

شرط فعل در حقوق ایران و فرانسه

مقدمه

قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه شروط صحیحه را به سه قسمت تقسیم نموده است. مهم‌ترین و شایع‌ترین اقسام شروط قابل درج در ضمن عقد، نوع سوم یعنی شرط فعل می‌باشد. وفق ماده ۲۳۴ قانون مدنی شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا شخص خارجی شرط شود. براساس این تعریف، شرط فعل می‌تواند بصورت مادی و مثبت و یا فعل منفی باشد مثلاً تعهد فروشنده به بیمه نمودن مبیع قبل از حمل آن، شرط فعل مثبت و شرط عدم مطالبه دین بائع از برادر مشتری، در قرارداد بیع، یا شرط عدم فروش از همان مبیع به ثالث در مدت معین، شرط فعل منفی است. شرط پرداخت مبلغی به زوجه در صورت طلاق وی یا طلاق دادن همسر اولی، در عقد نکاح، شرط فعل مثبت و شرط عدم مضاجعت با زوجه، شرط فعل منفی است.

اگر شرط فعل ناظر به انجام عمل حقوقی درعالم خارج باشد، متعهد بایستی آن عمل را محقق سازد و نتیجه عمل حقوقی به مجرد انعقاد عقد محقق نمی‌شود. مثلاً اگر در عقد بیع شرط شود که مشتری بائع را برای انجام عمل بخصوصی وکیل گرداند، عقد وکالت دیگری باید در عالم خارج انشاء شود تا نتیجه منظور حاصل شود. از اینجا تفاوت شرط نتیجه با شرط فعل روشن می‌شود. اگر در مثال بالا شرط شود که بائع وکیل باشد برای انجام آن عمل، انعقاد عقد دیگری در ورای عقد بیع لازم نیست یعنی به مجرد عقد بیع، بائع در انجام آن عمل وکیل مشتری می‌شود.

شرط فعل ممکن است به نفع مشتری و یا بائع و یا هردوی آنها یا ثالث باشد. همچنین ممکن است یک تعهد وسیله باشد یا یک تعهد نتیجه^۱ لذا این طور نیست که تعهد نتیجه حتماً توسط شرط نتیجه قابل اندراج در ضمن عقد باشد.

این بود خلاصه ای از آنچه در حقوق ایران و فقه امامیه از آن تحت عنوان شرط فعل یاد می‌شود. ما برای تطبیق این مفهوم با معانی مشابه در حقوق فرانسه باید یک بحث نسبتاً مفصل ترمینولوژیک داشته باشیم چون به نظر ما شرط فعل با تعریف فوق معادل واحدی در حقوق فرانسه ندارد و از این رو تلاش ما را در تطبیق دو سیستم با مشکل مواجه می‌سازد زیرا بایستی مفاهیم و واژه های متعددی را به بررسی بگیریم تا بدانیم این مفهوم بر کدامیک و یا تا چه حد منطبق است.

ترمینولوژی

در حقوق فرانسه کمتر به نظریه عمومی شرط و ارتباط آن با عقد پرداخته شده است. بیشتر احکامی که در این باب وجود دارد، مربوط به شرط تعلیقی است که به آن کنديسيون (Condition) می‌گویند. این است که ما در جستجوی آنچه که در حقوق ایران شرط فعل می‌نامیم، در حقوق فرانسه معنای معادلی پیدا نمی‌کنیم که بتواند تمام مصادیق این مفهوم را پوشاند. با این حال، اگر بدرستی این دو سیستم را بشناسیم، کمتر می‌توان به موارد کاملاً متفاوت برخورد نمود یعنی در جستجوی واژه‌های مشابه می‌توان بر جنبه جهانی داشتن قوانین به ظاهر متفاوت این سیستم ها واقف شد. دلیل آن این است که بخصوص بخش حقوق

^۱ - رجوع شود به رأی ۳۸۲۵۴/۴۸۴ مورخه ۱۳۳۵/۱/۲۲ نقل از دکتر ناصر کاتوزیان قواعد عمومی قراردادها ج ۳ ش. ۵۱۵ در این رأی وصل انشعاب مؤثر و عملی برق یا تلاش برای گرفتن انشعاب برق به ترتیب تعهد نتیجه و تعهد وسیله هستند که قاضی حسب مورد باید ببیند در عقد کدام مراد بوده است.

تعهدات در بین شاخه‌های مختلف علم حقوق بیشتر بر پایه‌های عقلی استوار شده است.^۲ لذا با حوصله و ملاحظه معنای دقیق واژه‌ها، معنای معادلی برای آنچه ما در حقوق ایران از آن به شرط فعل یاد می‌کنیم، می‌توان پیدا نمود، هر چند هر کدام فقط بر یک جنبه بخصوصی از این اصطلاح دلالت داشته باشند. قبل از معادل‌یابی در زبان فرانسه لازم می‌دانیم معنای شرط را در زبان عرب و اصطلاح علم حقوق به بررسی بگیریم :

شرط بر وزن سطرکه جمع آن شروط و شرائط است^۳، در دو معنای مختلف بکار رفته است، یکی معنای لغوی و دیگری معنای اصطلاحی. هر کدام از این دو معنا نیز به نوبه خود دو معنای دیگر دارند. با این حساب چهار معنای مختلف از شرط وجود دارد که دو تا اصطلاحی و دو معنا عرفی هستند :

کلمه شرط در عرف به دو معنا اطلاق می‌گردد :

۱- معنای اول شرط معنای حدی و مصدری است که در این معنا اسم فاعل آن شارط و اسم مفعول آن مشروط بوده و مشروط له و مشروط علیه هم به ترتیب منتفع و متضرر از شرط می‌باشند. ابن منظور در لسان العرب می‌گوید : شرط، الزام شیء و التزام شیء در بیع و مثل آن می‌باشد، لذا از نظر لسان العرب الزام ابتدائی صحیح نیست و اگر هم استعمالاتی از آن به چشم می‌خورد، از باب مجاز است. شرط از نظر وی حتماً باید در ضمن عقدی باشد و هویت استقلالی برای آن متصور نیست.

بر خلاف این نظر، شیخ انصاری با استدلال به شواهد روائی متعدد می‌گوید : استعمال واژه شرط در مورد تعهد ابتدائی نیز صحیح است چون به نذر و عهد با خدا نیز "شرط" گفته شده با اینکه انسان ابتدائاً با خدا شرط می‌کند و آن را در ضمن عقد دیگری نمی‌آورد. وی با استدلالات متعدد معتقد می‌شود که منظور از شرط، *مطلق الزام و التزام* است^۴، چه در ضمن عقدی بیاید و چه مستقل از آن باشد.

به نظر می‌رسد این معنا از شرط دقیقاً معادل واژه تعهد یا Obligation در زبان حقوقی فرانسه باشد که ذیلاً اشاره خواهد شد. البته شرط در بعض موارد در معنای مفعولی یعنی بر مشروط نیز استعمال می‌گردد مثل موردی که خلق می‌گویند و مخلوق اراده می‌کنند در این صورت شرط به معنای آنچه که انسان بر نفس خود شرط کرده، می‌باشد.

^۲ در این رابطه سالی حقوقدان معروف می‌گوید حقوق تعهدات، بیان ایده آل منطق حقوقی است و برای این است که اصول و قواعد آن جاودانه و متعلق به همه مکان هاست. برای اصل نظریه وانتقادات وارد به آن رجوع کنید به حقوق تعهدات آقایان فلور و اوبرت چاپ ۱۹۹۶ ش. ۶۴ به بعد

^۳ ولی شرط بر وزن فرس به معنای علامت بوده و جمع آن اشراط می‌باشد. در سوره محمد آیه ۱۸ آمده است فهل ينظرون الا الساعة ان تأتيهم بغتة فقد جاء اشراطها (آیا بساعت منتظرانند که ناگهان آید و حقا که علائم آن آمده است (قاموس قرآن ج ۴ ص ۱۴) اگر ساعت را در اینجا مرگ معنا کنیم و نه قیامت، معنای آیه این می‌شود که علائم پیری و مرگ مثل تقلیل قوا و سفیدی موها که در انسان ظاهر شد، چرا انسان بیاد مرگ نیفتد؟ به هر حال واژه شرط بر وزن فلس در قرآن کریم نیامده است برای نظر مخالف نگاه کنید به سید مصطفی محقق داماد قواعد فقه جلد ۲ انتشارات سمت.

^۴ استدلال شیخ انصاری در این خصوص این است که اشتراک معنوی اولی است نسبت به حقیقت و مجاز زیرا بر اساس یک قاعده اصولی در هنگام تردید در اینکه بین دو معنای از یک لفظ رابطه حقیقت و مجاز برقرار است یا دو معنا برای لفظ واحد از باب اشتراک معنوی است، گفته شده اشتراک معنوی اولویت دارد نسبت به حقیقت و مجاز. لذا بر مطلق *الالتزام* که مشترک است بین موردی که در ضمن عقد بیاید و موردی که در ضمن عقد نیاید و بصورت ابتدائی باشد، بار می‌شود. مکاسب ج ۲ ص ۱۰۶

۲- معنای دوم عرفی از شرط عبارت از امری است که از عدم آن عدم لازم شود ولی از وجودش حتماً وجود لازم نگردد. مثل اینکه شرط نماز، داشتن وضوء است، ولی گرفتن وضوء لازمه اش نماز خواندن نیست؛ می‌توان تصور نمود شخص وضوء بگیرد ولی نماز نخواند. شرط در این معنا اسم جامد است و اگر مشتقاتی از آن گرفته شده، همه جعلی و برخلاف قاعده می‌باشند. در معنای مصدری (معنای اول) تصور شرط بدون مشروط ممکن نبود، ولی در اینجا این تصور ممکن است، چون شرط در اینجا کاری انجام نمی‌دهد که مشروط منفعّل از فعل او باشد، لذا منظور از شرط در این معنا، جاعل الشرط و مراد از مشروط نیز ما جعل له الشرط است.^۵ از اینجا فرق شرط با مانع نیز مشخص می‌گردد مانع امری است که از وجودش عدم لازم آید. مثلاً بلوغ شرط صحت نکاح ولی قرابت مانع صحت آنست.^۶

شرط دو معنای اصطلاحی نیز دارد:

۱- این واژه در زبان علم نحو به معنای آن چیزی است که بعد از ادوات شرط می‌آید. لذا شرط در زبان اصطلاحی نحوین به معنای دوم یعنی آنچه که از عدم آن عدم لازم می‌آید، اطلاق می‌شود.

۲- شرط در زبان علم اصول و اهل معقول نیز به همین معناست؛ باین تفاوت در جانب وجود نیز از وجود سبب وجود مسبب لازم می‌شود. یعنی علاوه بر اینکه از عدم شرط عدم لازم می‌آید، از وجود آن نیز وجود لازم می‌آید.

دو اطلاق عرفی قبل با دو اطلاق اصطلاحی قابل جمع نیستند. اطلاقات عرفیه مردداند بین دو معنای اول عرفی که اگر قرینه ای بر هر کدام از آن دو معنا (معنای مصدری و معنای جامد) موجود بود، بر آن معنا و اگر قرینه ای موجود نبود، موجب مهمل شدن لفظ می‌شود.

ما برای توضیح مطلب واژه شرط را در روایت المؤمنون عند شروطهم به بررسی می‌گیریم که ببینیم بر کدامیک از دو معنای عرفی استعمال شده است. بنظر می‌رسد در این روایت شرط به معنای حدی و مصدری مورد لحاظ باشد. یعنی می‌توان استنباط نمود منظور این است که مؤمنین باید به ملتزمات خود (آنچه که بر خود الزام کرده‌اند)، وفادار باشند. بنابراین، روایت مذکور ناظر به معنای دوم عرفی از شرط که از عدم شرط، عدم عقد لازم بیاید، نمی‌باشد. به هر حال، اگر تردیدی هم در معنای آن وجود دارد، بین یکی از دو معنای عرفی است نه بین یک معنای اصطلاحی و یک معنای عرفی.

به هر حال، آنچه ما در اینجا از واژه شرط منظور داریم، بیشتر آن امری است که از عدم آن عدم عقد لازم آید. اگر آن امر انجام کاری باشد، از عدم انجام آن کار، عقد معدوم گردد. البته، هر چند شرط را در نظر بعضی از فقهاء مثل شیخ انصاری بتوان بر

^۵- یعنی مثل سبب و مسبب که از سبب اخذ می‌شوند، این دو مشتق، متضایفین نیستند، بلکه از سبب به معنای اسمی برگرفته شده اند، نه از سبب به معنای مصدری. همچنین واژه امر اگر به معنای مصدری یعنی به معنای فرمان دادن باشد، امکان تصور امر و مأمور وجود دارد، ولی اگر امر را به معنای اسمی بگیریم، این تصور ممکن نیست و هر گونه اشتقاقی در این زمینه خلاف اصل و قاعده خواهد بود.

^۶- البته در مواردی محدوده بین شرط و مانع بدرستی روشن نیست. مثلاً سؤال شده آیا نفقه بمجرد عقد واجب شده و تمکین زوجه شرط وجوب نفقه است یا نشوز مانع انفاق است و کسی که ادعای سقوط نفقه را می‌کند، باید دلیل بیاورد. بنظر می‌رسد نظر دوم بیشتر منطبق بر قواعد حقوق مدنی باشد.

تعهد ابتدائی نیز اطلاق کرد ولی همان طور که لغویین گفته‌اند، در اینجا مراد ما از شرط انجام کاری است که در ضمن عقد دیگر آمده باشد و هویت تبعی و فرعی داشته باشد.

در جستجوی معنای دقیق واژه هائی که می‌توانند در حقوق فرانسه معادل شرط فعل در حقوق ما باشند، سه واژه Condition و Clause و همچنین Stipulation که فعل آن Stipuler است را با استفاده از دائره المعارف حقوقی ژراردر کورنو^۷ و همچنین لغتنامه حقوقی لکزیک^۸ به بررسی می‌گیریم.

واژه Condition در سه معنای مختلف بکار می‌رود :

۱- معنای اول که از موضوع بحث ما خارج است، به وضعیت و حالت یک فرد و یا یک شیء اطلاق می‌شود. مثال بارز آن اصطلاح *شرائط اجتماعی و یا شرائط سیاسی* می‌باشد. معادل این معنا که به نظر می‌رسد از زبان فرانسه به زبان فارسی سرایت کرده باشد، در زبان فارسی *حالت* ترجمه می‌شود.

۲- دومین معنا از شرط که بیشتر مراد ماست، بمعنای *عناصر یک عمل حقوقی* می‌باشند که خود نیز بر دو قسمند :

- یا عنصری اساسی است که اعتبار و یا تأثیر عمل حقوقی منوط به آن است. مثلاً بلوغ متعاقدين شرط اعتبار یک قرارداد، داشتن سمت، شرط ارائه دعوی به دادگاه و ذکر قیمت، شرط صحت بیع است. در دنباله توضیحاتی که خواهیم داد معلوم خواهد شد که این معنا نیز واژه معادل شرط فعل در حقوق ما نیست بلکه شرط فعل در حقوق ایران معادل یک عنصر فرعی عقد در حقوق فرانسه است. البته، به نظر می‌رسد واژه شرایط که بیشتر جمع شریقه است، به همین معنا باشد. مثلاً ما در همین مقاله عبارت "شرائط صحت شروط" را خواهیم داشت که شرایط در معنای عناصر اصلی که صحت شرط منوط به آن است و شرط نیز بمعنای عنصر فرعی و یا تعهد جانبی در عقد منظور می‌باشد.

- یا کیفیت و قیدی برای تعهد است که انعقاد و یا انحلال قرارداد را منوط به تحقق یک واقعه بعدی و نامطمئن می‌سازد (ماده ۱۱۶۸ کد سیویل).

این شروط هم می‌توانند تعلیقی باشند و هم تحلیلی (فاسخ). مثل بیع بشرط اینکه جنس خوب فروش رود و یا بیع به شرط اینکه فروشنده نمایندگی خود را به فرد دیگری ندهد. در این معنای اخیر، Condition با Clause و همچنین Stipulation به یک معنا خواهند بود.

شرط در این معنا (کیفیت یا قیدی برای تعهد) به شرط تعلیقی مربوط می‌گردد و معادل شرط فعل در حقوق ایران نیست.

البته معنای سومی نیز برای Condition متصور است که بیشتر در حقوق جزا به شرائط وقوع جرم اطلاق می‌گردد. مثلاً پرسیده می‌شود آیا جرم در حالت خواب اتفاق افتاده و یا در حالت مستی و امثالهم.

در حقوق جزای اسلامی شرط آن چیزی است که وجود آن در تأثیر سبب بوجود آمدن گناه مؤثر است مانند القاء در چاه که خود سبب است ولی حفر چاه شرط تأثیر سبب می‌باشد.

7- Vocabulaire juridique Gérard Cornu, association Henri Capitant, éd PUF, 1987

8- Lexique de termes juridiques 8^{ème} éd. Dalloz, 1990 - DICOJURIS, Lexique de droit privé, Patrick NICOLEU, éd. ellipses 1996

Clause به مقررات ویژه یک عمل حقوقی گفته می‌شود که دو منظور از درج آن در یک عمل حقوقی مد نظر قرار می‌گیرد :

- ۱- یا برای مشخص تر کردن عناصر عقد و یا کیفیت آن عمل حقوقی (مثل نحوه پرداخت، قیمت و محل اجرا) است،
- ۲- یا به منظور قرارداد آن تحت رژیم ویژه می‌باشد که بعضاً از شرایط عمومی آن عمل حقوقی حالت مستثنی کننده دارند و به آنها شرایط ویژه نیز می‌گویند.

Stipulation همان مقررات مشروح یک قرارداد است که معمولاً به صورت کتبی بیان می‌گردد. در معنای عام تر این لغت برای تمامی مقررات پیش بینی شده در یک قرارداد بکار می‌رود مثلاً برای بیان شرط به نفع ثالث عبارت Stipulation pour autrui را داریم.

برای این سه لفظ همین سه معنا در زبان انگلیسی نیز وارد شده است.^۹

بحث را خلاصه می‌کنیم: آنچه که تحت عنوان شرط در ضمن عقد از آن یاد می‌شود، اگر خود در ضمن تعهد دیگری باشد، از عنوان کلوز Clause و اگر عقد را مشروط به تحقق واقعه خارجی بنماید، از آن به Condition تعبیر می‌شود. لذا Clause و یا حتی Stipulation شکل ظاهری آن تعهدی است که معمولاً به صورت یک ماده در درون قرارداد کلی مندرج می‌شود. به این لحاظ کلوز (Clause) هویت مستقلی نسبت به عقد ندارد و می‌توان آن را صورت ظاهری و ترتیب لفظی شرط در ضمن عقد نامید که نمی‌تواند جدای از عقد به کار رود. این معنای از شرط معادل معنای شرط در لسان العرب ابن منظور و قاموس المحيط مرحوم فیروز آبادی می‌باشد.

این بود خلاصه آنچه در زبان فرانسه در بدو امر برای جستجوی معادل شرط فعل در حقوق ایران به ذهن خطور می‌کند. با دقت بیشتر و مطالعه موادی از کدسیویل که این واژه‌ها در آنها به کار رفته، در می‌یابیم که Condition بیشتر به شرط تعلیقی اطلاق می‌گردد و مقررات مربوطه در کد سیویل ناظر به عقد معلق است که اساساً از محل بحث ما خارج هستند. با تفصیلی که به ناچار لازم می‌دانیم از حقوق فرانسه در زمینه شرط به معنای Condition بیاوریم، در خواهیم یافت که آنچه در فقه و قانون مدنی از آن به شرط فعل یاد می‌شود، اگر عنصر اساسی عقد نباشد و تحقق عقد را نیز معلق به حادثه خارجی ننماید، تحت عنوان شروط تبعی و فرعی Clauses accessoires باید به بررسی گرفته شود.

بنظر می‌رسد آنچه که می‌تواند به طور مشخص، معادل شرط فعل قرار گیرد، شرط فرعی است که متضمن انجام عملی^{۱۰} باشد. البته در کد سیویل مقررات خاصی به آن اختصاص داده نشده بلکه باید با غور در حقوق تعهدات بطور اعم، به دنبال معنای معادل آن پرداخت و ضمانت اجرای آن را جستجو نمود و دانست چه هنگام چنین شروطی باطل هستند و چه وقت هم باطل و هم مبطل عقد. چنانچه خواهد آمد بعضی از حقوق دانان مثل استاد گرامی جناب آقای فیلیپ سیملر خواسته‌اند همان مقررات مذکور در ماده ۱۱۷۲ در مورد بطلان شروط تعلیقی را به شروط تبعی نیز بسط بدهند.

^۹- Black's Law Dictionary, Henry Campbell Black, M.A. West Publishing Co. 1983 - Osborn's Concise Law Dictionary, 8th Ed. Edited by Leslie Rutherford and Sheila Bone Sweet & Maxwell 1993 - Oxford Law Dictionary

^{۱۰}- L'obligation de faire en tant qu'une clause du contrat.

همان طور که بیان شد، ناچاریم به مطالعه اجمالی آنچه در حقوق فرانسه در باب شروط آمده بپردازیم (بخش اول) و آنگاه به حقوق ایران (بخش دوم) که نهایتاً بتوانیم مقایسه‌ای بین این دو سیستم به عمل آوریم (بخش سوم).

بخش اول

شرط فعل در حقوق فرانسه

اساساً در حقوق فرانسه هر آنچه که عنوان تعهد بخود بگیرد، چه در ضمن عقد و چه به صورت مستقل، باید شرائطی را داشته باشد که در همه حال لازم الرعایه می‌باشند. در این معنای کلی از تعهد به Obligation یاد می‌شود. مثلاً وعده قرارداد یا قولنامه نیز یک تعهد به فعل ابتدائی و مستقل است که در حدود و مقررات خود نافذ و برای متعهد الزام آور می‌باشد.^{۱۱}

این تعهدات که بسیار متعدد و متنوع می‌باشند، به انواع مختلف طبقه بندی شده‌اند :

۱- طبقه بندی به لحاظ طبیعت موضوع آنها.

۲- طبقه بندی به لحاظ ضمانت اجرای آنها^{۱۲}.

۳- طبقه بندی به لحاظ نحوه انعقاد و یا نحوه اجرای آنها^{۱۳}.

تنها تقسیم بندی که از تعهدات در کد سیویل موجود است، تقسیم بندی به لحاظ طبیعت موضوع تعهدات می‌باشد^{۱۴}. بر این اساس، تعهدات به سه دسته تقسیم می‌گردند :

۱- تعهد تحویل (چیزی با انتقال مالکیت آن Obligation de donner^{۱۵}

۲- تعهد انجام (کاری) Obligation de faire

۳- تعهد عدم انجام (کاری) Obligation de ne pas faire

11- Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993 Bull. Civ. III, n° 174 ; Dalloz, 1994 somm. p. 230 observations O. Tournafond

البته در این خصوص آراء حقوق دانان فرانسه متفاوت است گروهی وعده یک جانبه بیع را تعهد فعل منفی می‌دانند. گروهی آنرا هم تعهد فعل مثبت (نگهداری ایجاب) و هم تعهد فعل منفی (نفرختن به ثالث) و گروهی نه آنرا تعهد فعل منفی و نه مثبت بلکه آنرا تعهدی مستقل که توسط قانونگذار مورد حمایت قرار نگرفته و غیر قابل انطباق بر هیچ کدام از سه گونه تعهد موجود در کد سیویل می‌دانند. بهر حال نظر غالب آنست که تعهد مزبور یک تعهد فعل مثبت می باشد نگاه کنید به :

BENABANT Alain, Droit civil, Les obligations, Montchristien 5^{ème} éd. 1995, n° 59

۱۲- که از این نظر به تعهد نتیجه و تعهد وسیله تقسیم شده اند. این تقسیم بندی فواید عملی بسیار دارد ولی از موضوع بحث ما خارج می‌باشد.

۱۳- البته به لحاظ منبع تعهد نیز دو گونه تعهد داریم : تعهد قراردادی و تعهد غیر قراردادی (مواد ۱۱۰۱ تا ۱۳۶۹ کد سیویل).

14- Article 1126 : Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire.

البته بر مبنای موضوع تعهد می‌توان تعهدات را به تعهدات پولی و غیر پولی نیز تقسیم کرد که فواید عملی بر آن مترتب است.

۱۵- در اینجا فعل donner با donation که به معنای هبه می‌باشد، از نظر معنا از یک ریشه نیستند. بلکه منظور از فعل donner انتقال مالکیت چیزی با انعقاد یکی از عقود مثل بیع و اجاره می باشد. البته اگر تعهد به تحویل را به این معنا نگیریم، فرقی بین تعهد به کار و تعهد به تحویل چیزی باقی نمی‌ماند، چون دادن چیزی، خود، یک فعل است و باید در قلمرو تعهد به انجام کار بیاید.

این طبقه بندی سنتی که از حقوق رم گرفته شده است، توسط ماده ۱۱۲۶ کد سیویل تبیین گردیده است. دسته بندی مزبور هر چند غلط نیست، ولی فایده عملی نیز بر آن مترتب نمی‌باشد.

عمده تعهدات از نوع تعهد به انجام کار می‌باشند^{۱۶} ولی تعداد تعهدات به عدم انجام کار یا به عبارت بهتر خودداری از انجام کار، زیاد نیستند. مثال بارز تعهد به عدم انجام کار، که هر ساله در حقوق فرانسه منجر به پیدایش رویه های قضائی متعدد می‌گردد، تعهد عدم رقابت^{۱۷} است. این تعهد معمولاً در اکثر قراردادهای تجاری بصورت شرط در ضمن عقد درج می‌گردد. با این لحاظ، یکی از مواردی که معادل شرط فعل در حقوق ایران است، همین تعهد به عدم رقابت می‌باشد که بدلیل بحث بسیار پیچیده آن بدلیل برخورد با حقوق بین الملل و حقوق اروپائی از ورود در آن صرف نظر می‌نمائیم.

نوع سوم تقسیم بندی تعهدات یعنی تقسیم بندی به لحاظ نحوه تعهد در مرحله انعقاد یا اجرا موضوع مواد ۱۱۶۸ تا ۱۲۳۳ فصل ۴ از تیترا ۴ از کتاب سوم کد سیویل تحت عنوان تعهدات مشروط می‌باشد. به این لحاظ تعهدات یا مشروطند و یا غیر مشروط^{۱۸}.

در تعریف تعهدات مشروط ماده ۱۱۶۸ کد سیویل مقرر می‌دارد: تعهد زمانی مشروط است که وابسته به یک حادثه آینده و غیر مطمئن باشد چه بصورت معلق ساختن آن تا زمانی که آن حادثه بروز کند و چه بصورت فسخ آن در صورتی که آن حادثه رخ ندهد^{۱۹}.

با این حساب، دو شرط اساسی برای یک تعهد مشروط وجود دارد:

۱- تعهد باید مشروط به یک حادثه محتمل الوقوع باشد؛ لذا اگر حادثه قطعی الحصول بود، عقد مشروط نیست.

۲- وقوع حادثه باید در زمان آینده باشد.

به لحاظ تأثیر در عقد، شروط منقسم می‌شوند به شروط تعلیقی و شروط تحلیلی.

شروط نوع اول قرارداد را در مرحله انعقاد مورد سؤال قرار می‌دهند؛ برای مثال کتاب هایم را به شما می‌فروشم به شرط اینکه خودم در امتحانات قبول شوم. این یک نوع بیع مشروط است. عقد بیع منوط به تحقق حادثه خارجی یعنی به قبولی در امتحانات

۱۶- برای مثال، تعهد به امنیت داشتن مسافر Obligation de Sécurité در قراردادهای حمل و نقل مسافر یک تعهد به انجام فعل می‌باشد. مثال دیگر تعهد به گارانتی قراردادی است که فروشنده جنس به خریدار می‌دهد و بر طبق آن در مهلت محدودی فروشنده متعهد می‌گردد که به هزینه خود عیوب آنرا بر طرف سازد.

۱۷- Obligation de non-Concurrence اگر بصورت شرط در ضمن عقد باشد به آن Clause de non-Concurrence می‌گویند. بررسی این شرط و آثار آن یکی از مسائل عمده حقوق رقابت Droit de la Concurrence گردیده است و در حوزه حقوق اروپائی بحث روز آنها می‌باشد.

۱۸- در این رابطه لازم است تعهد مشروط را از تعهد مؤجل باز شناخت ماده ۱۱۸۵ کد سیویل بدرستی مرز این دو تعهد را بدون اینکه تعهد مؤجل را تعریف نماید بیان می‌دارد. مهلت برای قرارداد، آنرا معلق نمی‌سازد بلکه اجرای آنرا به تأخیر می‌اندازد. اگر بگویید من فلان مبلغ را به شما می‌دهم، اگر ازدواج کنی این یک عقد مشروط است ولی اگر بگویید من هر ماه این مبلغ را تا زنده هستی می‌دهم، یک تعهد مؤجل می‌باشد.

19- L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas.

شده است. اگر این حادثه اتفاق افتاد، قرارداد اثر خود را از زمان انعقاد ظاهر ساخته و اگر محقق نشد، اساساً بیعی واقع نشده و عقد از بنیان منعقد نشده تلقی می‌گردد.

بر عکس، تعهد مشروط به شرط تحلیلی از زمان انعقاد بدرستی و صحت منعقد گردیده و آثار خود را دارد ولی فقط پایداری و استمرار آن مورد سؤال است. آنچه مشروط است، استمرار عقد است یعنی رابطه حقوقی ایجاد شده در اثر عقد، به حادثه ای که وقوع آن نامطمئن است، متوقف گردیده است که با وقوع این امر عقد باطل و نتایج آن زائل می‌شود.^{۲۰} مثال: آقای الف می‌خواهد اموالی را به "ب" هبه کند ولی نمی‌خواهد که خود شاهد قرار گرفتن این اموال در دست ورثه "ب" باشد. لذا در عقد هبه ای که با "ب" منعقد می‌سازد، شرط می‌کند که اگر "ب" قبل از "الف" بمیرد، این هبه باطل باشد. حال اگر "ب" قبل از "الف" مرد، این مال به وارث او منتقل نمی‌شود و بر می‌گردد به مالکیت "الف". این یک مثال نوعی از انواع شروط تحلیلی است.

به هر حال، چه شرط از نوع شرط تحلیلی باشد چه از گونه شرط تعلیقی، در هر دو صورت حادثه خارجی امری نامطمئن و قابل تحقق مربوط به زمان آینده است. لذا اگر مثلاً در عقد بیع یکی از این دو گونه شرط بیاید، موضوع آن که انتقال ملکیت است به آن حادثه خارجی مشروط می‌شود و معلق می‌ماند تا زمانی که آن حادثه محقق شود.

این شروط منافع بسیاری دارند بر اساس ویژگی‌های منحصر به فرد هر عقد متنوع می‌گردند. به هر حال، برای صحت شروط مزبور شرائطی لازم است که مختصراً متذکر می‌شویم.

قسمت اول

شرایط صحت شروط در حقوق فرانسه

حادثه ای می‌تواند بعنوان شرط برای یک عقد قرار گیرد، که دو سری ویژگی داشته باشد:

۱- حادثه باید به نحوی خارج از اراده طرفین باشد.

۲- تحقق شرط منطقی به نظر رسد. لذا شرط غیر معقول و یا محال یا غیر مشروع و خلاف اخلاق حسنه باطل می‌باشد.

بر اساس شرط اول شروط به سه دسته تقسیم می‌گردند:

- شروط سببی Conditions causales که محصول اتفاق و تصادف صرف هستند. مثل اینکه گفته شود اگر باران ببارد، چترم را به تو می‌فروشم. این شروط به اراده یکی از دو طرف قرارداد وابسته نیست (ماده ۱۶۹ کد سیویل).

- نوع دوم شروطی هستند که به اراده یکی از اطراف قرارداد وابسته است که به آنها Conditions potestatives می‌گویند (ماده ۱۷۰ کد سیویل).

- و بالاخره نوع سوم هم که شروط مختلط بوده و کاملاً به اراده یکی از اطراف عقد وابسته نیست مثل اینکه بگویند من این مبلغ را به شما می‌دهم در صورتی که با فلانی ازدواج کنی.

شروط سببی و شروط مختلط چه در شکل شرط تعلیقی و چه در شکل شرط تحلیلی، اساساً صحیح می‌باشند. ولی شروطی که به اراده یکی از منعقدین معلق می‌شود، بر دو گونه هستند.

^{۲۰} - فرهنگ حقوق، دکتر حسینقلی کاتبی، انتشارات گنج دانش

گونه اول شروطی هستند که بصورت مصرح به اراده یک طرف بستگی دارد^{۲۱} که در آن الفاظی نظیر هر وقت دلم خواست مقرون است. این شروط باطل^{۲۲} (وفق ماده ۱۱۷۴ ا.ک.د سیویل) و مبطل (وفق ماده ۱۱۷۲ ا.ک.د سیویل) عقد نیز می‌باشند.

نوع دوم شروطی هستند که اراده فرد در آنها بطور مستقیم دخیل نیست مثل اینکه بگوید هر وقت خواستم از این شهر بروم، اموال خود را به شما می‌فروشم یا اگر ازدواج کردم منزل شما را اجاره می‌کنم. در اینجا اراده فرد منوط شده به انجام عملی ارادی که تحقق آن، علت عقد می‌شود. به هر حال شروط مزبور در مواردی که حکم به صحت آنها می‌نماید چه در شکل تعلیقی و چه در شکل تحلیلی، موجب صحت قراردادند و فقط یک مورد استثنا شده و آن در مورد هبه (ماده ۹۴۴) می‌باشد که در این خصوص هر گونه شرطی که به نحوی به اراده واهب بستگی داشته باشد، صریحاً باطل دانسته شده است^{۲۳}.

شرط دوم از شرائط صحت عقد در حقوق فرانسه این است که تحقق آن باید منطقی و عاقلانه باشد لذا شرط مطلقاً غیر مقدور - چه غیر مقدور عقلی و چه قانونی و یا غیر مقدور از نظر مخالفت با اخلاق حسنه، - باطل و مبطل عقد است (ماده ۱۱۷۲).

ماده ۱۱۷۲ فقط در مورد قراردادهای مالی قابل اجرا است. لذا از قاعده مزبور، مورد بخشش ها و قراردادهای رایگان استثناء شده است. ماده ۹۰۰ ک.د.سیویل مقرر می‌دارد که شرط نامشروع یا مخالف اخلاق حسنه یا نظم عمومی در ضمن عقد هبه و یا وصیت^{۲۴} باطل ولی موجب بطلان عقد نمی‌شود.

× × ×

اجرای خشک این دو ماده در عمل مشکلاتی را برای حقوقدانان فرانسوی ایجاد نمود زیرا شروط باطلی را که فقط جنبه تبعی داشتند را در کنار شروطی که مقوم قرارداد بوده و اراده قطعی و جزئی طرفین به آن تعلق گرفته بود، قرار می‌داد و همه را با یک چوب می‌راند. این بود که رویه قضائی بر آن شد که شروطی را که اساس تراضی نیستند و برای اراده واهب و یا موصی انگیزه قاطع و جازم برای اراده آنها دارند، به گونه ای که بدون آن انگیزه، عقد محقق نگردد، از جمله شروط باطل و مبطل محسوب گردند. و متقابلاً در قراردادهای مالی، مواردی که شرط مبطل (شرط غیر مقدور و یا غیر مشروع) انگیزه جازم و قاطع در تصمیم‌گیری آنها نباشد، منجر به ابطال عقد نشود^{۲۵}.

21 - Les conditions purement potestatives

۲۲- در استدلال بر بطلان این شروط گفته شده عبارت هر وقت دلم خواست با عبارت من متعهد می‌شوم در تعارض است. مثل اینکه بگوید این خانه را به شما اجاره می‌دهم ولی هر وقت دلم خواست آنرا به شما تحویل می‌دهم. مانیز در حقوق ایران این شرط را خلاف مقتضای عقد می‌دانیم. رجوع کنید به کتاب حقوق تعهدات مرحوم استارک و بوایر و رولاند شماره ۱۱۰۵

23- Toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle.

۲۴- این ماده مقرر می‌دارد که: "در هر تصرف رایگان، بین زندگان یا به موجب وصیت، شروط نامقدور و خلاف قانون و اخلاق در حکم شروط ننوشته بشمار می‌آید" منظور از شروط ننوشته این است که از بیکره قرارداد بدور ریخته می‌شود بدون اینکه به آن لطمه ای وارد سازد.

25- Bernard TEYSSIE, Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat, Dalloz 1990, ch. p. 281

برای این کار رویه قضائی فرانسه از تئوری سبب استعانت گرفت و اعلام نمود هر جا که شرط باطل در قراردادی مالی انگیزه قاطع و سبب محرک نباشد^{۲۶}، عقد مشروط را فاسد نمی‌نماید. ملاحظه می‌شود حکم مواد ۹۰۰ و ۱۱۷۲ به لحاظ طبیعت معوض و یا رایگان بودن عقد انشاء نشده است بلکه بر مبنای وصف اساسی و یا فرعی بودن شرط حکم دو گانه برای آنها وضع گردیده است. رویه قضائی متعاقباً بر آن شد که شروط اساسی را از شروط تبعی و فرعی تمییز دهد^{۲۷} و بدین ترتیب راه حل واحدی را هم برای عقود معوض و هم برای عقود رایگان پیدا شد. لذا غیر مقدور بودن، غیر مشروع بودن و غیر اخلاقی بودن شرط زمانی می‌توانند منجر به بطلان عقد شوند که بر یک تعهد اساسی عقد تعلق بگیرند و در مواردی که به صورت یک تعهد فرعی و تبعی قابل انفکاک از پیکره عقد باشند، موجب بطلان عقد نمی‌شوند. با این حساب، همان ماده ۱۱۷۲ که اساساً برای شروط تعلیقی وضع گردیده بود، برای شروط فرعی و تکمیلی نیز به کار آمد و Condition و Clause راه حل واحدی پیدا کرد و تنها تفاوت این دو در نحوه اندراج و شکل آن در عقد بود. اگر با به کار بردن ادات شرط مقرون گردیده بود، از نوع اول و اگر بصورت خبری بود، از نوع دوم قلمداد شد. لذا رویه قضائی تنها به این مسئله می‌پرداخت که آیا شرط مندرج ویژگی قاطع و جازم در تصمیم طرفین را دارد یا خیر که در صورت اولی عقد را باطل و در مورد دوم فقط خودش باطل بود.

قسمت دوم

آثار و ضمانت اجرای شروط در حقوق فرانسه

در این قسمت می‌خواهیم ببینیم شرطی که صحیح است، چه آثاری دارد؟ (تیترا ۱) پس از روشن شدن این سؤال می‌پردازیم به اینکه چه ضمانت‌های اجرائی برای شروط در نظر گرفته شده است (تیترا دو).

تیترا اول

آثار شروط در حقوق فرانسه

در مورد آثار عقد سؤال مهم این است که آیا اثر عقد از زمان انعقاد است؟ در زمانی که هنوز شرط محقق نشده عقد چه سرنوشتی دارد و بعد از تحقق شرط چه سرنوشتی؟

-در مدتی که هنوز نمی‌دانیم مفاد شرط محقق می‌شود یا نه، دو حالت وجود دارد :

اگر شرط از گونه شرط تحلیلی باشد، در این صورت مفاد عقد باید بلافاصله اجرا شود، گو اینکه اصلاً شرطی وجود نداشته است. لذا اگر عقد موجب انتقال ملکیتی باشد، این اثر بلافاصله ظاهر شده و مثلاً مبیع به ملکیت مشتری در می‌آید ولی در صورت تحقق شرط این ملکیت از بین می‌رود.

اما اگر شرط از گونه شرط تعلیقی باشد، متعهد له نمی‌تواند اجرای عقد را مطالبه کند. از این رو چون هنوز عقدی محقق نشده، مدت مرور زمان نیز از تاریخ انعقاد عقد نخواهد بود، بلکه از تاریخ تحقق شرط می‌باشد (ماده ۲۲۵۷ بند ۱ کد سیویل). اگر متعهد له پولی پرداخته، می‌تواند آنرا پس بگیرد. مسائل مختلفی در خصوص اموری که در مدت قبل از تحقق شرط ثابت

²⁶- La cause impulsive et déterminante

²⁷- Jacques GHESTIN Formation du contrat, 1993 n° 75

می‌شوند، مطرح می‌گردد که تفصیل آنها و بیان اختلافات وارده به عقد معلق مربوط می‌شود و از بحث ما خارج است (رجوع شود به مواد ۱۱۷۵ تا ۱۱۷۷ کد سیویل).

در مدت بعد از اطمینان به تحقق و یا عدم تحقق قطعی شرط

- در این مدت اگر شرط محقق نشد، عقد از اساس باطل می‌گردد.

- ولی اگر مقتضای شرط یعنی آن حادثه بعدی و محتمل الوقوع رخ دهد، ماده ۱۱۷۵ مقرر می‌دارد که باید به تمام آنچه که طرفین از عقد انتظار داشته‌اند، تر تیب اثر داده شود^{۲۸}. اگر متعهد خود مانع تحقق حادثه شود، که بتواند آنرا مستمسک قرار داده و از انجام تعهد سر باز زند، حادثه تحقق یافته تلقی و شرط عمل شده قلمداد می‌گردد (ماده ۱۱۷۸). یعنی باید عقد و وقوع حادثه مستند به فعل یکی از اطراف قرارداد نباشد بلکه در جریان طبیعی و عادی حادثه عملی نشود^{۲۹}. بدیهی است آثار عقد بعد از تحقق قطعی شرط از زمان انعقاد عقد خواهد بود (ماده ۱۱۷۹ کد سیویل). یعنی اگر شرط از گونه شرط تعلیقی باشد اثر وقوع شرط موجب می‌شود، عطف به ما سبق شود لذا اگر منزلی با شرط تعلیقی فروش رود، ملاک در قیمت منزل، قیمت زمان انعقاد عقد خواهد بود، نه قیمت زمان تحقق شرط. اگر شرط از گونه شرط تحلیلی باشد، مثل این است که اصلاً شرطی در ضمن عقد نبوده است. مشکل عمده در جایی که شرط از مقوله شرط تحلیلی است در رابطه با ثالث منتفع از قرارداد بروز می‌کند؛ امری که در فرانسه منجر به بحث‌های زیادی گردیده ولی راه حل مؤثری هنوز توسط رویه قضائی ارائه نشده است. شایان گفتن است طرفین عقد می‌توانند با توافق هم دیگر اثر عقد را از زمان تحقق شرط بار کنند چون اینکه این اثر از زمان انعقاد عقد مد نظر قرار گرفته شود، جزء قوانین امری نیست.

مطالعه مطالب بالا نشان داد که شرط تعلیقی اساساً از محل بحث ما خارج است و شرط تحلیلی نیز که به شرط فاسخ نیز از آن یاد شده، بنحوی شرط تعلیقی است با این تفاوت که اولی تعلیق در انشاء است و دومی تعلیق در منشاء مثل آنچه در ماده ۶۹۹ قانون مدنی مادر مورد تعلیق در ضمان وارد شده است.

باین حساب، برای آنچه در حقوق ایران از آن به شرط فعل یاد می‌شود، بایستی بدنبال شروط تبعی یا *Clauses accessoires* بگردیم چون شرط فعل در حقوق ایران عقد را معلق نمی‌کند و به اصطلاح آنرا در مرحله انعقاد مورد سؤال و تردید قرار نمی‌دهد بلکه آنرا در مرحله اجرا و عمل بدان با اشکال مواجه می‌سازد.

همانطور که بیان شد، تعهد چه بصورت اصلی و ابتدائی و چه بصورت تعهد فرعی که ما از آن به شرط در ضمن عقد تعبیر می‌کنیم، باید دارای ویژگی‌هایی باشند که به آنها شرائط صحت می‌گویند. لذا هویت تبعی، غیراستقلالی و فرعی تعهد که به آن کلوز می‌گویند اساساً باید دارای همان ویژگی‌هایی باشد که تعهدات مستقل دارند. مشروح این شرائط توسط ماده ۱۱۰۸ کد سیویل (معادل ماده ۱۹۰ قانون مدنی) بیان شده است. حال اگر فی المثل شرطی در ضمن عقد متضمن یکی از دو نوع تعهد مندرج در ماده ۱۱۲۶ کد سیویل یعنی تعهد به انجام کاری و تعهد به عدم انجام کاری بود، این تعهد بایستی مثل تمامی

^{۲۸}- حتی اگر شرط در زمان انعقاد عقد محقق بوده ولی طرفین بدان عالم نبوده باشند، اثر شرط از زمان علم به تحقق شرط نیست بلکه از زمان انعقاد عقد است. رجوع شود به رأی شعبه سوم مدنی ۱۲ آوریل ۱۹۹۵ JCP éd. N, 1995 Doctrine p. 1462-1457

^{۲۹}- البته متعهدله باید اثبات کند که متعهد برای فرار از انجام تعهد خود، در تحقق حادثه یا عدم آن دخیل بوده است.

تعهدات دارای شرایط صحت مندرج در ماده ۱۱۰۸ باشد. ما در این مجال لازم نمی‌دانیم تمامی آن شرایط را بر شمیریم. بعنوان شرط تبعی، تعهدی که در ضمن عقد می‌آید، یکی از تعهداتی است که در کنار تعهدات دیگر قرار گرفته و تحت همین عنوان مورد مطالعه قرار گرفته است. البته چنین شرطی می‌تواند برای بیان کیفیت یک تعهد دیگر مثل نحوه پرداخت ثمن و یا مثن نیز باشد.

پس خلاصه این شد که آنجا که ادات شرط مثل /اگر به نحوی عقد را معلق کند، چه تعلیق در انشاء باشد و چه در لزوم، در اینجا شرط را باید در بین مواد مربوط به خود تحت همین عنوان مورد بررسی قرارداد؛ ولی آنجا که تعهدی در کنار سائر تعهدات است، باید به مواد عمومی صحت تمامی تعهدات مراجعه نمود.

با این حساب، اگر شرط از مقوله شرط تعلیقی باشد و عقد را معلق نماید، بحث های مربوط به اینکه آیا شرط در صورت بطلان می‌تواند عقد را منحل کند یا خیر با موردی که شرط بصورت یک تعهد در کنار تعهدات دیگر باشد، فرق می‌کند و پاسخ به این سؤال برای هر دو مورد یکسان نخواهد بود.

ما ابتدا به شرط تبعی می‌پردازیم و در این بیان بر یک مسئله که مشترک بین این دو مورد است، پای می‌فشریم. مسئله مورد اشتراک بین این دو مورد، این است که آیا شرط تعلیقی و تعهد تبعی (که بنحوی شرط تقییدی است) برای رضایتی که لازمه عقد است چه نقشی را دارند؟ پس از پاسخ به این سؤال، پاسخ سؤال بعدی یعنی اینکه آیا بطلان عقد به بطلان شرط نیز سرایت می‌کند یا نه، روشن خواهد شد. بطور خلاصه می‌توان گفت :

اگر تعهد فرعی نسبت به تعهد اصلی یا شرط نسبت به عقد مشروط دارای جنبه محرک و مؤثر در تصمیم‌گیری طرفین داشته باشد، بطلان شرط به عقد نیز سرایت می‌کند ولی اگر فاقد این جنبه باشد، فقط شرط باطل است و موجب بطلان عقد نمی‌شود. در مورد اخیر، شرط باطل از پیکره عقد فک و بدور انداخته می‌شود.

در بسیاری از موارد رویه قضائی فرانسه ترجیح داده برای پرهیز از سر درگمی شروط تبعی را از شروط اساسی که برای طرفین جنبه محرک و مؤثر در تصمیم‌گیری داشته را مشخص کرده و لیستی از آنها ارائه دهد^{۳۰} و یا در سائر موارد تصریح کند به اینکه آیا شرط بخصوص فقط در زمره شروط ننوشته است یا اینکه بطلان به عقد نیز سرایت می‌کند. برای مثال، در مورد شروط عدم مسئولیت در قراردادهای بیع در جایی که یک طرف قرارداد فرد حرفه‌ای و طرف دیگر مصرف‌کننده باشد، قانونگذار فرانسوی ترجیح داده که ضمن اعلام بطلان این شروط نسبت به عدم سرایت بطلان آنها به عقد نیز اظهار نظر کند^{۳۱}. از این رو در چنین موردی عقد باطل نمی‌شود بلکه فقط شرط باطل از پیکره عقد منفک و بدور انداخته می‌شود بدون اینکه به مفادعقد

^{۳۰} این کار را در مورد شروط پولی *Clauses monétaire* انجام داده است. برای مطالعه تک تک این شروط نگاه کنید به تز دکترای آقای فیلیث سیملر شماره ۶۴ و کتاب حقوق مدنی (حقوق تعهدات) آقایان سیملر، تره، و لوکت چاٹ ششم شماره ۱۱۲۹

^{۳۱} رجوع کنید به دکتر عبدالرسول دیانی، رساله دکتری تحت عنوان مسئولیت مدنی نقص ایمنی محصولات صنعتی چاپ انتشارات دانشگاه لیل ۳ فرانسه در سال ۲۰۰۰ ص ۴۵۴

لطمه ای وارد سازد. در سائر موارد باید دید آیا شرط مزبور دارای ویژگی محرک و قاطع در تصمیم طرفین بر انعقاد قرارداد بوده است یا خیر^{۳۲}.

تیترا دوم

ضمانت اجرای شرط فعل در حقوق فرانسه

کد سیویل پس از تقسیم بندی تعهدات توسط ماده ۱۱۲۶ به سه تعهد تحویل مادی شیء، تعهد به انجام کار و تعهد به عدم انجام کار، در قسمت مربوط به آثار آنها به بیان ضمانت اجرای آنها پرداخته است. ماده ۱۱۴۲ اشعار می‌دارد تمام تعهدات به فعل یا عدم فعل در صورت عدم انجام توسط متعهد، منجر به دعوی ضرر و زیان می‌گردند^{۳۳}.

وفق این ماده در هیچ حال نمی‌توان اجرای اجباری تعهد فعل و یا عدم فعل را مطالبه نمود. برای مثال نمی‌توان کسی که تعهد نموده ساختمانی را بسازد را بر ساختمان سازی مجبور نمود^{۳۴}. با این حساب، متعهد علیه فقط محکوم به پرداخت مبلغی بابت خسارت ناشی از عدم انجام تعهد خواهد بود. یعنی بجای جلب رضایت متضرر به طور مستقیم با اجبار متعهد علیه به انجام مفاد تعهد، قانونگذار به صورت غیر مستقیم با پرداخت مبلغی بعنوان خسارت، رضایت وی را تضمین نموده است. لذا همیشه در صورت عدم انجام تعهد به فعل، جزای نقدی و خسارت برای متعهد له بعنوان جبران تعهد انجام نشده در نظر گرفته شده است. با اینکه ماده ۱۱۴۲ چنین راه حل اساسی در خصوص تعهد به فعل مقرر می‌دارد ولی باین وجود، هم رویه قضائی و هم دکتترین این ماده را تفسیر موسع نموده و امکان اجبار متعهد را بکلی منتفی نمی‌دانند و متفق القولند که در صورت عدم ایفای تعهد به فعل، متعهد له می‌تواند اجرای اجباری^{۳۵} تعهد را بخواهد مگر اینکه این کار به نحوی از نظر عملی و یا اخلاقی و یا قضائی غیر ممکن باشد^{۳۶}.

از آنجائی که شرط به نفع ثالث یکی از مواردی است که دقیقاً بر عنوان شرط در ضمن عقد در حقوق اسلام و ایران منطبق می‌گردد، لازم دیدیم مختصری در این خصوص مطالبی بیان کنیم.

قسمت سوم

شرط بنفع ثالث (Stipulation pour autrui)

موارد شرط به نفع ثالث که بعنوان استثنائی بر اصل نسبی بودن آثار قراردادها قلمداد شده است^{۳۷}، زیاد می‌باشند که دو مثال بارز آن بیمه عمر و تعهد به پرداخت نفقه ثالث است. شرط کننده را شارط، طرفی که انجام تعهد را به عهده می‌گیرد ملتزم، و کسی که از شرط بهره مند می‌شود، را ثالث منتفع می‌نامیم.

^{۳۲}- فیلپت سیملر، تز فوق الذکر

^{۳۳}- Art. 1142 du Code civil : Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

^{۳۴}- J. FLOUR & J-L AUBERT, Les obligations, L'acte juridique 1996, 7ème éd. n° 42

^{۳۵}- Exécution en nature

^{۳۶}- Droit civil, Les obligations, Ph. MALAURIE & L. AYNES, éd. CUJAS, 1995-1996, n° 1018 et 1019

^{۳۷}- استثنائی بر ماده ۱۱۶۵ کد سیویل (معادل ماده ۲۳۱ قانون مدنی ایران)

در این موارد ثالث منتفع حق مستقیمی بر ملتزم پیدا می‌کند یعنی اینطور نیست که ابتدا حق به شارط منتقل شود و بعد به ثالث، بلکه مستقیماً به ثالث منتفع انتقال می‌یابد و مثل این خواهد بود که منتفع ثالث خود مستقیماً جایگزین شارط منعقد کننده قرارداد شده باشد. ما بالاجمال شرائط صحت و ماهیت حقوقی و نهایتاً آثار شرط به نفع ثالث را بیان می‌نمائیم.

تیترا اول

شرائط صحت شرط به نفع ثالث

در آنچه به شرائط صحت شرط به نفع ثالث مربوط می‌شود، باید گفت که این شرط نیز مشمول قواعد عمومی صحت قراردادها (موضوع ماده ۱۱۰۸ کد سیویل) می‌گردد^{۳۸} چون این مورد نیز یکی از موارد شروط تبعی می‌باشد. با توجه به ویژگی‌های منحصر به فرد این شرط، قانونگذار فرانسوی لازم دیده که مقررات ویژه‌ای را در این خصوص وضع نماید که عمدتاً محصول رویه قضائی می‌باشند.

شرائط صحت شروط به نفع ثالث بر دو گونه اند :

- شرائط قراردادی که در آن شرط به نفع ثالث درج می‌شود

- شرائط فردی که می‌تواند بعنوان منتفع از قرارداد مطرح باشد.

در مورد آنچه که به اصل قرارداد بر می‌گردد، با توجه به اینکه شرط به نفع ثالث یک شرط تبعی می‌باشد، باید یک قراردادی وجود داشته باشد که بتوان ضمن آن چنین شرطی نمود؛ از این رو تعهد ابتدائی برای ثالث متصور نیست. در این خصوص سؤال اساسی این است که قرارداد اصلی چه ویژگی‌هایی باید داشته باشد؟ آیا در هر قراردادی می‌توان شرط به نفع ثالث نمود؟ وفق کد سیویل جواب سؤال اخیر منفی است. این کد پس از ممنوع ساختن شروط به نفع ثالث در ماده ۱۱۱۹، در ماده ۱۱۲۱ استثنائاً در دو مورد شرط بنفع ثالث را مجاز می‌شمارد^{۳۹}. مورد اول قراردادهای معوض مالی است مثل اینکه شخص خانه اش را بفروشد و شرط کند که بجای پرداخت مستقیم به وی، نیمی از ثمن به ثالث پرداخت گردد. مورد دوم قراردادهای رایگان است که در آن فرد ضمن هبه مالی به فرد دیگر بجای دریافت ثمن، موهوب علیه متعهد شود مبلغی را مادام العمر بعنوان نفقه به ثالث بپردازد^{۴۰}.

با توجه به اینکه محدود شدن امکان تعهد بنفع ثالث به دو مورد فوق، مشکلاتی را بوجود آورد، رویه قضائی بر آن شد که مفاد این ماده را تفسیر موسع بنماید و صرفاً به این دو مورد اکتفا ننماید زیرا مثال بارز آن بیمه عمر نمی‌توانست بر یکی از دو مورد

38- B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER Obligations 2-Contrat Litec 1995 n° 1268 ; FLOUR et AUBERT n° 462

39- Article 1121 C.civil "On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter."

۴۰- این ماده مشابه ماده ۷۶۸ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد در عقد صلح ممکن است احد طرفین در مقابل مال الصلحی که می‌گیرد، متعهد شود که نفقه معینی همه ساله یا همه ماهه تا مدت معین تأدیه کند این تعهد ممکن است به نفع طرفین مصالحه یا به نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود.

فوق منطبق شود^{۴۱}. رویه قضائی بخصوص برای توجیه بیمه های عمر متوسل به این استدلال شد که در قراردادهای رایگان که تعهد به نفع ثالث را جائلز می دانیم، به خاطر این است که شرط به نوبه خود در قراردادش نفعی به ملتزم رسانده است و در مقابل این کار نفعی شخصی عایدش گردیده است که اگر ملتزم شرط خود را در مقابل ثالث انجام ندهد، او می تواند هبه اش را باطل کند. حالا که این طور است دیگر فرقی نمی کند قرارداد رایگان باشد و یا معوض و از این رو تقسیم بندی ماده ۱۱۲۱ بی فایده خواهد بود چون در قراردادهای معوض نیز شرط می تواند در صورت استنکاف مشروط علیه، مطالبه انجام شرط را بکند. بالاتر از این، نفع شخصی مذکور در هر جا که در ضمن تعهدی اصلی رساندن نفعی به ثالث هم شرط می شود، وجود دارد. با این حساب فرقی نمی کند قراردادی که در ضمن آن شرط به نفع ثالث می شود، رایگان باشد یا معوض، شرط را بدهکار کند و یا طلبکار. اگر شرط را طلبکار ساخت، قرارداد در زمره قراردادهای معوض خواهد بود و اگر او را بدهکار نمود، در زمره قراردادهای رایگان قرار خواهد گرفت. از این رو، دیگر شرط بنفع ثالث استثنائی بر اصل نسبی بودن آثار قراردادهای نیز نخواهد بود چون اگر شرط به ضرر ثالث بود، استثناء محسوب می شد ولی حالا که به نفع اوست و می تواند قبول و یا رد کند، نمی توان گفت شرط به نفع ثالث استثنائی بر این قاعده عمومی است.

تیتیر دوم - در خصوص شرائط فردی که می تواند به عنوان ثالث منتفع مد نظر قرار گیرد

سؤال اساسی در این خصوص این است که آیا می توان شرط به نفع فرد نامشخص یا به نفع فردی که هنوز متولد نشده نمود؟ شرط به نفع فرد نامشخص هم منع قانونی دارد و هم عقلاً غیر ممکن است. ولی برای افرادی که پس از آن نطفه شان بسته می شود، این کار امکان دارد. ماده ۸-۱۳۲ L. کد بیمه در خصوص بیمه مقرر می دارد که هم اولاد فعلی وهم اولادی که نطفه شان بعداً بسته خواهد شد، می توانند از مزایای بیمه عمر بیمه شونده بهره مند شوند.

در خصوص ماهیت شرط بنفع ثالث که سئوالی است مقدم بر آثار این شرط بحث های متعددی بین حقوق دانان فرانسوی در گرفته که این مجال محل ذکر آنها نیست.

تیتیر سوم

در خصوص اثر این شروط سه گونه اثر متصور است :

I- اثر این شرط بین شرط و ملتزم

در این باره سؤال اساسی این است که آیا شرط می تواند ملتزم را ملزم به انجام شرطی که در قبال ثالث بعهده گرفته است، سازد؟ جواب مثبت است. این کار ممکن است ولی بطور غیر مستقیم یعنی قادر است قرارداد را فسخ کند^{۴۲}. در این خصوص،

۴۱- در بیمه عمر کسی که متعهد می شود هر ماه مبلغی به بیمه گر بپردازد تا مادام که خود زنده است، بدهکار بیمه گر است یعنی مبلغ حق بیمه را به بیمه گر هبه نمی کند و از طرف دیگر طلبکار بیمه هم محسوب نمی شود که با استثنای اول موضوع ماده ۱۱۲۱ کد سیویل منطبق شود.

۴۲- بااستناد به مواد ۹۵۳ کد سیویل در خصوص قراردادهای رایگان و ماده ۱۱۸۴ همان کد در خصوص قراردادهای مالی و ماده ۱۶۵۴ در خصوص بیع.

رویه قضائی نهایتاً قبول نمود که این کار ممکن است یعنی شرط می تواند اجرای اجباری تعهد به نفع ثالث را از دادگاه درخواست کند.

II- اثر شرط بین ملتزم و ثالث منتفع

ثالث منتفع نیز می تواند با مراجعه به دادگاه مستقیماً از ملتزم اجرای اجباری مفاد شرط را مطالبه کند ولی نمی تواند عقد اصلی بین شرط و ملتزم را فسخ کند. اگر اجبار ملتزم ممکن نشد، می تواند دعوی ضرر و زیان بدهد. وی برای اینکار "حق مستقیم" بر علیه ملتزم دارد یعنی چنین نیست که ابتدائاً حقوق خود را از شرط مطالبه کنند و شرط به نوبه خود به ملتزم مراجعه کند بلکه صاحب حق در اینجا ثالث منتفع است شرط فقط می تواند عقد خود را در صورت تخلف ملتزم فسخ کند. اثر حق مستقیم این است که طلبکار و یا وراث شرط نمی توانند ادعای نسبت به قرارداد شرط با ملتزم داشته باشد و مثلاً اجرای شرط را بنفع خود مطالبه کنند و همچنین تمامی آثار تعهد به نفع ثالث از روز درج شرط (نه از تاریخ قبول ثالث) بر آن بار می شود. به هر حال حقوق ثالث، بستگی تام به قرارداد اصلی دارد.

III- در خصوص روابط بین ثالث و شرط

ماده ۱۱۲۱ تنها ماده ای است که بطور عموم حق فسخ را برای شرط در نظر گرفته مادام که ثالث منتفع مفاد شرط را قبول نکرده باشد. این ماده سخنی از روابط قبلی بین آنها که موجب درج این شرط شده، نیاورده است. بدیهی است در سائر موارد، روابط بین او و ثالث منتفع، تابع روابط حقوقی قبلی بین آنها می باشد. اگر ثالث مشروحاً یا ضمناً تمایل خود را به انتفاع از شرط اعلام نمود، دیگر شرط نمی تواند از مفاد شرط عدول کند. اگر قبل از قبول ثالث شرط را فسخ کند، لازمه اش فسخ قرارداد اصلی بین او و ملتزم نیست، بلکه می تواند از ملتزم درخواست کند مفاد شرط را به نفع خودش یا فرد دیگری انجام دهد. فایده شرط به نفع ثالث این است که شرط می تواند بدین وسیله خود را از دینی که قبلاً ثالث بر عهده او داشته بری سازد یا به نحوی غیر مستقیم هبه ای به وی کند.

تمام آنچه را که در باب آثار شرط به نفع ثالث بیان نمودیم به جز حق فسخی که برای شرط در نظر گرفته شده، محصول رویه قضائی است و متن مشخص حقوقی در این خصوص در حقوق فرانسه وجود ندارد^{۴۳}.

مادر ادامه بحث نسبتاً مفصلی در خصوص شرط فعل در حقوق ایران خواهیم داشت تا ببینیم آنچه در تحت این عنوان در حقوق ما مطرح است تا چه حد بر معادل فرانسوی آن منطبق است.

XX

×

بخش دوم

شرط فعل در حقوق ایران و فقه امامیه

۴۳- شماره ۴۷۸ اوپرت و فلور تعهدات، عمل حقوقی

از آنجائی که قانون مدنی ما در بحث شروط از فقه امامیه تبعیت نموده است، ما بررسی فقه امامیه و حقوق مدنی را هم زمان انجام داده و اگر البته در این مطالعه ویژگی خاصی برای هریک یافتیم آنرا بیان می‌داریم. پس از مطالعه حقوق مدنی و فقه امامیه، در بخش سوم به مطالعه تطبیقی دو سیستم حقوق فرانسه و حقوق ایران - فقه امامیه خواهیم پرداخت. آنچه اساساً مستند فقه امامیه در این تحقیق است، کتاب مکاسب شیخ انصاری و برای حقوق ایران نیز مستقیماً قانون مدنی را مورد مطالعه قرار می‌دهیم. در این بخش ابتدا شرائط صحت شروط را به بررسی می‌گیریم و آنگاه آثار شروط را مورد مطالعه قرار داده و در نهایت به شرط فعل به نفع یا ضرر ثالث می‌پردازیم.

قسمت اول

شرائط صحت شرط فعل در حقوق ایران

تیترا ۱- مفاد شرط باید انجام شدنی جلوه کند.

مثال بارز این شرط که عمدتاً برای شرط فعل مد نظر قرار می‌گیرد، شرط پرواز در آسمان می‌باشد. البته عده ای از فقهاء شرط خوشه گرداندن زرع را در زمره شروط غیر مقدور آورده اند^{۴۴} چون تلقی آنها این بوده که چنین شرطی با اراده الهی در تعارض است. زیرا تنها ذات باری تعالی است که می‌تواند از زرع خوشه در آورد. به نظر می‌رسد که چنین شرطی ایراد نداشته باشد چون به اصطلاح فلاسفه در اینجا متعهد، علت فاعلی خوشه نمودن زرع نیست، بلکه مهیا کننده شرائطی است که عادتاً در صورت ایجاد آن شرائط، زرع تبدیل به خوشه می‌شود (که در فلسفه به آنها معادات می‌گویند). متعهد اعمال عادی مثل آب دادن به موقع و سم پاشی زرع که برای ایجاد خوشه لازم است، انجام می‌دهد (تعهد وسیله) و این کارها برای وی مقدور است از این رو چنین شرطی درست است.

البته عده ای این شرط را به گونه دیگر خواسته اند تصحیح نمایند به اینکه خوشه ساختن زرع توسط خود متعهد مراد نیست بلکه منظور انجام عمل توسط خداوند است. زرع را می‌فروشد به شرط اینکه خوشه بشود نه اینکه آنرا خوشه بگرداند. چون مسلم است که چنین جعلی در حوزه اختیار متعهد نیست.

این توجیه معقول به نظر نمی‌رسد زیرا ماهیت چنین شرطی تعلیق در عقد است و عقد معلق از محل بحث ما خارج است این شرط مثل اینست که بگوید اگر این زرع خوشه شد، آنرا به شما می‌فروشم.

فقهاء با این شرط خواسته اند شرط انجام فعل غیر را در زمره شروط باطل قرار دهند. آنها می‌گویند شرط فعل غیر، باطل است چون تحت اختیار و سلطه متعهد نیست بدین معنی که متعهد قادر به تسلیم مورد شرط نیست و مبیع که تسلیم نشود، بیع غرری می‌گردد و بیع غرری بالاتفاق باطل و مفسد عقد نیز می‌باشد. پس هر جا که عدم تسلیم مورد شرط منجر به غرری شدن عقد شود، عقد از اساس باطل می‌گردد. به هر حال در قانون مدنی نیز شرط فعل به ضرر ثالث برای ثالث تعهدی ایجاد نمی‌کند و او

۴۴- شیخ محمد حسن نجفی جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۲۰۳ وی شرط تبدیل نمودن سنبل به خوشه را توسط خداوند نیز صحیح نمی‌داند چون در اینصورت اشتراط فعل غیر شده که برای مشروط علیه به نحوی غیر مقدور می‌باشد.

می‌تواند مفاد شرط را مجری نسازد ولی اگر ثالث مفاد شرط را قبول نکند، مشروط له می‌تواند عقد را فسخ نموده^{۴۵} و حتی از طرف دیگر قرارداد مطالبه خسارت کند. البته اگر شرط مزبور در ضمن عقد نکاح باشد مشروط له استثنائاً حق فسخ نکاح را نخواهد داشت^{۴۶}.

هر چند قانون مدنی شرط غیر مقدور را در زمره شروط باطل آورده است، ولی به نظر می‌رسد در مثال بالا بطلان شرط به عقد نیز سرایت کند و اصولاً اگر عدم قدرت بر انجام شرط فعل به طور مطلق باشد، عقد را نیز باطل سازد. بر عکس، اگر تهیه مقدمات عمل در اختیار متعهد باشد، می‌توان بر صحت چنین عقدی پا فشرد. مثلاً اگر بگوید من این جامه را به شما می‌فروشم به شرط اینکه تو نیز به زید بفروشی، اشتراط غیر مقدور تلقی شده و باطل می‌باشد زیرا فروختن او یک طرف قضیه است و او نمی‌تواند زید را مجبور به خریدن نماید. البته علامه درج چنین شرطی را درست می‌داند ولی می‌گوید اگر زید از خرید جامه امتناع کرد، فروشنده مخیر است بین فسخ و امضاء عقد. عده ای می‌گویند منظور این است که اگر زید جامه را خرید، به او بفروش، یعنی شما پیشنهاد فروش را به وی بده و لذا اگر او نخرید خللی به لزوم عقد وارد نمی‌گردد.

شیخ انصاری ضمن رد سخن علامه می‌گوید: سه فرض برای مراد فروشنده از اینکه گفته به زید بفروش، متصور است :

- اگر مراد وی این باشد که ایجاب بیع را با زید بعنوان یک شرط فعل انجام دهد، این شرط درست است و خرید و یا عدم خرید زید لطمه ای به معامله وارد نمی‌سازد،

- و اگر مراد فروشنده، ایجاب و قبول بصورت توأم باشد، این شرط غیر مقدور است چون حداکثر خریدار می‌تواند جامه را به زید عرضه کند و ایجاب لازم در معامله خود با زید را تمام نماید ولی اینکه زید آنرا بخرد یا خیر، در اختیار او نیست لذا این شرط غیر مقدور و باطل است نه اینکه موجب پیدایش حق فسخ گردد.

- اگر مرادش از اینکه گفته به زید بفروش احتمال می‌داده که زید آنرا می‌خرد ولی بعداً معلوم شده زید نمی‌خرد، به جهت خیار تخلف وصف می‌تواند عقد را فسخ نماید.

در هر حال، لازم نیست مفاد شرط حتماً در زمان عقد مقدور باشد، بلکه می‌تواند پس از گذشت زمانی مفاد آن قابل تحقق بشود. همچنین لازم نیست داشتن قدرت با ملاحظه توان خود متعاقبین در نظر گرفته شود بلکه می‌توان شرطی را در ضمن عقد آورد که از توان ثالث برآید.

از نظر قانون مدنی شرط غیر مقدور شرطی است که متضمن امری باشد که تحقق آن غیر ممکن باشد. این غیر ممکن بودن می‌تواند مادی و یا قضائی باشد. اگر شرط کند در مدت دو ساعت به آمریکا برود، غیر مقدور مادی و اگر شرط کند که ضعیف‌تر از من در اموال خود تصرف کند، غیر مقدور بودن قضائی می‌باشد. اگر تحقق شرط مشکل باشد، به آن شرط غیر مقدور نمی‌گویند. همچنین امتناع تحقق شرط نباید مستند به فعل مشروط له باشد (ماده ۲۴۰ ق.م.).

۴۵- مثال بارز آن شرط ضمانت ثالث و یا رهن ثالث در عقد می‌باشد یعنی اگر ثالث رهن را قبول نکند و یا ضامن نشود وفق ماده ۲۴۲ و ۲۴۳(ق.م.) چون اجبار ملتزم به انجام مفاد شرط وجود ندارد، عقد فسخ می‌شود.

۴۶- در عقد نکاح فقط شرط صفت می‌تواند منجر به فسخ عقد شود. رش. دکتر عبدالرسول دیانی حقوق خانواده ج ۱ ص ۱۵۶ انتشارات امید دانش ۱۳۷۹ و دکتر سید حسین صفائی، حقوق خانواده، ج ۲ چاپ انتشارات دانشگاه تهران ص ۶۵

تیترا ۲- مفاد شرط باید سائغ باشد

عمده فقهای که این شرط را بعنوان یکی از شرایط صحت بیع بر شمرده اند، مثال برای آنرا جائز بودن جهت دانسته اند. لذا نمی‌توان در ضمن عقد شرط کرد که مشتری سرب خریداری شده را به اشرار بفروشد که از آن در جهت تهیه گلوله استفاده کنند. ما تحقیق مفصل در این خصوص را در مقاله دیگری بیان نموده ایم.

تیترا ۳- مفاد شرط باید عاقلانه باشد

عاقلانه بودن مفاد شرط بسته به نظر عرف است. ممکن است عملی برای فردی غیر عاقلانه و برای دیگری عاقلانه باشد لذا داشتن یکی از دو غرض نوعی و یا غرض شخصی کفایت می‌کند.

در این رابطه علامه در تذکره می‌فرماید شرطی که مالیت راکم و یا زیاد نمی‌کند، لغو و بیهوده است و در صورت تعذر موجب خیار فسخ هم نیست^{۴۷}. البته در موردی که شک کنیم آیا بر مفاد شرط غرض عقلانی مترتب است یا خیر، اصل داشتن غرض عقلانی که موجب صحت شرط است، مقدم داشته می‌شود. علامه می‌گوید مثلاً اگر زوجه در عقد نکاح بر زوج شرط کند که زوج همیشه حلیم بخورد، این شرط دارای غرض شخصی برای زوجه می‌تواند باشد. شاید این غرض از کنکاش در خاصیت معجزه آسای حلیم! در ارضای تمایلات مشروع زوجه فهمیده شود!

تیترا ۴- مفاد شرط نباید مخالف کتاب و سنت باشد.

عمده ترین شرطی که فقهاء در باب صحت شروط ذکر کرده اند، این شرط می‌باشد؛ یعنی شروط دیگر مآلاً به این شرط برمی‌گردند. مثلاً اگر شرطی در آن یکی از دو عوض مجهول باشد، بخاطر این است که عقد را غرری می‌سازد و غرر در شرع نهی شده است.

در تفسیر این شرط، شیخ انصاری می‌گوید: در اینجا مراد تنها کتاب و سنت نیست، بلکه صحت شرط باید با تمام آنچه بر عبادالله واجب شده، محک زده شود. بعلاوه مراد از موافقت با کتاب و سنت، عدم مخالفت با آنها است، همین که حکمی در کتاب و سنت حرام نباشد، موافق کتاب و سنت محسوب می‌شود. برای این شرط از شرایط صحت شروط به قسمت اخیر موثقه اسحاق بن عمار از حضرت علی(ع) استناد شده که می‌فرماید المسلمون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً^{۴۸}. بر این مبنا، شارحین قانون مدنی نیز منظور از کلمه "مشروع" که در ماده ۲۱۵ (ق.م.) آمده را "ممنوع نبودن آن از طرف قانون" دانسته اند لذا هر شرط فعلی را که قانون نهی ننموده قابل اندراج در ضمن عقد است.

سؤال دیگر این است که چه امری نباید مخالف کتاب و سنت باشد، ملتزم یا نفس التزام؟ شیخ انصاری در جواب می‌فرماید هر دو. ملتزم نباید مخالف کتاب و سنت باشد لذا شرط ارث برای غیر وارث نمی‌توان نمود. همچنین نفس التزام نیز نباید مخالف کتاب و سنت باشد، لذا نمی‌توان در عقد نکاح شرط نمود که مرد زوجه دیگری نگیرد.

حال از کجا بفهمیم حکمی مخالف کتاب و سنت است؟ شیخ می‌گوید برای تشخیص مورد دو حالت متصور است :

۴۷- علامه حلی، تذکره الفقهاء ج ۲ باب عیب

۴۸- وسائل الشیعه ج ۷ ص ۴۸۷ حدیث این است من شرط لامرأته شرطاً فلیف به فان المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً - همین مصدر، ج ۱۲، ص ۳۵۳ باب ۶ من ابواب الخیار حدیث ۳ و ۱

- اگر وضع حکم برای موضوع قطع نظر از عوارض و طواری بوده و به اصطلاح بصورت لو خلی و طبعه وضع شده باشد، در این صورت حکمی که با شرط می‌خواهد عوض شود، در تعارض مستقیم با کتاب و سنت قرار نمی‌گیرد و چنین شرطی ایراد ندارد. مثلاً کاری را که قطع نظر از شرط، یا قطع نظر از امر پدر و مادر، حلال بوده را بواسطه شرط و یا امر پدر و مادر می‌توان حرام و یا واجب نمود و این تغییر حکم، مخالفت با کتاب و سنت نیست و اشکالی ندارد.

- ولی اگر حکم برای موضوع با ملاحظه عوارض و طواری ثابت باشد، در اینجا اگر شرط خلاف شود، خلاف کتاب و سنت خواهد بود. یعنی شارع حکم را برای موضوع با ملاحظه مثلاً مورد شرط یا مورد امر پدر و مادر و... وضع کرده و با ملاحظه این عوارض و طواری حکم داده است^{۴۹}، حال اگر بخواهیم چنین حکمی را عوض کنیم، مخالفت با کتاب و سنت نموده ایم^{۵۰}.

پس در مورد اول - که حال اکثر مستحبات و مباحات و مکروهات است - می‌توان شرط خلاف کتاب و سنت نمود ولی درج چنین شرطی در مورد نوع - که حال اکثر واجبات و محرمات است - جائز نیست. چون عوارض و طواری در نوع دوم مورد لحاظ قرار گرفته اند یعنی حلیت و حرمت در آنها علی الاطلاق است، لذا نمی‌توان بواسطه شرط حکم الهی را عوض نمود.

شیخ در اینکه از کجا بفهمیم حکم از نوع اول است یا از نوع دوم، ملاک درستی ارائه نمی‌دهد و با آوردن مثال‌های نقض متعدد در نهایت متذکر می‌شود که مجتهد باید تلاش کند و بفهمد که حکمی که بواسطه شرط می‌خواهد عوض شود، از قسم اول است یا از قسم دوم. در مقام تردید بین اینکه آیا حکم از قسم اول است یا دوم، اصل این است که بگوئیم حکم به گونه ای برای موضوع وضع نشده که بواسطه شرط نتوان آنرا تغییر داد. لذا با تمسک به عموم المؤمنون عند شروطهم باید قائل شد که مفاد شرط با مفاد حکم شرع در تعارض نیست. این حکم مبتنی بر اصالة الصحه نیز می‌باشد.

شیخ در تفسیر موثقه فوق می‌فرماید منظور از این روایت این است که هر شرطی که باعث بشود شخصی را در فعل حرام علی الاطلاق رخصت بدهد یا از امر حلال علی الاطلاقی منع نماید، این شرط واجب الوفاء نیست. ولی اگر حلیت و حرمت علی الاطلاق نباشند، بلکه لو لالشرط و یا لو خلی و طبعه باشند، در این صورت شرط واجب الوفاء می‌باشد.

مثلاً اگر بگوئیم شرط سود در عقد قرض چون با آیات ناهیه متعدده که مطلق ربا را ممنوع می‌سازند^{۵۱}، در تعارض قرار می‌گیرد، حرمت آن علی الاطلاق است و شرط خلاف نمی‌توان نمود. ولی اگر بگوئیم حکم حرمت بصورت لو خلی و طبعه بر موضوع بار شده، در این صورت می‌توان اجتهاد نمود و گفت ربائی که موجب سازندگی و رونق چرخ‌های اقتصاد مملکت می‌شود، حرام نیست. یا مثلاً شرب خمر، حرمت علی الاطلاق دارد که به هیچ وجه نمی‌توان آنرا حلال نمود مگر با وصول به مرز حکم اولیه (عسر و حرج و اکراه و اجبار و...) و ورود در احکام ثانویه.

۴۹- البته در بین عوارض و طواری مواردی که مرز بین حکم اولیه و حکم ثانویه باشد، استثنا گردیده اند مثلاً عسر و حرج از طواری هستند که شارع مقدس اسلام آنها را در همه احکام مدنظر قرار داده است. لذا برداشته شدن حکم حرمت در هنگام عسر و حرج موجب مخالفت با کتاب و سنت نمی‌شود اینست که شیخ در مکاسب ج ۲ ص ۱۱۰ سطر ۱۳ این موارد را مستثنی می‌سازد. لذا اگر در ضمن عقد شرط شود که مریض برای مرض خود شراب بخورد (اگر شراب خوردن برای دفع مرض خوب باشد) این شرط مخالف کتاب و سنت نیست.

۵۰- شیخ مرتضی انصاری، المكاسب المحرمه ج ۲ چاپ رحلی قدیم ص ۱۱۰

۵۱- سوره بقره آیات ۲۷۶ و ۲۷۷ و ۲۷۸ آل عمران آیه ۱۲۵ نساء آیه ۱۵۹ و روایات متعدد

در حقوق موضوعه برگرفته از قانون مدنی، شرط غیرمشروع شرطی است که مفاد آن متضمن انجام عملی باشد که آن عمل توسط قانون منع شده باشد. این عمل ممکن است یک واقعه حقوقی مثل جرم یا یک عمل حقوقی مخالف صریح با نص قانون امری باشد.

شارحین قانون مدنی شرط مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز در زمره شروط باطل قلمداد نموده و بر آنها همان آثار شرط نامشروع را بار ساخته اند ولی متاسفانه تعریفی از این دو مفهوم در قانون دیده نمی‌شود. اجمالاً اینکه شرط غیر اخلاقی شرطی است که اخلاق حسنه جامعه آنرا مذموم بدانند.

تیترو ۵- مقتضای شرط با مقتضای ذات عقد نباید مخالف باشد

عمده ملاک هائی که در وجه عدم صحت عقدی که در آن شرط خلاف مقتضای شده دو چیز است :

- اولاً لازمه چنین شرطی جمع بین متناقضین است زیرا نمی‌توان در آن واحد به هر دو عمل نمود و جمع بین متناقضین محال عقلی است.

- ثانیاً شرط مخالف مقتضای عقد، خلاف کتاب و سنت است. چون مثلاً اگر منافی با ملکیت است، لازمه اش سلطنت نداشتن مشتری بر مال خریداری شده می‌باشد که با الناس مسلطون علی اموالهم در تعارض می‌افتد. لذا بطلان شرط هم از این جهت است که تعارض بین مفاد شرط با مفاد عقد می‌افتد و هم از جهت مخالفت با حکمی که اثر نفی شده را لازمه مقتضای عقد شمرده و یا تخلف عقدا را از مقتضای خود جائر ندانسته است.

در تحلیل دقیقتر، دو سری مقتضای برای عقد وجود دارد : سری اول مقتضیات اطلاق عقد هستند و سری دوم مقتضیات ذات عقد. به اصطلاح اثر عقد مطلق با اثر مطلق العقد متفاوت است. آثار عقد مطلق را می‌توان بواسطه شرط تغییر داد. مثلاً اطلاق عقد مقتضی تعجیل در پرداخت ثمن است ولی این اثر را می‌توان بواسطه شرط زایل نمود. اما اثری که اثر مطلق العقد و طبیعه العقد باشد، بنا به طبیعت خود در تمامی افراد ساری و جاری است و شرط خلاف آن نمی‌توان نمود.

اگر به شرطی در قرارداد برخوردیم که ندانیم شرط از گونه منافی با مقتضای ذات عقد است یا با اطلاق آن معارض است، دو راه حل وجود دارد :

- راه اول این است که قائل شویم هم عقد و هم شرط هر دو سقوط می‌کنند.

- راه دوم اینکه بگوئیم شرط منافی ساقط می‌شود چون شرط منافی تابع است و عقد متبوع آن.

در مواردی که قطعاً بدانیم شرطی مخالف با مقتضای عقد نیست یا اینکه قطعاً بدانیم شرطی مخالف مقتضای عقد هست، اشکالی بروز نمی‌کند. مثلاً اگر عرف یا شرع یا اجماع مقتضای عقد را بیان نموده باشند و یا امری را مخالف آن مقتضای بدانند، وفق آن مقتضای عمل نموده و جای تردید باقی نمی‌ماند. تردید و اشکال در مواردی رخ می‌نماید که تشخیص مقتضای غیر مقتضای ممکن نباشد که البته موارد آنها هم زیاد است. برای مثال شرط ضمان در عقد عاریه و شرط ضمان در عقد اجاره را اگر در نظر بگیریم، در اولی شرط، منافی با مقتضای ذات عقد قلمداد نشده ولی در دومی این امر مخالف مقتضای آنست. معلوم نیست آیا عدم

الضمان، اثر مطلق اجاره است یا اثر اجاره مطلق؟ همچنین عدم الضمان اثر مطلق عاریه است یا عاریه مطلق؟

راه حل اساسی برای این موارد مشکوک اینست که بگوییم این اثر، اثر عقد مطلق است نه مطلق العقد. بدین معنی که اصل این است که حکم به گونه ای وضع نشده است که اثر مطلق العقد باشد بنابراین بواسطه شرط می توان آنرا تغییر داد. بهر حال، در اصل اینکه شرط خلاف مقتضای ذات عقد نمی توان نمود، تردیدی نیست بلکه سخن بر سر این است که چه امری مقتضای ذات عقد است؟ آیا مقوم عرفی برای شناخت مقتضای ذات عقد ملاک قرار می گیرد؟ یا عدم تصرف در مبیع آیا خلاف مقتضای ذات عقد بیع است؟ عدم استمتاع بزوجه حتی النظر در عقد نکاح چه حکمی دارد؟

مثلاً مرحوم فخرالدین شرط عدم بیرون بردن زوجه از شهر خودش (که نوعی شرط فعل منفی است) را از باب مخالفت با سلطنت زوج بر زوجه، خلاف مقتضای ذات عقد می داند در حالی که دیگران چنین ویژگی برای شرط مزبور قائل نیستند. این اختلافات و تهافت آراء در بحث شرط مخالف مقتضای عقد، محقق ثانی را بر آن داشته که با کمال تبحرش در فقه معتقد شود تشخیص اینکه امری مخالف مقتضای مطلق العقد است یا عقد مطلق را باید بنظر فقیه و انهاد که حسب مورد تصمیم بگیرد.

قانون مدنی نیز که در اصل نظریه از فقه تبعیت نموده و در ماده ۲۳۳/۱ شروط خلاف مقتضای راباطل و مبطل قلمداد نموده، در اینکه چه امری مقتضای ذات عقد است و کدام مقتضای اطلاق عقد، به همین سر در گمی گرفتار آمده است. این است که عدم ارائه ملاک واحد و عمومی برای این تمییز این دو سری شرط از همدیگر، موجب خرده گیری بعضی حقوقدانان به تقسیم قانون مدنی از شروط به شروط صحیح و شروط باطل شده است. اینان همگام با شیخ انصاری و محقق ثانی قائل شده اند به اینکه باید دست دادرس را در تمییز رابطه شرط و عقد آزاد گذاشت و ملاحظه نمود در چه مواردی بطلان شرط به عقد نیز سرایت می کند و یا در چه مورد شرط خلاف مقتضای عقد محسوب می گردد^{۵۲}. این عقیده که به نظر ما موجه می رسد مانع از این نخواهد شد که تعریفی که حقوقدانان فوق از شرط مخالف مقتضای بدست داده را در این مجال بیاوریم. وی آن را شرطی می داند که ماهیت آنچه را تراضی و قانون و عرف به اشتراک آفریده اند، نفی می کند. یعنی نافی آن موضوعی است که اصلی که عقد به خاطر ایجاد آن واقع می شود و به خواست طرفین یا احکام مترتب بر آن، لازمه ماهیت عقد است^{۵۳}.

تیتتر ۶- مفاد شرط نباید مجهول باشد

شرط دیگر از شرایط صحت شرط اینست که مفاد شرط نباید مجهول باشد. بنابراین، اگر تاجری جنس خود را بفروشد با این شرط که در معاملات آینده لطفی در حق خریدارش بکند یا بگوید من در معاملات بعدی جبران خواهم نمود ولی مشخص نکند تا چه مبلغ، این شرط باطل است. البته اگر به نحوی حدود و ثغور شرط را مشخص کند، ایرادی ندارد مثل اینکه متعهد شود در معامله بعدی ۱۰٪ ارزانتر بفروشد یا هزینه حمل معامله بعدی را به عهده بگیرد.

قانون مدنی در ماده ۲۳۴ شرط مجهولی را که موجب جهل به احد عوضین بشود، را نه تنها باطل که موجب بطلان عقد نیز می داند. دلیل سرایت بطلان به عقد بیع مقرون به چنین شرطی این است که موجب غرری نمودن عقد می گردد و عقد غرری به اتفاق فقهاء باطل است. برای مثال، اگر مدت تحویل جنس در عقد به نحوی مجهول گذاشته شود (اگر این شرط را مخالف

۵۲- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۹۶

۵۳- همان مصدر ش ۵۷۱ ص ۱۸۲

مقتضای عقد نباشد)، بدلیل سرایت این جهالت به احد عوضین بیع باطل می گردد^{۵۴} پس هر شرط مجهولی نمی تواند منجر به بطلان عقد شود، بلکه شرطی موجب بطلان عقد می شود که در بردارنده امر مجهولی باشد که جهالت نسبت بدان منجر به جهالت نسبت به یکی از دو عوض شود.

علامه حلی با استناد به قاعده للمده قسط من الثمن، معتقد است که هر گونه جهالتی در خصوص عوضین از قبیل صفات و لواحق آنها، مطلقاً موجب بطلان عقد می گردد و لذا معتقد شده شرط مجهول در هر حال عقد را باطل می کند. مستند سخن علامه اینست که پیامبر اکرم نه تنها از بیع غرری^{۵۵} که از مطلق غرر^{۵۶} نیز نهی فرموده است لذا از نظر وی لازم نیست بدلیل ارتباط شرط با عقد قائل به بطلان عقد شویم بلکه بمجرد وجود غرر، عقد باطل می شود. بر اساس روایتی که مطلق غرر نهی شده، لازم نیست که غرر حتماً در عقد بیع باشد؛ اگر در عقد اجاره و یا مضاربه نیز غرر وجود داشت، موجب بطلان عقد می شود.

البته وی در خصوص عقد بیع قائل به استثنا می شود به این مضمون که در عقد بیع نص خاص وجود دارد. به استناد نص خاص نهی النبی عن بیع الغرر، اگر شرط مجهول عقد را غرری سازد (هر چند متضمن نوعی غرر باشد) موجب بطلان بیع می شود ولی اگر عقد را غرری نسازد، چنین شرطی خود باطل است و مبطل نیست.

شیخ انصاری بدون هیچ گونه استثناء و به استناد مطلق قاعده للشروط قسط من الثمن می گوید: در هر جا که شرط مجهولی در عقد وجود داشت، به نحوی مستلزم غرر است که مبطل عقد می باشد چون به هر حال احد عوضین را مجهول می سازد^{۵۷}.

ممکن است شرط معلومی ضمیمه شرط مجهولی شود، این جزء معلوم موجب صحت عقد نمی گردد ولی اگر شرط مجهول تابع امر معلوم باشد، به صحت عقد خللی وارد نمی گردد. در مورد شرط صفت می توان مثال آورد که اگر فروشنده بگوید این ماهی را (که معلوم است) با خاویارهای داخل شکمش می فروشم به فلان مقدار، ایرادی ندارد، ولی اگر خاویارهای داخل شکم ماهی (که معلوم نیست) را به همراه ماهی بفروشد به مبلغ معین، ایراد دارد. لذا باید ملاحظه نمود آیا قسمت مجهول تابع است یا متبوع. اگر متبوع باشد، از نظر علامه در تذکره ایرادی ندارد.

به هر حال، اگر مطلقاً قائل بشویم به اینکه للشروط قسط من الثمن، باید با شیخ هم عقیده شد و در همه موارد شرط مجهول را موجبی برای بطلان عقد دانست. ولی قانون مدنی این نظر را قبول نکرده و تنها شرط مجهولی که موجب جهل به احد عوضین باشد، مبطل می داند و مثلاً در موردی که شرط مجهول منجر به عدم قدرت بر تسلیم میباید شود، ساکت است. به نظر می رسد قانون مدنی در غیر موردی که شرط مجهول منجر به جهالت احد عوضین شود، چهره شرط را فرعی و تبعی می داند و از اینرو است که مجهول ماندن آن را سببی برای بطلان عقد نمی داند.

^{۵۴} - سید محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه ج ۴ ص ۷۳۵ و ۷۴۸

^{۵۵} - نهی النبی عن بیع الغرر. این روایت هم در کتب شیعه آمده و هم در کتب اهل سنت. وسائل الشیعه کتاب التجاره باب ۴۰ از ابواب آداب تجارت، حدیث ۳، سنن ابی داوود کتاب البیوع باب بیع الغرور جلد ۵ شماره ۳۲۳۷

^{۵۶} - علامه حلی، تذکره الفقهاء ج ۱ کتاب بیع روایت اینست: نهی النبی عن الغرر

^{۵۷} - شیخ انصاری مکاسب ج ۲ ص ۱۱۷ سطر ۴

نکته بعدی اینکه اگر در مبطل بودن شرط باطل اختلاف شود، سخن قائل به صحت عقد مقدم داشته می‌شود یعنی سخن کسی که قائل است شرط تنها خود باطل است و بطلان به عقد سرایت نمی‌کند، مقدم داشته می‌شود. لذا اگر بایع و مشتری در مجهول یا معلوم بودن زمان تحویل مبیع اختلاف کنند، قول مدعی معلوم بودن مقدم داشته می‌شود^{۵۸} چون در صورت مجهول بودن اجل، عقد باطل می‌گردد.

تیتیر ۷- مفاد شرط نباید مستلزم امر محال باشد

شرط ششم از شرایط صحت شروط این است که مضمون شرط نباید در بردارنده امر غیر ممکن باشد. مثال بارزی که فقهاء برای این شرط آورده اند، این است که شخص بگوید این جنس را به شما می‌فروشم به شرط اینکه مجدداً به خودم بفروشی. در وجه بطلان این شرط علامه می‌گوید این امر مستلزم دور است که عقلاً محال می‌باشد^{۵۹}. ولی اگر شرط کند که او بدیگری (ثالث) بفروشد، این درست است چون منافاتی با کتاب و سنت ندارد. حالا اگر ثالث نخرید، در مورد مسئله احکام عقد فضولی جاری خواهد شد. به نظر می‌رسد اگر بایع بگوید این جنس را به شما می‌فروشم به شرط اینکه اگر خواستی به کسی بفروشی من اولی به خرید باشم، این عقد درست باشد. به هر حال، اصولاً استلزام دور نیز استدلال موجهی نیست زیرا اگر علت را در این مورد به معنای علت غائی بگیریم، اشکالی ایجاد نخواهد شد اگر بایع بر مشتری شرط کند برای اینکه وی آن مال را (با یک تملیک جداگانه) به خود او بفروشد. این ایرادات موجب شده که بعض فقهای متأخر چنین شرطی را لازم ندیده اند^{۶۰}. توضیح تفصیلی این مطلب در بحث بعدی خواهد آمد.

تیتیر ۸- آیا شرط فعل باید در متن عقد باشد؟

یکی از مسائل اختلافی بین فقهاء اینست که آیا شرط باید حتماً در ضمن عقد باشد یا چنین الزامی وجود ندارد. شرطی که در ضمن عقد نیاید، ولی طرفین عقد بر آن تبانی نموده باشند را شرط بنائی یا شرط توطئی می‌گویند. مشهور فقهاء هر گونه الزام و وعده خارج از عقد (که به نحوی به صورت شرط در ضمن عقد نیاید) را لازم الوفاء نمی‌دانند. لذا شرط بنائی اگر هیچ ارتباط لفظی و یا کتبی با عقد نداشته باشد، را یک الزام مستقل می‌دانند حتی اگر اثر آن در خود عقد آشکار باشد. چنین الزام مستقلی تحت عنوان شرط ابتدائی مورد بحث فقهاء واقع گردیده است.

شیخ طوسی^{۶۱} و ابن براج^{۶۲} و علامه حلی^{۶۳} برخلاف مشهور، قائل به وجوب وفاء به چنین شروطی شده‌اند.

^{۵۸}- شیخ طوسی، مسائل مهم کتاب خلاف چاپ دانشگاه تهران ص ۱۰۱

^{۵۹}- مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۷۳۷

^{۶۰}- عبدالله مامقانی، مناهج المتقین ص ۲۳۳ انتشارات مرتضویه نجف ۱۳۴۴

^{۶۱}- نویسنده در کاوشی که در کتاب خلاف بعمل آورد، نتوانست مستند این قول را پیدا کند. گو اینکه خود شیخ انصاری هم متن خلاف را ندیده است زیرا در باب خیارات (در مورد شرط سقوط خیار در ضمن عقد بصورت جداگانه) نیز که سخن از نظر شیخ طوسی بمیان می‌آورد، می‌گوید: فی محکی الخلاف. مراجعه کنید به مکاسب جلد ۲ ص ۱۳

^{۶۲}- قاضی ابن براج، جواهر فقه، بنقل از شیخ انصاری همان مصدر

^{۶۳}- علامه حلی، مختلف الشیعه بنقل از شیخ انصاری همان مصدر

شیخ انصاری شرط بنائی را بر دو گونه منقسم نموده می‌گوید اگر طرفین در هنگام انعقاد عقد بکلی از شرط بنائی خود غافل باشند و قصد تأثیر دادن بدان را نداشته باشند، قطعاً چنین شرطی واجب الوفاء نیست. ولی اگر بنای آنها بر تأثیر دادن آن قرار گرفته و عالمی بدان و یا بنائاً بر آن، عقد را منعقد سازند، ممکن است وجوب وفاء داشته باشد و سخن شیخ طوسی که قائل به صحت شرط بنائی شده را نیز بر همین مورد حمل می‌کند.

شیخ انصاری در استدلال می‌گوید اگر وفا کردن به عقد ممکن نباشد، مگر با مد نظر قرارداد شرط، بگونه ای که اگر از شرط غفلت بشود، عقد تجاره عن غیر تراض گردد، مثل شرط مذکور در ضمن عقد بوده و لازم الوفاء می‌باشد زیرا مشمول عموم المومنون عند شروطهم می‌شود.

سائر علماء به نحو عموم قائل شده اند که شرط بنائی واجب الوفاء نیست و حتی صاحب ریاض بر مدعای خود ادعای اجماع دارد^{۶۴}.

شیخ انصاری می‌گوید اینکه همه فقهاء برای فرار از ربا گفته اند انسان می‌تواند زیاده را ببخشد ولی در ضمن عقد نیاورد، یا حکم به صحت بیعی داده اند که در آن پدر جنسی را به فرزندش بفروشد که مجدداً فرزند وی به پدر گرانتر بفروشد تا پدر بتواند در بیع مرابحه در مقام اقرار به رأس المال گرانتر بدهد، معلوم می‌شود که شرط خارج از عقد وجوب وفاء ندارد و اجماعی که صاحب ریاض مدعی شده، درست است.

شهید ثانی^{۶۵} می‌گوید جائی که فروشنده وثوق داشته باشد که مشتری دوباره به او بر می‌گرداند، بیع صحیح ولی اگر چنین وثوقی نداشته باشد، باطل است. نظر شهید این است که اگر شخص اطمینان دارد که طرف مقابل جنس را دوباره به او می‌فروشد، نه التزام قصدی به این شرط پیدا می‌کند نه لفظی. اگر لفظاً ملتزم نشود ولی قصداً ملتزم باشد و اطمینانی هم به فروش مجدد وی نباشد (مثل اینکه مشتری بجای پسرش به فردگریه ای بفروشد) در صورتی که مفاد آن محقق نشود، عقد معیوب است. یعنی باید التزامی در بین نباشد نه قصداً نه لفظاً. لذا شهید گفته باید اگر می‌خواهد جنس به او برگردد، به مثل پسر و شاگرد بفروشد که مطمئن باشد آن را به وی بر می‌گرداند. اما در غیر مورد پسر و شاگرد چون قصداً ملتزم شده اند، ایراد دارد.

در ایراد به این نظر، شیخ می‌فرماید عدم وجود التزام لفظی بر شرط باطل در عقد برای صحت بیع کافی است. البته اگر برعکس، التزام لفظی موجود باشد ولی به حسب قصد، التزامی وجود نداشته باشد، در آنجا نیز عقد درست است. در نظر شیخ، تمامی شروط بنائی تا زمانی که بصورت لفظ در نیامده شخص را ملزم نمی‌کنند و لذا خدشه ای به عقد وارد نمی‌شود و بنای قصدی بتنهائی یا لفظ بدون قصد، تأثیری در عقد ندارد. بر این مبنا، ایشان در رد نظر شهید می‌گوید چه به آدم خاطر جمع بفروشیم که می‌دانیم مجدداً آن را به ما می‌فروشد و به شرطمان عمل می‌کند چه آدم مطمئنی نداشته باشیم، تا زمانی که باز فروختن به صورت شرط در ضمن عقد به زبان در نیاید، بیع صحیح است زیرا التزام قصدی صرف به صحت بیع لطمه نمی‌زند.

^{۶۴} - سید علی طباطبائی، ریاض المسائل ج ۱ کتاب البیع

^{۶۵} - شهید ثانی، مسالک الافهام نقل از شیخ انصاری

شیخ مثال می‌آورد به اینکه عدم ذکر مدت در نکاح منقطع آن را تبدیل به دائم می‌کند هر چند قصد شان نکاح دائم نبوده باشد. از اینجا معلوم می‌شود که شرط بنائی تا زمانی که در ضمن عقد نیاید، لازم الوفاء نیست.

البته شیخ در ادامه می‌گوید اگر التزام قصدی بگونه ای باشد که بتوان ثابت نمود عقد مبنیاً بر شرطی که مقصود دو طرف بوده منعقدشده، نه تنها شرط باطل است از این جهت که در ضمن عقد نیامده، بلکه عقد را نیز باطل می‌کند زیرا شرط از ارکان عقد است و جزء عوضین محسوب می‌گردد. وقتی شرط جزء عوضین باشد، باید در ضمن عقد ذکر شود. مثلاً اگر کسی منزلش را با این التزام قصدی که به یک میلیون تومان بفروشد، وارد عقد بیع شود ولی در هنگام عقد قیمت را ذکر نکند، این بیع درست نیست زیرا ثمن در هنگام ایجاب و قبول باید حتماً ذکر شوند. البته اگر کسی قائل شود که شرط بنائی رکن عقد نیست، قاعداً با این عقیده موافق نیست^{۶۶}.

قانون مدنی ما تا آنجا که به بحث مشروعیت جهت عقد بر می‌گردد، از نظریه ای تبعیت نموده که التزام قصدی صرف تا زمانی که بصورت لفظ در نیاید و جب ورود خللی به ارکان عقد نمی‌داند^{۶۷} ولی همین قانون در ماده ۱۱۲۸ خود تخلف از شرط صفت بنائی را در عقد نکاح موجب فسخ می‌داند. بنظر ما خیار فسخ نکاح بجهت تدلیس می‌تواند یکی از مصادیق شرط صفت بنائی باشد که فقهاء در کتب فقهی از آن یاد کرده اند ولی قانون مدنی جز در مورد مصداق ماده فوق از آن بسکوت گذشته است^{۶۸}.

تیتیر ۹- آیا شرط در ضمن عقد باید منجز باشد؟

گروهی معتقد شده اند که شرط دیگری نیز لازم است و آن اینکه باید شرط در ضمن عقد بصورت منجز باشد و خود شرط بر امر دیگری معلق نگردد. اینان بر این باورند که در صورتی که شرط معلق، موجب تعلیق در عقد بشود، عقد را باطل می‌سازد. در توضیح این نظر باید گفت اگر ما قائل به بطلان عقد معلق شدیم، باید بگوئیم تعلیق در شرط اگر به تعلیق در عقد برگردد به عقد خلل وارد می‌سازد. ولی اگر تعلیق در شرط به تعلیق در عقد برگردد، شرط عیب ندارد. از این رو اگر شخص خانه اش را بفروشد به شرط اینکه مشتری آنرا تبدیل به بستنی فروشی نماید اگر در محل دبستانی درست شد یا بگوید شما وکالت داری در فروش این ماشین ولی اگر قیمت آن ناگهان پائین آمد، آنرا نفروش این عقد بیع و وکالت صحیح است. ولی چنانچه بگوید اگر قیمت ماشین ناگهانی پائین نیامد وکالت در فروش آن داری، عقد وکالت صحیح نیست. با اینکه مفاد هر دو یکی است و هر دو مآلاً به یک امر بر می‌گردند، ولی یکی بالاجماع صحیح و دیگری بالاجماع باطل است. زیرا در دومی عقد وکالت معلق است ولی

۶۶- شیخ انصاری هم در باب خیارات (در رد استدلال علامه که برای مشروعیت خیار غبن به شرط ضمنی تمسک نموده) و هم در باب بیع و معاطاه برای شروط بنائی اصلاً عنوان شرط را صادق نمی‌داند تا برسد به اینکه آیا واجب الوفاء هستند یا خیر. لذا این انتساب به شیخ که ایشان شروط بنائی را لازم الاجرا می‌داند، درست نیست. ایشان اصلاً در شرط بودن شرط بنائی تردید دارد ولی در مورد شرط ابتدائی با تمسک به عموم آیه المؤمنون عند شروطهم، قائل به الزام آور بودن آنها می‌باشد. شروط بنائی غیر از شروط ابتدائی می‌باشند شروط ابتدائی از نظر شیخ صدق عنوان شرط بر آنها صحیح است. شرط ابتدایی یعنی شرط مستقل از عقد (معین) ولی شرط بنائی یعنی شرط نامذکور در ضمن عقد.

۶۷- رجوع کنید به مقاله نویسنده تحت عنوان مقایسه مقررات مربوط به جهت و سبب در قرارداد در حقوق فرانسه فقه امامیه و حقوق

ایران

۶۸- دکتر عبدالرسول دیانی، حقوق خانواده، ج ۱ ص ۱۵۷

در اولی معلق نیست. تعلیق در خود وکالت صحیح نیست ولی در شرایط آن، درست است چون تعلیق در شرط به تعلیق در عقد بر نمی‌گردد مضاف بر اینکه دلیلی بر بطلان تعلیق در شرط (بخلاف تعلیق در عقد) نداریم.

علامه مسئله ای را اشاره نموده که اگر جنسی به دیگری بفروشد با این شرط که اگر او بخواهد بفروشد، او اولی باشد به خرید، چنین امری تعلیق در شرط است و باطل می‌باشد.

شیخ می‌گوید علامه که قائل به بطلان شده از باب تعلیق در شرط نیست، بلکه از باب استلزام دور است. به هر حال تعلیق در شرط عیب ندارد ولی تعلیق در عقد وفق نظر مشهور فقهاء موجب بطلان عقد است.

این مطالب در جائی مطرح می‌شود که ماقائل به صحت عقد معلق نباشیم. ولی همانطور که در جای خود گفته شده است، می‌توان از عبارت ماده ۱۸۹ (ق.م.) به صحت عقد معلق قائل شد زیرا در چنین عقدی انشاء بطور منجز و قطعی انجام می‌گیرد و تنها اثر نهائی آن موقوف بر امر دیگری می‌شود لذا به دلیل عدم امکان تعلیق در انشاء، نمی‌توان در صحت عقد معلق تردید نمود^{۶۹}. بنابراین باید گفت که قانون مدنی عقد معلق را پذیرفته و در این رابطه از قول مشهور علما که عقد معلق را جائز نمی‌دانند، پیروی ننموده است. البته این قانون در مورد تعلیق شرط بر امر دیگر، بیانی ندارد. اگر تعلیق در خود عقد جائز باشد، به قیاس اولویت می‌توان تعلیق در شرط را نیز جائز شمرد. مثلاً می‌توان عقد اجاره ای منعقد نمود و در آن شرط تملیک عین نمود منتها آن شرط را معلق به پرداخت کل مبلغ مال الاجاره توسط موجر (بصورت یکجا و یا بعد از پرداخت آخرین قسط مال الاجاره) به مستأجر نمود (اجاره به شرط تملیک).

در قسمت دوم این بخش به آثار شروط در فقه امامیه و ایران می‌پردازیم.

قسمت دوم

آثار شروط فعل در حقوق امامیه-ایران

در مورد آثار شرط فعل بعنوان یکی از اقسام شروط صحیحه، سئوالات متعددی مطرح گردیده است. این سئوالات بقرار زیرند : آیا انجام فعل مشروط بر مشروط علیه واجب است و بر فرض وجوب، آیا وجوب تکلیفی است و یا وضعی؟ آیا الزام و اجبار مشروط علیه بر انجام فعل مشروط ممکن است؟ چه هنگام فسخ عقد ممکن است؟ آیا عدم فسخ و مطالبه ارش ممکن است؟ آیا خیار فسخ در هنگام تلف عین و یا انتقال به ثالث هم موجود است؟ آیا خیار فسخ قابل اسقاط است و... آیا شرط فعل بر علیه غیر متعاقبین^{۷۰} درست است؟ ما به پاسخ به این سئوالات بطور مستقل می‌پردازیم.

تیترا ۱

آیا شرطی که متضمن انجام عملی از اعمال است، واجب الوفاء می‌باشد؟

یکی از سئوالاتی که در فقه بدان پرداخته می‌شود ولی در علم حقوق از آن سخنی به میان نمی‌آید و شاید مهم ترین تفاوت علم حقوق با علم فقه باشد، این است که در علم حقوق بخلاف فقه ضامن اجرای قوانین بصورت حکم تکلیفی نیست و اگر هم بحث از

۶۹- دکتر ناصرکاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد- ایقاع ص ۲۵ همچنین رجوع کنید به جزوه مدنی ۳ (قواعد عمومی قراردادها) از دکتر عبدالرسول دیانی

۷۰- منظور از غیر در اینجا خداوند نیست چون فعل خدا از باب غیر مقدور بودن به بررسی گرفته شد.

واجب به میان می‌آید، وجوب وضعی مراد است. به هر حال، شیخ به این مسئله که آیا وجوب دارد یا خیر اشاره نموده است. وی می‌فرماید: مشهور فقهاء قائل به وجوب وفاء به شرط شده اند زیرا المؤمنون عند شروطهم هر چند جمله خبریه است ولی این جمله خبریه در مقام طلب و بعث استعمال شده که دلالت بر وجوب تکلیفی دارد. پس اگر در متن عقد شرطی شد، بر مشروط علیه واجب است به شرط خود عمل نماید. بعلاوه، شرط جزئی از عوضین است و مشمول اوفوا بالعقود نیز می‌شود. در مقابل، شهید ثانی با انتساب قولی به شهید اول گفته^{۷۱} وفاء به شرط جاهز است نه واجب. مشروط علیه اگر به مفاد شرط جامه عمل ببوشاند، عقد لازم می‌شود و اگر عمل ننماید، برای مشروط له حق فسخ بوجود می‌آید. به هر حال، از نظر شهید اگر مفاد شرط، انجام عملی در عالم خارج باشد، آن عمل وجوب وفاء ندارد و تنها اثر چنین تقییدی این است که عقد لازم تبدیل به عقد جائز شود.

استنباط وجوب تکلیفی که شیخ بدان معتقد است، مورد انتقاد فقهای بعدی مثل صاحب مستمسک عروه الوثقی و صاحب مصباح الفقهان شده است زیرا از نظر ایشان این وجوب وضعی است زیرا اگر واجب تکلیفی باشد، اسقاط شرط و یا فسخ عقد باید حرام باشد در حالی که چنین نیست. لذا موثقه المسلمون عند شروطهم باید به معنای نفوذ و التزام به شرط باشد^{۷۲} که یک حکم وضعی است. اگر وجوب رابه معنای وجوب وضعی بگیریم، قلمرو دو علم حقوق و فقه به همدیگر نزدیک شده و آنگاه سؤال بسیار مهمتری مطرح می‌گردد که آیا مشروط علیه را می‌توان در صورت عدم ترتیب اثر به مفاد شرط مجبور به انجام آن نمود؟

تیتیر ۲- آیا می‌توان مشروط علیه را به انجام مفاد شرط مجبور نمود؟

در خصوص اینکه آیا می‌توان مشروط علیه را مجبور به انجام مفاد شرط نمود، اختلاف شده است. مشهور فقهاء قائل به امکان اجبار شده اند ولی ظاهر سخن علامه در تحریر و در تذکره خلاف آن است. علامه می‌گوید اجبار وی لازم نیست هر چند وفاء به شرط امری واجب می‌باشد. از شافعی دو قول نقل شده است که اولی بر امکان اجبار و دومی بر عدم اجبار دلالت دارند. البته در مورد شرط کفیل و یا ضامن در بیع مثل اینکه بگوید اگر چنانچه جنسی که به من می‌فروشی متعلق حق غیر در آمد، فلانی ضامن باشد^{۷۳} قائل شده که اجبار ممکن است. ماده ۶۹۷ (ق.م.) نیز بر همین مطلب دلالت دارد.

۷۱- اللمعه الدمشقیه، ج ۳، از لمعه های ۱۰ جلدی چاپ بیروت ص. ۵۰۶

۷۲- نقل از دکتر سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، جلد ۲، ص ۱۴۲ انتشارات سمت. برای دیدن معنای حکم وضعی و حکم تکلیفی نگاه کنید به دکتر ابولقاسم گرجی مقالات حقوقی ص ۲۸۰ ج ۱ ص ۲۸۰. اجمالاً اینکه حکم شرعی اگر مستقیماً به فعل و یا ترک فعل مکلفان تعلق گرفته باشد، حکم تکلیفی و چنانچه مستقیماً به فعل و یا ترک مکلفان تعلق نگرفته باشد، بلکه به شیء یا شخص تعلق گرفته باشد، حکم وضعی نامیده می‌شود. برای حکم تکلیفی، وجوب پرداخت نفقه عیال واجب النفقه و برای نوع دوم، مفاهیمی مانند مالکیت، زوجیت، صحت و فساد را می‌توان مثال آورد.

۷۳- این نوع ضمانت را در حقوق فرانسه Garantie d'éviction می‌گویند یعنی فروشنده باید مبیع را از جهت عدم تعلق حق ثالث بدان ضمانت کند. (معادل مواد ۳۹۰ ق.م. به بعد)

شیخ انصاری به شیخ طوسی خرده می‌گیرد که ممکن نیست کسی به حدیث المومنون برای صحت شرط تمسک کند ولی وجوب وفاء را قائل نباشد. وجوب وفاء حتی اگر قائل به اجبار متعهد بر انجام فعل نباشیم، لازمه تمسک به این حدیث است.^{۷۴}

در خصوص الزام به انجام مفاد شرط، صمیری^{۷۵} می‌گوید اگر حق از گونه حق بایع باشد، الزام به وفاء به شرط لازم نیست ولی اگر از گونه حق الله باشد، وفاء و اجبار لازم است.

محقق ثانی دو وجه، یکی برای الزام و دیگری برای عدم الزام به وفاء به شرط ذکر کرده است.

- برای وجه عدم الزام، می‌گوید فروشنده برای قرار از عقد می‌تواند آنرا فسخ کند.

- برای وجه الزام نیز به ظاهر روایت المومنون عند شروطهم استناد نموده است. پس بنا بر نظر محقق ثانی اگر حکم به وجوب وفاء نمودیم، دو حالت پیدا می‌شود: هم می‌شود او را اجبار نمود و هم می‌توان قائل به عدم اجبار شد.

شهید ثانی در مسالک نیز همین قول را دارد و قائل به اصل عدم وجوب وفاء است. در جای دیگر با استناد به آیه وفاء و روایت المؤمنون قائل به وجوب وفاء شده است. ظاهر کلام این دو بزرگوار این است که هر جا که وجوب وفاء لازم است، اجبار به وفاء به شرط نیز لازم می‌باشد و هر جا واجب نباشد، اجبار هم لازم نیست.

شیخ انصاری در رد سخن علامه و محقق ثانی می‌گوید این سخن در نهایت سستی است چون خیار برای موردی است که فرد نمی‌تواند عقد را فسخ کند یعنی از قبل برای مشروط له خیار جعل نشده است، بلکه پس از یأس از وفاء به شرط، انسان به خیار تمسک می‌جوید. مشروط له تا آنجا که ممکن است، می‌خواهد شرط محقق شود و اگر تمامی تلاش‌هایش به نتیجه نرسید، به عنوان آخرین تیر ترکش به فسخ معامله روی می‌آورد. یعنی پس از تعذر شرط، برای وی خیار پیدا می‌شود.^{۷۶}

عده ای ایراد گرفته‌اند که در صورت الزام به انجام فعل، رضایتی که لازمه انعقاد عقد است، از بین می‌رود. چون مشروط علیه شرط نموده که خود با رضایت کامل مفاد شرط را انجام دهد. شیخ این ایراد را قبول نمی‌کند زیرا از نظر وی انجام خود عمل در عالم خارج ملاک است و رضایت نقشی در آن ندارد البته اگر شرط فعل مقرون به داشتن رضایت خودش باشد، دیگر قطعاً نمی‌توان او را الزام به انجام فعل مشروط نمود.

به هر حال، شیخ می‌گوید وفاء واجب است و مشروط علیه باید به شرطش عمل کند ولی اجبار بر انجام مفاد شرط را جائز می‌داند زیرا مشروط له مالک شرط است و می‌تواند مشروط علیه را به انجام مفاد شرط الزام کند. مستفاد از آیه اوفوا بالعقود و حدیث قدسی المومنون عند شروطهم این است که مشروط علیه باید به انجام شرط الزام شود و حق امتناع و ترک ندارد. پس به عقیده شیخ وفاء، لازم ولی اجبار جائز می‌باشد.

^{۷۴}- شیخ انصاری می‌گوید: عده ای قائل هستند به اینکه وفاء به شرط واجب است ولی اجبار لازم نیست. وی می‌گوید از این معنا چنین فهمیده می‌شود که کسانی از جمله شیخ طوسی و اتباع وی که به عموم المؤمنون عند شروطهم برای وجوب وفاء به شرط تمسک جسته‌اند، الزام مشروط علیه را جائز نمی‌دانند در حالی که درست نیست.

^{۷۵}- صمیری، غایه المرام، به نقل از شیخ انصاری در مکاسب

^{۷۶}- از اینجا فرق خیار الاشتراط و خیار شرط روشن می‌شود، خیار شرط یعنی شرط الخیار ولی خیار تعذر شرط یعنی خیار الاشتراط.

آیا مشروط له در صورت تخلف مشروط علیه از انجام مفاد شرط بلافاصله می‌تواند عقد را فسخ کند یا باید بعد از الزام او و ناامیدی از اجبار مشروط علیه مبادرت به فسخ عقد کند؟

از ظاهر سخن شهید ثانی در لمعه چنین بر می‌آید که تا حد امکان باید مشروط علیه را الزام نمود و در صورت یأس، نسبت به فسخ اقدام نمود^{۷۷}. ایشان تشبیه نموده اند مسئله شرط را به عوضین که متبایعین می‌توانند طرف دیگر را ملزم به دادن ثمن و ثمن نمایند و اگر اجبار ممکن نشد، به فسخ روی می‌آورند.

ولی علامه در تذکره بر این باور است که مشروط له از همان اول مختار است بین فسخ و الزام.

مرحوم شیخ انصاری می‌گوید: وجهی ندارد با تمکن از الزام، اختیار فسخ را برای مشروط له ثابت بدانیم. در مواردی که اجبار ممکن است، حاکم می‌تواند از باب ولایتی که بر ممتنع دارد، اگر فعل قابل نیابت باشد، به دیگری واگذار نموده و اجرت آن را از مشروط علیه مطالبه نماید.

شهید اول معتقد است اگر مفاد شرط انجام عملی در عالم خارج باشد، آن عمل وجوب و فاء ندارد و تنها اثر چنین تقيیدی این است که عقد لازم تبدیل به عقد جائز شود.

شهید ثانی با انتساب به شهید اول تفصیل داده است بین دو مورد:

- اگر شرط در ضمن عقد به گونه ای باشد که مجرد عقد در تحقق آن کافی باشد، این عقد از ابتدا لازم است (مثل مورد شرط نتیجه).

- اگر شرط انجام عملی را پس از عقد بر انسان واجب نماید، این عقد لازم نیست چون امری برای عقد شرط شده است که از آن منفصل است به خلاف مورد اول که ایجاب و قبول خود بخود برای تحقق شرط کافی بود. حال که عقد معلق بر انجام عملی که ممکن التحقق است شده است، خود عقد نیز ممکن التحقق یعنی جائز می‌شود و این است معنای تبدیل عقد لازم به جائز. در حقیقت چنین عقدی با اینکه به حسب انشاء و ظاهر معلق نیست ولی به لحاظ ماهیت آن معلق است.

شهید ثانی نهایتاً قول به لازم بودن عقد را اقوی می‌شمارد^{۷۸} و وفای به شرط را واجب می‌داند، چه شرط از نوع اول باشد (شرط نتیجه) و چه از نوع دوم (شرط فعل). بعد فرموده آنچه را که شهید اول در بعض تقریرات خود گفته از آنچه در متن لمعه آمده، بهتر است. چون در متن لمعه قائل شده که شرط فعل وجوب و فاء ندارد ولی در بعض تقریراتش قائل به تفصیل شده است و فقط شرط فعل را لازم الوفاء نمی‌داند.

شیخ انصاری با سه استدلال نظر شهید را رد می‌کند. وی می‌فرماید:

- مطلق شرط، چه شرط فعل و چه شرط نتیجه، لازم الوفاء هستند و آنچه را که شهید ثانی از بعض تقریرات شهید اول نقل نموده مخالف متن لمعه نمی‌داند زیرا محل اشکال جایی است که شرط از نوع شرط فعل باشد نه شرط نتیجه. در مورد اخیر همه علما معتقدند مفاد شرط لازم الوفاء است.

^{۷۷}- شهید ثانی، اللعه دمشقیه، ج ۳ ص ۵۰۶

^{۷۸}- همان مصدر ص ۵۰۸

ثانیاً قول به بطلان که به شهید اول نسبت داده شده که وی شرط را در ضمن عقد به منزله تعلیق می‌داند، درست نیست زیرا معنای شرط در ضمن عقد تعلیق نیست. عقد مشروط، عقد معلق نیست بلکه عقد مقید است. به علاوه، قواعد لفظیه نیز این گونه سیاق را در عبارت "شرط" تلقی می‌کنند نه تعلیق. اگر معاوضه را معلق بر شرط بنمایند، عقد معلق می‌شود ولی اگر عوضین را مقید به شرط کنند، این التزامی در عقد است. ادات شرط ادات خاصه به خود دارند در حالیکه "لو" در زبان عربی از ادات تعلیق است. پس ادات شرط یا برای تقیید عقد می‌آیند یا برای اضافه نمودن التزامی بر التزامات دیگر.

ثالثاً اگر عقد، معلق بر امر محتمل الوقوع شود، بیع اساساً فاسد می‌گردد نه اینکه برای مشروط له حق فسخ عقد موجود باشد. چون در فرض آن شرط، فرد، ملتزم به این معاوضه شده است. لذا اختیار فسخ با معلق بودن عقد سازگاری ندارد. اگر عقد معلق باشد، بیع بکلی باطل است چون عقد صحیح را می‌توان فسخ نمود نه عقد باطل را.

اختلاف شهید اول با شیخ این شد که شهید اول می‌گوید شرط فعل لازم الوفاء نیست و از همان اول برای مشروط له حق فسخ پیدا می‌شود ولی شیخ قائل شده است که شرط فعل لازم الوفاء است.

ما با توجیه دیگری از سخن شهید، هیچ کدام از اشکالاتی که شیخ به شهید گرفته را وارد نمی‌دانیم.

شرط فعل می‌تواند به اقسام زیر منقسم شود :

- گاهی شرط به معنای تقیید است یعنی قید یکی از دو عوض قرار می‌گیرد.

- گاه مقصود از شرط التزام به انجام کاری در ضمن انشاء معاوضه می‌باشد.

- گاهی هم مراد از شرط فعل در عقد، تعلیق عقد است.

اگر مراد از تعلیق این نوع اخیر باشد، ایرادهای شیخ به شهید وارد است یعنی همان طور که شیخ فرمود، عقده بطلان سر در می‌آورد نه به فسخ.

ولی اگر ملکیت مبیع مقید به شرط فعل نباشد بلکه از این جهت مطلق باشد و در عوض، لزوم عقد، معلق باشد به تحقق شرط، در این صورت که اگر به شرط وفا شد، عقد لازم الوفاء است و اگر به شرط عمل نشد، طرف دیگر می‌تواند عقد را فسخ کند. پس اگر تعلیق در اصل معاوضه بود، ایراد شیخ به شهید وارد بود و لیکن هر چند در استدلال شهید عبارت تعلیق آمده، ولی معنای آن، تعلیق در اصل معاوضه نیست، بلکه تعلیق در لزوم است.

این ایراد را به شیخ، مرحوم عبدالله مامقانی، سید محمد حسین اصفهانی معروف به کمپانی و سید محمد کاظم طباطبائی نیز در حواشی خود در کتاب مکاسب اشاره نموده اند. ایشان گفته اند در جائی که تعلیق در لزوم عقد باشد، اگر مشروط علیه از مفاد عقد تخلف نمود، عقد جائز می‌شود. به خصوص آقای کمپانی می‌گوید چه اشکال دارد کسی در شرط به لحاظ تعلیق آنرا دارای اشکال بداند ولی این تعلیق منجر به پیدایش حق فسخ برای طرف مقابل شود نه حق ابطال عقد یعنی مرادش از تعلیق، تعلیق در لزوم باشد نه تعلیق در اصل معاوضه.

قانون مدنی در میان نظرات فوق (نظر شهید اول، علامه حلی و شیخ انصاری)، از نظر مشهور یعنی نظریه شیخ، تبعیت نموده است. این قانون در ماده ۲۳۸ خود در باره امکان اجبار ملتزم به شرط مقرر می‌دارد "هر گاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آنرا بجا آورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع

نموده تقاضای اجبار به وفاء به شرط نماید^{۷۹}. بدینوسیله قانون مدنی در مرحله اول اجبار متعهد را بعنوان راه حل اساسی و نهایتاً فسخ را بعنوان آخرین دارو تجویز می‌نماید.

ماده ۲۳۸ (ق.م.) نیز در تأیید استثنائی بودن امکان فسخ اعلام می‌کند "هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور ولی انجام آن بوسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند". ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی^{۷۹} نیز ترتیب آن را معین می‌کند. این ماده فقط در مورد کارهای مشروطی که جنبه مالی دارند و لازم نیست توسط شخص متعهد انجام شود، وارد شده است. در این موارد اجرای دادگاه به هزینه محکوم علیه وسیله انجام شرط را فراهم می‌آورد.

در مواردی که انجام کار مشروط قائم به شخصیت ملتزم است، تنها راه اجبار محکوم علیه، اجبار مالی اوست و دادگاه می‌تواند برای هر روز تأخیر ملتزم را بطور غیر مستقیم به اجرای شرط وادار کند (تبصره ماده ۴۷). این اجبار غیر مستقیم در ماده ۷۲۹ آئین دادرسی مدنی قدیم تحت عنوان جریمه دیر کرد انجام تعهد در تعهدات قائم بشخص آمده بود ولی در آئین دادرسی مدنی جدید در ماده ۵۲۲ این امکان را فقط در مورد تعهدات پولی آنهم در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه پذیرفته است. بهر حال تمییز اینکه اجرای مفاد شرط قائم به شخص مشروط علیه است یا خیر، با دادگاه است.

باین حال در مورد شرط ضمان، ماده ۲۴۳ (ق.م.) حکم استثنائی وضع نموده است. این ماده به اجمال مقرر می‌دارد که "هرگاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرط انجام نگیرد مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت". در این ماده به امکان اجبار ملتزم به انجام مفاد شرط، اشاره ای نشده است. دلیل وضع حکم استثنائی برای ضمان که در ماده ۳۷۹ (ق.م.) نیز آمده است و همچنین کلیه در موارد مشابه ضمان مثل شرط رهن و شرط دادن کفیل اینست که در آن موارد قانونگذار بر مبنای غلبه چنین فرض کرده است که نه با هزینه او می‌توان انجام فعل مشروط را فراهم آورد و نه اجبار ملتزم ممکن است. ولی اگر در مورد خاصی ثابت شود که این اجبار امکان داشته است (مانند رهن دادن عین معین) مشروط له حق فسخ عقد را ندارد^{۸۰}. البته مشهور فقهاء برای این موارد نیز استثنائی قائل نیستند^{۸۱}.

تیتیر ۳- آیا درخواست عدم فسخ و مطالبه ارش ممکن است؟

شیخ انصاری معتقد است اگر به جبر هم نتوانستیم انجام فعل مشروط را عملی سازیم، مشروط له فقط حق فسخ دارد و نمی‌تواند مطالبه ارش نماید، زیرا شرط فعل، قید معنوی است و قابل مقابله با مال نمی‌باشد. ایجاب و قبول بر یک کل تجزیه ناپذیر جاری

۷۹- ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب یکم آبان ماه ۱۳۵۶ مقرر می‌دارد "هرگاه محکوم به انجام عمل معینی باشد و محکوم علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل بتوسط شخص دیگری ممکن باشد، محکوم له می‌تواند تحت نظر دادورز (مأمور اجرا) آن عمل را وسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و یا بدون انجام عمل هزینه لازم را بوسیله قسمت اجرا از محکوم علیه مطالبه نماید. در هر یک از موارد مذکور دادگاه با تحقیقات لازم و در صورت ضرورت با جلب نظر کارشناس میزان هزینه را معین می‌نماید و وصول هزینه مذکور و حق الزحمه کارشناس از محکوم علیه به ترتیبی است که برای وصول محکوم به نقدی مقرر است.

۸۰- دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳ ص ۲۲۲

۸۱- شیخ محمد حسن نجفی جواهر الکلام جلد ۲۳ ص ۲۱۷

شده و بیع و تملیک با ملاحظه آن کل انجام شده است یعنی انجام معامله بدون قید و شرط مراد نبوده لذا نمی‌توان مقداری از ثمن را در مقابل قید و مقداری را در مقابل عقد قرارداد. از این رو برای مشروط له فقط حق خیار فسخ باقی می‌ماند. شیخ در مقام دفع سئوال مقدر که چرا در مورد خیار تخلف وصف و یاخیار عیب حق مطالبه ارش موجود است ولی در اینجا نیست، می‌گوید: در آن موارد نص خاص موجود است که بر اساس آن می‌توان مطالبه ارش نمود ولی در این خصوص نصی موجود نیست.

بر خلاف شیخ، علامه و صمیری قائل به امکان مطالبه ارش شده اند^{۸۲}. زیرا این عده عمل فائت را قابل تقویم به پول می‌دانند که به نسبت می‌توان از مبلغ معامله کسر نمود.

شیخ انصاری سخن علامه را که بالاخره شرط را ما با ازای قسمتی از ثمن می‌داند که اگر کمتر بشود می‌توان آنرا به پول تقویم نمود، خالی از وجه نمی‌داند ولی یک ایراد به آن وارد می‌سازد بدین مضمون که شرط، قید موضوع معامله است نه اینکه موضوع معامله منقسم شده باشد به ثمن و شرط. مثلاً اگر در فروش پارچه، دوختن آنرا نیز شرط کند، پارچه دوخته شده مراد خریدار است نه پارچه، بعلاوه دوخته شدن. اگر دوختن جزء موضوع معامله بود، قابلیت تبعض پیدا می‌کرد ولی موضوع معامله، نفس عمل خیاطی است که قابل تبعض نیست لذا نمی‌توان در مقابل قید، قیمتی را قرارداد. به هر حال، شیخ می‌فرماید سخن علامه خالی از وجه نیست و می‌توان درخواست ارش و یا اجرت عمل را نمود.

قانون مدنی نیز به تبعیت از نظر مشهور فقه امامیه و بر خلاف قانون فرانسه امکان مطالبه ارش را نفی نموده است.

تیتیر ۴- آیا حق فسخ مشروط له در صورتی که عین تلف و یا به ثالث منتقل شده محفوظ است؟

شیخ انصاری می‌فرماید: حق فسخ متعهد له در هیچ حال از بین نمی‌رود بدین صورت که اگر عین مال در هنگام فسخ موجود باشد، عین آن و اگر عین موجود نباشد، بدل آن مسترد می‌گردد.

در صورتی که با وجود تصرف بعدی، وفای به شرط ممکن باشد^{۸۳}، آن تصرفات محکوم به صحت می‌باشند.

اما اگر تصرفی نموده که با انجام آنها، وفای به شرط غیر ممکن باشد^{۸۴}، بهترین وجوه از نظر شیخ این است که کارها و تصرفات مذکور با اجازه مشروط له صحیح و اگر اجازه نکند، همگی باطل می‌شوند. یعنی عقدی که صحیحاً واقع شده و از زمان عدم تنفیذ به بعد باطل گردد. پس با تصرف، خیار فسخ به جهت تخلف شرط ساقط نمی‌شود. البته اگر خود مشروط له تصرفی کند که انجام شرط را متعذر گرداند و تصرف وی نیز به معنای التزام به عقد بدون شرط باشد، خیار وی ساقط می‌گردد.

تیتیر ۵- آیا خیار فسخ مشروط له عند تعذر الشرط، قابل اسقاط است؟

^{۸۲}- ایشان می‌گویند باید تفاوت عقد بدون شرط و عقد با شرط را حساب نمود و به نسبت کسر نمود مثل آنچه در مورد خیار عیب گذشت. مثلاً اگر عقد با شرط فعل ۶۰۰ تومان ارزش داشته باشد و عقد بدون شرط ۵۰۰ تومان نباید ۱۰۰۰ تومان برگشت داده شود بلکه باید تفاوت ۵۰۰ به ۶۰۰ را بسنجند که می‌شود یک ششم آنگاه به میزان یک ششم از مبلغ قرارداد اصلی کسر نمود.

^{۸۳}- مثل اینکه در معامله فروش منزل قید کند که مشروط علیه یک دست لباس مجانی برای او بدوزد آنگاه مشتری منزل را به غیر منتقل کند در اینجا وفای به شرط ممکن است.

^{۸۴}- مثل اینکه شرط کند مال خریداری را وقف کند ولی آن را به دیگری بفروشد.

خيار فسخ، حق است که مثل سائر خيارات قابل اسقاط است چون هر ذی حقی می تواند از حق خود صرف نظر کند. اگر شخص از حق خود صرف نظر نماید وفق ماده ۲۲۴ (ق.م.) مثل این است که اصلاً شرطی در معامله قید نشده باشد لذا در صورت اسقاط شرط باطل، از بابت حذف آن از عقد خيار فسخ بوجود نمی آید.

تیتیر ۶-آیا در صورت فساد شرط، عقد نیز باطل می گردد؟

این مسئله مورد اختلاف فراوان واقع شده است.

قبل از هر چیز باید محل نزاع را روشن سازیم. اگر بر سر شرط باطل بحث می شود که آیا عقد را فاسد می کند یا خیر، منظور شرط فاسد به خودی خود می باشد نه از جهت مخالفت آن با مقتضای عقد و یا از جهت مستلزم دور بودن و یا غرری ساختن عقد و یا غیر مشروع بودن جهت آنست. از این جهات اخیر الذکر قطعاً عقد فاسد مفسد نیز هست. به هر حال، در مورد چنین شرط فاسدی شیخ طوسی، قاضی اسکافی و ابن براج و ابن سعید قائلند به اینکه شرط فاسد عقد را نیز فاسد می کند.

علامه، شهیدین و محقق ثانی گفته اند که شرط فاسد مفسد نیست.

عده ای مثل ابن زهره و ابن متوج بحرانی قائل به تفصیل شده و گفته اند باید منشأ فساد شرط را جستجو نمود.

ابن زهره می گوید اگر منشأ فساد شرط، عدم قدرت بر انجام آن باشد، مفسد عقد است، اما اگر منشأ فساد امر دیگر باشد، مفسد نیست. وی می گوید: اگر شرط غیر معقول باشد، قدرت بر تسلیم احد عوضین از بین می رود.

شیخ انصاری به این استدلال چنین جواب داده است که اگر ایراد این است، مفسد بودن شرط به خاطر غرری ساختن عقد خواهد بود که البته هیچ تردیدی در فساد آن وجود ندارد. شرط غیر مقدور در صورتی که منجر به عدم قدرت بر تسلیم احد عوضین شود، قطعاً باطل و مبطل است. البته شیخ می گوید از کلام علامه چنین بر می آید که وی چنین موردی را مبطل عقد نمی داند یعنی برای علامه مسلم نیست که چنین عقدی باطل باشد.

ابن متوج بحرانی نیز گفته فقط در موردی که منشأ فساد شرط غیر عقلانی بودن مفاد آنست، موجب فساد عقد نمی گردد و در سائر موارد قائل به افساد آن می باشد^{۸۵}. لذا مثلاً اگر در ضمن عقد شرط کنند که مشتری سیل بزرگ داشته باشد، این شرط لغو است و موجب خيار برای متبایعین نمی گردد. صاحب ریاض نیز فقط برای شرط خلاف مقتضای عقد قائل به افساد شرط شده است.

شیخ در مورد این دو قول به تفصیل می گوید افرادی که قائل به افساد شرط فاسد شده اند، بدین دلیل است که شرط را قسمتی از ثمن می دانند. لذا از نظر ایشان اگر شرط محقق نشود، ثمن مجهول می شود و جهل نسبت به ثمن منجر به بطلان بیع می شود. عدم بطلان شرط غیر معقول از همین بابت است یعنی اگر شرط غیر عاقلانه در ازای قسمتی از ثمن نباشد، عقد را فاسد نمی گرداند چون در مقابل شرط باطل سهمی از ثمن واقع نمی گردد که موجب غرری بودن عقد شود.

^{۸۵}- نقل از جواهر جلد ۲۳ ص. ۲۱۰

شیخ انصاری که خود در اصل مسأله قائل به عدم افساد شرط فاسد شده^{۸۶} با استدلالات بعدی خود مسئله را مشکوک می‌سازد یعنی به نظر می‌رسد ایشان برخلاف شهیدین^{۸۷} و علامه هم عقیده با شیخ طوسی و اسکافی و ابن براج باشد.

تیتیر ۷- چرا شرط فاسد مفسد عقد نیست؟

در پاسخ به این سؤال شیخ انصاری می‌فرماید باید به عمومات ادله ای که بر صحت بیع دلالت دارند مثل احل الله البیع و مطلق تجاره عن تراض تمسک نمود. لذا حتی اگر در ضمن تجاره عن تراض عقد فاسدی باشد، می‌توان با تمسک به این عمومات که مخصصی ندارند قائل به صحت شروط شد.

شیخ طوسی معتقد است عمومات دال بر صحت به قاعده للشرط قسط من الثمن تخصیص خورده اند. وی با تمسک به این قاعده، می‌گوید ما نمی‌دانیم که سهم شرط نسبت به کل عقد چقدر می‌شود تا این سهم را از ثمن کم یا بر آن بیفزائیم. این امر موجب می‌شود که احد عوضین مجهول شده و نهایتاً عقد سر از بطلان در آورد.

در رد این دلیل، شیخ انصاری مثال می‌آورد به اینکه اگر شرط فاسدی در ضمن عقد نکاح مندرج شد، منجر به فساد نکاح نمی‌شود زیرا اگر شرط فاسد در مقابل قسمتی از مهریه بود، در صورت فساد شرط، فساد نکاح مسلم بود و مهرالمسمی جای خود را به مهر المثل می‌داد در حالی که این طور نیست و فقهاء همان مهر المسمی را لازم می‌دانند و حکم به صحت نکاح داده و شرط فاسد را از پیکره عقد جدا می‌سازند^{۸۸}. هر چند شیخ معتقد است که شرط باعث کم و زیاد شدن پمن می‌شود ولی ایشان شرط را در مقابل قسمتی از ثمن نمی‌داند زیرا از نظر وی معاوضه بین نفس دو مال صورت می‌گیرد نه بین دو مال با شرط و قید توأماً. لذا اگر انجام شرط غیر ممکن شد، اختیار فسخ و یا امضاء برای مشروط له باقی است، نه مطالبه ارش و شرع نیز همین را امضاء کرده است^{۸۹}. شیخ انصاری در ادامه انتقادات خود بر شیخ طوسی می‌گوید بر فرض که قاعده للشرط قسط من الثمن درست باشد، در هنگام تخلف شرط، سهم مقابل شرط مجهول را می‌توان کسر و از ثمن معامله کم نمود نه اینکه قسمت مجهول را در مقابل کل مثن واقع ساخته عقد را باطل نمود. ثمن مبلغ مشخصی است که البته باید حین العقد معلوم باشد حال اگر بدلیل شرط قسمتی از ثمن برداشته شود منجر به مجهول شدن عوضین نمی‌گردد. مقدار عوضین عقد در هنگام انعقاد مشخص بوده و جهل متأخر نسبت به قسمتی از آن موجب فساد آن نمی‌شود.

از جمله ادله قائلین به بطلان عقد مشروط به شرط فاسد اینست که عقدی که بین دو نفر واقع شده با رضایتی که لازمه عقد است توأماً بوده یعنی با رضایت خاص مقرون گردیده است. حال اگر آن رضایت خاص که رضایت به عقد با شرط است بخواهد با عقد

۸۶- آنجا که در ابتدای بحث می‌گوید: این نظر خالی از قوه نیست.

۸۷- اللمعه دمشقیه از ده جلدی های چاپ بیروت ج ۳ ص ۵۰۵ ولو شرط غیر السائغ بطل الشرط وابطل العقد لامتناع بقائه بدون لانه غیر مقصود بانفراده و ما هو مقصود لم یسلم و لان الشرط قسطاً من الثمن فاذا بطل یجهل الثمن.

۸۸- مکاسب ج ۲ ص ۱۳۲

۸۹- البته شیخ در موردی للشرط قسط من الثمن را قبول دارد و آن بیشتر در مورد شرط صفت حالی می‌باشد. یعنی ثمن با شرط موجود عند العقد فروخته شود سئس کشف شود که آن وصف موجود نبوده است.

بدون شرط مخدوش گردد، خلل به عقد وارد می‌سازد چون این رضایت بعدی (رضایت به عقد بدون شرط) رضایتی نیست که برای صحت عقد اصلی (عقد با شرط) لازم بوده، عقد بدون شرط ترازی جدید لازم دارد.

شیخ در جواب این استدلال می‌گوید در اینجا نیز مثل مورد جزء و وصف نیز قائل به بطلان بیع نیستیم زیرا در این موارد نیز انفکاک عقد از شرط عقلاً محال نیست.

خلاصه نظر شیخ این شد که قول به عدم بطلان خالی از وجه نیست یعنی شرط فاسد مفسد عقد نمی‌باشد زیرا عموماتی که بر دال بر صحت عقدند، قابل تخصیص نیستند و به هر حال شرط فاسد من حیث هو یا بخودی خود مفسد عقد نیست.

شیخ پس از بیان ایرادات و رد آنها، خود رأساً مبادرت به ارائه راه حل اثباتی می‌پردازد. وی می‌گوید قیودی که در مطلوبات هست (چه مطلوبات شرعی و چه مطلوبات عرفیه) بدو صورت وارد شده اند :

۱- در مواردی این قیود رکن آن مطلوب می‌باشند. مثلاً اگر در معامله خرید کتاب قید شود «کتاب حقوق مدنی» در اینجا محتوای کتاب قید و رکن مطلوب است که در خارج از آن قید مراد مشروط له نمی‌باشد. اینها قیودی هستند که در صورت عدم موجب می‌شوند که اصل مطلوب خریدار حاصل نگردد.

۲- در مواردی قید حالت رکنیت برای مطلوب ندارد.

در مورد اول، که قید مطلوب حالت رکنیت برای عقد دارد، در صورت عدم قید، فساد عقد مسلم است ولی در مورد دوم، فقط شرط (قید) فاسد از پیکره عقد منفک و بدور انداخته می‌شود^{۹۰}. البته شیخ تردیدی ندارد در مواردی که شرط حرامی در ضمن عقد بیاید، فساد شرط به عقد نیز سرایت می‌کند و لذا روایاتی را که مستند قائلین به فساد عقد است را غیر وارد می‌داند. از جمله روایتی از عبدالملک بن عتبه وارد شده که در آن شخص جنسی را می‌خرد به شرط آنکه در آن ضرر نکند و اگر ضرر کرد ضمان آن متوجه بایع باشد، حضرت در جواب فرمود: اینکار حرام است. حرمت در چنین موردی دلالت بر فساد بیع نیز دارد. علامه هم در مختلف قائل شده به اینکه این روایت باید دال بر حرمت بوده فساد عقد را نیز به همراه داشته باشد. شیخ سپس روایات دیگری که دلالت بر فساد عقد در هنگام فساد شرط دارند را می‌آورد و نهایتاً موارد این روایات را بر اینکه مشعر به فساد عقد باشند نمی‌داند بلکه اگر به فساد عقد دلالت دارند نه بما هو شرط است بلکه بدلائل خارجی دیگری مثل استلزام دور یا مخالفت با اجماع و امثالهم می‌باشند.

خلاصه شیخ انصاری در بدو طرح مسئله می‌گوید قول به عدم افساد شرط خالی از قوت نیست ولی در پایان معتقد می‌شود که: و الانصاف ان المسئلة فی غایه الاشکال^{۹۱} این سخن می‌رساند که خود شیخ نیز به قولی که در اول بحث می‌گوید، جازم نیست. شاید بخاطر همین مسئله محقق حلی در شرایع پس از بیان نظریات مختلف نهایتاً در اینکه آیا شرط فاسد مفسد هست یا خیر، متوقف مانده و اظهار نظری نکرده است.

^{۹۰} - البته شیخ مسئله را جوری بیان می‌کند که گوئی مصداق آن فقط در مورد شرط وصف است در حالی که این منحصر بدان نیست و باید قاعدتاً به تمامی موارد بسط داده شود.

^{۹۱} - شیخ مرتضی انصاری، مکاسب المحرمه، ج ۲ ص ۱۳۴

تیترا ۸- آیا بنا بر اینکه شرط فاسد مفسد نباشد، مشروط له حق خیار فسخ (به جهت تخلف وصف و یا تخلف شرط) خواهد

داشت؟

در این خصوص، شیخ انصاری می‌فرماید: اعتقاد بد داشتن خیار شرط، موجه به نظر می‌رسد. با این حساب، اگر کسی جاهل به اصل وجود خیار یا جاهل به فوریت حق اعمال آن باشد، معذور است و حق خیار وی محفوظ می‌باشد. ولی اگر جاهل به فساد شرطی باشد که ضمن عقد می‌آورد (چه جهل موضوعی و چه جهل حکمی)، چنین جهلی به قانون رافع مسئولیت وی نیست. لذا شرط فاسد الغاء شده و بیع صحیح است و حق فسخ برای مشروط له باقی نمی‌ماند و در این رابطه بین جاهل مقصر و جاهل قاصر فرقی نمی‌گذارد.

در قانون مدنی همانطور که گذشت، فسخ به عنوان آخرین تیر ترکش مشروط له برای جبران ضررهای ناشی از تعذر شرط در نظر گرفته شده است. ماده ۲۳۹ در این باره مقرر می‌دارد که "هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت". مفاد این ماده همان خیار تخلف شرط می‌باشد که موضوع مواد ۴۴۴ به بعد قانون مدنی نیز قرار گرفته است. البته قانون مدنی در ماده ۴۹۶ قاعده مذکور در ماده ۲۳۹ را تخصیص زده است زیرا در ماده ۴۹۶ در مورد اجاره مقرر می‌دارد که "... نسبت به تخلف از شرائطی که بین موجر و مستأجر مقرر است، خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد". در این ماده فسخ جنبه استثنائی ندارد، بلکه مشروط له را مخیر بین فسخ و اجبار می‌سازد و امکان فسخ را منوط به نوبتی از اجبار مشروط علیه بر انجام مفاد شرط نمی‌سازد.^{۹۲}

قانون مدنی پس از بیان اصل امکان فسخ، در ماده ۲۴۰ در مورد شرط غیر مبطل غیر مقدور، مقرر می‌دارد "اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود، یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط به نفع او شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد". هر چند در این ماده، قانون مدنی فقط در مورد شرط غیر ممکن حق فسخ را برای مشروط له قائل شده است، ولی می‌توان این ملاک را در مورد شرط غیر مشروع نیز بسط داد زیرا همانطور که بیان شد، غیر مقدور گاه محال مادی است گاه محال شرعی، لذا به استناد الممنوع شرعاً کالممنوع عقلاً می‌توان مفاد این ماده را به شرط غیر مشروع نیز سرایت داد ولی در مورد شرط فاقد منفعت عقلائی بعید است بتوان حق فسخ برای مشروط له قائل شد^{۹۳} چون همان طوری علامه در تذکره می‌گوید، شرط لغو و عبث که مالیت را کم و زیاد نمی‌کند، موجب خیار برای مشروط له نمی‌گردد. شایان گفتن است اگر طرفین در هنگام انعقاد عقد عالم به غیر مقدور بودن شرط باشند، حق خیار فسخ ندارند زیرا معلوم می‌شود در هنگام انعقاد عقد، بر این شرط، هیچ گونه اراده جدی تعلق نگرفته است^{۹۴} و به هر حال، به نظر می‌رسد خیار

^{۹۲} - بند د ماده ۸ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳ اردیبهشت ۱۳۶۲ نیز همین حکم را بیان می‌کند.

^{۹۳} - شیخ انصاری در مکاسب ج. ۲ ص ۱۰۸ می‌فرماید دلیل آن این است که شرط فاقد نفع عقلائی حقی برای مشروط له محسوب نمی‌گردد که در صورت عدم تحقق شرط متضرر شود - دکتر کاتوزیان قواعد عمومی قراردادها جلد ۳ ص. ۲۰۳ ایشان نیز معتقدند خیار فسخ عقد در نتیجه فساد شرط حکمی است برای جلوگیری از ضرر ناروای مشروط له پس در جایی که شرط نفع عقلائی ندارد، خیار نیز بوجود نمی‌آید.

^{۹۴} - دکتر ناصر کاتوزیان، همان مصدر جلد ۳ ص ۲۲۴

فسخ فقط برای مشروط له ثابت باشد زیرا بعضاً مشروط له ترجیح می‌دهد شرط فاسد را از پیکره عقد جدا نموده و قرارداد را تصحیح نماید. در این صورت مشروط علیه نمی‌تواند به استناد غیر ممکن بودن انجام شرط، عقد را فسخ نماید.

سئوالی که متعاقب این سؤال مطرح می‌شود اینست که آیا در مواردی که قائل به افساد شرط فاسد می‌شویم، اگر مشروط له شرط فاسد را اسقاط نمود، عقد صحیح است؟

در موردی که شرط از گونه شرط مبطل عقد نباشد، مشکلی بروز نمی‌کند چون اسقاط شرط به منزله اسقاط حق فسخ است. ولی اگر شرط فاسد، مفسد نیز باشد، مسئله عمده این است که آیا اسقاط شرط می‌تواند عقد را صحیح گرداند یا اینکه آلودگی این شرط به گونه ای است که سریعاً به عقد نفوذ نموده و حتی با ازاله منبع آلودگی چهره عقد پاک نمی‌گردد؟

شیخ انصاری قول به عدم تصحیح عقد را اقوی می‌شمارد زیرا عقد در حالت فساد منعقد شده و برای صحت آن رضایت جدید لازم است. این مورد را مثل رضایت لاحق در عقد فضولی نمی‌داند که بتوان عقد را به همان شکل و شرائطی که منعقد شده است، تنفیذ نمود. رضایت به عقد بدون شرط با رضایت به عقد مقرون به شرط دو امر متفاوت هستند. یعنی اگر رضایت لاحق به همان عقد اول باشد، عقد تصحیح می‌شود ولی اگر رضایت به عقد بدون شرط باشد، به استناد قاعده *ما قصد لم یقع و ما یقع لم یقصد*، عقد بر فساد خودش باقی می‌ماند زیرا رضایت متأخر باید به مفاد عقد اصلی تعلق گیرد نه به مغایران.

شیخ می‌فرماید: از بعض کلمات علامه در تذکره بر می‌آید که ایشان در مسئله تردید کرده و جازم نیست به اینکه آیا در صورتی که شرط فاسد مفسد باشد، عقد به صحت بر می‌گردد یا به بطلان خودش باقی می‌ماند.

علامه معتقد است شرط در ضمن عقد باید در خصوص عملی حلال باشد و در ادامه فرموده اگر کسی انگور بفروشد به این شرط که مشتری انگورها را در ساخت شراب بکار گیرد، این شرط باطل است^{۹۵} ولی در اینکه عقد فاسد باشد، اشکال کرده زیرا شرطی که می‌خواهد موجب بطلان عقد بشود، قابل اسقاط است. حال اگر به بیع جدای از این شرط راضی بشوند، بیع درست است. احتمال دوم این است که چون بیع مقرون با این شرط مبطل بوده، از ابتدا باطل است و هیچ امری نمی‌تواند آن را تصحیح کند و اسقاط آن فایده ندارد. اگر این مورد را استثناء کنیم، در سائر موارد که شرط باطل موجب ابطال عقد می‌شود، قطعاً در صورت فک از عقد، موجب تصحیح آن نمی‌شود. ما این مسئله را در تحقیق جداگانه ای مورد بررسی فرار داده ایم^{۹۶}.

× × × ×

در پایان بحث متذکر می‌شویم که اگر ملاکی که شیخ بدست داد را بیاد آوریم که فرمود باید حیثیت شرط را برای متعاقدين ملاحظه نمود، کلید حل مشکل پیدا می‌شود. این راه حل که حقوق اسلام را بر حقوق فرانسه منطبق می‌سازد، بنظر منطقی می‌رسد. لذا اگر حیثیت شرط برای طرفین عقد بطوری باشد که با اسقاط شرط، دیگر عقد مراد آنها نباشد و عقد بدون شرط برای آنها بلااثر و کان لم یکن باشد، این شرط فاسد مفسد نیز هست و اسقاط آن عقد را تصحیح نمی‌نماید. ولی اگر عقد بدون شرط نیز مراد آنها باشد، اسقاط شرط با بطلان عقد ملازمه ای ندارد. قید متعاقدين برای این است که در شناسائی نقش شرط باید اراده

۹۵ - تذکره الفقهاء ج ۲، بیع، شروط ضمن عقد

۹۶ - رجوع کنید به دکتر عبدالرسول دیانی مقاله مقایسه مقررات مربوط به جهت و علت قرارداد در حقوق فرانسه فقه امامیه و حقوق ایران.

هر دو طرف عقد لحاظ شود یعنی اراده مشترک معیار قرار داده شود نه خواست یکی از دو طرف عقد. البته اگر رضایت بعدی به عقد بدون شرط تعلق بگیرد، عقد جدیدی منعقد می‌گردد که طبعاً دلیل فقد عنصر نامطلوب، صحیح خواهد بود. شایان گفتن است می‌توان از ماده ۲۴۴ (ق.م.) را نیز با تفسیر فوق مدد طلبید و عقد پاک از شرط آلوده را با مهر عقد جدید پالود.

تیتیر ۹- آیا شرط فاسد غیر مذکور در عقد لطمه به آن می‌زند؟

ما در تحقیق جداگانه ای بیان داشتیم^{۹۷} که از نظر فقه اسلام شرط نامشروع آنجا که متوجه نامشروعیت جهت عقد باشد، ذکر و یا عدم ذکر صریح آن در متن عقد علی‌السویه است بلکه تواطؤ و تبانی بر انجام کار حرام، ملاک می‌باشد. بنابراین، چه شرط نامشروع در متن عقد ذکر بشود و چه نشود، عقدی که شرط نامشروع آن متوجه مشروعیت جهت عقد باشد، باطل می‌باشد. در سائر موارد، دو قول وجود دارد: کسانی که قائل به عدم تأثیر شرط خارج از عقد هستند، می‌گویند فساد شرط خارج به عقد لطمه ای نمی‌زند ولی در مقابل، کسانی که قائل به تأثیر شرط بنائی می‌باشند، قائل به بطلان عقد در مواردی که شرط فاسد مفسد است، می‌باشند. این دو قول از نظر شیخ علی الاطلاق می‌باشند یعنی چه فرد بداند و چه نداند که شرط خارج اثر دارد در هر حال مشمول یکی از این دو حکم می‌گردد. اگر شرط خارج عقد اثر داشته باشد، مطلقاً مفسد است و اگر اثر نداشته باشد، مفسد نیست حتی اگر قائل به مفسد بودن شرط فاسد باشیم.

شهید در مورد بیع مباحه که شخص اخبار به رأس المال می‌دهد، بین عالم و جاهل را فرق گذاشته است. فرموده اگر کسی بداند شرط خارج اثر ندارد، شرط فاسد مفسد نیست ولی اگر نداند که شرط خارج اثر ندارد، مفسد می‌باشد^{۹۸}.

قسمت سوم

شرط فعلی که در آن پای ثالث به میان می‌آید

در حقوق ایران دو نوع شرط فعل که در آنها به نحوی پای ثالث به میان می‌آید، وجود دارد: شرط فعل به نفع ثالث و شرط فعل به ضرر ثالث. ما در حقوق فرانسه دیدیم که شرط به ضرر ثالث نمی‌توان نمود و هر کجا که پای ثالث در میان است از باب انتفاع وی از قراردادی است که خود در ایجاد آن نقشی ندارد حال ببینیم حقوق ایران در این زمینه چه می‌گوید.

تیتیر اول - شرط فعل به نفع ثالث

در مورد امکان شرط به نفع ثالث تردیدی بین فقهاء وجود ندارد. مثال‌های متعددی در ابواب مختلف فقه می‌توان یافت که در آنها شرط به نفع ثالث شده است^{۹۹}. البته اگر ثالث فرزند و یا خدمتکار مشروط له باشد که به نحوی شرط به نفع آنها، به خود مشروط له بازگشت نماید، در حقیقت آنها ثالث محسوب نمی‌گردند. در مورد ثالث حقیقی، قبول وی شرط صحت عقد است چون در این خصوص، شرط به نفع ثالث در حکم هبه ای به وی را دارد که قبول متبهب شرط صحت آن است. قانون مدنی در

۹۷ - همان مصدر

۹۸ - نقل از مکاسب شیخ انصاری. مستند این قول در لمعه پیدا نشد البته شاید بتوان از مفاد مطالب ج ۳ ص ۴۲۳ لمعه این قول را استنباط نمود.

۹۹ - دکتر عبدالرسول دیانی، "ترجمه و تحقیق تیرامون ابواب مضاربه اجاره مزارعه و مساقات از کتاب شریک خلاف شیخ طوسی" رساله فوق لیسانس فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، ۱۳۶۸

ماده ۱۹۶ امکان تعهد به نفع ثالث را بیان نموده و در ماده ۳۲۱ آن را استثنائی بر اصل نسبی بودن آثار قراردادهای دانسته است. به هر حال، تعهد به نفع ثالث که وفق ماده ۱۹۶ باید در ضمن قراردادی آمده باشد، معمولاً بصورت شرط تبعی در ضمن عقد مندرج می‌گردد^{۱۰۰} که اگر این شرط از نوع شرط فعل باشد، ارتباط مستقیم با بحث ما پیدا می‌کند.

سؤال عمده ای که در این تیتیر بدان می‌پردازیم، این است که در صورت تخلف مشروط علیه از انجام مفاد شرط آیا ثالث منتفع می‌تواند اجبار وی را بخواهد یا خیر؟ و اصولاً چه کسی حق مطالبه اجرای مفاد قرارداد را دارد؟ شرط یا ثالث منتفع از عقد؟ در اینکه شرط چنین حقی دارد، تردیدی نیست. وی در صورت نومید شدن از این اقدام، عقد را فسخ می‌کند زیرا به تبع تراضی او است که نفعی به ثالث رسیده است. ولی با اینکه مشروط له نمی‌تواند حقی که به سود ثالث ایجاد شده را اسقاط کند، ثالث سلطه ای بر ملتزم از جهت اجبار وی به انجام مفاد عقد پیدا نمی‌کند^{۱۰۱}.

پیدایش حق به نفع ثالث، وی را در قرارداد شرکت نمی‌دهد لذا حق فسخ عقد در صورت عدم ایفای تعهد، قائم به شخص مشروط له و قائم مقام قانونی وی است و هم اوست که در صورت تخلف شرط می‌تواند عقد را فسخ کند. لذا بعنوان تعذر وفای به شرط، ثالث حق فسخ قرارداد را ندارد مگر اینکه متعاقبین چنین حقی را برای مدت معینی به وی داده باشند (ماده ۳۹۹ ق.م). یکی از عمده ترین شواهد تعهد به نفع ثالث، بیمه عمر است ولی همین شاهد مثال استثنای بسیاری بر قواعد عمومی تعهد به نفع ثالث دارد مثلاً قانونگذار ایران احتمالاً به تبعیت از قانون فرانسه برای منتفع حق دعوی مستقیم بر علیه ملتزم را شناخته است^{۱۰۲}. این امر نشان می‌دهد شرط به نفع ثالث در معنایی که در فقه و قانون مدنی است، رعایت نشده است. ما بدلیل طولانی شدن این مقاله از ورود در جزئیات بیشتر شرط به نفع ثالث پرهیز می‌نمائیم.

تیتیر دوم - شرط فعل به ضرر ثالث

اگر شرط فعل علیه ثالث به نحوی به عدم قدرت وی بر انجام مشروط علیه برگردد، شکی در بطلان آن وجود ندارد. پس اگر سخن از این شرط به میان می‌آوریم کاملاً مستثنی از این مورد است. از تعریفی که ماده ۲۳۴ از شرط فعل بدست می‌دهد، می‌توان اصل امکان درج چنین شرطی را دریافت. این ماده می‌گوید: شرط فعل آنست که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.

در مورد شرط به زیان شخص ثالث نیز به نظر می‌رسد، قبول ثالث مبنی بر انجام فعل موضوع شرط، ملاک صحت عقد باشد. اگر ثالث انجام مفاد شرط را قبول نکند، مشروط له خیار فسخ دارد. ولی اگر اجازه کند، سؤال شده که آیا آثار عقد فضولی را می‌توان بر چنین عقدی جاری ساخت یا خیر؟ آقای کاتوزیان پاسخ مثبت به این سؤال داده و معتقد شده نظریه معامله فضولی قاعده ای است که در مورد عقود تملیکی و عهدی یکسان اجرا می‌شود و نباید آنرا ویژه معاملات تملیکی بر مال غیر دانست^{۱۰۳}.

۱۰۰ - دکتر ناصر کاتوزیان، همان مصدر ج ۳ ص ۳۷۳

۱۰۱ - شیخ مرتضی انصاری، المکاسب المحرمه، ج ۲

۱۰۲ - دکتر ناصر کاتوزیان، همان مصدر، ص ۴۱۲

۱۰۳ - همان مصدر ج ۲ ش. ۳۵۰ و ج ۳ ش. ۵۶۴

قسمت اول - تفاوت در تقسیم بندی ها

در حقوق ایران، تعهد به عدم انجام فعل قسیم سائر تعهدات نیست، بلکه آنرا تحت همان عنوان تعهد به فعل آورده‌اند در حالی که در حقوق فرانسه تعهد فعل و عدم فعل در کنار هم و قسیم همدیگرند. دلیل آن این است که تعهد به فعل غیر ممکن، باطل و مبطل عقد است ولی تعهد به عدم فعل فقط باطل است و موجب فساد عقد نمی‌شود (ماده ۱۱۷۳ کد سیویل).

در قانون مدنی و کدسیویل به خلاف امامیه، شرایط صحت اعمال حقوقی چه به صورت عقد و چه بصورت شرط در ضمن آن در دو قسمت مورد مطالعه قرار گرفته است یعنی در قسمت اول شرایط عمومی برای صحت همه عقود و در قسمت بعدی شرایط مختصه به هر عقده طور جداگانه و در قسمت سوم شرایط صحت شروط در ضمن عقد به بررسی گرفته شده است. در فقه امامیه بخش مستقلی به شرایط عمومی معاملات اختصاص نیافته بلکه هر عقد بطور جداگانه تمامی شروط صحت و شروط تأثیر آثار آن بصورت یک جا مورد مطالعه قرار گرفته است ولی در عوض، برای شروط در ضمن عقد، جایگاه ویژه‌ای در نظر گرفته شده است.

در کد سیویل شروطی که می‌توانند به صورت شرط تبعی در ضمن عقد بیابند، هم باید شرایط عمومی قراردادها را داشته باشند هم شرایط اختصاصی مربوط به شروط را که به صورت موردی تحت مطالعه قرار گرفته اند.

در حقوق اسلام شرط تبعی چه در ضمن عقد معوض و چه غیر معوض با عقد اصلی پیکره واحد را تشکیل می‌دهند که از حیث جواز و لزوم و بطلان و صحت تابع عقد اصلی است ولی بطلان شرط به ابطال عقد نمی‌انجامد مگر در بعض موارد که وجود شرط موجب تزلزل یکی از شرایط اساسی صحت عقد شود و استقلال عقد اصلی را مخدوش نماید ولی این وابستگی شرط به عقد در صورتی است که شرط در ضمن عقد باشد، لذا شرط ابتدائی یا شرط بعدی، که در ضمن عقد نمی‌آیند، بعنوان تعهدی مستقل از عقد هستند.

طرح دو گانه شرایط صحت در قانون مدنی ما موجب ایرادی بزرگ شده است و آن اینکه آیا شرط در ضمن عقد علاوه بر شرایط صحت خود که در ماده ۲۳۲ و ۲۳۳ آمده، شرایط صحت عقود را نیز باید دارا باشد؟

مرحوم دکتر امامی معتقد شده است که شرایط صحت شروط کافی برای صحت آنها می‌باشد و از سکوت در مقام بیان قانون و همچنین ماده ۱۰ (ق.م.) می‌توان استنباط نمود که شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ که برای همه عقود لازم هستند، برای صحت شروط لازم نمی‌باشند^{۱۰۵}.

در مقابل، بعض دیگر حقوق دانان معتقد شده اند که تبعی بودن شرط هیچ تغییری در ماهیت اصلی آن نمی‌دهد و شرایط ماده ۱۹۰ که ناظر به تمامی قراردادهاست باید در هر حال محترم شمرده شوند^{۱۰۶} چه تعهد تعهدی مستقل باشد و چه تبعی و در ضمن عقد دیگر.

۱۰۵- دکتر حسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۱ صفحه ۲۷۲

۱۰۶- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها جلد ۳ ص ۱۶۶

به نظر ما این سخن اخیر منطقی تر به نظر می‌رسد چون حتی با وجود ماده ۲۲۳ (ق.م.) که اصالت صحت را در باب شروط بیان می‌دارد، چنین موردی مجرای جریان اصل نیست چون اصل در جایی جریان دارد که دلیل نداشته باشیم. چگونه می‌توان مثلاً معتقد شد که موضوع شرط که خود انجام یک عمل حقوقی است بتواند در صورت اکراه منعقد شود؟ و یا در صورت تصریح به جهت نامشروع داشتن بتوان آنرا نافذ دانست؟ این با منطق حقوقی مأنوس نیست که قائل شویم عقد مکره اگر مستقلاً واقع شود، غیر نافذ، واگر تبعی باشد، نافذ است.

قسمت دوم - تفاوت در شرایط صحت

در بحث تفاوت ها در شرایط صحت منظور مابه شرایط عمومی صحت قراردادها نیست زیرا از نظر ما بدیهی است شروط در ضمن عقد باید شرایط ماده ۱۹۰ قانون مدنی (معادل ماده ۱۰۰۸ کد سیویل) را نیز داشته باشند، بلکه مراد ما شرایط صحت شروط به معنی اخص می‌باشد.

یکی از شرایط صحت شروط که هم در حقوق ایران دیده می‌شود و هم در حقوق فرانسه، عدم مخالف شرط با قانون می‌باشد ولی در حقوق فرانسه دو مورد دیگر یعنی عدم مخالفت بانظم عمومی و اخلاق حسنه نیز به چشم می‌خورد که در قانون ایران و فقه اسلام وجود ندارد.

گروهی از حقوق دانان کلمه "نامشروع" مذکور در بند ۳ ماده ۲۳۲ (ق.م.) را خواسته اند به شرط خلاف اخلاق و مصالح عمومی نیز سرایت دهند^{۱۰۷} و برای این کار از ماده ۹۷۵ (ق.م.) یاری جسته اند که دادگاه را از بموقع اجرا گذاشتن قوانین خارجی و قراردادهای خصوصی مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی باز می‌دارد. ما این استدلال را قوی نمی‌دانیم چون ماده ۲۳۲ در مقام بیان و احصاء تمامی موارد شروط باطل است. این اطلاق که در لسان علماء معانی و بیان اطلاق مقامی نامیده می‌شود، بیانگر این است که اگر شرط دیگری لازم بود، در همین مجال لازم الذکر بود. البته در مورد ماده ۹۷۵ (ق.م.) تردیدی نیست که از قانون فرانسه تبعیت شده است. به هر حال در حقوق اسلام شرط مخالف نظم عمومی و یا اخلاق حسنه به این مضامین وجود ندارد و هر جا که از نامشروع بودن شرط سخن بمیان آمده، منظور عدم مخالفت با کتاب الله و سنت رسول و یا همانطور که شیخ انصاری فرمود ما کتب الله علی عبادہ می‌باشد. البته در فقه نیز همانطور که گذشت در مواردی مضمون ماکتب الله، از مقوله حق است، و در بعضی موارد، حکم شرعی است. فرق بین حکم و حق اینست که حق قابل اسقاط، انتقال و ارث می‌باشد در حالیکه حکم شرعی چنین قابلیت هائی را ندارد.

این تقسیم بندی معادل تقسیم بندی که در حقوق فرانسه از تقسیم قوانین به قوانین امری و تفسیری می‌تواند باشد. در حقوق فرانسه، برای تمییز شرط خلاف قانون از دیگر شروط، قوانین را به قوانین امری (Les règles impératives) و قوانین تفسیری (Les règles supplétives) تقسیم نموده‌اند. شرط خلاف قوانین امری^{۱۰۸} یا خلاف نظم عمومی و یا اخلاق حسنه نمی‌توان نمود (ماده ۱۱۷۲ کدسیویل) ولی شرط خلاف قوانین تفسیری اشکال ندارد. در فرانسه تلاش های زیادی برای تمییز این دو سری قانون داده شده است و ملاک های بسیاری بدست داده اند ولی بدرستی تمییز این موارد روشن نیست و باید در هر مورد

^{۱۰۷} - دکتر ناصر کاتوزیان، همان مصدر، ص ۱۷۲

108- Ph. SIMLER & Y. LEQUETTE & F. TERRE, Droit civil, Les Obligations, n° 127

از قرائن و امارات ویژه یاری خواست. در قانون مدنی ما نیز آنجا که سخن از نامشروع بودن شرطی می‌شود، مراد شرطی است که مخالف قواعد آمره باشد. در بعض عقود بلحاظ ویژگی‌های منحصر به فردشان مصادیق بخصوصی از شروط نامشروع ذکر شده است. مثلاً در عقد نکاح شرط خیار فسخ برای یکی از زوجین یا برای ثالث (ماده ۱۰۶۹ ق.م) یا شرط فسخ نکاح برای زوجه یا انحلال خود بخود عقد نکاح در صورت عدم پرداخت مهریه زن توسط شوهر تا تاریخ معین^{۱۰۹}، نفی شده است.

اگر بپذیریم که مورد عدم مخالفت با اخلاق حسنه نیز باید به قانون مدنی اضافه شود، می‌توان مثال‌های ذیل را برای شرط مخالف اخلاق حسنه آورد. اگر در ضمن عقد بیع شرط شود که زنی برای تمتعات غیر از دخول در هر یک ساعت به ازدواج موقت با مردان متعدد در آورد یا مردی بازاینه ازدواج موقت کند، هر چند در فقه امامیه بلا اشکال است، ولی باید آنرا از موارد خلاف اخلاق حسنه شمرد.

به نظر می‌رسد در فقه مواردی وجود دارد که می‌تواند از مصادیق خلاف اخلاق حسنه بشمار آید. مثلاً در مواردی انجام بعضی از کارها برای بعضی از اشخاص خلاف مروئت تلقی شده است. بنابراین اگر مثلاً در عقد بیع شرط شود که امام جمعه مسجد در ملاء عام ساندویچ بخورد یا قاضی شهر روزی دو ساعت در حمام لنگ در اختیار مردم قرارداد دهد! این شروط اگر بدلیل غیر عاقلانه بودن باطل نشوند، بدلیل خلاف اخلاق حسنه باطل هستند. در فقه گفته شده این اعمال، فرد را از عدالت ساقط می‌کند. به هر حال، خلاف اخلاق حسنه و یا خلاف نظم عمومی بودن، عناوین مستقلی از مشروع بودن بشمار می‌روند که تفصیل آن را در قواعد عمومی قراردادها باید جستجو نمود.

در خصوص نامشروع بودن، (والبته غیر مقدور بودن و یا مخالفت به اخلاق حسنه و نظم عمومی) یکی از تفاوت‌های مهم حقوق ما با حقوق فرانسه این است که در حقوق فرانسه شرط غیر مشروع و یا شرط غیر مقدور اساساً باطل و مبطل است ولی در حقوق ما چنین شرطی فقط باطل است و بطلان به عقدساری نیست. البته همانطور که در بخش اول متذکر شدیم، در حقوق فرانسه اماره بطلان عقد با دلیل مخالف رد می‌شود بدین معنی که اگر ثابت شود که شرط غیر مشروع انگیزه قاطع و جازم در تصمیم‌گیری آنها بر انعقاد عقد نبوده است، موجب بطلان عقد نمی‌گردد و فقط شرط باطل از پیکره عقدکننده و بدور ریخته می‌شود. بدین صورت مفاد قانون مدنی ما با کد سیویل در مورد ماده ۹۰۰ کد سیویل یکسان است یعنی در موردی که شرط باطل موجب فساد عقد نمی‌شود ولی با ماده ۱۱۷۲ کد سیویل در تعارض است چون در مورد شرط غیر مشروع و یا غیر مقدور مقرر می‌دارد که در این موارد بطلان شرط به عقد نیز سرایت می‌کند.

ولی در هر حال ویژگی کد سیویل نسبت به قانون مدنی این است که در آن کد انگیزه و یا سبب جازم و قاطع طرفین بر انعقاد قرارداد مد نظر قرار گرفته است ولی به دوشکل مختلف: در ماده ۹۰۰ آن کد اصاله الصحه را در مورد عقد مشروط به شرط فاسد پذیرفته و در ماده ۱۱۷۲ اصاله البطلان را در این مورد قبول کرده است. در مورد اول، اگر دلیل اقامه شود که شرط باطل علت قاطع و جازم و اولی در تصمیم‌گیری طرفین بر انعقاد هبه بوده است، عقد هبه باطل است ولی در مورد دوم باید ثابت شود که شرط غیر مشروع و یا غیر مقدور سبب قاطع و جازم بر انعقاد عقد نبوده است که بتوان حکم به صحت عقد داد. البته

^{۱۰۹} - ماده ۱۰۸۱ (ق.م) برای تفصیل شروط باطل در عقد نکاح نگاه کنید به دکتر عبدالرسول دیانی حقوق خانواده ج ۱ ص ۱۰۰

شیخ انصاری همان طوری که در پایان قسمت دوم بیان شد، همین مطلب را عنوان می‌سازد یعنی باینکه شیخ قائل به عدم فساد عقد در هنگام فساد شرط است و ولی می‌گوید اگر شرط و یا کلاً قیودی که برای عقود در نظر گرفته می‌شوند، حالت رکنیت برای عقد داشته باشند، به گونه ای که در خارج آن قید و شرط آن عقد مطلوب نباشد، در این موارد شرط باطل منجر به فساد عقد می‌گردد. ما تقریباً مشابه این سخن را در مورد شرط صفت موضوع معامله در ماده ۲۰۰ ق.م. داریم و فقهاء نیز در جاهی که شرط از قبیل شرط صفت باشد، تردیدی در بطلان عقد نمی‌بینند.

یکی از وجوهی که اخیراً در حقوق فرانسه به خصوص در مورد شروط تبعی که معادل واژه شرط فعل است دیده می‌شود، این است که مفاد شرط نباید در مخالفت با عمومیت *Contraire à la généralité du contrat* عقد باشد. این شرط عبارت دیگری از شرط مخالف مقتضای عقد در حقوق ایران است. مثلاً در مورد شروط رافع مسئولیت این مبنا در بعضی از آراء دادگاه عالی فرانسه مورد لحاظ قرار گرفته است.^{۱۱۰}

قسمت سوم - تفاوت در ضمانت اجرای شرط فعل

در حقوق ایران وفق ماده ۲۳۷ (ق.م.) "هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باید اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است، باید آنرا بجا آورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفای به شرط نماید." در قراردادهای مالی هر گاه متعهد از وفاء به شرط فعل خودداری نماید، مشروط له می‌تواند اجبار او را در ایفاء به شرط از دادگاه بخواهد و اگر اجبار متعهد به انجام شرط غیر مقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگر ممکن باشد، دادگاه می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام فعل را فراهم کند و هر گاه اجبار مشروط علیه ممکن نباشد و فعل هم از اعمالی نباشد که دیگری بتواند انجام دهد، مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م.).

این خیار فسخ به علت تخلف شرط فعل ویژه قراردادهای مالی است. در نکاح نظریه اینکه بقاء و تثبیت خانواده مورد نظر بوده، موارد فسخ محدود است و توسط قانون این موارد را پیش بینی شده است لذا در غیر این موارد نمی‌توان خیار فسخ برای مشروط له قائل شد و فقط می‌توان به او حق داد در صورت ورود زیان ناشی از تخلف از شرط، جبران آنرا از مشروط علیه بخواهد. ما در فقه اسلام دیدیم که مطالبه ارش غیر ممکن است، در حالی که در حقوق فرانسه دعوی ضرر و زیان به عنوان راه حل اساسی در مواردی که به تعهد شرط فعل عمل نمی‌شود، پذیرفته شده است. البته همانطور که گذشت در بعض موارد به طور استثنائی اجبار متعهد را می‌توان مطالبه نمود در صورتی که این اجبار منع قانونی نداشته باشد و اصولاً ممکن بوده و با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز در تعارض نباشد.

در مورد شرط فعل ثالث، مستفاد از ماده ۲۳۴ (ق.م.) که شرط به فعل غیر را ممکن دانسته، موردی است که متعهد وسیله اجبار غیر بر انجام موضوع شرط را دارد و به نفوذ خود بر دیگری اطمینان دارد. در سائر موارد به نظر می‌رسد حقوق ایران تمایل دارد که آنرا نوعی معامله فضولی بداند. این در حالی است که حقوق فرانسه آنجا که شرط فعل بر علیه ثالث باشد، مخالف صریح اصل

^{۱۱۰} - برای ملاحظه آراء مراجعه کنید به رساله دکتری نویسنده تحت عنوان مسئولیت مدنی نقص ایمنی محصولات صنعتی به زبان فرانسه چاپ ۲۰۰۰ انتشارات دانشگاه لیل ۳ ص ۴۵۶

نسبی بودن آثار قراردادهای تلقی شده و لذا درج چنین شرطی غیر ممکن است. در موردی که شرط به نفع ثالث باشد، قبول وی شرط صحت عقد است.

والسلام

عبدالرسول دیانی دکتر در حقوق خصوصی

گزیده منابع و مأخذ

- × شیخ مرتضی انصاری، المکاسب المحرمه، جلد ۲ چاپ رحلی قدیم چاپ بنگاه معتقدی
- × دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، آثار قرارداد در رابطه دو طرف و نسبت به اشخاص ثالث، ۱۳۷۶
- شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا
- × دکتر امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد ۱ چاپ انتشارات کتاب فروشی اسلامیه
- × کد سیویل فرانسه چاپ ۱۹۹۲
- × عبدالله مامقانی، مناهج المتقین چاپ انتشارات مرتضویه نجف ۱۳۴۴
- × قانون مدنی ایران
- × وسایل الشیعه، شیخ حر عاملی چاپ دار احیاء التراث العربی
- × ملا احمد نراقی، عوائد الایام، چاپ انتشارات بصیرتی قم
- × علامه حلی تذکره الفقهاء ج ۱
- × حسینینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه
- × طوسی، شیخ محمد حسن، الخلاف چاپ انتشارات دانشگاه تهران
- × دکتر دیانی، عبدالرسول، مقایسه مقررات مربوط به جهت و سبب در حقوق فرانسه فقه امامیه و حقوق ایران
- × دکتر دیانی، عبدالرسول، حقوق خانواده، انتشارات امیددانش تهران ۱۳۷۹
- × ترجمه و تحقیق پیرامون ابواب مضاره مساقات، اجاره مزارعه از کتاب شریف خلاف شیخ طوسی رساله فوق لیسانس دانشگاه تهران در رشته فقه ومبانی حقوق اسلامی.
- × شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام جلد ۲۳
- × فرهنگ حقوق دکتر حسینقلی کاتبی انتشارات گنج دانش چاپ ۱ سال ۱۳۶۳
- × شهید ثانی، اللمعه دمشقیه، ج ۳ از ده جلدی های چاپ بیروت

× Philippe SIMLER, La nullité partielle des actes juridiques, Thèse publiée, LGDJ, 1969

× FLOUR Jacques & AUBERT Jean-Luc, Les obligations, L'acte juridique, éd. Armand Colin, 7^{ème} éd. Paris, 1996

× F. TERRE & Ph. SIMLER & Y, LEQUETE, Droit civil, Les obligations, 6^{ème} édition 1996, éd. Précis Dalloz

* MOUSSERON Jean-Marc, Technique contractuelle, éd. Francis Lefebvre, 1988

- * Boris STARCK & Laurent BOYER & Henry ROLAND, Obligations 2- Contrat 5^{ème} éd. LITEC 1995
- * STAPYLTON-SMITH Duncan, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir? L'actualité juridique- Propriété immobilière, 1996 p. 568-572
- * G.H. Treitel, Law of Contact, Ninth Edition, Sweet & Maxwell, 1995
- * Boris STARCK & Laurent BOYER & Henry ROLAND, Obligations 2- Contrat 5^{ème} éd. LITEC 1995
- * Bernard TEYSSIE, Réflexion sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat, Dalloz 1970 Ch. 281
- * Henry Campobell Black M.A. Black's Law Dictionary, 1983 West Publishing co.
- * GHESTIN, J. Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^{ème} éd. LGDJ, 1993
- * Vocabulaire juridique Gérard Cornu, Association Henry CAPITANT, éd PUF 1987
- * Lexique de termes juridiques 8^{ème} éd. 1990
- * Alain BENABANT, Droit civil, Les obligations, Montchristien 5^{ème} éd 1995
- * Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil des obligations, éd. CUJAS 1995-1996
- * DAYANI-NAJAFABADI Abdolrasoul, La responsabilité du fait de défaut de sécurité des produits, Thèse soutenue en 1996 et publié en 2000 édition Septentrion Presses universitaires, France