



Condition and Contract: Convergence or Divergence in Legal Perspectives

Fateme Shabani*, Ali Jafari**

Abstract

Contracts and agreements have historically underpinned myriad transactions, shaping human interactions on diverse issues. The intricate relationship between contracts and the conditions they entail has been a focal point for legal scholars and practitioners throughout history. This study delves into the nuanced dichotomy of convergent and divergent perspectives, providing a profound exploration of the fundamental connection between contracts and their accompanying conditions.

In the convergent paradigm, conditions are intrinsically interwoven within the fabric of contracts, constituting their vital components. In this view, the condition assumes a primary role, and any deviation, violation, or non-observance can severely weaken or even invalidate the contract. Conversely, divergent viewpoints present conditions as entities parallel yet intricately connected to contracts. Here, conditions are viewed as secondary, existing as distinct yet symbiotic elements. This perspective posits that contracts and conditions are two interrelated yet separate compromises, each integral to the other. This discourse extends into civil law, where prevailing views underscore the divergence between the contract and its conditions. According to Article 233, the nullity of a condition does not necessarily

How to Cite: Shabani, F., Jafari, A. (2024) Condition and Contract: Convergence or Divergence in Legal Perspectives, *Journal of Legal Studies*, 15(4), 361-396.

* MA. in Jurisprudence and Islamic law, University of Tehran (College of Farabi), Qom_Iran. Email: Fatemeeshabani75@gmail.com

** Assistant Professor, Faculty of Jurisprudence and Islamic law , University of Tehran (College of Farabi). (Corresponding Author), Qom_Iran. Email: alijafari@ut.ac.ir

impede the validity of the entire contract, unless it damages the contract's fundamental elements.

This study critically examines existing views, identifying their inherent flaws and limitations. Through rigorous data analysis and logical reasoning, it becomes evident that both divergent and convergent perspectives fall short in providing adequate justifications for the comprehensive connection between various conditions and contracts. Sovereignty of will, often cited as the defining criterion for justifying the independence of conditions from contracts, proves insufficient. This inadequacy becomes apparent when considering stipulated conditions and their substantive relationships with the original contract. Additionally, examples of independent conditions extend beyond the confines of existing classifications, encompassing a wide array of valid conditions, including those that pass under specific circumstances.

To address these complexities, this research endeavors to establish a contemporary and nuanced criterion for distinguishing the relationship between contracts and conditions. It delves into the core question: Is the relationship between conditions and contracts entirely subordinate and dependent, or can scenarios be imagined where conditions exist independently, even in cases of contract nullity? The study navigates the intricacies of dependent and independent conditions, drawing comparisons with established jurisprudential references. Recognizing independence based solely on a condition's ability to survive without a contract proves inadequate. The study delves deep into the exact meanings of converging and diverging contracts and conditions, exploring their scopes, effects, and underlying beliefs.

In conclusion, the research posits that the substantive degree of connection between conditions desired by parties and the fundamental elements of a contract serves as the pivotal criterion. Independent conditions, possessing inherent binding identities, maintain their validity even in the event of nullified contracts, exemplifying their indispensable role in governing various contractual facets. Dependent conditions, on the other hand, find their purpose within the broader contractual framework, tethered to the exchange's quantity, quality, or specific transactional aspects. This dichotomy elucidates the diverse landscape of contractual relationships, underscoring the need for a nuanced understanding of conditions within the framework of contracts.

Keywords: express condition, conditional condition, independent condition, dependent condition, divergent, convergent.

Article Type: Research Article.

شرط و عقد؛ همگرا یا واگرا؟

فاطمه شعبانی*، علی جعفری**

چکیده

میزان وابستگی و حدود تبعیت یا عدم تبعیت انواع شروط از عقودی که ضمن آنها درج می‌شوند از دیرباز مورد توجه اندیشمندان حقوق بوده است به عقیده نویسندگان، هیچ‌یک از این دیدگاه‌ها جامع و خالی از نقص و نقد نبوده و بر مبنای تحلیل داده‌ها روشن خواهد شد که هیچ‌یک از قائلان به واگرایی و همگرایی عقد و شرط، دلایل مناسبی جهت توجیه ارتباط شروط با عقد ارائه نمی‌دهند. در این راستا، پرسش اساسی مقاله این است که جامع‌ترین ملاک که در پرتو آن بتوان چستی ارتباط عقد و انواع شرط را به روشنی بیان و توجیه کرد چه بوده و ثمرات آن چیست؟ فرضیه نویسندگان این است که توجه دقیق-تر به ماهیت شروط و میزان ارتباط آنها با عقد پایه، راهگشا خواهد بود. در نهایت نیز پژوهش حاضر «درجه ارتباط ماهوی» شروط مورد نظر طرفین با ارکان عقد پایه را مناسب‌ترین معیار جهت تفکیک میان شروط وابسته و مستقل و در نتیجه تبیین چستی رابطه میان هریک از این شروط و عقد متضمن آن می‌یابد؛ با این بیان که شروطی که «وابسته» تشخیص داده شوند، همگرا با عقد بوده و ارتباط شروط «مستقل» و عقد ارتباطی واگرا خواهد بود. اصلی‌ترین ثمره این تفکیک نیز تفاوت شروط وابسته و مستقل در تبعیت از عقدی است که به جهتی از جهات مورد فسخ یا اقاله قرار گرفته و یا محکوم به بطلان است.

واژگان کلیدی: شرط صریح، شرط ضمن عقد، شرط مستقل، شرط وابسته، واگرا، همگرا.

نوع مقاله: مقاله پژوهشی.

* دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران.

Email: Fatemeeshabani75@gmail.com

** استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران (نویسنده مسئول)

Email: alijafari@ut.ac.ir

سرآغاز

در حقوق هر کشوری مباحث مربوط به قراردادهای، شروط و آثار و احکام ناشی از ارتباط آن‌ها همواره مورد تحلیل و توجه ویژه اهالی حقوق قرار گرفته است. شروط ضمن عقد ماهیت حقوقی مستقل نبوده و عموماً ماهیتی تبعی و وابسته به عقد دانسته می‌شوند؛ بنابراین می‌توان گفت که اساساً شرط، در حدوث و بقا تابع عقد مشروط است و با آن پیوند دارد؛ اما چنان‌که خواهیم دید، گاه چنین است که شرط، برحسب طبیعت موضوع آن، التزامی مستقل نبوده و مربوط به ارکان قرارداد اصلی است و گاه چندان ملازمه‌ای با ارکان عقد اصلی نداشته و قابلیت آن را دارد که به‌عنوان قراردادی مستقل و جدای از عقد نیز مورد توافق باشد ولی دو طرف به دلیل ملاحظاتی، آن را تابع عقد دیگری ساخته‌اند تا نام شرط بر آن نهاده شود.

شرط جزئی از عقد اصلی است و تراضی طرفین به مجموعه آن‌ها، یعنی تعهدهای اصلی و فرعی تعلق گرفته است. پس نخستین نظری که به ذهن می‌رسد آن است که بطلان یا تخلف از شرطی که ضمن عقد درج شده به نظم این مجموعه صدمه زده و عقد را نیز باطل می‌کند. چنان‌که بسیاری نیز به آن قائل شده‌اند؛ اما مطالعه در دیگر منابع که به‌صورت تحلیلی به توصیف این رابطه پرداخته‌اند، نتایج دیگری را پیش رو قرار می‌دهد. چنان‌که در ادامه نیز خواهیم دید برخی شروط از قاعده فوق تبعیت نخواهند کرد. در همین راستا قانون مدنی و برخی دیگر از دیدگاهی پیروی کرده‌اند که به‌موجب آن بطلان شرط اصولاً به صحت عقد خللی وارد نمی‌کند؛ مگر در صورتی که به‌حکم ماده ۲۳۳ این بطلان به ارکان اصلی عقد پایه صدمه بزند. در فقه امامیه نظرات متعددی در خصوص علاقه و ارتباط میان عقد و شرطی که در بطن آن لازم‌الاتباع می‌شود، مطرح شده که به عقیده نویسندگان تمامی دیدگاه‌های موجود را می‌توان تحت عنوان دیدگاه‌های همگرا دان یا واگرا دان مطرح کرده و به بحث گذارد؛ که این خود یکی از جنبه‌های نوین پژوهش پیش رو خواهد بود. در همین راستا، چستی و چگونگی ارتباط عقد و شرط ضمن آن، مناسب‌ترین و نوین‌ترین ملاک جهت تمییز

این رابطه، ثمره و مصادیق آن، بحث اصلی این پژوهش را تشکیل خواهند داد. سخن آن است که رابطه میان شرط و عقد تماماً تابع و متبوعی بوده یا مواردی را نیز می‌توان متصور شد که مسیر شرط از عقد جدا شده و حتی در فرض بطلان عقد همچنان به حیات خود ادامه دهد؟ مقصود نویسندگان از تفصیل میان شروط وابسته و مستقل _ که به‌طور آشکار در فقه امامیه کمتر مطرح شده و نیز هیچ‌کس آن را معیاری برای تمیز نوع ارتباط شروط و عقد و همگرایی یا واگرایی آن‌ها قرار نداده _ وابستگی و استقلال در چه حوزه‌ای بوده و تا چه حد به اشارات فقها در خصوص شروط وابسته و مستقل مشابهت دارد؟ ملاک تشخیص استقلال چنان‌که برخی (Masoudi Jozchal, 2020: 108-119; Kazemi, Taghizadeh, Ahmadi Bayazi, 2020: 245-270) گفته‌اند تنها قابلیت بقای شرط بدون عقد است؟ همگرا یا واگرا بودن عقد و شرط به چه معنا بوده و در چه محدوده‌ای است و آثار و لوازم قول به هر یک چه خواهد بود؟ و در نهایت جامع‌ترین ملاک که در پرتو آن بتوان چستی ارتباط عقد و شرط را به‌روشنی بیان و توجیه کرد چه بوده و ثمرات آن چیست؟

در این پژوهش بر مبنای تحلیل داده‌ها و استدلال‌های عقلایی روشن خواهد شد که هیچ‌یک از طرفداران واگرایی و طرفداران همگرایی عقد و شرط، دلایل مناسبی جهت توجیه ارتباط انواع شروط با عقد ارائه نمی‌دهند. همچنین نمی‌توان چنان‌که برخی (Kazemi, Taghizadeh, Ahmadi Bayazi, 2020: 245-270) قائل شده‌اند، صرفاً حاکمیت اراده را به‌تنهایی ملاک توجیه استقلال شرط از عقد دانست و این اراده تا حد بسیاری در شرط درج شده و میزان ارتباط ماهوی آن با قرارداد اصلی بروز و ظهور یافته است. مضاف بر آن مصادیق شرط مستقل می‌تواند از آنچه ایشان برشمرده‌اند فراتر رفته و شامل انواع شروط صحیح (با شرایطی که خواهد گذشت) شود. که این نکات وجوه تمایز پژوهش حاضر با سایرین خواهد بود.

در پژوهش حاضر پس از روشن شدن مفهوم عناوین اصلی به‌کار رفته در پژوهش، نخست اهم دیدگاه‌های ناظر بر همگرایی و واگرایی عقد و شرط طرح و اجمالاً بررسی

شده‌اند. سپس نظریه مختار نویسندگان به تفصیل بحث شده و پس از آن، ثمره این دیدگاه و در ادامه برخی مصادیق آن، بنا بر تفصیل مطرح شده، بیان شده‌اند.

۱. مفاهیم

از آن‌جا که روشن شدن مقصود از عناوین و اصطلاحات به‌کار رفته در هر پژوهشی در پیشبرد هرچه بهتر بحث تاثیر به‌سزایی دارد، در ابتدای پژوهش حاضر نیز مفهوم عناوین و اصطلاحات اساسی بررسی خواهد شد.

۱-۱. مفهوم شرط

شرط در لغت به معنای قرار، پیمان (Moin, 2008: 690) و یا الزام و تعلق امری به امر دیگر (Amid, 1975: 768; Moin, 2008: 690) است. این واژه در برخی فرهنگ‌ها به معنای مطلق التزام نیز آمده است: «الشرط، الزام الشيء و التزامة» (Maalouf, n.d: 382). از شهید اول به‌عنوان اولین فقیهی که به تعریف شرط پرداخته، یاد شده است (Najafi-rad, 2012: 47). وی در کتاب القواعد و الفوائد بیان می‌دارد: «شرط در معنای لغوی به معنی علامت است و در عرف، آن چیزی است که تأثیرگذاری مؤثر بر وجود آن متوقف است نه وجود خود مؤثر. از ویژگی‌های آن این است که از عدم آن، عدم مشروط لازم می‌آید، ولی از وجود آن، وجود مشروط حتمی نیست؛ مانند شرط طهارت برای نماز و سال برای زکات»^۱ (Ameli, n.d: 64).

شرط در اصطلاح حقوقی‌ها به سه معنی آمده است. نخست معنایی است که از منطق و فلسفه گرفته شده و عبارت است از امری که در پیدایش و تحقق امر دیگری (مشروط)، مؤثر است. در اصطلاح منطق و فلسفه، شرط امری است که از عدم آن عدم

۱. «الشرط لغه: العلامه و عرفا: ما يتوقف عليه تأثير المؤثر في تأثيره لا في وجوده و من خاصية: أنه يلزم من عدمه العدم، لا من وجوده الوجود، كالطهاره للصلاه و الحول للزكاه».

مشروط لازم می‌آید ولی از وجودش وجود مشروط لازم نمی‌شود. شرط در این معنا بر اموری اطلاق می‌شود که صحت و اعتبار عقد، متفرع بر آن بوده و در ماده ۱۹۰ و برخی مواد دیگر، شرط به همین معنا است. همچون مشروعیت جهت معامله که شرط صحت عقد است. معانی دیگر شرط، عبارت از عهد و تعهد است؛ که یکی از این دو معنی اعم و دیگری اخص است. معنای دوم شرط مطلق عهد و تعهد است. در روایت نبوی (المؤمنون عند شروطهم) که در فقه جهت لزوم عقود و تعهدات مورد استناد قرار می‌گیرد، شرط در همین معنا به کار رفته است. معنی سوم شرط که اخص از معنای دوم است، عبارت است از تعهدی فرعی که ضمن یک قرارداد درج می‌شود (Shahidi, 2014: 129-130). در مباحث پیش رو شرط در همین معنای اخیر به کار رفته است.

۱-۲. مفهوم همگرایی عقد و شرط

همگرایی در لغت به معنای تقارب و هماهنگی آمده است. در تمامی نظریات قائل به همگرایی عقد و شرط، شرط جنبه‌ای اصلی دارد و عدم حصول یا تخلف از آن، عقد را با تزلزل جدی یا احیاناً بطلان روبه‌رو می‌سازد. البته در این نظریات که عقد و شرط را با هم آمیخته‌اند، به‌طور کلی چهارچوب شرط نفی نمی‌شود؛ نقطه مشترک کلیه نظریاتی که همگرا بودن عقد و شرط را برگزیده‌اند آن است که عقد و شرط به‌عنوان دو تراضی جداگانه موردنظر نیستند، بلکه شرط جزئی از عقد است.

۱-۳. مفهوم واگرایی عقد و شرط

واگرایی در لغت به معنای تباعد و دوری است و می‌توان آن را به بیانی، نظریه استقلال شروط از عقد دانست. طبق نظریات قائل به واگرایی عقد و شرط، شروط جنبه فرعی داشته و در فرض عدم تحقق یا بطلان آن‌ها امکان بقای عقد اصلی، کماکان وجود دارد. طبق دیدگاه واگرایی، شرط ماهیتی مستقل داشته و خصایص آن، از عقد جدا دانسته می‌شود. بر مبنای آنچه قائلان به این دیدگاه گفته‌اند، هرچند امکان دارد شرط به لحاظ ساختاری و جوهری هم‌جنس با عقد باشد، درعین حال به لحاظ ماهوی با آن متفاوت

است. در واقع شرط، التزامی است مضاف بر عوضین معامله، طوری که تراضی طرفین، جامع عقد پایه و شرط ضمن آن است. همچنین در این نظریات وجود شرط تابع عقد است و این تبعیت، هم در حدوث است و هم بقا. همچنین وجود رابطه اصل و فرع، همچون نظریه‌های قبلی پذیرفته شده است، با این بیان که: بطلان عقد به شرط سرایت کرده بطلان آن را در پی دارد ولی لزوماً بطلان شرط، منجر به بطلان عقد نمی‌شود. گاهی حتی از آن نیز عدول شده و استقلال شرط در بقاء، حتی در فرض بطلان عقد اصلی مطرح می‌شود. با این حال تمامی نظریات اخیر در این نقطه اشتراک دارند که شرط، موجودی مستقل و در عین حال مرتبط با عقد است. در واقع عقد و شرط در دیدگاه واگرایی به عنوان دو تراضی جداگانه ولی متصل در نظر گرفته شده‌اند که تراضی، جامع اشتراط و انعقاد است.

پرواضح است که بررسی تمامی نظریات موجود در این باب و احکام و ادله آن‌ها مجال مفصلی می‌طلبد که از حوصله مقاله حاضر خارج است، ضمن آن‌که در مقالاتی چند، تا حدی به این مسئله پرداخته شده است. لذا در پژوهش پیش رو به بیان چندی از مطرح‌ترین و پرطرفدارترین نظریات، در راستای اختیار بهترین و جامع‌ترین دیدگاه اشاره می‌شود.

۲. اقسام شرط از جهت چگونگی اتصال به عقد

منشأ ارتباط شرط، اتصال آن به عقد مشروط است که اعتبار آن از اراده طرفین عقد ناشی می‌شود. لذا شناخت ارتباط و اتصال شرط به عقد از اهمیت برخوردار است. جهت روشن‌تر شدن محدوده بحث در پژوهش پیش رو، اقسام شرط از حیث چگونگی اتصال به عقد نیز بررسی می‌شود.

شروط، گاهی در متن عقد اصلی قید می‌شوند و گاه خیر. از این جهت، شرط به شروط صریح و ضمنی قابل انقسام است:

شرط صریح: تعهدی تبعی است که در متن عقد بیان می‌شود (Mohagheq Damad, 1985: 53)؛

شرط ضمنی: تعهدی است که در متن عقد ذکر نمی‌شود؛ این امر اعم از آن است که پیش از عقد ذکر شود و عقد بر مبنا و با لحاظ آن منعقد شود یا اصلاً ذکر نشود و از اوضاع و احوال و سیره عرفی و سایر قرائن مفادش استنباط شود. می‌توان این شرط را به شرط ضمنی بنایی و شرط ضمنی عرفی تقسیم کرد (Mohagheq Damad, 1985: 54).

لازم به ذکر است که پژوهش حاضر با تأکید بر شروط صریح نگارش شده است؛ لکن با توجه به ملاکی که در نهایت ارائه می‌شود، می‌توان چنین گفت که نظر به «وحدت ملاک»، نتیجه حاصل به شروط ابتدایی^۱ و الحاقی^۲ نیز قابل تسری است.

تاکنون نظریات متعددی در راستای تلاش برای توجیه و تبیین چیستی ارتباط عقد اصلی و شرط مطرح شده که به زعم نویسندگان در نگاهی کلی می‌توان تمام آن‌ها را ذیل این تقسیم‌بندی طرح کرد: نظریاتی که شرط و عقد را همگرا می‌دانند و آنان که پندارند این رابطه، واگرا است.

۳. دیدگاه‌های ناظر بر همگرایی عقد و شرط ضمن آن

در این بخش اهم دیدگاه‌هایی که قائل به همگرایی عقد و شرط هستند مطرح می‌شود:

۳-۱. همگرایی عقد و شرط در پرتو قیدیت شرط برای عقد (شرط به منزله قید برای عقد اصلی است)

به موجب این دیدگاه، رابطه عقد و شرط به مثابه مقید و قید آن است. به نوعی که با انتفای قید (شرط)، انتفای مقید (عقد) نیز حتمی است. این نظریه را به شیخ انصاری نسبت

۱. مراد از «شرط ابتدایی» تعهد و قراری است که مستقل و جدای از عقد باشد، نه ضمن آن (Khoei, 1993: 50; Mohagheq Damad, 1985: 167).

۲. مراد از «شرط الحاقی» شرطی است که طرفین، پس از عقد اراده می‌کنند آن را به عقد پیشین متصل کنند (Shahidi, 2014: 133).

داده‌اند. ایشان در مکاسب شرط را قید معنوی عقد بیان کرده و عقد مشروط، بدون شرط مذکور را تجارت بدون توافق و تراضی می‌داند، زیرا توافق و رضایت طرفین، حقیقتاً مقید به حصول شرط بوده (Ansari, 1994: 55). ایشان همچنین در مورد سرایت فساد شرط به عقد بیان می‌دارد: توافق طرفین به نحوی خاص (همراه با شرط) نسبت به عقد تعلق یافته؛ پس اگر خصوصیت و ویژگی موردنظر ایشان موجود نبوده (و شرط حاصل نشده یا متعذر شود) توافق و تراضی باقی نخواهد بود (Ansari, 1994: 93). طبق این دیدگاه، ثبوت خیار فسخ در صورت تخلف از شرط، وجهی ندارد؛ زیرا موضوع تراضی از بین رفته و چیزی باقی نمانده تا فسخ شود (Ameli, 2010: 68).

۲-۳. همگرایی عقد و شرط در پرتو جزئیت حقیقی شرط برای عقد (شرط جزء حقیقی عوضین است)

برخی فقها جایگاه ماهیتی شرط در ضمن عقد را همچون موقعیت عوضین معامله می‌دانند^۱ (Naraqi, 2001: 89; Naraqi, 1987: 44). این فقها «کیفیت تراضی متعاقدين» را مستند دیدگاه خود بیان می‌دارند. عبارت برخی فقها نیز مؤید این نظریه است: علامه حلی باطل بودن شرط را اصولاً منجر به بطلان معامله می‌داند، زیرا از طرفی، بخشی از ثمن در برابر شرط قرار می‌گیرد، به نحوی که شرط، ثمن و ارزش مورد معامله را تغییر می‌دهد؛ از طرف دیگر وقتی شرط باطل شد، پولی که در ازای آن قرار گرفته شرعاً غیر قابل تصرف می‌شود و چون میزان آن ثمن مشخص نیست، عقد به دلیل جهل نسبت به ثمن باطل می‌شود (Helli, 1994: 298).

در تبیین این دیدگاه لازم است گفته شود که هرچند طبق قول مشهور فقها، ثمن بر شرط تقسیط نمی‌شود (Ansari, 1994: 81) و این امر بر مبنای دلالت عرف و امضای شرع است و نباید آن را حکمی مختوم و غیرقابل تغییر دانست؛ مواردی نیز وجود دارد

۱. «حکمه حکم احد العوضین».

که عرف به طور صریح شرط را قسمتی از مبیع یا ثمن می‌پندارد. در چنین مواردی نیز حکم شرع، امضای حکم عرفی است (Sagiri, 2005: 110).

شیخ انصاری هم با توجه به امکان تغییر قضاوت عرفی در رابطه با قید بودن یا جزء بودن شرط، احتمال انقلاب رابطه عقد و شرط را در خصوص بعضی از شرط‌های خاص این‌طور مطرح می‌کند که: «گاهی مبیع متضمن شرط نیز هست به گونه‌ای که شرط، جزء حقیقی مبیع محسوب می‌شود... که در این صورت مرکب بودن مبیع از اجزای معین، شرط گردیده است» (Ansari, 1994: 81)؛ بنابراین طبق دیدگاه این فقیه وجود رابطه جزئیت نیز میان عقد و شرط نیز امکان‌پذیر است و دلیل آن دلالت عرف است.

به عقیده صاحب ریاض نیز شرط به سبب تأثیری که در زیادت و نقصان قیمت دارد، جزئی از عوضین محسوب می‌شود^۱ (Tabatabaei, 1998: 253).

۴. دیدگاه‌های ناظر بر واگرایی عقد و شرط ضمن آن

در این بخش اهم دیدگاه‌هایی که قائل به واگرایی عقد و شرط هستند مطرح می‌شود:

۴-۱. واگرایی عقد و شرط در پرتو ظرفیت عقد برای شرط (عقد به منزله ظرفی برای شرط است)

بر اساس این دیدگاه شرط، الزام و التزامی اضافه بر ثمن و مثن یا مورد اصلی عقد است^۲ (Najafi, 1983: 198) که برای کسب لزوم، در متن عقد قید شده است^۳ (Najafi, 1983: 214). شاید بتوان این نظریه را با توجه به عبارت‌های صاحب جواهر، به ایشان نسبت داد: وی اصطلاح ملک شرطی را در برابر ملک عقدی قرار داده که مقصود از آن،

۱. «انما الشرط محسوب من الثمن و قد حصل باعتباره نقص فی قیمه».

۲. «فالمراد بها المرسومه فیه زائدا علی الثمن و المثن علی وجه الالتزام».

۳. «لیس باولی من اراده الا لزام من الاشرط».

موردی است که شرط، سبب تملک بوده باشد^۱ (Najafi, 1983: 204)؛ طبق این دیدگاه شرط می‌تواند واجد تمامی آثار حقوقی که از عقد نشئت می‌گیرند باشد و این آثار حقوقی نیز می‌توانند از شرط ناشی شوند؛ اما به لحاظ برخی مقتضیات، شرط ضمن عقد قید شده و یک وابستگی وجودی میان این دو شکل می‌گیرد. از سوی دیگر بر مبنای این دیدگاه، شرط قیدی برای تراضی نیست، بلکه الزامی است مستقل که رضایت طرفین عقد به نحو جداگانه شامل آن شده و از این جهت حتی در صورت بطلان شرط، احتمال بقای عقد وجود دارد (Najafi, 1983: 213).

یکی از اصلی‌ترین طرفداران این نظریه را باید امام خمینی دانست. ایشان شرط را یک حقیقت مستقل می‌دانند که در واقع قراری در برابر قرار عقد اصلی است و در حقیقت، نه قید عوضین است، نه قید انشای عقد و نه قید انشاء شده (Mousavi Khomeini, 1989: 205). به عقیده وی شرط کردن امری ضمن عقد، به معنی تقیید و تعلیق عقد بر آن شرط نیست، زیرا وجود معامله متوقف بر وجود شرط نبوده و امری منجز است، فقط التزام دیگری در ضمن آن قرار گرفته، از قبیل یک وجود در ضمن وجودی دیگر؛ با این فرق که قرار شرط، قراری ضمنی و قرار عقد، از نوع استقلالی است و این معنی به حقیقت شرط که (التزام در ضمن التزام) است خدشه‌ای وارد نمی‌سازد (Mousavi Khomeini, 1989: 205&220).

۲-۴. واگرایی عقد و شرط در پرتو داعی بودن شرط برای عقد (شرط داعی طرفین است)

طبق این نظر هرچند شرط در برانگیختن طرفین به تراضی اثر شایانی دارد، ولی در مرکز این تراضی و دادوستد نیست. در واقع شرط در عقد، مقصود طرفین بوده است ولی به نحو فرعی و بالتبع؛ نه اولاً و بالذات (Ameli, 2010: 70). در واقع شرط از متعلق

۱. «فهو حينئذ ملك شرطي لا ملك الهبه التي هي اسم للعقد المخصوص».

ترازی خارج است و جزو دواعی آن است که با ابراز شدن، مورد توافق قرار گرفته و مانند دواعی دیگر هم نیست تا چنین بگویند که: اگر تخلف از هر داعی، منجر به خیار شود، عقدی استوار باقی نمی ماند یا آن که: دواعی و اغراض قید مطلوبات نیستند و امثالهم^۱ (Towhidi, 1996: 396).

لذا چنان که روشن است این گونه ارتباط، منجر به تسلط مشروط له بر حق فسخ می شود نه حق امضاء همراه با دریافت ارش. همچنین بطلان شرط به عقد تسری نمی یابد؛ مگر در صورت اختلال به ارکان اصلی (مگر در جایی که شرط از قبیل صور نوعیه برای موصوف و مشروط محسوب شود (Najafi Khansari, 1997: 278; Mousavi) (Bojnordi, 1998: 191) که آن نیز به دلیل خصوصیت شرط است نه اقتضای شرط بما هو شرط). درنهایت این دیدگاه بیان می دارد فرع (شرط) در ردیف اصل نبوده و تعهدات ناشی از آن در شمار الزامات اصلی نیست و طبعاً رعایت شرایط صحت معاملات، در شرط لازم الرعایه نخواهد بود (مگر با اقامه دلیل خاص) (Ameli, 2010: 72).

۳-۴. واگرایی عقد و شرط در پرتو استقلال کامل شرط از عقد (شرط و عقد مستقل از یکدیگر عمل می کنند)

این دیدگاه که به نظر می رسد بیشتر به عنوان یک استثنا در نظر گرفته شود، نشئت گرفته از نظریه ارجاع به داوری است؛ در حقیقت امکان بقای شرط به صورت مستقل، اولین بار در داوری های بین المللی مورد توجه قرار گرفت؛ این گونه که: طرفین برای حل اختلاف های احتمالی ناشی از قرارداد در معاملات تجاری بین المللی، توافق می کنند که با هدف احتراز از مسائل شکلی و اداری زمان بر و گریز از آیین های رسیدگی مفصل نظام های قضایی در رسیدگی به دعاوی، اختلاف های احتمالی از طریق داوری حل و فصل شوند. اصل مطلب آنجاست که بنا بر قواعد پذیرفته شده حقوق بین الملل،

۱. در این خصوص گفته اند: «ان تخلف الدواعی لاریط له بالرضا المعاملی ابدا فالرضا الموجود مع تحقق ما علق علیه».

در صورتی که آنچه مورد تردید است اصل وجود یک قرارداد یا اعتبارش باشد، کماکان داور صلاحیت تعیین تکلیف و رسیدگی به موضوع را خواهد داشت و حتی اگر داور به بطلان قرارداد حکم کند، این رأی قطعاً معتبر بوده و نیز به معنای بطلان ماده داوری نخواهد بود (Sagiri, 2005: 132).

بنا بر آنچه گذشت ظاهراً اینکه گفته شود ارتباط عقد و شرط به نحوی است که شرط ممکن است تابع عقد نباشد، ایرادی ندارد، زیرا هرگاه بتوان برای قید کردن شرط در ضمن عقد، هدف و غرضی عقلایی غیر از ایجاد رابطه تابعیت یافت، می‌توان معتقد بود که فلسفه وجودی این اندراج ضمنی، حتی با عدم وجود رابطه‌ی فوق پابرجا است. این غرض عقلایی را می‌توان همان «استحکام بیشتر یکی از مندرجات عقد به نسبت سایرین» دانست. طبق این نگاه باید فرعیت ذاتی شرط نسبت به عقد را به فراموشی سپرد و پذیرفت که گاهی، اشتراط امری ضمن عقد چندان بر استحکام آن می‌افزاید که حتی بطلان خود عقد نیز خللی بر صحت آن وارد نمی‌کند (Sagiri, 2005: 135).

ذکر این نکته نیز خالی از لطف به نظر نمی‌رسد که رگه‌هایی از گرایش به دیدگاه قابلیت بقای مستقل شرط، در فقه امامیه نیز قابل مشاهده است. چنان‌که صاحب مفتاح الکرامه در فرضی که مشتری در بیعی فاسد بابت دینی که قبل از بیع به بایع داشته، در قالب شرط، مالی را به او رهن بدهد، قائل به صحت شرط مذکور شده است (Ameli, 1998: 74). فقیهی دیگر نیز در پاسخ این سؤال که: اگر ضمن یک عقد لازم شرط شود که در صورت مستحق للغیر در آمدن مبیعی که در عقد سابق به او منتقل شده تا پنجاه سال، پنجاه تومان مشغول الذمه باشد بایع (مشروط علیه) از برای مشتری و مجانی به او بدهد؛ با ظهور استحقاق غیر در مبیع در مدت مزبور، ذمه مشروط علیه مشغول می‌شود و در صورت فوت وی باید از ترکه اخراج شود یا خیر؟ بیان داشته: بله ظاهر صحت شرط مذکور است و عند خروجه مستحق للغیر، ذمه مشروط علیه مشغول می‌شود و با فوت او باید ترکه اخراج شود مانند سایر دیون (Tabatabaei, 1994: 167).

بنابراین نظریه استقلال شرط، در میان فقهای متقدم نیز مورد توجه بوده و نمی‌توان آن را تماماً به دوره معاصر نسبت داد. در خصوص این دیدگاه، در ادامه و در راستای ارائه جامع‌ترین دیدگاه مفصل‌تر صحبت خواهد شد.

۴-۴. واگرایی عقد و شرط به استثنای حکم ماده ۲۳۳ (نظریه مختار قانون مدنی)

قانون مدنی صراحتاً دیدگاه خود را در خصوص ارتباط شرط و عقد بیان نکرده است ولی مستنبط از ماده ۲۴۶ این قانون، رابطه تابع و متبوعی شرط و عقد، مورد پذیرش قانون‌گذار قرار گرفته است. این ماده بیان می‌دارد: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطی که در ضمن آن شده باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام آن شرط بوده عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض او را از مشروط له بگیرد».

همچنین ذیل مواد ۲۳۲ الی ۲۳۴ این قانون، شروط به سه قسم صحیح، فاسد و فاسدهایی که فسادشان به عقد اصلی نیز تسری می‌یابد تقسیم‌بندی شده‌اند که این خود، نشان از گرایش قانون مدنی به دیدگاه واگرایی شرط و عقد، مگر در صورت صدمه به ارکان اصلی و اساسی عقد دارد (موضوع ماده ۲۳۳)

بر این اساس ارتباط شرط (تعهد فرعی و تبعی) و عقد (تعهد اصلی و متبوع) بسیار نزدیک است. به نحوی که اگر تعهد اصلی به دلیلی باطل شود، شرط ضمنش نیز باطل خواهد بود؛ اما نمی‌توان قائل به عکس آن شد و گفت که اگر شرط باطل باشد، عقد هم به تبع آن باطل می‌شود. مگر در حالتی که فساد شرط به یکی از ارکان و شرایط لازم جهت صحت عقد سرایت کند و یا مثلاً به نحوی اشتراط شده که حاصل آن، عدم تحقق عقد اصلی است (Allameh, 2000: 37 & 38). به نظر می‌رسد قانون مدنی از نظری پیروی کرده که به موجب آن بطلان شرط، اصولاً خللی به صحت عقد وارد نمی‌کند و در صورت تخلف از شرط و عدم تحقق آن، عقد اصلی همچنان در صورت تمایل مشروط له قابلیت بقاء دارد.

پیش‌بینی حق فسخ برای مشروط له (و نه بطلان معامله اصلی) در صورت تخلف از شرط و نیز امکان اسقاط برخی شروط، همه نشان از پذیرش واگرایی شرط و عقد از دیدگاه قانون دارد؛ زیرا در صورت قول به همگرایی، تخلف از شرط طبعاً منجر به بطلان یا انفساخ عقد اصلی می‌شد و امکان بقای آن مفهومی نداشت؛ زیرا در صورت عدم تحقق شرط، موضوع تراضی از میان می‌رفت. سخن از امکان اسقاط شرط منفرداً نیز خالی از وجه می‌کرد.

کنون پس از طرح اهم دیدگاه‌های موجود به بررسی اجمالی آن‌ها می‌پردازیم: قائلان به همگرایی عقد و شرط شاید توجیه منطقی قابل قبولی برای الزام به انجام شرط ضمن عقد ارائه دهند ولی پذیرش دیدگاه آنان به‌طور کل، خلاف ظاهر عقد و شرط ضمن آن در بسیاری از موارد است. در واقع این نظریات به نحوی تفکیک میان عقد و شرط را محال می‌پندارند و ظاهر آن‌ها چنین است که ممکن نیست عقدی صحیح، ولی شرط ضمن آن باطل باشد، زیرا تراضی بر عقد به نحو خاص تعلق یافته و اگر آن خصوصیت منتفی شود تراضی نیز منتفی است.

این‌که بین عقد و شرط نوعی ارتباط همچون اصل و فرع وجود دارد و به سبب آن، شرط در تراضی و کم و زیادی قیمت تأثیرگذار است مورد انکار نیست؛ اما لازمه آن قائل شدن به چنین ارتباطی تنگاتنگ و تقریباً یکسان دانستن عقد و شرط نیست، زیرا این امر می‌تواند در برخی نظرات قائل به واگرایی عقد و شرط نیز ملاک بوده باشد؛ چنان‌که برخی با همین استدلال، شرط را داعی طرفین بر تراضی می‌دانند، ولی چنان ارتباط و علاقه‌ای میان عقد و شرط متصور نیستند؛ بنابراین می‌توان چنین گفت که این بیان می‌تواند عام از مدعای قائلین به دیدگاه همگرایی باشد.

همچنین بنا بر قول به همگرایی عقد و شرط، لازم می‌آید که در تمامی موارد تخلف از شرط، عقد باطل دانسته شود، در حالی که هیچ فقهی به آن ملتزم نیست. در حقیقت هرچند شرط، انشای مستقل نداشته و انشای آن ضمن عقد، صورت می‌پذیرد ولی این به این معنا نیست که شرط انشا نشده؛ شرط نیز انشاء می‌شود ولی به‌گونه‌ای ضمنی و

تبعی؛ پس روشن است که منشأ خاص خود را داشته و این منشأ ضمن منشأ عقد اصلی حاصل شده و با آن متفاوت است.

مضاف بر آن طبق این نظریات، فرع در ردیف اصل قرار گرفته و هم تعهد ناشی از شرط و هم تعهد ناشی از عقد، متصف به تعهدات اصلی می‌شوند و لذا در شرط ضمن عقد نیز شرایط صحت معاملات، لازم خواهد بود، درحالی‌که اعتبار آن‌ها در شرط ضمن عقد، امری اختلافی است (Ameli, 2010: 57).

از طرف دیگر، آثار و نتایج فاسدی که قول به واگرایی محض عقد و شرط ضمن آن به همراه دارد و قهراً بر آن مترتب می‌شود، خود دلیلی بر بطلان این دیدگاه است؛ مانند آن‌که چنانچه طبق نظریه ظرفیت، استقلال شرط و عقد پذیرفته شود، نمی‌توان در هیچ فرضی در صورت تخلف مشروط علیه از شرط، برای مشروط له خیار فسخ در نظر گرفت؛ زیرا پذیرش این‌که عقد و شرط در مقام اثبات فاقد هرگونه ارتباط بوده و در عین حال شرط، لازم الوفا باشد و تخلف از آن منجر به خیار، بسیار دشوار می‌نماید؛ زیرا تخلف در این نظریه به منزله تخلف از قراری مستقل است که به قرار دیگر ارتباطی ندارد؛ نه در مقام انشاء، نه منشأ و نه عوضین.

همچنین بطلان شرط حتی در جایی که آن شرط، ارتباطی تنگاتنگ با عقد اصلی داشته و منجر به اختلال در شرایط صحت عقد پایه یا ارکان آن شود به عقد سرایت نمی‌کند؛ چنان‌که خود قائلان به این نظریه نیز بر آن تصریح دارند (Mousavi Khomeini, 1989: 243). از طرفی می‌دانیم که برخی شروط باطل، یقیناً موجب صدمه به ارکان اصلی عقد خواهد بود و درواقع این نکته را می‌رسانند که طرفین، قصد انجام هیچ عمل حقوقی‌ای را نداشته‌اند؛ مانند اشتراط عدم برقراری ارتباط زوجیت، ضمن عقد نکاح! همچنین در صورت پذیرش عقد مجرد از شرط ضمنش توسط مشتری، مطابقت ایجاب و قبول باید حاصل شود؛ که این نتیجه چندان مستبعد است که خود قائلان به استقلال عقد و شرط نیز با تردید آن را پذیرفته‌اند (Mousavi Khomeini, 1989: 236).

برخی فقها نیز عموماً شرطی را که هیچ ارتباطی با عقد پایه نداشته و از آن مستقل باشد در حکم «شرط ابتدایی» دانسته‌اند که در حقیقت شرط ضمن عقد محسوب نمی‌شوند (Tabatabaei-Yazdi, 1989: 119).

در نهایت هرچند شرط پاره‌ای از عقد است و تراضی به مجموعه‌ای از تعهدهای اصلی و فرعی تعلق می‌گیرد و تأثیر شرط در تراضی طرفین امری است مسلم، لزوماً بطلان هر شرطی به نظم مجموعه عقد صدمه نزده و عقد را باطل نمی‌کند، زیرا اصولاً تراضی بر هر نوع شرطی به تراضی متعلق به عقد گره نمی‌خورد؛ به‌نحوی که عدم حصول آن، تراضی بر عقد پایه را نیز مخدوش کند. بلکه باید با دقت و ظرافت، حدود ارتباط شرط مورد نظر با معامله اصلی را بررسی کرده و دریافت که آیا این شرط، ملاک اصلی طرفین برای گرایش به عقد و مبنای توافق ایشان بوده یا خیر. پر واضح است که از بررسی میزان ارتباط شرط با ارکان قرارداد اصلی می‌توان به اراده طرفین در این خصوص نیز پی برد؛ زیرا معقول نیست طرفین امری را که بسیار قریب و مرتبط با مورد معامله اصلی است ضمن آن قید کنند و ما قائل بر استقلال آن شرط از عقد باشیم! یا برعکس امری کاملاً نامرتب با عقد اصلی ضمن آن درج شود و ما قائل بر قیدیت، جزئیت یا ارتباط تنگاتنگ آن با عقد اصلی شویم، به‌نحوی که با انتفای آن عقد نیز از میان برود!

۵. دیدگاه مختار

دیدگاهی که به‌زعم نویسنده می‌تواند به بهترین نحو از عهده تبیین چگونگی ارتباط عقد و شرط برآید، تفصیل میان شروط وابسته و مستقل است. طبق این مبنا، استقلال یا وابستگی شروط، ملاک همگرایی یا واگرایی آن‌ها با عقد خواهد بود. با این توضیح که: ارتباط میان شروط مستقل و عقد، از نوع واگرایی و ارتباط شروط وابسته و عقد از نوع همگرایی است.

تقسیم‌بندی شروط به شروط وابسته و مستقل به‌طور آشکار در فقه امامیه کمتر مطرح شده است. قانون مدنی نیز در این خصوص ساکت است. به نظر می‌رسد دلیل

این امر، شهرت این قاعده در فقه بوده که «شرط تابع عقد است» (Ansari, 1994: 44;) (Gharawi Isfahani, 1998: 173; Mohagheq Thani, 1989: 321).

به‌هرحال در اندیشه برخی فقها رگه‌هایی از گرایش به این تفصیل قابل ملاحظه است. برخی فقها شروط ضمن عقد را در یک تقسیم‌بندی به شروطی که موضوع آن تابع ثمن یا مثن است و شروطی که ارتباطی به عوضین و ارکان عقد ندارد، تقسیم کرده‌اند و قسم دوم را مستقل از عقد دانسته‌اند (Sobhani, 2016: 100 onwards;) (Tabatabaei, 1994: 79). برخی دیگر این تقسیم‌بندی را مطرح کرده، اما به صراحت اعلام نکرده‌اند که قسم دوم، شرط مستقل از عقد است (Naini, 2000: 267). عده‌ای نیز بدون اشاره به این تقسیم‌بندی، پذیرفته‌اند که برخی از شروط ضمن عقد در انحلال، تابع عقد اصلی نیستند (Tabatabaei-Yazdi, 1989: 10).

به‌هرحال بحث از شروط ضمن عقد، تحت عنوان شروط وابسته و مستقل یا دست‌کم بیان مصادیق آن از سوی فقها و حقوق‌دانان ایران کمتر مطرح شده است و باید آن را از مباحث نسبتاً جدید دانست.

لازم به ذکر است که این تقسیم‌بندی شروط و تفصیل میان ارتباط هر قسم از آن‌ها با عقد اصلی، به اعتبار درجه ارتباط شرط ضمن عقد با عقد پایه است. در نگاهی جامع و کلی، شروط ضمن عقد به دو دسته قابل انقسام می‌باشند:

مقصود از شروط وابسته، شروطی تماماً تابع و مرتبط با عقد و موضوع آن هستند. در واقع چنانچه شرط، بنا بر طبیعت خاصش و به خودی خود هویت مستقل و الزام‌آور نداشته و با وابستگی به عقد معنا پیدا کند، شرط وابسته نامیده می‌شود؛ خواه ناظر به کمیت و کیفیت عوضین بوده و در قالب شرط صفت طرح شود، یا ناظر به امری باشد که مرتبط با عقد اصلی و مورد معامله است؛ مانند شرط حمل کالای مورد معامله و بیمه آن یا تعیین مکان اجرای تعهد و قید کردن اجل. گاه نیز شرط فی‌نفسه دارای هویت مستقل است ولی به‌نحوی با عقد اصلی پیوند خورده که بدان وابسته است؛ همانند اعطای وکالت در طلاق به زوجه در خصوص همان عقد نکاح، درحالی‌که عقد

وکالت، خود نیز می‌تواند موجود حقوقی مستقلی قلمداد شود؛ که این موارد نیز تحت عنوان شروط وابسته قرار خواهند گرفت. بدیهی است شروط فوق همان‌گونه که در مرحله ایجاد تابع عقدند، در انحلال نیز تابع آن خواهند بود و با انتفای موضوع عقد، شروط مذکور نیز منتفی می‌شوند. بر اساس مبنای پذیرفته شده (همگرا بودن ارتباط شروط وابسته و عقد) شروطی که ذیل تعریف فوق قرار می‌گیرند و «وابسته بودن» بر آن‌ها اطلاق می‌شود، در حقیقت برای متعاقدين جنبه‌ای اصلی داشته و عدم حصول یا تخلف از آن‌ها، عقد را نیز با تزلزل جدی یا احیاناً بطلان روبه‌رو می‌سازد.

در مقابل، اموری هستند که قابلیت آن را دارند که به‌تنهایی تعهدی مستقل از عقد برای طرفین ایجاد کنند و لازم نیست که ضمن عقد دیگری طرح شوند ولی طرفین به دلایلی همچون کسب لزوم، آن را ضمن عقدی دیگر قید می‌کنند؛ مانند شرط وکالت در فروش یکی از اموال بایع، ضمن عقد بیع یک خانه. بر اساس مبنای پذیرفته شده (واگرا بودن ارتباط شروط مستقل با عقد) این شروط برای متعاقدين جنبه فرعی داشته و در فرض عدم تحقق یا بطلان آن‌ها امکان بقای عقد اصلی، کماکان وجود دارد. در برخی موارد به حکم قانون بطلان عقد پایه مانعی برای ادامه حیات شرط ضمن آن ایجاد نمی‌کند و قانون‌گذار به صراحت، حکم به بقای شرط حتی در صورت بطلان عقد داده است؛ مانند شرط داوری موضوع ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی که موضوع آن حل اختلاف‌های احتمالی آینده است. گاه نیز آنچه در قالب شرط ضمن عقد طرح می‌شود منجر به ایجاد حقی برای غیر یا اخبار به امری است؛ مانند اقرار به وجود دینی در ضمن یک عقد بیع. در این حالت، چون حقی برای غیر به اثبات رسیده، بطلان عقد پایه تأثیری در حقوق موجود ندارد و مقرر نمی‌تواند از اقرار خود عدول کند که این حالت نیز ذیل شرط مستقل قرار می‌گیرد.

بر اساس تقسیم‌بندی فوق، تردیدی وجود ندارد که حکم ماده ۲۴۶ قانون مدنی عام نبوده و شامل تمام مصادیق شروط ضمن عقد نمی‌شود، زیرا گذشته از نظریه مطرح شده از سوی برخی نویسندگان حقوقی دایر بر این که احکام و آثار شروط ضمن عقد از جمله

ماده یادشده، بر اساس شروط وابسته به عقد و عدم توجه نویسندگان قانون مدنی به شروط مستقل تنظیم شده است (Rahpeik, 2016: 40)، چنان‌که بعضی از استادان به‌درستی گفته‌اند: حکم این ماده فاعده‌ای تکمیلی است (Katoozian, 2016: 127) و توافق طرفین، هرچند ضمنی، می‌تواند خلاف آن را مقرر کند همچنان در مواردی که کارکرد و فلسفه وجودی شرط، بقای آن را ایجاب کند (مانند شرطی که ناظر به مرحله انحلال عقد یا کشف بطلان آن است) باید قائل به استقلال شرط از عقد شد.

لذا برخلاف حکم ماده ۲۴۶ قانون مدنی که ناظر به بطلان شرط در نتیجه اقاله یا فسخ عقد اصلی است، در خصوص شروط مستقل، دلیلی بر بطلان شرط در صورت فسخ یا اقاله عقد اصلی وجود ندارد، نهایتاً در چنین حالتی شرط ضمن عقد، آثار شرط بودن را از دست می‌دهد و مستقلاً به حیات خود ادامه می‌دهد، زیرا شروط مستقل، علاوه بر حیثیت شرط بودن، حیثیت دیگری (ماهیت عمل حقوقی خاص) نیز دارند (Masoudi Jozchal, 2020: 115).

نکته دیگری که درخور تأمل بوده و غفلت از آن موجب انحراف بحث و برداشت نادرست از فقه خواهد شد، آن است که در فقه، مفهومی تحت عنوان «شرط ابتدایی» مطرح شده که مراد از آن تعهد و قراری است که «مستقل» و جدای از عقد باشد، نه ضمن آن (Khoei, 1993: 167; Mohagheq Damad, 1985: 50). در اینکه چنین تعهداتی در حقیقت شرط هستند یا نه اختلاف وجود دارد و به این دلیل در فقه یکی از شرایط صحت شرط، درج آن در ضمن عقد لازم بیان شده. در این مقام است که در فقه از «شروط مستقل» سخن به میان آمده که منظور آن است که آیا شرط بدون درج در ضمن عقد هم به‌عنوان یک عقد مستقل (شرط ابتدایی) معتبر و لازم‌الاتباع است یا خیر. چنان‌که روشن است باید دقت کرد که این بحث با بحث ما متفاوت است و بحث ما در جایی است که التزامی تحت عنوان شرط ضمن عقد آمده باشد. در حقیقت چنان‌که گذشت موضوع ما منصرف به شروط صریح است.

حال چنانچه عقد پایه به سبب اقاله یا خیار فسخ منحل شده یا بطلان آن کشف شود، وضعیت شروط مستقل و وابسته چگونه خواهد بود؟

۱-۵. ثمره این تفکیک و تفصیل

یادآور می‌شویم چنان‌که گذشت اگر قائل به همگرایی شرط و عقد باشیم، شرط ضمن عقد جنبه‌ی اصلی دارد و عدم حصول یا تخلف از آن، عقد را با تزلزل جدی یا احیاناً بطلان روبه‌رو می‌سازد، زیرا در حقیقت شرط جزئی از عقد دانسته شده است. برخلاف قول به واگرایی که بنا بر آن، شروط جنبه فرعی داشته و در فرض عدم تحقق یا بطلان آن‌ها امکان بقای عقد اصلی، کماکان وجود دارد؛ در واقع عقد و شرط در دیدگاه واگرایی به‌عنوان دو تراضی جداگانه ولی متصل در نظر گرفته شده‌اند که تراضی، جامع اشتراط و انعقاد است. نظریه مختار نیز همگرا دانستن ارتباط شروط وابسته با عقد و واگرا دانستن این رابطه در صورت مستقل بودن شروط ضمن عقد است.

بر این اساس اصلی‌ترین ثمره این تفکیک، تفاوت شروط وابسته و مستقل در تبعیت از عقدی است که به جهتی از جهات مورد فسخ یا اقاله قرار گرفته و یا محکوم به بطلان است.

ماده ۲۴۶ قانون مدنی در این مورد مقرر داشته «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطی که در ضمن آن شده باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام آن شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض او را از مشروط له بگیرد».

در این ماده، تنها به دو حالت از حالات به هم خوردن عقد، یعنی فسخ و اقاله اشاره شده است؛ اما می‌توان با اضافه کردن انفساخ و بطلان، مسئله را به شکل تفصیلی مورد بررسی قرار داد. به این منظور بهتر است میان حالات فسخ، اقاله و انفساخ عقد اصلی از یک‌سو و بطلان آن از سوی دیگر تفکیک قائل شویم؛ وجه مشترک سه حالت فوق آن است که در تمام آن‌ها عقد پس از وقوع، صحیح بوده و از زمان فسخ، اقاله یا

انفساخ، منحل و منتفی می‌شود، بنابراین عقد و شرط ضمن آن، قبل از انحلال، صحیح بوده و آثار طبیعی خود را داشته‌اند. برخلاف فرض بطلان.

برای بررسی وضعیت شروط وابسته و مستقل در صورت فسخ، اقاله یا انفساخ عقد پایه بهتراست میان زمانی که شرط ضمن عقد اجرا شده و زمانی که هنوز اجرا نشده است تفاوت قائل شویم:

الف. چنانچه شرط ضمن عقد (وابسته یا مستقل) پیش از انحلال به یکی از دلایل سه‌گانه فوق، مورد اجرا قرار گرفته است، انتفا و بطلان شرط مفهومی ندارد، زیرا شرط به محض اجرا ساقط شده و در زمان حیات خود به آن عمل شده است.

ب. در صورتی که هنوز به شرط ضمن عقد عمل نشده، باید میان شروط وابسته و مستقل تفکیک قائل شد: با این توضیح که چنانچه شرط از شروط وابسته باشد، با انحلال عقد، شرط نیز منتفی می‌شود و شرط نیز مانند عقد از زمان انحلال بی‌اثر خواهد بود؛ اما در صورتی که شرط اجرا نشده از شروط وابسته بوده باشد، انحلال عقد تأثیری بر صحت و بقای شرط نخواهد داشت و در این صورت می‌توان گفت که شرط مستقل، تنها حیثیت شرط بودن خود را از دست داده است.

در خصوص وضعیت شروط وابسته و مستقل در فرض بطلان عقد پایه، باید چنین گفت که شرط وابسته را نیز باید به تبع بطلان عقد اصلی باطل دانست (Masoudi 2020: 115-117)، زیرا برای این شرط، مستقل از آن عقد، ماهیت و توافقی وجود ندارد و بقای آن با وجود بطلان عقد، وجهی ندارد؛ اما در خصوص شروط مستقل به راحتی نمی‌توان به بطلان شرط به دنبال بطلان عقد حکم کرد. در این فرض باید میان علل بطلان عقد تفکیک قائل شد؛ به این معنی که چنانچه عقد اصلی به علت فقدان یکی از شرایط اساسی صحت معاملات مثل عدم تعلق قصد انشاء که وجود آن در شرط مستقل نیز ضروری است با بطلان مواجه شود، شرط مستقل ضمن عقد نیز باطل است، اما اگر رعایت آن در شرط مستقل ضروری نباشد، با توجه به مبانی پذیرفته شده در این مقاله، دلیلی مبنی بر بطلان شرط وجود ندارد. به‌عنوان مثال، در عقد بیع به

لحاظ مالی بودن موضوع تعهد، اهلیت رشد متبایعین ضروری است، درحالی که شرط مستقل ضمن عقد مبنی بر اعطای وکالت در اخذ شناسنامه به جهت غیرمالی بودن موضوع شرط، نیاز به چنین قیدی ندارد و بلوغ موکل کفایت می‌کند. حال چنانچه عقد پایه به علت عدم رشد، غیر نافذ باشد دلیلی بر عدم صحت شرط وجود ندارد (Ghasemzadeh, 2018: 132). لذا در این مورد با توجه به استقلال شرایط صحت و اعتبار شرط، باید علت بطلان عقد بررسی شود. چنانچه علت بطلان عقد اصلی، در شرط مستقل نیز وجود داشته باشد، شرط نیز باطل است، در غیر این صورت، حکم به بطلان شرط، از این جهت، صحیح نیست.

ممکن است این پرسش مطرح شود که اگر طرفین با علم به بطلان عقد پایه، شرط مستقلی را ضمن آن درج کنند وضعیت شرط مذکور از حیث بقاء به چه صورت خواهد بود؟ به نظر می‌رسد در این حالت باید به قصد متعاملین مراجعه کرد. چنانچه قصد طرفین بر انعقاد شرط صحیح و لازم‌الاتباع باشد، تبعیت از آن واجب است. ولی اگر طرفین به صورت صوری چنین توافقی کنند، شرط نیز به تبع عقد باطل خواهد بود و اماره نیز دلالت بر همین دارد؛ زیرا اگر قصد و اراده طرفین به انعقاد شرطی صحیح تعلق یافته باشد، می‌توانند در قالب عقد مستقل بر آن تراضی کنند و ضرورتی بر توافق در ضمن عقد باطلی وجود ندارد (Ghasemzadeh, Joybari, 2018: 124).

همچنین برخی از احکام شروط، به‌عنوان قاعده کلی، تنها در شروط وابسته جریان دارد. مثل عدم بطلان شرط مجهول (مفهوم ماده ۲۳۲ قانون مدنی)^۱ در شروط وابسته که امری فرعی و غیرمستقل تلقی می‌شوند، درحالی که شروط مستقل مانند یک عقد از نظر شرط معلوم بودن عوضین احکام خاص خود را دارند.

۱. ماده ۲۳۲ قانون مدنی: «شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست: ۱- شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد ۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد ۳- شرطی که نامشروع باشد».

۲-۵. بررسی برخی مصادیق شروط وابسته و مستقل بر مبنای نظریه مختار

به موجب ماده ۲۳۴ قانون مدنی شروط ضمن عقد به شرط صفت، شرط فعل و شرط نتیجه تقسیم می‌شوند و ضمانت اجرای تخلف از شرط صفت و نتیجه، حق فسخ و در شرط فعل در صورت عدم امکان اجبار مشروط علیه یا انجام فعل توسط شخص ثالث، حق فسخ است که دلالت بر این نکته دارد که قانون مدنی شروط صحیح فوق را واگرای از عقد در نظر گرفته است که امکان بقای عقد در صورت تخلف از شرط کماکان وجود دارد. تحلیل این شروط بر مبنای نظریه مختار، خالی از لطف به نظر نمی‌رسد و در جهت روشن‌تر شدن موضوع، تأثیر شایانی خواهد داشت. بر مبنای قانون مدنی، شرط صفت عبارت است از شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله. چنان‌که روشن است، طبق مبنای ارائه شده، این شرط اصولاً باید از نوع شروط وابسته به عقد و همگرای با آن تلقی شود، زیرا مستقیماً ناظر به مورد معامله عقد اصلی است و چه بسا در صورت اثبات خلاف آن و عدم حصول صفت مورد نظر، تراضی طرفین در خصوص عقد اصلی به کل از بین برود. برخی حقوق دانان صفت شرط شده را تنها در صورتی که وصف ذاتی و به تعبیری جوهری یا اساسی مورد معامله و قید اراده و مبنای تراضی طرفین باشد موجب بطلان معامله (و در واقع همگرای با عقد اصلی) می‌دانند (Safai, 2016: 193). ولی صحیح‌تر به نظر می‌رسد که در خصوص شرط صفت به کل قائل به بطلان عقد در صورت عدم تحقق شرط شویم (چه وصف اساسی باشد چه ترغیبی)؛ چراکه وقتی شخصی صفتی را آن‌قدر مورد توجه می‌یابد که وجود آن را ذیل عقد اصلی شرط می‌کند، آن وصف، قید اراده و مبنای رضایت وی به مورد عقد بوده. به هر حال قول به وجود حق فسخ در قانون مدنی نیز در جهت توجه هرچه بیشتر به حاکمیت اراده طرفین بوده؛ لذا این حق به طرفین داده شده تا در صورت عدم پذیرش عقد بدون آن وصف، از آن دست بکشند. ولی بهتر بود قانون‌گذار حدود اثرگذاری شروط مختلف بر عقد اصلی را با توجه به میزان وابستگی و ارتباط آن امور با عقد

اصلی، تفصیلاً شرح می‌داد تا طرفین با توجه و حساسیت بیشتری نسبت به تأثیر شرطی که ضمن عقد قید می‌کنند مبادرت به مشروط گرداندن عقد خود کنند.

شرط فعل مطابق با بخش اخیر ماده ۲۳۴ قانون مدنی آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا شخص خارجی شرط شود. در این مورد به نظر می‌رسد باید با در نظر گرفتن ارتباط فعل یا عدم فعل شرط شده با عقد اصلی، قائل به تفکیک شد و این فعل یا عدم فعل را در صورتی که مرتبط با مورد اصلی معامله باشد، از نوع شروط وابسته و همگرایی با عقد دانست، زیرا به نظر می‌رسد عقلاً شرط مذکور در توافق طرفین در خصوص عوضین دخالت داشته و چه‌بسا عدم تحقق شرط، تراضی طرفین یا یکی از ایشان را نسبت به عقد اصلی نیز از میان ببرد؛ مانند آن‌که در ضمن عقد اجاره یک آپارتمان شرط شود که بائع آن را رنگ‌آمیزی کند؛ که در این صورت چه‌بسا آپارتمان رنگ‌آمیزی نشده اصلاً مورد تراضی طرفین واقع نمی‌شده و یا حداقل در تعیین میزان اجاره‌بها لحاظ می‌شده است. یا آن‌که شرط شود مورد معامله پس از انعقاد عقد اصلی به مکانی خاص منتقل شود؛ در این مورد چه‌بسا هزینه آن حمل و نقل نیز در تعیین عوضین لحاظ شده بوده است؛ اما چنانچه شرط مذکور، فعل یا عدم فعلی مستقل و غیر مرتبط با عقد اصلی و موضوع آن باشد، باید اصولاً آن را واگرایی با عقد دانست؛ مانند آن‌که در ضمن عقد بیع شرط شود برای مدت یک سال مشتری از فرزند بائع نگهداری کند یا برای فروش اتومبیل بائع وکالت داشته باشد؛ که به نظر می‌رسد طرفین، شروط فوق را تنها به دلایلی مانند کسب لزوم، در ضمن عقد دیگری آورده‌اند.

شرط نتیجه نیز بر مبنای ماده مذکور آن است که تحقق امری در خارج شرط شود؛ که مطابق با بیانات حقوق‌دانان، مقصود از آن این است که نتیجه یکی از اعمال حقوقی ضمن عقدی شرط شود و با وقوع عقد، خودبه‌خود انجام شود (Katoozian, 2014: 298; Shahidi, 2014: 143). در این مورد نیز ملاک همان است که گذشت، به‌عنوان مثال چنانچه در ضمن عقد نکاح، وکالت زوجه در طلاق به‌عنوان شرط نتیجه شرط شود، از نوع شروط وابسته و همگرایی با عقد خواهد بود و چه‌بسا نکاح بدون وکالت در طلاق

اصلاً مورد رضایت زوجه واقع نمی‌شد؛ و در صورتی که نتیجه مورد نظر طرفین امری مستقل بوده و ارتباطی با عقد اصلی نداشته باشد، شرط و عقد اصلی واگرا خواهند بود؛ مانند آن‌که ضمن عقد بیع اتومبیلی، فروشنده بر خریدار شرط کند که کتاب خطی و نفیس او، ملک فروشنده شود.

چنان‌که روشن است، قابلیت استقلال یا عدم استقلال فعل یا عدم فعل شرط شده فی‌نفسه، تنها ملاک در تشخیص نوع ارتباط آن با عقد اصلی نیست و باید درجه اعتبار آن با عقد اصلی به‌عنوان ملاک اصلی در نظر گرفته شود.

توجه به اراده و قصد اصلی طرفین، به‌عنوان عنصر اصلی در تشخیص شروط وابسته از مستقل و درنهایت پی بردن به همگرایی یا واگرایی آن شرط و عقد می‌تواند در تشخیص مصادیق این شروط راهگشا باشد. به هر حال درج شرطی که از جهتی با عقد اصلی پیوند دارد ذهن هر شنونده‌ای را به این نتیجه متبادر می‌کند که شرط مذکور در اراده طرفین بر انعقاد عقد اصلی و رضایت به آن ملاک قرار گرفته و چه‌بسا بدون در نظر داشتن آن، عقد اصلی نیز واقع نمی‌شد.

اما در شروط مستقل ارتباط میان شرط و عقد به این گونه است که صرفاً طرفین خواسته‌اند این شرط را در ضمن این عقد منعقد کنند. در برخی موارد نیز به حکم قانون است که بطلان عقد به شرط ضمن آن سرایت نمی‌کند و قانون‌گذار به صراحت، حکم به بقای شرط حتی در صورت بطلان عقد داده است؛ مانند شرط داوری موضوع ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی^۱ که موضوع آن حل اختلاف‌های احتمالی آینده است و از بارزترین مصادیق شروط مستقل شناخته شده است.

۱. به‌موجب بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ «... شرط داوری که به‌صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به‌عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود، تصمیم «داور» در خصوص بطلان و ملغی‌الاثربودن قرارداد فی‌نفسه به‌منزله‌ی عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود». به دلالت صریح این ماده، در حالتی که داوری به‌صورت شرط ضمن عقد درج گردد دارای ماهیتی مستقل بوده و بطلان عقد موجب بی‌اثری شرط نمی‌شود... درخصوص شرط داوری در قراردادهای داخلی در فرض

گاه نیز آنچه در قالب شرط ضمن عقد طرح می‌شود منجر به ایجاد حقی برای غیر یا اخبار به امری است؛ مانند اقرار به وجود دینی در ضمن یک عقد بیع. در این حالت، چون حقی برای غیر به اثبات رسیده، بطلان عقد پایه تأثیری در حقوق موجود ندارد و مقرر نمی‌تواند از اقرار خود عدول کند که این حالت نیز ذیل شرط مستقل قرار می‌گیرد. شرط مستقل گاه ناظر به یکی از احکام و آثار عقد است؛ مانند شرط ناظر به ضمان درک^۱. قانون مدنی ذیل ماده ۳۶۲ این تکلیف را در زمره آثار بیعی برشمرده که به صورت صحیح واقع شده است! هرچند در خصوص این که آیا بایع می‌تواند با شرط ضمن عقد، مسئولیت خود در برابر مشتری (مبئی بر استرداد ثمن در فرض مستحق للغیر در آمدن مبیع) را ساقط کند یا خیر در دکترین اختلاف نظر وجود دارد و بررسی آن از بحث ما خارج است، ولی فارغ از اختلاف نظر موجود، بر فرض پذیرش اعتبار چنین شرطی، این شرط را باید از مصادیق شروط مستقل از عقد دانست؛ زیرا چنان که برخی استادان به درستی گفته‌اند، در چنین فرضی خریدار و فروشنده مایل‌اند برای حالت بطلان بیع، روابط خود را با استفاده از چنین شرطی تنظیم کنند و این شرط یک قرارداد مجزا محسوب می‌شود (Katoozian, 2011: 114).

به نظر می‌رسد شروط ناظر به مسئولیت ناشی از بطلان عقد را نیز باید از شروط مستقل قلمداد کرد. نمونه‌ای از آن را می‌توان شرط تضمین جبران خسارت دانست که از موارد کاربرد آن در نظام حقوقی ایران جایی است که مشروط علیه ضمن عقد متعهد شود در صورتی که عقد به سببی از اسباب باطل باشد و باعث شود مشروط له نتواند به تعهد خود در برابر شخص ثالث عمل کند، وی بار مسئولیت مشروط له در برابر ثالث

بطلان عقد، چنین نصی وجود ندارد به همین دلیل بیان شده است شرط ارجاع به داوری در حقوق داخلی که ضمن قرارداد اصلی آمده باشد، شرطی است تبعی که در صورت بطلان عقد، لازم الاتباع نیست (Ghasemzadeh, Joybari, 2018: 128-129).

۱. ماده ۳۹۰ قانون مدنی: «اگر بعد از قبض ثمن مبیع کلا یا جزئا مستحق للغیر درآید بایع ضامن است اگرچه تصریح به ضمان نشده باشد».

را تقبل کرده و خسارات وارده بر او را جبران کند. چنین شرطی حتی در فرض بطلان قرارداد حاوی آن، همچنان معتبر خواهد بود (Kazemi, Taghizadeh, Ahmadi Bayazi, 2020: 263).

گاه شرط ضمن عقد ناظر به حل و فصل اختلاف‌های ناشی از عقد، یا ضمانت اجرای آن است. این دسته از شروط از لحاظ انعقاد، تابع عقد هستند، اما منظور، انعقاد ظاهری عقد است و ممکن است در مواردی، عقد اصلی به لحاظ حقوقی منعقد نشود، اما شرط ضمن آن منعقد شود؛ مانند شرط وجه التزام در فرض مستحق للغير درآمدن مبیع که با رد مالک در واقع عقد بیع منعقد نمی‌شود، ولی شرط وجه التزام منعقد شده، معتبر است (Kazemi, Taghizadeh, Ahmadi Bayazi, 2020: 266). اساساً مجرای برخی از شروط ضمن عقد، ناظر به زمان انحلال عقد است و قصد متعاقدين چنین بوده که به وسیله شرط، حدود مسئولیت طرف متخلف را در صورت انتفای عقد مشخص کرده و جایگزین حکم مقرر در قانون کنند. چنین پیش‌بینی‌ای در قالب یکی از شروط ضمن عقد از سوی اشخاص بی‌گمان صحیح است.

فرجام سخن

شرط پاره‌ای از عقد است و تراضی به مجموعه‌ای از تعهدهای اصلی و فرعی تعلق می‌گیرد. پس آنچه در وهله اول به ذهن خطور می‌کند آن است که تعهد ناشی از شرط، برای طرفین جنبه اصلی دارد و عدم تحقق آن، عقد متضمن آن را با تزلزل جدی یا احياناً بطلان روبه‌رو می‌سازد. بر این اساس ارتباط شرط ضمن عقد با عقد اصلی از نوع همگرایی خواهد بود، چنان‌که بسیاری از فقها نیز در سایه نظریاتی چون مقید بودن عقد بر شرط، جزئیت حقیقی شرط در عقد و اثر مستقیم بودن شرط برای عقد، قائل به جریان همین ارتباط میان عقد و شرط شده‌اند. نقطه مشترک تمامی نظریات مذکور که همگرایی عقد و شرط را برگزیده‌اند آن است که شرط و عقد به‌عنوان دو تراضی جداگانه مدنظر نیستند، بلکه شرط جزئی از عقد است.

به عقیده برخی دیگر، شروط جنبه فرعی داشته و در فرض عدم تحقق یا بطلان آن‌ها امکان بقای عقد اصلی، کماکان وجود دارد، گاه نیز از این معنا هم عدول می‌شود و حتی در فرض بطلان عقد پایه، برای برخی شروط قابلیت بقا در نظر گرفته می‌شود. طبق این دیدگاه ارتباط میان شرط و عقد از نوع واگرایی خواهد بود. فقیهانی چند نیز در سایه ظرفیت عقد برای شرط، تعلیق عقد بر شرط، داعی بودن شرط بر عقد و استقلال کامل شروط، واگرا بودن عقد و شرط را پذیرفته‌اند. قانون مدنی نیز از دیدگاهی پیروی کرده که به موجب آن، بطلان شرط اصولاً به صحت عقد خللی وارد نمی‌کند؛ مگر در صورتی که به حکم ماده ۲۳۳ این بطلان به ارکان اصلی عقد پایه صدمه بزند. طبق دیدگاه واگرایی، شرط ماهیتی مستقل داشته و التزامی اضافه بر التزام به عقد اصلی است، به نحوی که تراضی طرفین، جامع عقد اصلی و شرط ضمن آن مطرح می‌شود. با این حال تمامی نظریات اخیر در این نقطه اشتراک دارند که شرط، موجودی مستقل و در عین حال مرتبط با عقد است. در واقع عقد و شرط در دیدگاه واگرایی به عنوان دو تراضی جداگانه ولی متصل در نظر گرفته شده‌اند که تراضی، جامع اشتراط و انعقاد است.

دیدگاهی که به زعم نویسنده می‌تواند به بهترین نحو از عهده تبیین چگونگی ارتباط عقد و شرط برآید، تفصیل میان شروط وابسته و مستقل است. طبق این تفصیل که به اعتبار درجه و میزان ارتباط ماهوی انواع شروط با ارکان عقد اصلی صورت پذیرفته، استقلال یا وابستگی شروط، ملاک همگرایی یا واگرایی آن‌ها با عقد خواهد بود. به این بیان که: ارتباط میان شروط مستقل و عقد، از نوع واگرایی و ارتباط شروط وابسته و عقد از نوع همگرایی است.

مقصود از شروط وابسته، شروطی تماماً تابع و مرتبط با عقد و موضوع آن هستند. در واقع چنانچه شرط، بنا بر طبیعت خاصش و به خودی خود هویت مستقل و الزام‌آور نداشته و با وابستگی به عقد معنا پیدا کند، شرط وابسته نامیده می‌شود؛ خواه ناظر به کمیت و کیفیت عوضین بوده و در قالب شرط صفت طرح شود، یا ناظر به امری باشد

که مرتبط با عقد اصلی و مورد معامله است؛ مانند شرط حمل کالای مورد معامله و بیمه آن. گاه نیز شرط فی نفسه دارای هویت مستقل است ولی به نحوی با عقد اصلی پیوند خورده که بدان وابسته است؛ همانند اعطای وکالت در طلاق به زوجه در خصوص همان عقد نکاح، درحالی که عقد وکالت، خود نیز می تواند موجود حقوقی مستقلی قلمداد شود؛ که این موارد نیز تحت عنوان شروط وابسته قرار خواهند گرفت.

در مقابل، اموری هستند که قابلیت آن را دارند که به تنهایی تعهدی مستقل از عقد برای طرفین ایجاد کنند و لازم نیست که ضمن عقد دیگری طرح شوند ولی طرفین به دلایلی همچون کسب لزوم، آن را ضمن عقدی دیگر قید می کنند. جدای از آن هرچند در برخی موارد، شرط به لحاظ ماهوی قریب به عقد تشخیص داده می شود اما خود قانون گذار به صراحت حکم به بقای شرط حتی در صورت بطلان عقد داده است؛ مانند شرط داوری موضوع ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی. گاه نیز شرط ناظر به یکی از احکام و آثار عقد است (مانند شرط ناظر به ضمان درک) و گاه ناظر به مسئولیت ناشی از بطلان عقد که نمونه ای از آن را می توان شرط تضمین جبران خسارت دانست. تمامی موارد فوق را نیز باید از شروط مستقلی قلمداد کرد که حتی در فرض بطلان قرارداد حاوی آن، همچنان معتبر خواهد بود.

این دسته از شروط در انعقاد و ایجاد، تابع عقد هستند؛ اما منظور انعقاد ظاهری عقد است و ممکن است در مواردی عقد اصلی به لحاظ حقوقی منعقد نشود، اما شرط ضمن آن منعقد شود؛ مانند شرط وجه التزام در فرض مستحق للغير درآمدن مبیع که با رد مالک در واقع عقد بیع منعقد نمی شود، ولی شرط وجه التزام منعقد شده، معتبر است. به طور کل در مواردی که کارکرد و فلسفه وجودی شرط، بقای آن را ایجاب کند (مانند شرطی که ناظر به مرحله انحلال عقد یا کشف بطلان آن است) باید قائل به استقلال شرط از عقد شد، زیرا اساساً مقصود طرفین از درج چنین شروطی، تنظیم روابط خود در فرض انحلال عقد اصلی بوده است.

بنا بر تفصیلی که گذشت، تردیدی وجود ندارد که حکم ماده ۲۴۶ قانون مدنی عام نبوده و شامل تمام مصادیق شروط ضمن عقد نمی‌شود، زیرا گذشته از نظریه مطرح شده از سوی برخی نویسندگان حقوقی دایر بر این که احکام و آثار شروط ضمن عقد از جمله ماده مذکور، بر اساس شروط وابسته به عقد و عدم توجه نویسندگان قانون مدنی به شروط مستقل تنظیم شده است، چنان که بعضی از استادان به درستی گفته‌اند حکم این ماده قاعده‌ای تکمیلی است و توافق طرفین می‌تواند خلاف آن را مقرر کند؛ و اما در خصوص مصادیق این شروط: شرط صفت که دربردارنده کیف و کم مورد معامله است، بر اساس مبنای پذیرفته شده همواره شرطی وابسته و همگرا با عقد خواهد بود و در شروط نتیجه و فعل، درجه ارتباط موضوعشان با عقد اصلی ملاک تشخیص نوع ارتباط و میزان تبعیتشان از عقد اصلی خواهد بود.

بنا بر آنچه گذشت اصلی‌ترین ثمره این تفکیک، تفاوت شروط وابسته و مستقل در تبعیت از عقدی است که به جهتی از جهات محکوم به انحلال است. به این منظور باید میان حالات فسخ، اقاله و انفساخ عقد اصلی از یک سو و بطلان آن از سوی دیگر تفکیک قائل شویم: چنانچه شرط ضمن عقد (چه وابسته و چه مستقل) پیش از انحلال به یکی از دلایل سه‌گانه فوق، اجرا شده باشد، انتفای شرط بی‌مفهوم می‌شود، زیرا شرط به محض اجرا ساقط شده و در صورتی که هنوز به شرط ضمن عقد عمل نشده باید میان شروط وابسته و مستقل تفکیک قائل شد: در این صورت شرط وابسته نیز مانند عقد از زمان انحلال بی‌اثر خواهد بود؛ اما انحلال عقد تأثیری بر صحت و بقای شرط مستقل نخواهد داشت و این شرط، تنها حیثیت شرط بودن خود را از دست می‌دهد.

همچنین در فرض بطلان عقد پایه، شرط وابسته را نیز باید به تبع بطلان عقد اصلی باطل دانست، زیرا گفتیم برای این شرط، مستقل از آن عقد، ماهیت و توافقی وجود ندارد؛ اما در رابطه با شروط مستقل باید میان علل بطلان عقد تفکیک قائل شد و چنانچه عقد اصلی به علت فقدان یکی از شرایط اساسی صحت معاملات مثل عدم تعلق قصد انشاء که وجود آن در شرط مستقل نیز ضروری است با بطلان مواجه شود، شرط مستقل

ضمن عقد نیز باطل است، اما اگر رعایت آن در شرط مستقل ضروری نباشد، با توجه به مبانی پذیرفته شده در این مقاله، دلیلی مبنی بر بطلان شرط وجود ندارد.

References

- Allameh, M. (2000). *Invalid conditions and their effect on contracts*, Isfahan: Mani Publications. [In Persian]
- Ameli, M. (No Date). *Rules and benefits*, Qom: Mofid bookstore publishing. [In Arabic]
- Ameli, H. (2010). The relationship between contract and condition, *Ahl al-Bayt Jurisprudence Journal*, 16(62), 47-73. [In Persian]
- Ameli, J. (1998). *Miftah al-Karamah fi Sharh al-Allama Rules*, Beirut: Arab Heritage Revival House. [In Arabic]
- Amid, H. (1975). *Amid Farhang*, Tehran: Javidan Publishing Organization. [In Persian]
- Ansari, M. (1994). *Makasib*, Researcher: The Academy of Islamic Thought and Heritage of the Greatest Sheikh, Qom: The world conference on the occasion of the second centenary of the birth of the Great Sheikh Ansari. [In Arabic]
- Gharawi Isfahani, M. (1998). *The margins of Al-Makasib book*, research: Abbas Muhammad Al Saba', Qom: Al-Mustafa for the Revival of Heritage. [In Arabic]
- Ghasemzadeh, M.; Joybari, M. (2018). The effect of invalidity of contract on independent condition (justification and analysis of judicial procedure), *Private Law Research Quarterly*, 6(22), 115-137. [In Persian]
- Helli, H. (1994). *Mukhtalif Al-Shi'a*, Qom: Islamic Publishing Institute affiliated to the Teachers Association. [In Arabic]
- Katoozian, N. (2011). *Lessons from certain contracts*, Tehran: Ganje Danesh. [In Persian]
- Katoozian, N. (2014). *Legal actions (contract-cadence)*, Tehran: Joint-stock company of publishing. [In Persian]
- Katoozian, N. (2016). *General Rules of Contracts*, Tehran: Joint-stock company of publishing. [In Persian]
- Kazemi, M.; Taghizadeh, E.; Ahmadi Bayazi, A. (2020). Condition independent of the contract; A comparative study of Islamic

- jurisprudence and French law based on civil law reforms, *Journal of Comparative Law Studies*, 11(1), 245-270. [In Persian]
- Khoei, M. (1993). *Sales conditions or obligations in contracts*, Beirut: Arab historian house. [In Arabic]
- Maalouf, L. (No Date). *Al-Munjad*, Beirut: Al-Katholikia publishing house. [In Arabic]
- Masoudi Jozchal, N. (2020). The nature and validity of "independent conditions" in Iranian jurisprudence and law, *New Achievements in Human Sciences Studies*, 3(31), 108-119. [In Persian]
- Mohagheq Damad, M. (1985). *Rules of Jurisprudence*, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. [In Persian]
- Mohagheq Thani, A. (1989). *Jami` al-Maqasid fi Sharh al-Qawa`id*, Qom: Aal al-Bayt Institute for the Revival of Heritage. [In Arabic]
- Moin, M. (2008). *Moin Farhang*, Tehran: Moin Publications. [In Persian]
- Mousavi Bojnordi, H. (1998). *Jurisprudential rules*, Qom: Al-Hadi.[In Arabic]
- Mousavi Khomeini, R. (1989). *The Book of Sale*, Qom: Ismailian. [In Arabic]
- Naini, M. (2000). *Maniyah al-Talib fi Hashiyah al-Makasib*, Qom: Islamic publishing institute. [In Arabic]
- Najafi Khansari, M. (1997). *Maniyah al-Talib (The Narratives of Al-Naini's Discussion)*, Qom: The Islamic Publishing Institute of the Teachers' Association. [In Arabic]
- Najafi, M. (1983). *Jawaher al-Kalam*, researcher: Ali Akhundi, Beirut: Revival of Arabic Heritage. [In Arabic]
- Najafi-rad, M. (2012). The criterion of validity and invalidity of condition, *Jurisprudence Journal*, 19(71), 44-89. [In Persian]
- Naraqi, A. (1987). *Awaed al-ayam*, Qom: Qom Insight School.[In Arabic]
- Naraqi, M. (2001). *Mashariq al-Ahkam*, researcher: Seyyed Hasan Vahdati Shobeiri, Qom: Mawla Mahdi Naraqi conference. [In Arabic]
- Rahpeik, H. (2016). *Advanced Civil Law (Analytical Discussions of Conditions in Contracts)*, Tehran: Khorsandi. [In Persian]
- Safai, H (2016). *Civil law introductory course (general rules of contracts)*, Tehran: Mizan. [In Persian]
- Sagiri, E. (2005). Jurisprudential study of the relationship between condition and contract, *Allameh Magazine*, 7, 105-142. [In Persian]
- Shahidi, M. (2014). *Civil Rights 3 (Obligations)*, Tehran: Majd. [In Persian]

- Sobhani, J. (2016). *The rules of bailment of a capital in their new dress*, Qom: Al-Imam Sadiq Institute. [In Arabic]
- Tabatabaei, A. (1998). *Riad al-Masaail in stating the rules of the law with evidence*, Qom: Islamic Publishing Institute affiliated to the Teachers Association. [In Arabic]
- Tabatabaei, M. (1994). *Minhaj As-Salihin*, Beirut: Al-Safwa house. [In Arabic]
- Tabatabaei-Yazdi, M. (1989). *Hashiyah al-Makasib*, Qom: Ismailian. [In Arabic]
- Towhidi, M. (1996). *Misbah al-Faqaha*, Qom: Ansarian Institute. [In Arabic]
- Yazdi Tabatabai, M. (1994). *Question and answer*, Tehran: Al-Uloom al-Islami publication center. [In Persian]





پروشکاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی