع معامله باید مشروع باشد به دلالت التزامی می توان لزوم این شرط را دریافت.(همان منبع، ص۱۰۲)

شرط چهارم برای صحت شروط ضمن العقد آن است که مخالف مقتضای عقد نباشد. می دانیم که منظور از مقتضای، مقتضای ذاتی و طبیعی عقد است، (نه مقتضای اطلاق عقد).

و همانطور که می دانیم هدف از انعقاد معاملات توجه به اثری است که ایجاد آن عقد به همراه دارد. بیع منعقد می گردد تا مالی انتقال یابد.حال اگر در ضمن این عقود شرطی ذکر گردد که فایده و نتیجه آن معامله را بیهوده نماید و به اصطلاح حقوقدانان با جوهره و طبیعت عقد مغایرت داشته باشد (دکترکاتوزیان ، اعمال حقوقی،۱۳۸۶، ص ۳۰۸) تراضی ایجاد شده در راستای تعارض با تراضی سابق قرار گرفته که نتیجه این تعارض، تساقط هر دوست. (اذا تعارضا تساقطا) بنابراین نه شرطی می ماند نه عقدی.

مقتضای ذات یک عقد نیز به سه قسم است که شامل عناصر عمومی و یا اختصاصی عقد است یا عوارض لازمه ماهیت عقد یا چنانچه در جایی قانون یا شارع مسئله ای را از مقتضیات ذات یک عقد قرارداده باشدشرط ضمن العقد مخالف با آن به معنای خلاف مقتضای ذات عقد می باشد.برای مثال شرط خیار فسخ در عقد وقف به دلیل آنکه شارع وقف را در زمره قربات می داند و می دانیم که شرط خیار فسخ در قربات وعبادات فاسد و مفسد می باشد بنابراین چنین شرط ضمن العقدی نه تنها باطل است بلکه مفسد و مبطل عقد می باشد.(جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی،۱۳۸۰ ، صص۲۷۲-۲۷۳)

و درنهایت شرط پنجمی که می بایست رعایت گردد تا شرط ضمن العقدی صحیحاً واقع گردد این است که چنانچه شرطی مجهول بوده و جهالت آن به عقد اصلی سرایت ننماید. در اینکه آیا خود شرط مجهول باطل

است یا خیر، قول های متعددی وجود دارد از نظر برخی شرط مجهول صحیح (ر.ک. کاتوزیان ،اعمال حقوقی،۱۳۸۶، ص۳۱۳ و شهیدی شروط ضمن العقد ،۱۳۸۶،صص۹۲-۹۲) و گروهی نیز اعتقاد به بطلان آن دارند(ر.ک. جعفری لنگرودی ، فلسفه حقوق مدنی ،۱۳۸۰ ، ص۲۶۸) اما صرف نظر از این اختلافات آنچه مصرح قانونگذار است این است که هرگاه جهالت یک شرط به عقد اصلی سرایت پیدا نماید عقد و شرط هردو محکوم به بطلان می باشند.

در حقوق انگلستان شروط ضمن یک قرارداد زمانی صحیح و لازم الاجرا می 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 قراداد اصلی نیز می شوند. (جان. ان. آدامز و راجر براونزورد، مترجم مهدی موسوی، تحلیل و نقدی بر حقوق قراردادها 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 مشکل مواجه سازد .همانند شرط مجهول در حقوق مدنی ایران که جهل آن اجرای عقد اصلی را غیرممکن می نماید، از این روست که قانونگذار ایران (به تبعیت از فقه امامیه) چنین شرطی را باطل و مبطل عقد می داند.

جمع بندی:

دراین مقاله سعی بر آن بود تا با مفهوم شروط ضمن العقد و انواع آن در فقه اسلامی، حقوق ایران و حقوق داخلی و خارجی آشنا شویم و دریابیم که 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 وبویژه 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 شاهدآن هستیم که ملاک های صحت شرط که شامل موارد مقدور بودن و مشروع بودن وعدم 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 وشروط فاسد و غیر مفسد عقد) اقتباس گردیده در حقوق خارجی به این ظرافت بیان نگردیده و تنها در قانون مدنی فرانسه در دو ماده متعارض آمده که بطلان شروط باطل به بطلان عقد اصلی منتهی می

گردد و در ماده دیگر تنها بطلان شرو ط 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.

فهرست منابع:

۱ـ افتخاری، جواد، کلیات عقود و تعهدات، تهران، میزان، ۱۳۸۲، جلد سوم

۲ـ جان.ان.آدامز و راجر براونزورد، تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان، سید مهدی موسوی، تهران، میزان، ۱۳۸۶

۳ـ جعفری لنگرودی، محمد تقی، فلسفه حقوق مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰ ، جلد اول

۴ـ ذاکر صالحی،غلامرضا، شرط ابتدایی و تطبیق آن با قراردادهای نامعین، تهران، مقالات و بررسیها،۱۳۸۳ ،دفتر۷۶ (۳) فقه

۵ـ شکاری، روشنعلی، شرط ابتدایی، تهران، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران،۱۳۷۷ ، شماره ۳۹

۶ـ شهیدی ، مهدی ، حقوق مدنی ،شروط ضمن عقد، تهران ،مجد، ۱۳۸۶ ، جلد چهارم

۷ـ قاسم زاده، مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، دادگستر،۱۳۸۷

۸ـ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، تهران، انتشار، ۱۳۸۶

۹ـ کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان ، ۱۳۸۷

۱۰ـ محقق الثانی (المحقق کرکی)، نرم افزار جامع المقاصد ، بی تا

۱۱ـ محمدی، ابوالحسن، شروط ضمن العقد در مذاهب اسلامی و حقوق ایران، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی،بی تا

۱۲ـ میر محمد صادقی، حسین، مسائل تحلیلی از حقوق قراردادها در انگلستان، تهران، میزان، ۱۳۸۲

۱۳ـ نوری، محمد علی، عقود و تعهدات قراردادی به طور کلی و الزامات خارج از قرارداد از قانون مدنی فرانسه، تهران، گنج دانش،۱۳۸۰