


ORIGINAL ARTICLE

An Exploration of the Unwritten Interpretation of Terms and Legal Effects Resulting from Them (A Comparative Study between French Law and Iranian Law)

Masoud Narimanpour¹, Mehdi Narimanpour² 

1. Private Law Graduate of Farabi Campus of Tehran University, University of Tehran, Qom, Iran.

2. Ph.D. Student of Shahid Motahari University and Lecturer of Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University and Higher School, Tehran.

Correspondence:

Mehdi Narimanpour

Email: narimanpour71@gmail.com

Received: 08/Jan/2024

Accepted: 01/Jun/2024

How to cite:

Narimanpour, M.; Nrimanpour, M. (2024). An Exploration of the Unwritten Interpretation of Terms and Legal Effects Resulting from Them (A Comparative Study between French Law and Iranian Law), Civil Law Knowledge, 13 (1), 59-76.

(DOI: [10.30473/cik.2024.70151.3230](https://doi.org/10.30473/cik.2024.70151.3230))

ABSTRACT


Violation of prescribed texts and laws brings different sanctions, depending on the legislator's goals. One of these sanctions, is to consider some Clause unwritten. This sanction claims that the violation of some of the provisions foreseen in the terms of the contract will cause the legislator to assume it as null and void, and as a result, it will not have any legal effect on the parties to the contract. In this research, we aim to examine the nature, characteristics and legal effects of this institution in French law by referring to library sources with an analytical-descriptive approach, and at the same time, the possibility of identifying it in Iranian law and its possible legal effects. Check the existing laws. The unwritten Clause in French law has many legal effects, among them it can be mentioned that it is not judicial, not subject to the passage of time, not adjustable and explicit, and according to these effects, it should be separated from the institution of partial invalidity. In Iranian law, the existence of some legal texts such as articles 1069, 1081 and 778 of the Civil Code indicates that the legislator has paid attention to the necessity of the existence of this legal entity, and according to it, some legal works such as the non-nullity of an unwritten condition contrary to the requirements of the contract can be established., the absence of the right of termination based on the dissolution of the contract and invalid conditions and its non-invalidity based on the absolute corruptness of the conditions is related to it.

KEYWORDS

Unwritten Clause, Sanction, Partial Invalidity, Non-Judicial, Condition Contrary to the Requirements of the Contract.



کاوشی در نانوشته تلقی شدن شروط و آثار حقوقی مترتب بر آن (مطالعه تطبیقی میان حقوق فرانسه و حقوق ایران)

مسعود نریمانپور^۱، مهدی نریمانپور^۲ 

چکیده

بسیار اتفاق می‌افتد که طرفین قرارداد به تناسب نیازها و اغراضشان، طیفی از شروط را در ضمن عقد می‌گنجاند. با این وجود، این گونه نیست که متعاقدين در گنجاندن شروط ضمن عقد مقید به مقررات خاصی نباشند، بلکه قانونگذار در کنار شناسایی اصل آزادی شروط، طیفی از مقررات (همچون ماده ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی) را برای اعتبار شرعی و قانونی آن لحاظ کرده است؛ به گونه‌ای که در صورت نقض هر کدام از این مقررات ضمانت اجرای مشخصی همچون بطلان و فسخ را در پی دارد. یکی از این ضمانت اجراها که خاستگاه آن حقوق فرانسه است، نانوشته تلقی شدن برخی از شروط ضمن عقد است؛ بدین صورت که رعایت نکردن برخی از مقررات در شروط ضمن عقد، موجب می‌شود که قانونگذار آن شرط را کأن لم یکن فرض کند و در نتیجه واجد هیچ اثر حقوقی بر طرفین قرارداد نخواهد شد. در این پژوهش بر آن هستیم، با استناد به منابع کتابخانه‌ای با رویکرد تحلیلی - توصیفی به بررسی ماهیت، ویژگی‌ها و آثار حقوقی این نهاد در حقوق فرانسه بپردازیم و در ضمن آن امکان شناسایی آن در حقوق ایران و آثار حقوقی ممکن در قوانین موجود بررسی شود. نتایج پژوهش نشان می‌دهد که نانوشته تلقی شدن شروط، ضمانت اجرایی با ماهیت مستقل است که در کنار بطلان اعمال می‌شود؛ چراکه در حقوق فرانسه، برای بطلان آثار حقوقی متعددی در نظر گرفته شده است و این آثار در نهاد نانوشته تلقی شدن شروط جاری نیست. به عنوان مثال بطلان عمل قضایی است؛ همچنان که مضمول مرور زمان نیز هستند. حال آنکه نهاد مورد نظر ما، نه عمل قضایی است و نه مضمول مرور زمان. در حقوق ایران نیز گرچه این نهاد به صورت مستقل شناسایی نشده است. با این وجود، برخی از نصوص قانونی همچون مواد ۱۰۶۹، ۱۰۸۱ و ۷۷۸ قانون مدنی حاکی از توجه ضمنی قانونگذار به ضرورت وجود این نهاد حقوقی است و با توجه به آثار حقوقی مستقلی که قانونگذار برای آن در نظر گرفته است، می‌توان در حقوق ایران نیز آن را مستقل از نهاد بطلان دانست. از جمله این آثار عبارت است از: عدم ایجاد حق فسخ ناشی از شروط نانوشته و عدم مبطل بودن آن نسبت به عقد.

واژه‌های کلیدی

شروط نانوشته، تحریم، بطلان جزئی، قضایی نبودن، شرط خلاف مقتضای عقد.

۱. دانش آموخته حقوق خصوصی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، دانشگاه تهران، قم، ایران.
۲. دانش آموخته دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری و مدرس دانشگاه، فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه و مدرسه عالی شهید مطهری، تهران.

نویسنده مسئول:

مهدی نریمانپور

رایانامه: narimanpour71@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۲

استناد به این مقاله:

نریمانپور، مسعود؛ نریمانپور، مهدی (۱۴۰۳). کاوشی در نانوشته تلقی شدن شروط و آثار حقوقی مترتب بر آن (مطالعه تطبیقی میان حقوق فرانسه و حقوق ایران)، دوفصلنامه علمی دانش حقوق مدنی، ۱۳ (۱)، ۷۶-۵۹.

(DOI: [10.30473/clk.2024.70151.3230](https://doi.org/10.30473/clk.2024.70151.3230))



مقدمه

عمده محدودیت‌های حاکمیت اراده در خصوص توافقات ضمن عقد یا شروط ضمن عقد است و قانونگذار سعی کرده است به شیوه‌های متنوع میزان استقلال و آزادی را در جعل این شروط از طریق نیرو یا مجازات سرکوبگر کم و بیش کنترل کند. یک نمونه کمتر شناخته شده، «نانونشته تلقی کردن» شروط ضمن عقد است که قانونگذار به واسطه آن برخی از شروط را نادیده می‌گیرد. این نهاد حقوقی را می‌توان در برخی از نظام‌های حقوقی از جمله حقوق فرانسه، رومانی و ایالت کبک کانادا مشاهده کرد که آن را صریحاً مورد شناسایی قرار داده‌اند و در برخی از نظام‌های حقوقی نیز گرچه صریحاً توسط قانونگذار شناسایی نشده است، لیکن جلوه‌هایی از آن را می‌توان در برخی از نصوص قانونی مشاهده کرد. (Andra, 2017: 23-27) در این پژوهش - فارغ از چالش‌ها و محدودیت‌های واقعاً جدی که ناشی از: ۱) دسترسی محدود به منابعی که نهاد مورد بحث را تحلیل کرده‌اند و حتی در صورت دسترسی، ۲) نبود محتوای پژوهشی؛ به این معنا که در خصوص شروط نانونشته و جوانب آن عملاً با کمبود محتوا مواجه هستیم و حتی پژوهش‌های که در این زمینه در حقوق فرانسه یا حقوق رومانی صورت گرفته چندان از محتوایی کافی برخوردار نیستند و این مسئله باعث شده است که این نهاد بیشتر به چشم یک نهاد ساده، فاقد ابتکار، فاقد استقلال و در نتیجه، بی‌اهمیت نگریسته شود- بر آن هستیم به سؤالاتی از این قبیل پاسخ دهیم که: نانونشته تلقی کردن شروط که از این پس به اختصار آن را «شروط نانونشته» می‌نامیم، در حقوق فرانسه چه نقشی دارد؟ از چه ویژگی‌هایی برخوردار است؟ چه آثار حقوقی بر آن مترتب می‌شود؟ آیا در حقوق ایران نمونه‌های از این شروط وجود دارد؟ اگر وجود دارد چه آثار حقوقی می‌تواند در حقوق ایران داشته باشد؟ برخلاف بدبینی نظری غالبی که نسبت به این نهاد ایجاد شده است، بحث‌های عمیقی را می‌توان در دکتترین در مورد ماهیت حقوقی نانونشته تلقی شدن یافت. در نتیجه این بحث‌ها، مشخص می‌شود حکم نانونشته تلقی شدن دارای تمایزات مختلفی بوده و با تبعات حقوقی متفاوتی تعریف شده است. در ادامه این بحث‌ها را به تفصیل بررسی می‌کنیم تا خلأهای نظری و شکاف‌های نادیده گرفته شده را با استدلال‌های مناسب پر و آن را به طرق دیگر بازسازی کنیم که به راحتی می‌تواند باعث شود نسبت به -حداقل بخشی از- دکتترین «بی‌اهمیت‌انگاری این نهاد» چشم‌پوشی کنیم. بدین ترتیب، در ادامه ابتدا به بررسی

قرارداد، به‌عنوان پارادایم سنتی روابط -حداقل- دوطرفه، در طول تاریخ شاهد تهاجم پر فرازونشیب مفاهیم و هنجارهایی که در حوزه حقوقی باهم‌دیگر برخورد دارند، بوده است؛ از مضامین فکری بسیار خشک و غیرقابل انعطاف موسوم به جزم‌گرایی^۱ تحت عناوینی از قبیل نص‌گرایی،^۲ زمینه‌گرایی،^۳ رویکرد طبیعت‌گرایانه،^۴ عقل‌گرایی محض^۵ و غیره که بدون شک شکل اصلی گفتمان نظری در مورد حقوق خصوصی را در فرهنگ و سنت حقوقی تشکیل می‌دهد تا رویکردهای بسیار منعطف که طی دهه‌های اخیر در قالب‌هایی همچون رویکرد اقتصادی و حمایت‌گرایی خود را نمایان ساخته است. تحت رویکرد گریزناپذیر اخیر، قواعد و اصول حقوقی -حداقل در برخی جهات- مورد بازبینی جدی قرار گرفته است. در حقیقت، همان‌گونه که توماس هابز در اثر ماندگار خود، لویاتان، «جنگ همه علیه همه» (Boydell & Brewer, 2005: 70-100) یاد می‌کند یا مواردی غیر از آن، این گریزناپذیری لزوماً بی‌ضابطه یا خودسرانه نیست. گاه لازم است دولت رفتارهای خاص از قبیل تنبیه، کنترل یا حتی نظارت را تنظیم کند تا شهروندانش آسیبی نبیند یا رفتارهای اخلاقی خاصی را انجام ندهد. با در نظر گرفتن این ایده، مشاهده می‌شود که دولت‌ها، دائماً ترغیب شده‌اند تا به شیوه‌ای فوق‌نظارتی در روابط حقوقی دخالت کند و در واقع در بیشتر موارد به گونه‌ای عمل کند که فراتر از محدودیت‌های مداخله دولت است و شروع به دخالت مستقیم در روابط خصوصی، به ویژه در قراردادهای و با توسل به ایجاد محدودیت برای اصل محبوب حاکمیت اراده، می‌کند. بنابراین، مشاهده می‌شود که قانونگذار با دخالت مستقیم خود برخی از توافقات متعاقبین در ضمن عقد را در قالب مفاهیمی همچون حمایت از طرف ضعیف قراردادهای که در چارچوب مفهوم کلی‌تر «حفظ مصالح و ضرورت‌های اجتماعی» قرار می‌گیرد، محدود می‌کند. نمونه‌های قابل توجهی از این موارد را می‌توان در نظام‌های حقوقی مشاهده کرد، از جمله قرارداد متضمن شروط تحمیلی یا غیرمنصفانه که بسیاری از قانون‌گذاران ضمانت اجرای این گونه شروط را بطلان نسبی یا قابلیت فسخ و اسقاط خودکار شرط می‌دانند؛ همچنان که مقنن در قانون کار با ایجاد محدودیت‌های جدی در قراردادهای کار سعی دارد سوء استفاده از کارگران را به حداقل برساند. همان‌گونه که از مثال‌های مذکور روشن می‌شود

4. Naturalism
5. Pure Rationalism

1. Dogmatism
2. Textualism
3. Contextualism

همان‌گونه که مشخص شد، ما با دو رکن کلیدی در تعریف شروط نانوخته، سر و کار داریم: یکی «فرض حقوقی» و دیگری «مفهوم عدم». با توجه به اهمیت نقش این دو رکن، در تعریف نهاد مورد بحث، در ذیل به ترتیب در خصوص این دو رکن، بحث خواهیم کرد تا از لابه‌لای مباحث مهم این دو بخش آتی، ویژگی‌های خاص این نهاد از حیث استقلال روشن شود.

الف) فرض حقوقی، رکن متمایزکننده شرط نانوخته

همان‌طور که از نام آن پیداست (و برخلاف کسانی که این وجه را یا غفلت می‌کنند یا در غیر این صورت، تلاشی برای رد چنین تصویری نمی‌کنند)، در اینجا رکن مهم «شرط نانوخته»، تعلق این مفهوم به دنیای «فرض‌های حقوقی» است (Wéry, 2006: n.10; Ommeslaghem, 2000:573-574). که در آن از «فرض هنجاری» صحبت می‌شود (Wéry, 2006: n.10; Ommeslaghem, 2000:573-574)؛ وجهی که مسلماً آثار مهمی می‌تواند داشته باشد. در حقیقت، صحبت از سنت حقوقی مانند فرض حقوقی، بلافاصله مضمون و لحن را از سپهر یک گمانه‌زنی که عمدتاً «دشمنان استقلال این شرط» را در هم می‌پیچد، به سمت شیب‌های ناهموار یک سفر فراحقوقی تغییر می‌دهد که اگر از یک سو خصلت فنی فرض‌های حقوقی را به نمایش می‌گذارد و از سوی دیگر به آن به‌عنوان قوه محرکه‌ای برای برخی پیامدهای حقوقی می‌نگرد.

بررسی این رکن، نیازمند ارائه تعریف روشن از فرض حقوقی است. فرض حقوقی عبارت است از «قاعده‌ای حقوقی است که به موجب آن همان نتایج حقوقی به یک واقعیت خاص (مبنای فرض) نسبت داده می‌شود که به واقعیت دیگری (واقعیت جعلی) مربوط است». (Olivier, 1975: 21) در حقیقت، فرض حقوقی، «فرض کردن واقعیتی است که از روی عمد، به‌طور قانونی و غیرقابل انکار برخلاف واقعیت‌های مسلم یا محتمل در یک مورد خاص، با هدف به اجرا درآوردن یک قاعده حقوقی خاص یا توضیح یک قاعده حقوقی، ساخته شده است، فرضی که توسط قانون مجاز باشد یا در علم حقوق به کار گرفته شود». (Ibid: 81) برخلاف تعریف پیشین، برخی عنصر بنیادی در فرض حقوقی را «تعلیق یک واقعیت عملی یا بیرونی» می‌داند که منجر به اختلاف بین واقعیت حقوقی و واقعیت تاریخی می‌شود، نه «فرض واقعیت ساخته‌شده». در تعریف اول، دل‌مار در تعریف فرض حقوقی می‌نویسد: «هر گونه تعلیق یک یا چند مورد

ماهیت، تمایز آن با نهادهای مشابه و آثار حقوقی مترتب بر آن در حقوق فرانسه خواهیم پرداخت و در آخر نیز به بررسی نمونه‌هایی از شروط نانوخته در حقوق ایران و آثار حقوقی که ممکن است بر آن مترتب شود، می‌پردازیم.

مفهوم‌شناسی شرط نانوخته^۱

شرط نانوخته از ماهیت پیچیده‌ای برخوردار نیست و با توجه به نوع اصطلاح به کاررفته، به‌راحتی می‌توان پی به ماهیت آن برد. بنابراین، با توجه به نحوه استعمال آن می‌توان این‌گونه تعریف کرد: نانوخته تلقی شدن عبارت است از اینکه به‌رغم تصریح متعاقبین نسبت به شرط، قانونگذار آن را در عین حفظ قرارداد، حذف می‌کند و فرض می‌کند که اصلاً وجود ندارد. (Chantepie, 2018: 384) شبیه همین تعریف را می‌توان در واژگان حقوقی انجمن هانری کاپیتان نیز مشاهده کرد: «(وقتی) در یک عمل حقوقی گفته می‌شود که شرط غیرقانونی - که بطلان آن (شرط) متضمن (بطلان) عملی (قرارداد) نیست که حاوی آن است - تلقی می‌شود که شرط هرگز وجود نداشته است». (Vocabulaire juridique, 2005: Non écrit

همین تعاریف گذشته را که در دکترین حقوقی نمود پیدا کرده است، در رویه قضایی نیز به‌مدد نبود تعریف قانونی ظهور پیدا کرده است. بنابراین، در آرای قضایی، همچون رأی ۹ مارس ۱۹۸۸ شعبه سوم مدنی دادگاه تجدیدنظر فرانسه آمده است: «بند نانوخته تلقی می‌شود هرگز وجود نداشته است». (Cass. 3e civ., 9 mars 1988, n°86-17.869.)

با توجه به تعاریف ذکرشده، شرط نانوخته در حکم عدم است و گویی اصلاً وجود خارجی ندارد. چنین حذفی، به یاری یک فرض حقوقی صورت می‌گیرد که به این معناست که بند مورد بحث، هرگز در قرارداد ظاهر نشده است. به تعبیر بیلد، «شرط نانوخته» اجازه می‌دهد تا تعادل حقوقی با قطع عضو، احیا شود. (R. Baillo, op.cit., 1996: 23) این نهاد به مثابه یک بمب پاک‌کننده (Kullmann, op.cit., 1993: 62) عمل می‌کند که امکان جلوگیری از آسیب‌های جانبی را که در اثر لغو کل قرارداد ایجاد می‌شود را ممکن می‌سازد که در عین حال، قانونگذار با این سرکوب قانونی، قصد دارد از طرف ضعیف‌تر به مناسب‌ترین وجه حمایت کند. (H., L. et J. Mazeaud, et F. Chabas, Leçons de droit civil, Paris, (Montchrestien, 1999: 323)

در نتیجه، برای صحت عمل حقوقی دو نوع شرط وجود دارد. اولی که می‌توان آن را شرایط حداقلی به معنای لغوی کلمه توصیف کرد که برای «هست» بودن فعل ضروری است. باقی شرایط که صرفاً زمانی وارد عمل می‌شوند که اولین‌ها محقق شوند، اثربخشی یا کارایی قانونی آن را به عمل می‌بخشند. بنابراین، در صورت عدم تحقق وقایع مولد، با مفهوم عدم وجود و در صورت تحقق وقایع مولد، بدون اینکه شرایط اثربخشی فراهم باشد، با یک عمل «معیوب» مواجه هستیم. (Gaudef, 1995: 336-337) در ادبیات حقوقی، مفهوم اخیر تحت عنوان بطلان یا ابطال‌پذیر و یا حتی غیر قابل استناد یاد می‌شود؛ در حالی که مفهوم نخست، به این مراحل نزدیک هم نمی‌شود. در نتیجه، شرط نانوشته نیز، همین خصوصیت را از «عدم» می‌گیرد.

بنابراین، به نظر می‌رسد هدف از بندهایی که نانوشته تلقی می‌شوند و بندهای ناموجود یکی باشد: عدم ایجاد اثر حقوقی. با این وجود، هنوز از چند جهت با آن تفاوت دارد. اول اینکه، مفاد قراردادی که به عنوان نانوشته تلقی می‌شود، متعلق به الزامات ماهوی یا تشریفات قانونی لازم برای تشکیل اعمال حقوقی یا قراردادهای نیستند؛ در حالی که نهاد عدم، برای آن منظور جعل شده است. دوم و مهم‌تر از آن، عدم وجود، مستلزم عدم وجود الزاماتی است که قانون برای پیدایش فعل یا قرارداد مذکور، ضروری می‌شناسد. در بندهایی که نانوشته تلقی می‌شود، مجازاتی برای آن عمل یا قرارداد قائل نیست، بلکه عمل یا پیوند قراردادی را حفظ و نجات می‌دهد، شرط اساسی را که توسط طرفین ناشناخته یا نادیده گرفته شده است، تحمیل می‌کند و به رضایت طرفین آثاری نسبت نمی‌دهد. اصل قرارداد به گونه‌ای محفوظ است که مفاد مذاکره‌ای که آن را رعایت نمی‌کند، بدون نیاز به ارزیابی قضایی، نانوشته تلقی می‌شود. سوم، تفاوت اساسی آنها این خواهد بود که اولی‌ها خارج از عالم حقوقی، در فراحقوقی هستند. به موجب فرض حقوقی، بندهای نانوشته از دنیای پدیداری استخراج می‌شوند، بنابراین ما را از دنیای واقعی دور می‌کنند. (Del Mar, 2015: 229) متفاوت از دومی که متعلق به دنیای حقوقی است، به واقعیت حقوقی، اما آثاری را که در واقعیت حقوقی از آنها خواسته می‌شود، ایجاد نمی‌کنند. در عدم وجود، فعل اگر وجود داشته باشد، در این زمینه «اثراتی ایجاد نمی‌کند».

پیشینه شروط نانوشته

«نانوشته تلقی شدن» یا «کأن لم یکن تلقی شدن شروط»

از واقعیت‌های عملیاتی مورد نیاز که منجر به تحمیل یک پیامد هنجاری مرتبط شود، خواه این تعلیق به دلیل: (۱) عدم وجود اثبات برخی واقعیت‌های مورد نیاز قبلی باشد یا (۲) وجود دلیل بر خلاف آن». (Del Mar, 2015: 225)

به این ترتیب، اصطلاح «فرض حقوقی» به مقررات قانونی اشاره دارد که غالباً به شکل «امر الف» باید به‌مثابه «امر ب» در نظر گرفته بشود یا نشود (Pollard, 2010: 83-95) هستند. در حقیقت، مقرراتی که صلاحیت الف (یا غیر الف) را به افرادی که دارای ویژگی ب هستند یا متعلق به دسته ب هستند، نسبت می‌دهند. مقررات حقوقی و بالطبع فرض‌های حقوقی اگرچه از نظر نحوی با جملات تصدیقی تفاوتی ندارند، اما مستعد صدق یا کذب نیستند. (Baharov, 2020: 394-402) تفاوت بین فرض حقوقی و سایر مقررات حقوقی در این واقعیت نهفته است که اگر «فرض‌های حقوقی»، ادعاهای معتبر و مستعد صدق یا کذب تلقی می‌شوند، این فرض‌ها آشکارا نادرست و در برخی موارد متناقض خواهند بود.

شرط نانوشته، با اخذ این خصوصیت فرض‌های حقوقی خود را به «عدم» شبیه می‌سازد؛ این در حالی است که این یک دروغ قانونی است. با توجه به اهمیت شناخت مفهوم عدم در تعمیم درک‌مان از شرط نانوشته، ضروری است منظورمان از عدم را نیز مشخص کنیم. اهمیت بحث از آن روست که با مشخص شدن ماهیت عدم، برخی تمایزات و مرزهای میان نهادهای حقوقی نیز مشخص خواهند شد.

ب) مفهوم عدم‌انگاری در شروط نانوشته

پس از مشخص شدن اینکه شرط نانوشته، از جمله فرض‌های حقوقی است که ناظر به عدم یا نیستی است، اکنون باید به این امر پرداخته شود که وقتی از عدم صحبت می‌کنیم، دقیقاً به چه چیزی اشاره می‌کنیم. صحبت از اینکه «شرط مندرج در قرارداد، اصلاً در قرارداد ذکر نشده بوده است»، به معنای این است که گویی هیچ صحبتی از آن نشده است. به‌طور سنتی، تمایز بین فعل عدمی و فعلی که معیوب است، قابل توجه است. هر عمل حقوقی، «وجود» خود را مرهون وقوع «وقایع مولد» معینی است. اگر این رویدادهای مولد اتفاق نیفتند، در آن صورت غیبت کامل یک عمل اتفاق می‌افتد و اگر این رویدادهای مولد رخ دهند، عمل وجود دارد. این وجود را نباید با اعتبار فعل اشتباه گرفت؛ زیرا یک فعل می‌تواند به وضوح وجود خارجی داشته باشد بدون اینکه معتبر باشد.

از اعتراض وارث یا وصی به صحت وصیت‌نامه یا قسمتی از آن نانوخته تلقی می‌شود. علاوه بر این دو مورد در سایر مواد قانون مدنی از جمله ۷۷۸، ۱۱۰۱، ۱۲۱۶ و ۱۴۳۸ نیز این‌گونه شروط مشاهده می‌شود.

به هر حال گستره استعمال این مفهوم در حوزه‌های قانونی متعدد از یک طرف و شناسایی آن در قوانین برخی از کشورها همچون رومانی از طرف دیگر آن را تبدیل به مفهومی کرده است که امروزه برای حقوقدانان کاملاً شناخته شده است، اگرچه چند دهه پیش که استفاده از شرط نانوخته به ندرت اتفاق می‌افتد، چنین نبود.

پیشینه شرط نانوخته در حقوق فرانسه که زادگاه این نهاد حقوقی است؛ به طوری که حتی به ادعان حقوقدانان رومانی و ایالت کبک ریشه نهاد شرط نانوخته در قوانین این کشورها نیز هست - به سال ۱۸۰۴ برمی‌گردد؛ یعنی دقیقاً در کد ناپلئون، قانونی که برای اولین بار و صرفاً یک‌بار در ماده ۹۰۰ از این‌گونه شروط سخن به میان رفته بود: «در هر عمل تبرعی یا وصیتی، شروطی که انجام آن مقدور نیست و یا اینکه مخالف قوانین و آداب است، نانوخته تلقی می‌شود» (Cort, 2021: 34)

بعدها، در دهه ۱۹۴۰ بود که قانونگذار شروع به توجه ویژه به این نهاد کرد و در قوانین خاصی آن را به کار بست و از این دهه به بعد قانونگذار به این امر اشتیاق واقعی نشان می‌دهد، خصوصاً از زمان تصویب قانون ۱۰ ژوئیه ۱۹۶۵ مبنی بر تعیین وضعیت مالکیت مشترک ساختمان‌های ساخته شده، هر اصلاحی که بر قوانین حقوقی تأثیر می‌گذارد، از شرط‌هایی که نانوخته تلقی می‌شوند، سهم خود را دارد. (Raymonde, 1996: 15-16, Cité: Cort, 2021: 34)

چرایی توسل به بندهای نانوخته

قانون فرانسه چندین سال است که از حفظ قرارداد بر اساس حمایت از نظم عمومی اقتصادی حمایت می‌کند، حمایتی که منجر به حفظ رابطه قراردادی مورد نظر طرفین می‌شود. برای این کار، در حقوق فرانسه سازوکارهای حقوقی مختلفی مانند تأیید، تنظیم یا حتی بطلان جزئی وجود دارد که امکان اصلاح لازم در محتوای قرارداد را فراهم می‌کند. موارد نانوخته را نیز در راستای این مکانیسم‌ها باید تحلیل کرد و بدین ترتیب به واسطه آن تداوم رابطه قراردادی امکان‌پذیر می‌شود. بنابراین، گفته شده است که انتخاب شرط نانوخته به عنوان یک ابزار تحریمی با تمایل به حفظ قرارداد و در نتیجه اجتناب از بطلان قرارداد انجام می‌شود. این هدف از

مفهومی است که در حقوق برخی از کشورها از جمله حقوق فرانسه، حقوق رومانی و ایالت کبک کانادا به‌وفور مشاهده می‌شود. در حقوق فرانسه نمونه‌های فراوانی از این‌گونه شروط را می‌توان مشاهده کرد. از قوانین مربوط به مصرف‌کننده گرفته تا قانون بیمه، از قانون مالکیت مشترک تا قانون شرکت، از آیین دادرسی مدنی تا قانون اجاره...، حوزه‌های کمی هستند که از این‌گونه شروط خالی باشد و به‌مرور زمان نیز بر دایره آن افزوده می‌شود:

۱. مطابق ماده ۱۱۷۱ قانون اصلاحات جدید قانون مدنی فرانسه در شروط الحاقی، شروطی که توازن و تعادل تعهدات اساسی طرفین را برهم زند، کأن لم‌یکن تلقی می‌شود.
۲. ماده ۱۱۷۰ قانون مذکور نیز هر شروطی که مخالف مقتضای تعهدات اصلی مدیون است را، کأن لم‌یکن تلقی می‌کند.
۳. بند ۱۴ ماده ۱۲۴۵ قانون مذکور، هرگونه شروطی را که هدف از آن محدود کردن یا مستثنی کردن مسئولیت برای محصولات معیوب باشد، نانوخته تلقی کرده است.
۴. بند ۵ ماده ۳۱۴۵ قانون مذکور، هرگونه شروط مخالف با مقرراتی که قاضی برای مدیون در نظرمی‌گیرد مانند استمهال، تقسیط یا تأجیل دیون، کأن لم‌یکن تلقی کرده است.
۵. ماده ۹۰۰ کد نابلئون، شروط مستحیل، مخالف قوانین و آداب را نانوخته تلقی کرده است.

۶. بند ۱ ماده ۱۸۴۴ کد نابلئون هرگونه شروطی را که سهامدار را از هرگونه زبان مصون می‌دارد و یا اینکه هرگونه شرطی را که کل سود را برای یک سهامدار در نظر می‌گیرد، نانوخته تلقی می‌کند.

همچنان‌که در قوانین رومانی نیز در مواد متعددی از این‌گونه شروط مشاهده می‌شود: بند ۱ ماده ۱۱۵۱ قانون مدنی رومانی هرگونه شروطی را که واقف را ملزم به گزارش غیرمجاز می‌کند، نانوخته تلقی می‌کند؛ بند ۴ ماده ۱۲۴۶ قانون مدنی هرگونه شروطی که موجبات بطلان را ایجاد یا از بین ببرد، نانوخته تلقی می‌کند؛ ماده ۱۲۷۷ قانون مدنی شرط‌هایی که طرفین را از امکان فسخ یک طرفه قرارداد با مدت نامعین به شرط اخطار معقول یا شرط منفعت در قبال فسخ قرارداد، منع می‌کند، نانوخته تلقی می‌کند. (Andra, 2017:23-27)

همچنین در قانون مدنی کبک نیز ردپایی از چنین شروطی دیده می‌شود مطابق ماده ۷۵۷ آرث‌گذشتن به سردفتر مجری وصیت‌نامه یا به هم‌سر سردفتر یا یکی از بستگان درجه اول سردفتر بی‌اثر است. این شرط بر سایر مفاد وصیت‌نامه تأثیری ندارد؛ مطابق ماده ۷۵۸ اشتراط هر شرط کیفری برای جلوگیری

در مقابل برخی بر این عقیده هستند که شرط نانوشته نهادی مجزا از نهاد بطلان است. (Comp, 2017: n°) (428; Julien, 2017: n° 236) کسانی که از این دیدگاه پیروی می‌کنند، به پاره‌ای از احکامی که قانونگذار برای شرط نانوشته در نظر گرفته است، استناد می‌کنند. توضیح مطلب اینکه نانوشته‌تلقی شدن شرطی صرفاً از طرف قاضی صادر نمی‌شود، بلکه مصرف‌کننده و سایر انجمن‌های معتبر ملزم به انجام اقداماتی برای حذف شرایط ناعادلانه هستند. علاوه بر این، مطابق پارگراف اخیر ماده ۱۱۸۴ اصلاحات جدید قانون مدنی فرانسه، شروطی را که نانوشته تلقی می‌شوند، از قاعده عامی که در صدر ماده مبنی اینکه اگر قراردادی متضمن یک یا چند شرط باطل باشد، قرارداد باطل نخواهد شد، مگر اینکه این شروط جزو تعیین‌کننده تعهدات طرفین یا یکی از طرفین قرارداد باشد، استثناء کرده است.

اخیراً برخی از نویسندگان رومانی، باتوجه به تصریح به شرط نانوشته در اصلاحات جدید قانون مدنی رومانی نظریاتی شبیه به نظریات حقوقدانان فرانسوی را مطرح کرده‌اند. بنابراین، برخی از نویسندگان رومانی ابراز داشته‌اند که قانونگذار در اصلاحات جدید قانون مدنی از یک اصطلاح منسوخ برای نوعی بطلان استفاده کرده‌اند یا اینکه اظهار داشته‌اند که نوعی بطلان است که دیگر به‌مانند سایر اقسام بطلان، نیازی به اعلام یا ذکر آن توسط دادگاه نیست و برخی دیگر نیز آن را نوعی بطلان قانونی دانسته‌اند که گویی اصلاً در ضمن قرارداد وجود نداشته است. (Ispas, Petruța-Elena, 2018: 4-6)

به‌رغم این آرای متناقض، از لحاظ نظری یا تحلیلی، این تمایز قابل دفاع است. اگرچه اشاره به «فرض‌های حقوقی» به تنهایی می‌توانست بار استدلال را به دوش بکشد. با این وجود، با در نظر گرفتن ملاحظات و به‌ویژه دو بند اخیر بخش سابق، اکنون باید مشخص شده باشد که چرا نویسندگان انگشت‌شماری (Kullmann, 1993:59-66; Comreau, 1993: n°) (3691)، به این وجه استقلال شرط نانوشته از مفاهیم مشابه دیگر اصرار دارند: در واقع، در مورد نهاد مورد بحث، اگرچه بر سر وجود خارجی شرط توافق شده است، «فرض بر این می‌شود» که چنین توافقی اصلاً صورت نگرفته است. حداقل از لحاظ نظری، چنین فرض حقوقی متفاوت با این واقعیت است که بر سر شرطی توافق شود، اما قانونگذار بطلان آن را اعلام کند. در حالت نخست، گویی هیچ واقعه خارجی صورت نگرفته است؛ در حالی که، در حالت دوم معترفیم واقعه‌ای صورت گرفته است. هم در نهاد «شرط نانوشته» و هم در مورد شرط باطل، قانونگذار به‌عنوان منشأ است که

ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی قابل استنباط است که مقرر می‌دارد: «در زمانی که قانون شرطی را نانوشته تلقی می‌کند ... عقد به اعتبار خود باقی می‌ماند». به عبارت دیگر، شرط نانوشته در عین حفظ قرارداد، عامل نامشروع را حذف و قرارداد را مطابق با قانون می‌کند. بنابراین، برخی از نویسندگان سخن از «قرارداد خوددرمان» به میان آورده‌اند و بدین وسیله این مکانیزم اجازه می‌دهد قرارداد از همان ابتدا منظم‌سازی شود؛ همان‌طوری که خانم گودمه در پایان‌نامه معروف خود اشاره می‌کند: «به این ترتیب، این تحریم، اصولاً و طبیعتاً مستلزم حفظ عمل قانونی، مطابق با الزامات قانونی است». نویسنده می‌افزاید: «این عمل حفظ می‌شود، بی‌نظمی از بین می‌رود». (Audrey, 2021:36).

انتخاب شروطی به‌عنوان شروط نانوشته و عدم تلقی آن به عنوان شرط باطل در قالب جلوگیری از بندهایی که قوانین اجباری را نقض می‌کنند، توضیح داده می‌شود. در واقع، اغلب بندهایی که نظم عمومی را نقض می‌کنند نانوشته تلقی می‌شوند. (Ibid).

نسبت سنجی شرط نانوشته با نهادهای مشابه

۱. نسبت بین شرط نانوشته و نهاد بطلان

همان‌طوری که گفته شد، نانوشته‌تلقی شدن عبارت است از اینکه به‌رغم تصریح متعاقدين نسبت به شرط، قانون‌گذار آن را در عین حفظ قرارداد، حذف و فرض می‌کند که اصلاً وجود ندارد (Chantepie, 2018: 384; Confino, 2017: 565) با وجود بساطت تعریف شرط نانوشته، ولی از حیث اینکه آیا نهادی مجزا از بطلان به‌حساب می‌آید یا اینکه از مظاهر بطلان است، میان حقوقدانان اتفاق نظری وجود ندارد. برخی از حقوقدانان در اینکه شرط نانوشته نهادی مستقل باشد، اظهار تردید کرده‌اند. استدلال کسانی که از این دیدگاه پیروی می‌کنند، این است که شرط‌نانوشته قابل ادغام با نهاد بطلان جزئی است. (Calais-) (Auloy, 2015: n° 177; Picod, 2018: n° 324) به عبارت دیگر، کارکرد شرط نانوشته و بطلان جزئی یکسان است و در هر دو صرفاً این شق باطل است که از قرارداد حذف می‌شود و قرارداد در هر دو نهاد پایرجا است. وجود برخی از آرای قضایی نیز به اتخاذ این دیدگاه دامن زده است. بدین ترتیب که در برخی از آرای دادگاه‌ها دیده می‌شود که هر دو شرط باطل و شرط نانوشته را بر یکدیگر اطلاق کرده‌اند و به یک معنا گرفته‌اند. پذیرش این نظریه مستلزم آن است که احکام بطلان شامل شرط نانوشته نیز خواهد بود؛ از جمله اینکه دعوی ناشی از آن مشمول مرور زمان خواهد بود.

یا باید آن را نهادی مستقل دانست. قبل از پاسخ به این سؤال ابتدا به ماهیت‌شناسی نهاد تنظیم‌گری پرداخته می‌شود.

تنظیم اعمال حقوقی یکی از نهادهای حقوقی است که در کنار نهادهای همچون فسخ و تنفیذ به‌وفور در ادبیات حقوقی و قضایی فرانسه مشاهده می‌شود. این نهاد در حقوق ایران از آن جهت که بدان پرداخته نشده است، کمتر ترجمه شده است. برخی از نویسندگان آن را به «قاعده‌مندی سازی» ترجمه کرده‌اند. (شعائریان، ۱۳۹۳: ۲۸۸) برخی دیگر نیز آن را به «قانونی سازی» ترجمه کرده‌اند. (پاکباز، ۱۴۰۱: ۲۰۶) از نویسندگان عربی نیز، برخی آن را به تصحیح معنا کرده‌اند. به نظر می‌رسد از میان ترجمه‌های مذکور، ترجمه «منظم‌سازی یا تنظیم عمل حقوقی» ترجمه مناسب‌تر و با تعاریفی که حقوقدانان فرانسوی از این نهاد دارند، سازگار است.

تنظیم عمل حقوقی یک عمل یا فرایند قانونی خاصی است، که طی آن اقدام به اصلاح یا رفع نقص قرارداد می‌شود، مانند پیشنهادی که شامل پرداخت مبلغ اضافی به قیمت واقعی پرداخت شده در صورت فروش ناعادلانه است. (Dupeyron, 1973: 283; Thibierge, 1994: 342; Patrick FXGHK, 2006: 74)

به واقع در تنظیم اعمال حقوقی اعمال باطل اعم از بطلان نسبی و بطلان مطلق تصحیح می‌شود. این تصحیح می‌تواند به طرق مختلف می‌شود، گاهی از طریق حذف عنصر مبطل، گاهی از طریق اضافه کردن عنصر جدید، گاهی از طریق تغییر و تحولات در محتوای عقد. یکی از نمونه‌های بارز تنظیم اعمال حقوقی رفع موجبات بطلان شرکت‌هاست. در این رابطه ماده ۱۸۳۹ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: در صورتی که اساسنامه حاوی تمام عبارات موردنیاز قانون نباشد یا تشریفات که توسط آن برای تشکیل یک شرکت مقرر شده حذف شده یا به‌طور نامنظم تکمیل شده باشد، هر شخص ذی‌نفع می‌تواند برای صدور حکم به تنظیم و قانونی‌سازی آن از دادگاه درخواست کند. در همین رابطه در قانون تجارت فرانسه نیز ماده L235-3 مقرر می‌دارد: «دعوی بطلان زمانی ساقط می‌شود که علت بطلان در روزی که دادگاه بدوی رأی ماهوی صادر می‌کند از بین برود (در اثر منظم‌سازی) مگر اینکه این بطلان ناشی از غیرقانونی بودن هدف شرکت باشد».

همان‌طوری که گفته شد، در بدو امر، به نظر می‌رسد که نوعی اختلاف میان صاحب‌نظران در این رابطه وجود دارد، لکن

بی‌اعتباری را اعلام می‌کند؛ نکته این است که کیفیت بی‌اعتباری متفاوت است و این همان تمایزی است که پیشتر بین فعل عدمی و فعلی که معیوب است، نشان دادیم. در نتیجه، «دست کم امری که بنا به صلاحدید قانونگذاری اثری مانند اثر امر دیگری، به آن نسبت داده شده است»، صرفاً در همان حد نیز «استقلال خود را از دست می‌دهد»؛ ابر می‌تواند شبیه شتر شود، اما ابر را تبدیل به شتر نمی‌کند.

به همین جهت نیز برخی از نویسندگان رومانی نظر پیشین مبنی بر عدم استقلال شرط نانوخته از بطلان را مخالف با مقرراتی که قانون مدنی برای بطلان در نظر گرفته‌اند، می‌دانند؛ چراکه مطابق مقررات مطروحه، دلایل بطلان با توافق طرفین قابل اثبات نیست و قابل حذف نیست، بلکه این دادگاه است که بدان رسیدگی می‌کند و بطلان را اعلام می‌دارد.

این نویسندگان استدلال‌های متنوعی ارائه می‌کنند، از جمله اینکه، وجود نصوص قانونی متعدد در خصوص شرط نانوخته و تصریح به آن، نشان می‌دهد که هر گاه قانونگذار قصد داشته است بندی را نانوخته بداند، صریحاً این موضوع را بیان کرده است تا بر اساس مواد قانونی بتوانیم به این نتیجه برسیم که مانند بطلان، بندهای نانوخته نیز باید دارای مقررات قانونی متفاوتی باشند. علاوه بر این در هیچ جای قانون مدنی مشاهده نمی‌شود که شرطی که نانوخته تلقی شده‌اند، باطل اعلام کند. همچنان که ماهیت نانوخته یک شرط را می‌توان هم در صورت نقض مقرراتی که از منافع عمومی حمایت می‌کند و هم در شرایطی که مقررات حمایت از منافع خصوصی نقض می‌شود، مورد استناد قرار داد، دقیقاً بالعکس بطلان مطلق که صرفاً حول محور منافع عمومی می‌چرخد. بر خلاف بطلان، بندهایی که نانوخته تلقی می‌شوند، مشمول قانون‌سازی (نجات فعل باطل) نمی‌شوند؛ چراکه این شروط بر اعتبار عمل به طور کلی تأثیر نمی‌گذارد. (Ispas, Petruța-Elena, 2018: 4-6)

۲. نسبت بین شرط نانوخته و تنظیم عمل حقوقی

در مباحث پیشین، ذیل چرایی توسل به شرط نانوخته سخن از هدف غایی شرط نانوخته مبنی بر حفظ قرارداد گذشت و برخی از نویسندگان آن را نوعی تنظیم‌گری دانستند؛ برخلاف برخی از نویسندگان که عدم تنظیم‌گری را یکی از وجوه تفاوت شرط نانوخته و شرط باطل دانسته‌اند، لذا ممکن است در بدو امر این سؤال مطرح شود که آیا شرط نانوخته مصداقی از مصادیق نهاد تنظیم‌گری است

عبارت دیگر، شروط تحمیلی با فرض اینکه ضمانت اجرای آن نانوشته تلقی شدن باشد، یکی از مصادیق شروط نانوشته است. دوم) شروط تحمیلی - خواه آشکار و خواه مخفی - نیاز به تصریح قانون گذار ندارد؛ هر چند قانون گذار یا سیار ارگان های حمایتی مواردی از این شروط را فهرست می کنند و لیکن این شروط منحصر در این فهرست ها نیست؛ برعکس شروط نانوشته شروطی هستند که نیازمند تصریح قانون گذار است و در غیر این صورت نانوشته تلقی نمی شود.

سوم) که به مراتب از دو مورد نخست مهم تر است، این است که در نهاد شروط نانوشته، قانون گذار فرض می کند که نانوشته است، هر چند ممکن است، به عنوان مثال شرط واقعاً شرط تحمیلی نباشد، حال آنکه در شروط تحمیلی قانون گذار شروطی را از باب فرض حقوقی تحمیلی نمی داند، بلکه حقیقتاً چون آن شروط تحمیلی هستند و تعادل قرارداد را برهم می زند، از مصادیق شروط تحمیلی به شمار می رود.

آثار شرط نانوشته

بطلان به عنوان یکی از ضمانت اجرای نقض قواعد مقرر، دارای احکام و آثار ویژه است. بنابراین، اگر شرط نانوشته نوعی بطلان دانسته شود، کما اینکه برخی مدعی این سخن هستند، این احکام شامل شرط نانوشته خواهد بود، ولی در صورتی که آن را ماهیتی مستقل بدانیم، این احکام و آثار جاری نخواهد شد. در ادامه به ذکر این احکام و آثار خواهیم پرداخت:

۱. موضوع دادخواست

تفاوت در موضوع دادخواست یکی از عمده آثار مترتب بر شرط نانوشته است. بدین ترتیب که برخلاف بطلان که قاضی به تقاضای بطلان رسیدگی می کند و باید حکم به بطلان یا عدم پذیرش آن بدهد، در مورد شرط نانوشته، قاضی متذکر می شود که شرط نانوشته تلقی می شود، او عدم وجود را متذکر می شود. بنابراین، این یک اقدام درخواست اعلامیه است. به عبارت دیگر، دادخواستی که طرفین دعوا در شرط نانوشته می تواند ارائه کنند، تشخیص شروط نانوشته است نه دادخواست نانوشته تلقی کردن؛ دقیقاً برخلاف بطلان که موضوع دادخواست در آن ابطال شرط است که تأسیسی است.

این تفاوت بدان معناست که تحریم شرط نانوشته به خودی خود عمل می کند و آثار خود را ایجاد می کند و در نتیجه این تحریم یک تحریم خودکار است؛ بدین معنا که رجوع به قاضی برای نانوشته تلقی شدن شرط الزامی نیست و این شرط به

با اندک تأملی این ظن و گمان زایل می شود؛ زیرا همان کسانی که معتقد هستند شرط نانوشته نوعی تنظیم گری است، در ادامه سخن از عدم تنظیم گری در خود شرط نانوشته سخن به میان آورده اند. نکته اخیر در واقع این مسئله را به خوبی تبیین می کند؛ بدین ترتیب که خود نهاد شرط نانوشته گرچه نوعی تنظیم گری خودکار است، لیکن همین نهاد را نمی توان در مورد خود شرط نانوشته به کار بست تا شرط نانوشته دوباره احیا شود.

۳. نسبت بین شرط نانوشته و شروط تحمیلی مخفی

شروط تحمیلی که گاهی از آن به شروط غیرمنصفانه نیز تعبیر می کنند، شروطی هستند که یکی از متعاقبین با سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعی و یا تخصص خویش به طرف دیگر تحمیل می کند و قرارداد به نفع سوءاستفاده کننده تمام می شود و در نتیجه یک ناترازی قابل توجهی میان تکالیف و تعهدات طرفین قرارداد به وجود می آید. (نقیبی، ۱۴۰۱: ۲۴۲) این نوع شروط تحت تأثیر حقوق مصرف کنندگان در حقوق قراردادها مطرح شده است.

این گونه شروط در یک تقسیم بندی به دو دسته تقسیم می شود: شروط تحمیلی آشکار و شروط تحمیلی مخفی. مقصود از شروط تحمیلی آشکار، شروطی هستند که به صورت آشکار علیه طرف ضعیف قرارداد به وجود می آید. نمونه بارز این گونه قراردادها، قراردادهای هستند که به صورت یک جانبه از طرف یکی از متعاقبین ارائه می شود و طرف دیگر قرارداد تحت تأثیر شرایط موجود تن به این نوع قراردادها می دهد. در مقابل شروط تحمیلی مخفی شروطی هستند که «به صورت ناخوانا، ریز، مبهم، درج درون بسته بندی کالا و محصولات نرم افزاری و درج در ظهر و حاشیه قرارداد کرده و از دید و فهم و درک مصرف کننده پنهان می کنند» (کریمی، ۱۴۰۲: ۳۲۷).

در رابطه با ضمانت اجرای شروط تحمیلی، خواه آشکار و خواه مخفی، دیدگاه های متعددی ابراز شده است. برخی قائل هستند که ضمانت اجرای آن نانوشته تلقی شدن آن است و برخی دیگر قائل به بطلان جزئی شده اند و عده ای دیگر نیز قائل به لزوم تجدیدنظر در مفاد قرارداد شده اند. (کریمی، ۱۴۰۲: ۳۳۴)

تفاوت میان شروط نانوشته و شروط تحمیلی از سه جهت قابل تصور است:

اول) همان طوری که از تعریف شروط تحمیلی - خواه آشکار و خواه مخفی - برمی آید، این نوع شروط تحمیلی یک نابرابری معناداری میان تعهدات و تکالیف متعاقبین ایجاد می کند و عملاً تعادل و توازن قراردادی را برهم می زند، لیکن شروط نانوشته منحصر در این گونه شروط نیست، بلکه اعم از آن است. به

عمومی یا اخلاق حسنه باشد و یا اینکه انجام آن مقدور نباشد، آن عقد باطل خواهد بود. در این رابطه ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر شرط غیرممکن یا بر خلاف اخلاق حسنه و یا متضمن محظوریت قانونی باطل است و قرارداد وابسته به آن را باطل می‌کند». مطابق این مقرر کلیه قراردادهای متضمن شرط نامشروع، باطل هستند. با وجود این، ماده ۹۰۰ نیز مقرر می‌دارد که: «در هر عمل تبرعی یا وصیتی، شروطی که انجام آن مقدور نیست و یا اینکه مخالف قوانین و آداب است، کأن لم تکن تلقی می‌شود».

کنار هم گذاشتن این دو ماده حاکی از نوعی تعارض و تلاقی مابین ماده ۹۰۰ و ۱۱۷۲ است. بنابراین، حقوقدانان فرانسه از باب جمع دو حکم متعارض، ماده ۱۱۷۲ را ناظر بر عقود معوض دانسته‌اند.

به مرور زمان، رویه قضایی فرانسه راهی به‌غیر از راه مذکور را پیموده‌اند. آنها معتقد بوده‌اند در تأثیر شروط باطل فرقی میان عقود معوض و مجانی وجود ندارد، بلکه هر دو تابع یک مبدأ کلی هستند و آن اینکه اگر شروط باطل دافع اصلی متعاقدين به انعقاد قراردادها باشد، عقد و شرط هر دو باطل خواهد بود، ولی اگر شروط باطل دافع اصلی متعاقدين به قراردادها نباشند، صرفاً شرط باطل خواهد بود و عقد پابرجا خواهد بود^۱.

رویه اخیر، بالاخره در اصلاحات قانونی مدنی فرانسه مصوب ۲۰۱۶ تبدیل به قانون شد. بنابراین، ماده ۱۱۸۴ قانون مذکور مقرر می‌دارد که اگر قراردادی متضمن یک یا چند شرط باطل باشد، قرارداد باطل نخواهد شد، مگر اینکه این شروط جزو تعیین‌کننده تعهدات طرفین یا یکی از طرفین قرارداد باشد.

مقتضای اطلاق معیار کلی رویه قضایی فرانسه که در ماده ۱۱۸۴ قانون اصلاحات جدید نیز متبلور شده است، هر شرطی ولو اینکه مقنن آن شرط را نانوخته تلقی کند، دافع اصلی انعقاد عقد باشد یا به عبارت دیگر جزو عنصر تعیین‌کننده عقد باشد، موجب بطلان عقد می‌شود. با این وجود، بنابر اذعان حقوقدانان فرانسوی شرط نانوخته تلقی شده مستلزم بطلان خود قرارداد نیست. بنابراین، پارگراف آخر ماده ۱۱۸۴ قانون اصلاحات قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «در مواردی که قانون شرطی را کأن لم یکن تلقی می‌کند، عقد به اعتبار خود باقی خواهد بود». بنابراین، مشمول قاعده کلی در صدر ماده ۱۱۸۴ که مقرر می‌دارد: «اگر قراردادی متضمن یک یا چند شرط باطل باشد، قرارداد

محض نوشته شدن دیگر وجود ندارد. بنابراین، نیازی به درخواست از قاضی نیست تا مداخله کند و آن را نانوخته تلقی کند؛ زیرا دیگر وجود ندارد. به همین دلیل است که یک مشاهده ساده توسط قاضی کافی است. با این حال، ارجاع به قاضی، اگرچه اتفاقی و اختیاری است، اما در عمل اغلب انجام می‌شود. (Audrey, 2021: 39)

بنابر آنچه گفته شد، شرط نانوخته ماهیتاً عمل قضایی نیست، دقیقاً برعکس بطلان که عمل قضایی است. بنابراین، ماده ۱۱۷۸ اصلاحات قانون تعهدات فرانسه مصوب ۲۰۱۶ مقرر می‌دارد: «... بطلان باید توسط قاضی اعلام شود، مگر آنکه طرفین قرارداد با رضایت مشترک آن را تأیید نمایند». (Manzur, 2003: 3)

۲. عدم تبعیت شرط نانوخته از قاعده مرور زمان

در مباحث پیشین گفته شد، رجوع به دادگاه برای ابطال شرط نانوخته وجهی ندارد؛ چراکه بند نانوخته تلقی شده از نظر حقوقی وجود خارجی ندارد؛ در نتیجه نمی‌تواند اثر حقوقی در روابط بین طرفین ایجاد کند و به تبع توسط هر شخص ذی‌نفعی نادیده گرفته می‌شود. با این وجود ممکن بود بنابر دلایلی از جمله در تصور نادرستی که در مورد شرط نانوخته وجود دارد، موجبات اختلافات بین متعاقدين فراهم شود و بدین ترتیب نیاز به بررسی قضایی داشته باشد.

این بررسی قضایی مشمول مرور زمان نیست، در نتیجه در هر زمانی که طرفین بخواهند می‌توانند اقامه دعوا کنند. بالعکس، دعاوی ناشی از بطلان - اعم از بطلان مطلق و بطلان نسبی - که مشمول مرور زمان است. بنابراین، در صورتی که شخصی که حق تمسک به دعوی بطلان داشته باشد، در مهلت مقرر به این حق خود تمسک نجوید و دعاوی موردنظر خود را پیش دادگاه اقامه نکنید، دیگر دعاوی او از زمانی که از مهلت مقرر تجاوز کرده، مسموع نخواهد بود. (Ibid)

۳. عدم سرایت حکم شرط نانوخته به قرارداد

دومین اثر مترتب، عدم سرایت حکم شرط نانوخته به قرارداد است. بررسی این اثر نیازمند بررسی اثر شرط باطل عقد در حقوق فرانسه است. در حقوق فرانسه محوریت بطلان شروط عمدتاً روی محور مستحیل بودن شروط و مخالفت آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه است. بنابراین، در صورتی که شرطی مخالف نظم

1. Cass 3' civ ,5Fe'vr ,1971 D.1973,151 sous nots. Cass,came 27 mars,1990.Bull,civ,IV no 93, p.62.

اندیشمندان اختلاف نظر وجود دارد. برخی بر این نظر هستند که ضمانت اجرای مخالفت با همه مواردی که در آیین دادرسی بدان تصریح شده است، بطلان است. برخی دیگر معتقد هستند که بطلان در آیین دادرسی نیاز به تصریح قانونی دارد. در نتیجه مواردی که قانون بدان تصریح کرده است، باطل است و مواردی که قانون ضمانت اجرای آن را بطلان نمی‌داند، قاضی حق ندارد آن را باطل به شمار آورد. برخی دیگر میان اوصاف ذاتی و غیر ذاتی تفصیل قائل شده‌اند؛ در صورتی که مخالفت با اوصاف ذاتی باشد، ضمانت اجرای آن بطلان خواهد بود، ولو اینکه قانون نسبت بدان تصریح نکرده باشد. عده‌ای نیز معتقد هستند بطلانی در پی مخالفت با قواعد الزامی محقق نمی‌شود، ولو اینکه قانون نسبت به بطلان آن تصریح کرده باشد و یا اینکه از مخالفت آن ضرری واقع شود. (رشیدی، ۲۰۱۱: ۴۱ به بعد)

شرط نانوشته در حقوق ایران و رویه قضایی

۱. شرط نانوشته در حقوق ایران

قبل از بررسی این مطلب که آیا شرط نانوشته در حقوق و فقه امامیه وجود دارد یا نه، لازم است این نکته تبیین شود که هدف از تلقی نانوشته بودن برخی از شروط چیست؟ تا بدین نحو روشن شود که آیا مطابق این هدف می‌توان مواردی که در حقوق ایران و فقه امامیه خواهد آمد، می‌تواند مصداق شرط نانوشته به معنایی که در حقوق فرانسه در نظر گرفته شده است یا نه؟

با توجه به آنچه که در بخش ماهیت‌شناسی و آثار شرط نانوشته در حقوق فرانسه ذکر شد، این نکته روشن شد که هدف حقوقدانان فرانسوی از این تلقی، فرار از آثار حقوقی حاکم بر نهاد بطلان جزئی همچون شروط باطل است. بنابراین در فقه امامیه و حقوق ایران، اگر بتوان مواردی را پیدا کرد که از آثار بطلان و به طور خاص از آثار شروط باطل پیروی نکنند، می‌توان ادعا کرد که آن شرط، شرطی است با حکم و آثار مخصوص، هر چند در ادبیات فقهی و حقوقی از آن به نانوشته و نازل به منزله عدم تعبیر نکنند.

حال با توجه به نکته اخیر به تتبع و جست‌وجو در حقوق ایران و فقه امامیه می‌پردازیم. بررسی‌ها نشان می‌دهد، در حقوق ایران، شروط نانوشته با تعبیری که حقوقدانان فرانسوی به کار می‌برند، به کار نرفته است. با این وجود این نابه‌کارگیری دلیل بر نبود آن در سنت حقوقی ایران نیست، بلکه با تتبع در مقررات و دکترین حقوقی می‌توان مواردی را پیدا کرد که در آن شروط کارکردی شبیه کارکرد شروط نانوشته در حقوق فرانسه دارد. این تتبع نشان می‌دهد که از این شروط گاهی تعبیر به «شرط باطل

باطل نخواهد شد، مگر اینکه این شروط جزو تعیین کننده تعهدات طرفین یا یکی از طرفین قرارداد باشد»، نخواهد شد.

۴. غیر قابل تنظیمی بودن شرط نانوشته

یکی دیگر از آثاری که برای شروط نانوشته بر شمرده‌اند، این است که شرط نانوشته قابل تنظیم نیست، برخلاف شروط باطل که قابل تنظیم است؛ زیرا همان طوری که مکرراً بیان شد، بند نانوشته تلقی شده از نظر حقوقی وجود خارجی ندارد و در نتیجه نمی‌تواند اثر حقوقی در روابط بین طرفین ایجاد کند و به تبع قابلیت منظم‌سازی نیز ندارد. (Ion Turcu, 2009: 317)

۵. مصرح بودن شرط نانوشته

یکی دیگر از آثاری تلقی نانوشته از شروط، مصرح بودن آن است؛ به این معنا که اگر قانون‌گذاری در پی نانوشته‌تلقی کردن شرطی ضمن قرارداد است، باید نسبت بدان تصریح داشته باشد. (Manzur, 2003:3) به عبارت دیگر، باید توسط قانون‌گذار پیش‌بینی شود. این ویژگی را می‌توان به وفور در قوانین مشاهده کرد؛ زیرا در بسیاری از نصوص قانونی حقوق فرانسه صراحتاً در موارد متعدد به نانوشته بودن برخی از شروط تصریح دارد؛ همچنان که برخی از حقوقدانان نیز به ویژگی تأکید دارد. این ویژگی دقیقاً برخلاف نهاد بطلان است. توضیح مطلب اینکه قانون‌گذار نسبت به بطلان گاهی تصریح دارد و گاهی نیز تصریح ندارد، بلکه به طور ضمنی از مفاد قوانین قابل استنباط است. در واقع بطلان صریح بطلانی است که مقنن صراحتاً در متن قانون اشاره کرده است و در مقابل بطلان ضمنی عبارت است از بطلانی که از سیاق متن قانون به دست می‌آید و در آن تصریح به بطلان نشده است. از نظر فنی هر دو نوع بطلان مؤثر هستند؛ به این معنا که در نفوذ بطلان تفاوتی بین بطلان ضمنی و صریح وجود ندارد و هر دو معتبر هستند. (ابراهیم، ۲۰۲۲: ۷۷)

البته ناگفته نماند، قانون‌گذار در برخی از قوانین صراحتاً موارد بطلان را محدود به موارد تصریحی می‌کند. از جمله این موارد را می‌توان در قوانین تجاری فرانسه جست. ماده ۱-۲۳۵ قانون تجارت فرانسه صراحتاً مقرر می‌دارد که بطلان شرکت یا اصلاح اساسنامه ممکن نیست، مگر اینکه در این قانون (قانون تجارت) یا سایر قوانینی که به تنظیم بطلان قراردادها پرداخته است، نسبت بدان تصریح شده باشد.

قانون تجارت تنها قانونی نیست که از این رویه پیروی می‌کند، بلکه این فکر در برخی از قوانین از جمله آیین دادرسی مدنی مشاهده می‌شود. به طور کلی در آیین دادرسی مدنی میان

که ۲۷٪ تعیین شده است (مازاد بر مصوبات شورای پول و اعتبار) و استرداد مبلغ مازاد دریافتی، شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی آمل به موجب دادنامه شماره ۰۸۰۲ - ۲۵ / ۷ / ۱۳۹۸ حکم به ابطال شرط تعیین سود در قرارداد که ۲۷٪ تعیین شده (نسبت به شش درصد باطل گردید) و استرداد مبلغ ۱۳۱، ۱۹۱، ۱۲۰، ۱ ریال مازاد مبلغ دریافتی صادر کرده است و با تجدیدنظرخواهی بانک از این رأی، شعبه بیست و نهم دادگاه تجدیدنظر مذکور به موجب دادنامه صدرالذکر، چنین رأی داده است:

تجدیدنظرخواهی بانک پارسیان ... را وارد دانسته و دادنامه صادره را قابل نقض می‌داند؛ چراکه تجدیدنظرخوانندگان اقدام به استفاده از تسهیلات بانکی برابر قرارداد استنادی پیوست پرونده و با شرایط مندرج در آن نموده‌اند که از جمله آن پرداخت سود بر مبنای ۲۷٪ بوده و قرارداد مذکور بین طرفین برابر ماده ۱۰ قانون مدنی تنظیم و لازم‌الرعایه بوده و اقدامات و عملیات اجرایی نیز در راستای قرارداد مذکور بوده و اصولاً بانک تجدیدنظرخواه با شرط مندرج در قرارداد به تجدیدنظرخوانندگان اجازه استفاده از تسهیلات را داده والا قرارداد تنظیم نمی‌گردید. با توجه به مراتب ضمن وارد دانستن اعتراض و نقض رأی معترض عنه وفق مواد ۳۵۸ و ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۰ قانون مدنی، حکم بطلان دعوی اولیه خواهان های بدوی را صادر و اعلام می‌دارد.»

با توجه این اختلاف بود که هیأت عمومی دیوان عالی کشور طی رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ - ۲۱ / ۵ / ۱۳۹۹ به موضوع ورود و بدین استدلال ایجاد رویه کرد:

مستفاد از مواد ۱۰، ۱۱، ۱۴ و ۳۷ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۸ / ۴ / ۱۳۵۱ با اصلاحات و الحاقات بعدی و ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۸ / ۶ / ۱۳۶۲ با اصلاحات بعدی و ماده واحده قانون تأسیس بانک‌های غیردولتی مصوب ۲۱ / ۱ / ۱۳۷۹ و دیگر مقررات مربوط، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تنظیم‌کننده نظام پولی و اعتباری کشور و ناظر بر حسن اجرای آن است و مصوبات بانک مذکور راجع به حداقل و حداکثر سهم سود بانک‌ها و مؤسسات اعتباری اعم از دولتی و غیردولتی جنبه امره دارد. بنا به مراتب ...، شرط مندرج در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی نسبت به سود مازاد بر مصوبات مذکور باطل است.

از لحاظ تحلیلی و به لحاظ منطق حقوقی متعارف (ماده ۱۰ قانون مدنی)، تعیین سود مازاد بر مصوبات بانک مرکزی با مشکل چندانی برای اعتبار حقوقی مواجه نیست، بلکه بسته به زمینه، ضمانت اجرا و تحریم حقوقی چهره خود را عوض می‌کند. گفته

است. این مسئله در غیر از شروط خلاف مقتضای عقد اجماعی است و لذا در فقه معروف است که «الشروط الفاسد فی النکاح لا یوجب الفساد» ولیکن اینکه قاعده مذکور شامل شروط خلاف مقتضای عقد نیز می‌شود یا نه اختلاف نظر وجود دارد، برخی از فقها قائل هستند که مطلق شروط باطل، هرچند خلاف مقتضای عقد، تأثیری بر عقد ندارند (رشتی، بی‌تا: ۷۱) و دیگری شرط لغو و غیرعقلایی است که بسیاری از فقها معتقد هستند تأثیری بر سرنوشت عقد ندارد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ج ۹۱/۶ و ۱۰۷)؛ همچنان که در دکتین حقوقی نیز چنین نظری مشاهده می‌شود.

۲. شرط نانوخته در رویه قضایی

همچنان که در لسان حقوقدانان دیدیم، در رویه قضایی ایران نیز به تأسی از پیشینه نظری غالب و حاکم، نهاد نانوخته تلقی شدن مجالی برای شناسایی به‌عنوان نهاد مستقل پیدا نکرده است. در نتیجه، به تبع آن پیامدهای حقوقی حاکم بر آن نیز مجری نبوده است. به‌رغم چنین موقعیتی، موضوع حاضر را می‌توان در یک نمونه خاص در امر بانکداری که منتهی به صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ شد، تلویحاً استنباط و تحلیل کرد. در این اختلاف حقوقی، شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان لرستان دریافت سود تسهیلات بانکی مازاد بر مصوبات شورای پول و اعتبار بانک مرکزی را غیرقانونی دانسته است؛ در حالی که شعبه بیست و نهم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران با این استدلال که قرارداد اعطای تسهیلات طبق ماده ۱۰ قانون مدنی تنظیم شده است، در نتیجه دریافت سود بانکی بر اساس شرایط مندرج در قرارداد را قانونی دانسته است. ربط این دو نوع استدلال، به نهاد مورد بحث را در ادامه خواهیم دید، اما در ابتدا این دو نوع برداشت را به اختصار عیناً ذکر می‌کنیم:

الف) به حکایت دادنامه شماره ۰۵۸۰ - ۶ / ۱ / ۱۳۹۸ شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان لرستان، «... وفق مقررات ماده ۲۰ قانون بانکداری [عملیات بانکی] بدون ربا، بانک‌ها و مؤسسات مالی مکلف به تبعیت از نرخ‌های مصوب موضوع تسهیلات بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران می‌باشند و خارج از آنچه مصوبه بانک مرکزی است غیرقانونی تلقی شده و هرگونه قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، چون بر خلاف مقررات مذکور غیرقانونی و ... اعتباری نداشته است ...».

ب) به حکایت دادنامه شماره ۱۵۷۶ - ۹۸۰۹۹۷۱۵۱۹۸۰ - ۱۸ / ۹ / ۱۳۹۸ شعبه بیست و نهم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران نیز در خصوص دعوی شرکت صنایع غذایی ... و آقای حسین ... به طرفیت بانک پارسیان، به خواسته ابطال شرط تعیین سود قرارداد

شد، آثار ذیل را برای این گونه شروط برشمرد:

۱. شرط خلاف مقتضای عقد

از جمله آثاری که در حقوق ایران می‌توان اشاره کرد، نادیده-انگاری خلاف مقتضای عقد بودن شروط نانوخته است؛ بدین معنا که اگر شرطی که قانون‌گذار اقدام به نادیده‌انگاری آن کرده است، شرط خلاف مقتضای عقد باشد، آن شرط موجب بطلان عقد نمی‌شود، بلکه عقد صحیح و شرط باطل و بلا اثر می‌گردد. این اثر را از مواردی که به‌عنوان شرط نانوخته در بخش قبلی بدان اشاره شد، به‌خوبی روشن می‌شود؛ چراکه در نمونه‌های که اشاره رفت (ماده ۱۰۶۹ و ماده ۷۲۸ ق.م. بنابر نظر مشهور و حتی بالاتر قریب‌به‌اتفاق، شرط خیار در فسخ و شرط عدم فروش مبیع مرهون، شرط خلاف مقتضای عقد است، حال آنکه قانون‌گذار با وجود شرط خلاف مقتضای عقد بودن، بنابر مصالحی، صرفاً شرط را باطل می‌داند و موجب بطلان عقد نمی‌داند. (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ج ۴/۴۷۰)

۲. حق فسخ مشروطه شرط باطل

مشهور فقهای امامیه در یک تقسیم‌بندی شروط باطل را به دو دسته تقسیم می‌کنند: شروط باطل غیرمبطل؛ یعنی شرطی که باطل هستند، ولی موجب بطلان عقد نمی‌شوند، مانند شرط غیرمقدور، شرطی که لغو و بیهوده است و شرطی که خلاف شرع است و شروط باطل مبطل؛ یعنی شرطی که علاوه بر اینکه باطل هستند، موجب بطلان عقد نیز می‌شوند مانند شرط خلاف مقتضای عقد و شرطی که موجب جهل به عوضین می‌شود (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق: ج ۸۹/۶)؛ همچنان که در قانون مدنی ایران، دو ماده ۲۳۱ و ۲۳۲ از این تقسیم‌بندی پیروی می‌کنند. از میان دو دسته اخیر، اثر شروط باطل مبطل در شروط نانوخته روشن است، ولی اثر شروط باطل غیرمبطل محل تأمل جدی صاحب-نظران گشته است.

در نظر حقوقدانان و مشهور فقها، شروط باطلی که مبطل نیستند، این گونه نیست که به‌صرف مبطل نبودن هیچ‌گونه اثری بر روی عقد نداشته باشد، بلکه این گونه شروط دارای آثار حقوقی خاصی است که بر سرنوشت قرارداد اثرگذار است؛ بدین ترتیب که این گونه شروط گرچه عقد را باطل نمی‌کند، لکن برای مشروطه‌له حق فسخ می‌دهد. در نتیجه اگر قراردادی متضمن شرط خلاف قانون یا خلاف شرعی باشد، آن قرارداد صحیح است، ولی مشروطه‌له شرط باطل حق فسخ دارد (روحانی، بی‌تا:

شده است که منطبق حاکم بر عقود الحاقی، با توجه به طبیعت چنین قراردادهایی مشکلی را ایجاد می‌کند که در قراردادهای دیگر عمدتاً پیش نمی‌آید و همین امر قانونگذاران را مجاب می‌کند که علیه طرف نیرومند و حاکم موضعی کنترل‌کننده اتخاذ کند (عابدینی، ۱۴۰۱: ۶۱۳) که در اینجا می‌توانیم از آن تحت عنوان نوعی «فرض حقوقی» نیز صحبت کنیم. دلیل می‌تواند این گونه تحلیل شود که در این نوع قراردادها، کشف قصد در عبارات قراردادی موضوعیت ندارد و با توجه به موضع قدرت و ضعف طرفین، ضعیف عمدتاً توان چانه‌زنی و مذاکره در جزئیات را ندارد. با لحاظ این منطق است که مسئله «آمره بودن مصوبات بانک مرکزی» مندرج در رأی دیوای عالی کشور را نیز باید در همین چارچوب تحلیل گردد (برای دیدن همین نظر نگاه کنید به منبع پیشین)؛ یعنی فرض تحمیل و در نتیجه بی‌اعتباری، هرچند اثبات خلاف آن نیز ممکن باشد؛ به این معنا، اگرچه عبارات استفاده شده در این رأی به اندازه کافی مفید مقصود پژوهش حاضر نیست، اما تحلیل نهایی آن از نظر ماهیت و طبیعت ابتدایی آن، بر موضوع حاضر حاکم است.

به این ترتیب، ناگفته پیداست که به‌رغم این تقریب که چهره‌ای از مجاز حقوقی است، رویه قضایی همچنان نهاد مورد علاقه خود، یعنی «بطلان» را ترجیح می‌دهد. با این وجود، قانونگذار فرانسوی، در موردی مشابه به درستی این نگرانی را منعکس و با وجود علم به اختلاف در استقلال این ضمانت اجراء، آن را حفظ و تثبیت کرده است. صدر ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «در قرارداد الحاقی، هر بند غیر قابل مذاکره که از قبل توسط یکی از طرفین تعیین شده باشد و عدم تعادل قابل توجهی بین حقوق و تعهدات طرفین قرارداد ایجاد کند، نانوخته تلقی می‌شود». اگرچه اکثر قراردادهای الحاقی نیز قراردادهایی هستند که تحت حقوق حاکم بر مصرف‌کننده قرار می‌گیرند و از این حیث بی‌واسطه در بستر حقوقی خاص تحلیل می‌شوند، باید توجه داشت که این صرفاً یک نمونه بارز و شایع از چیزی است که نهاد شروط فرضاً نانوخته بر آن اعمال می‌شود، اما منحصر به آن نمی‌شود و برعکس، تابع سیاستی است که قانونگذاران ممکن است، آن را هدف گرفته باشند.

آثار شرط نانوخته در حقوق ایران

با توجه به توضیحاتی که در حقوق ایران و فقه امامیه گذشت، به‌خصوص نمونه‌های حقوقی و فقهی که از شروط نانوخته ذکر

دولت‌ها برحسب مصالح و ضرورت‌های اجتماعی در حیطه حقوق قراردادهای رشد قابل توجهی داشته است؛ به طوری که دیگر عملاً اصل «حاکمیت اراده‌ها» و قاعده «العقود تابعه للقصود» (بنابر برخی از تفاسیری که از این قاعده وجود دارد) دچار محدودیت‌های قابل توجهی شده است.

یکی از مظاهر این قبیل دخالت‌ها و ایجاد محدودیت‌ها را می‌توان در نهاد «نانوشته‌تلقی کردن» شروط دانست. به موجب این نهاد، قانون‌گذار به طور صریح برخی از شروط را کلاً لم‌یکن در نظر می‌گیرد و در نتیجه واجد هیچ اثر حقوقی بر طرفین قرارداد نمی‌شود؛ هرچند در شرایط عادی (در صورت عدم شناسایی این نهاد از سوی قانون‌گذار) همان شروط می‌تواند یکی از ضمانت‌اجراهای فسخ و مبطل بودن عقد را در پی داشته باشد. این نهاد به طور روزافزونی در بسیاری از قوانین مادر و خاص نفوذ کرده است؛ به گونه‌ای که دیگر نمی‌توان آن را یک نهاد کم‌اهمیت جلوه داد و این ازدیاد تمسک، حاکی از اهمیت زیاد آن از منظر قانون‌گذاران خارجی از جمله فرانسه است. این گونه شروط حاوی آثار حقوقی قابل توجهی است. مهم‌ترین این آثار را می‌توان عدم جریان احکام ویژه بطلان در مورد این شروط، به رغم شباهت‌هایشان دانست. به عنوان مثال وفق مقررات حقوق فرانسه، بطلان مشمول مرور زمان می‌شود یا همچنان که یک عمل قضایی محسوب نمی‌شود، ولی قانون‌گذار هیچ‌کدام از این آثار را برای نهاد مورد نظر ما جاری نمی‌داند.

نویسندگان فرانسوی در برخورد با این نهاد راهی یکسانی را نپیموده‌اند، برخی این آثار را کم‌اهمیت می‌دانند و قائل هستند که این دو نهاد مستقل از هم نیستند. در مقابل برخی از نویسندگان از این دیدگاه انتقاد کرده‌اند و گفته‌اند، تصریح قانون‌گذار به این نهاد در برخی از مواد و تفاوت میان آن دو از لحاظ نظری (ماهیت و خصوصیت‌ها) و هم از لحاظ عملی (آثار)، به وضوح این دو نهاد را متمایز می‌کند. علاوه بر این ابراز داشته‌اند، نظریه‌هایی که به سوی یکسان‌نگاری این دو نهاد سوق پیدا کرده‌اند، ضمانت‌اجرای بطلان و استیلائی حقوقی آن بر سایر ضمانت‌اجراها را، دارای وزن تحلیلی یا حقوقی بیشتری نسبت به شایستگی‌هایشان می‌دانند.

این تحلیل نظری اخیر در حالی است که در حقوق ایران وضعیت وجودی این نهاد روشن نیست؛ به این دلیل واضح که هم بحثی از این نهاد نشده و هم اینکه گاه از اصطلاحات نامربوط، اما دقیقاً با همان مقصودی که از «شرط نانوشته» انتظار می‌رود، استفاده شده است. با توجه به همین نکته اخیر، می‌توان مصادیقی از این نوع استعمال‌ها را در برخی از مقررات حقوقی

ج ۵۵/۱۸؛ قمی، ۱۴۱۳؛ ج ۵/۴؛ تبریزی، ۱۳۸۹؛ ش: ج ۲۱۱/۷؛ هرچند عده‌ای از صاحب‌نظران با این دیدگاه مخالفت کرده‌اند. (امام خمینی، ۱۳۹۲؛ ج ۳۸۰/۵)

بنابر آنچه گفته شد، یکی از آثار حقوقی که می‌تواند بر شروط نانوشته مترتب دانست، این است که مشروط‌له حق فسخ نخواهد داشت. نمونه آن را می‌توان در ماده ۱۰۸۱ ق.م.مشاهده کرد؛ زیرا مطابق این ماده شرط بطلان نکاح در اثر عدم تأدیه مهر، با وجود اینکه شرطی باطل است و به موجب قواعد حقوقی مشروط‌له باید حق فسخ داشته باشد، با این وجود، قانون‌گذار این حق را نادیده می‌گیرد و حکم به صحت عقد بدون حق فسخ می‌دهد.

۳. مبطل بودن شروط باطل

یکی دیگر از آثار حقوقی محتمل در شروط نانوشته - که مبتنی بر اما و اگرهای فقهی و حقوقی متعدد است - را می‌توان در نزاع بسیار قدیمی که آیا شروط فاسد مفسد عقد نیز است یا نه، مشاهده کرد. بسیاری از فقها معتقد هستند هر گونه شرط فاسد ولو اینکه شرط خلاف مقتضای عقد نباشد یا اینکه حتی موجب جهل به عوضین نیز نشود، موجب فساد عقد می‌شود. این دسته از فقها استدلال‌های متنوعی مطرح کرده‌اند و مهم‌ترین آنها این است که عدم مبطلیت شرط باطل رضای من له الشرط را معیوب می‌کند و در نتیجه مشمول «تجاره عن تراض» نخواهد بود. به عبارت دیگر، مقصود متعاقدين عقد توأم با شرط بوده است و حال که شرط نیست، دیگر رضایی نخواهد بود. علاوه بر این برخی به قاعده «الشرط قسط من الثمن» استناد کرده‌اند. مطابق این قاعده شرط بخشی از ثمن است؛ به این معنا که شروط در انتخاب ثمن میان متعاقدين نقش دارد و بر روی آن تأثیر می‌گذارد، بنابراین، اگر شرط ساقط شود، ثمن مجهول خواهد بود و در نتیجه معامله غرری خواهد بود. (ابن فهد، ۱۴۰۷؛ ج ۴۰۶/۲-۴۰۷؛ طباطبایی، ۱۴۱۸؛ ج ۳۶۹/۱۱-۳۷۰)

به نظر می‌رسد بر پایه نظر این دسته از فقها نیز، شرط نانوشته دارای اثر حقوقی خواهد بود. در نتیجه با توجه به خاصیت نادیده-انگاری شرط نانوشته، می‌توان ادعا کرد که این گونه شروط موجب فساد عقد نمی‌شود، دقیقاً برخلاف سایر شروط باطل که از منظر این دسته از صاحب‌نظران موجب فساد عقد می‌شود.

بحث و نتیجه‌گیری

نظریه حاکمیت اراده‌ها همسو با اصل «دخالت حداقلی دولت» در روابط خصوصی، مبنای قدرتمندی برای مشروعیت رفتار انسان در حقوق قراردادهای فراهم می‌کند. با این وجود، دخالت

پرریسک که زمینه این‌گونه شروط در آنها بیشتر احساس می‌شود، لاجرم قانون‌گذار به‌سوی شناسایی آن همچنان که می‌رود (و باید برود)، بیشتر از پیش هم خواهد رفت، هرچند معنون به‌عنوان مورد نظر حقوق فرانسہ نباشد. در نتیجہ، لازم است رژیم حقوقی متناسب با ماهیت آن، مورد توجه قرار گیرد تا از خلط آثار حقوقی مترتب بر ماهیت‌های متشبهه غیریکسان در امان ماند.

مشاهده کرد، مصادیقی که به‌تصریح قانون‌گذار از آثار شروط باطل مستثنی گشته است، حتی اگر وارد تراضی طرفین شده باشد. این اثر خاص، دقیقاً با منطق حاکم بر «فرض‌های حقوقی» قابل تحلیل است. به‌نظر می‌رسد با توجه به روزافزونی شروطی که خلاف ضرورت‌های اجتماعی است، خصوصاً در روابط حقوقی که میان تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان و ارائه‌کنندگان خدمات در بستر فضای مجازی و کاربران آن و سایر عرصه‌های حقوقی

References

- Abedini, Hossein; Zakari, Abulfazl. (2022). "Examining the inclusion of the unanimous vote No. 749 of the General Board of the Supreme Court regarding cooperative facilities". *Research Journal of Islamic Law*, 4 (23), pp. 591-620. (In Persian)
- Adel, Morteza and Shams Elahi, Mohsen. (2017). "Unfair Terms in Consumer Contracts". *Private Law Research Quarterly*, Year 7, Number 52, pp. 205-233. (In Persian)
- Alina, Ng Boyte. (2014). "The Conceits of Our Legal Imagination: Legal Fictions and the Concept of Deemed Authorship". *NYU Journal of Legislation and Public Policy*, Volume 17, Issue 3, pp. 707-708.
- Andra-Ioana, ALEXE. (2017). "Clauses deemed unwritten. Acta Universitatis Lucian Blaga". *Iurisprudentia*, Issue No: 02, pp. 172-183.
- Ansari, Morteza. (1994). *Al Makasab*. Qom: World Congress honoring Sheikh Azam Ansari. (in Arabic)
- Asadi Hali, Ahmad bin Muhammad bin Fahd. (1985). "Al-Mahdab al-Bara' in the description of al-Mukhtasar al-Nafi". Qom: Islamic Publishing House. (in Arabic)
- Asadi Hali, Ahmad bin Muhammad bin Fahd. (1985). *Al-Mahdab al-Bara' in the description of al-Mukhtasar al-Nafi*. Qom: Al-Nashar al-Islami Institute.
- Audrey, COURT. (2021). *Le caractère non contraignant des clauses abusives*. https://chairedroitdelaconsommation.cyu.fr/medias/fichier/court-audrey_m2dcpc-memoire.
- Bahanov, B. (2020). "Truth in legal norms". *Philosophy*, 29, Volume 29, pp. 391-402.
- Baillod, R. (1996). *A propos des clauses réputées non écrites*. Mélanges dédiés à Louis Boyer. Presses de l'université des sciences sociales.
- Chantepie et M. Latina. (2018). *Le nouveau droit des obligations - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2ème éd., Dalloz.
- Comreau, V. (1993). *La clause réputée non écrite*.
- Confino. (2017). *Réflexions sur le réputé non écrit dans le bail commercial après la loi Pinel*.
- Fouzi Rashidi, Ibrahim. (2011). *Invalidation of legal action in Al-Kuwait civil and commercial law, a comparative study with the Jordanian law*. Master's thesis. Al Kuwait University. (in Arabic)
- Fuller, L. L. (1967). *Legal Fictions*, Stanford. California: Stanford University Press; London: Oxford University Press. xiii and (with index) p. 142. <https://constitutionwatch.com.au/wp-content/uploads/Lon-L-Fuller-Legal-Fictions.pdf>

- Gaudef, S. (1995). "Inexistence, nullit et annulabilité du contrat: essai de synthèse". *McGill Law Journal*, Vol. 40.
- H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas. (1999). *Leçons de droit civil*. Paris: Montchrestien.
- Har Ameli, Muhammad bin Hassan. (1998). *Vasael Al-Shia means*. Qom: Al-Bayt Institute, peace be upon them. (in Arabic)
- Ibrahim, Nader Mohammad. (2022). "Waqayyah al-Ashkhas al-Qadiriyyah for the Company of Trade, Man Al-Batalan - Atlalah Ali Al-Fransi Law, Manzor Qatari", *Al-Majla Al-Dawliyyah Lal-Qanun*, Vol. 11, Vol. 1, pp. 10-65. (in Arabic)
- J. Calais-Auloy et H. Temple. (2015). *Droit de la consummation*. 9e éd., Dalloz.
- J. Julien. (2017). *Droit de la consummation*. 2e éd., LGDJ, coll. Précis Domat.
- Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar. (2018). *Civil rights, mortgage and peace*. Tehran: Ganj Danesh. (In Persian)
- Karimi, Abbas; Kazemi, Ali. (1980). "Secret imposed conditions in Iran's consumer law and the latest legislative developments in French law; Examples and rulings". *Private Law Studies*, 53 (2), pp. 323-347. (In Persian)
- Katouzian, Nasser. (2016). *Course of civil rights, certain contracts*. What is the ninth Tehran: Ganj Danesh. (In Persian)
- Kolini, Muhammad bin Yaqub. (1986). *Al-Kafi*. Qom: Islamic Book Store. (in Arabic)
- Kullmann, J. (1993). *Remarques sur les clauses réputées non écrites*. Dalloz, Chron.
- Maksymilian Del Mar. (2015). *Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition*, in: Maksymilian Del Mar / William Twining (eds.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Cham: Springer.
- Manzur Michel Numa. (2003). "Reflexiones Sobre Las Clausulas no Escritas EN EL Codigo DE Comercio". *Revista – Mercatoria*, Vol. 2, Número 2.
- Mohaghegh, Kirki. (1992). *Jame Al-Maqasid*. Qom: Al-Al-Bayt Institute for Revival of Heritage.
- Mohqaq, Kirki. (1993). *Jame Al-Maqasid*. Qom: Al-Bayt Institution. (in Arabic)
- Mousavi Khomeini (RA), Seyyed Ruhollah. (BA). *Revision of principles*. Qom: Al-Sheikh Mohammad Al-Qwanini.
- Mousavi Khomeini (RA), Seyyed Ruhollah. (BA). *Tanqeh AL-osoul*. Qom: Sheikh Mohammad Al-Qawaani.
- N. Sauphanor-Brouillaud; C. Aubert De Vincelles; G. Brunaux et L. (No date). *Usunier, Les contrats de consommation*. Règles communes, 2e éd.
- Naqibi, Seyyed Abulqasem; Taghizadeh, Ibrahim; Hosseini, Adnan. (2022). "Validation of imposed conditions and protection of the weak party in imposed contracts in Islamic jurisprudence, Iran and Egypt Laws". *Civil Law Teachings*, 11 (23), pp. 239-270. (In Persian)
- Pakbaz, Siamak. (2022). *Description of French civil law*. The fourth. Tehran: Mizan. (in Arabic)
- Petruța-Elena Ispas. (2018). *Nullity and Clauses Considered Unwritten*. European International Conference of Law, Studies and International Relations.
- Pollard, S. (2010). "“As if” Reasoning in Vaihinger and Pasch". *Erkenntnis*, (1975), 73, 1.
- Rashti, Mirza Habibullah. (1986). *Fiqh al-Umamiyyah – AL-kheerat*. Qom: Davari bookstore. (in Arabic)
- Rouhani, Seyyed Mohammad Sadiq. Al-Sadiq (peace be upon him) *Jurisprudence*. Qom: Neshar moluf. (in Arabic)

- Shaareyan, Ebrahim and Torabi, Ebrahim. (2013). *Laws, a comparative study of French law reform plan with Iranian law and international documents*. Tehran: Shahradanesh Publications.
- Shaareyan, Ebrahim and Torabi, Ebrahim. (2014). *The law of obligations, a comparative study of the French law of obligations reform plan with Iranian law and international documents*. Tehran: Shahradanesh Publications. (In Persian)
- Shahidi, Mehdi. (2017). *Conditions included in the contract*. Tehran: Majd. (In Persian)
- Sobhani Tabrizi, Jafar. (2014). *Al-Mukhtar fi Haqam al-Khiyar*. Qom: Institute of Imam Sadiq, peace be upon him. (in Arabic)
- Tabatabai Qomi, Seyyed Taqi. (1992). *The bulk of the content*. Qom: Mahalati bookstore.
- Tabatabai Qomi, Seyyed Taqi. (2014). *Omdat AL-Matlab*. Qom: Mahalati bookstore. (in Arabic)
- Tabatabai, Seyyed Ali. (1997). *Riyad al-Masal*. Qom: Al-Bayt Institute, peace be upon them. (in Arabic)
- Tabrizi, Javad bin Ali. (1995). *Ershad al-Taleb*. Qom: Ismailian Institute.
- Tabrizi, Javad bin Ali. (1996). *Ershad al-Taleb*. Qom: Ismailian Institute.
- Van Ommeslaghe P. (2000). *Les Obligations Contractuelles*. Bruxelles: Jeune Barreau.
- Wéry, P. (2006). *La nullité des contrats*. De Boeck Et Larcier s.a. <https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/boeken/wery-ed-nullitecontrats-.pdf>