

Review of the Book *Advanced Civil Law – Analytical the Conditions Included in the Contract*

Ali Abbas Hayati*

Abstract

One of the most important issues in civil law is the issue of “Conditions in the contract”. The condition here is a sub-agreement in addition to the main contract, and such a condition is by nature a legal act. In the Iranian Civil Code, the provisions regarding the condition are stated in Articles 232 to 246. The source of inspiration for the provisions of this law is the French civil law and the books of Imami jurists. Nevertheless, because in the French civil law, an independent and coherent issue is not assigned to the conditions, the legislator has adapted all the rulings regarding the conditions from the books of Imami jurists. Therefore, to fully understand it, you should refer to these books. The book, entitled *Advanced Civil Law - Analytical the Conditions in the Contract*, written by Hassan Rahpik has dealt with this issue. Although this valuable book contains significant analysis and to some extent has been able to present the subject in a correct and understandable way, its critical review, both in terms of form and content, reveals some of its shortcomings and inadequacies. Therefore, it can be useful in future reforms if these suggestions are taken into account.

Keywords: Condition, Conditions in the Contract, Basic Condition, Additional Condition, Implicit Condition

* Assistant Professor, PhD in Private Law, Razi University, Kermanshah, Iran, aliahayati@yahoo.com

Date received: 2020-07-20, Date of acceptance: 2021-01-02

Copyright © 2010, IHCS (Institute for Humanities and Cultural Studies). This is an Open Access article. This work is licensed under the Creative Commons Attribution 4.0 International License. To view a copy of this license, visit <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/> or send a letter to Creative Commons, PO Box 1866, Mountain View, CA 94042, USA.

نقد و بررسی کتاب

حقوق مدنی پیشرفته - مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد

علی عباس حیاتی*

چکیده

یکی از مهمترین مباحث حقوق مدنی بحث «شروط ضمن عقد» است. مقصود از شرط در اینجا توافقی فرعی در ضمن عقد اصلی است و چنین شرطی از نظر ماهیتی نوعی عمل حقوقی است. در قانون مدنی ایران احکام راجع به شرط در مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶ بیان شده است. منبع الهام بخش احکام این قانون، قانون مدنی فرانسه و کتب فقهای امامیه است. اما به دلیل اینکه در قانون مدنی فرانسه، مبحث مستقل و منسجمی به شروط اختصاص نیافته است، قانونگذار تمامی احکام راجع به شروط را از کتب فقهای امامیه اقتباس کرده است. بنابراین، برای شناخت کامل آن باید به کتب مزبور مراجعه کرد. کتاب «حقوق مدنی پیشرفته - مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد» نوشته آقای دکتر حسن ره‌پیک به همین موضوع پرداخته است. با وجود اینکه این کتاب ارزشمند حاوی تحلیل‌های درخور توجهی است و تا حدودی توانسته است، موضوع مورد بحث را به درستی و قابل فهم ارائه کند، اما بررسی نقادانه آن هم از حیث شکلی و هم از حیث محتوایی پاره‌ای از نواقص و نارسایی‌های آن را نمایان کرده است که اگر مورد توجه قرار گیرد در اصلاحات بعدی آن می‌تواند مفید واقع شود.

کلیدواژه‌ها: شرط، شرط ضمن عقد، شرط ابتدایی، شرط الحاقی، شرط بنایی

* استادیار، دکترای حقوق خصوصی، عضو هیات علمی دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران، aliahayati@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۴/۳۰، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۱۳

۱. مقدمه

کتابی که مورد نقد و ارزیابی قرار می‌گیرد، با عنوان «حقوق مدنی پیشرفته - مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد» توسط آقای دکتر حسن ره‌پیک استاد دانشگاه علوم قضایی نگاشته شده است. هر چند این کتاب می‌تواند منبع مناسبی برای پژوهش‌های حقوقی باشد، ولی به نظر می‌رسد، نویسنده از این کتاب بیشتر به عنوان منبع درس حقوق مدنی در مقطع کارشناسی ارشد استفاده می‌کند. به همین دلیل بر آن شدیم که این کتاب را از حیث شکلی و محتوایی مورد نقد قرار دهیم تا کمکی به غنای آن در چاپهای بعدی باشد. روش تحقیق در این مقاله کتابخانه‌ای و نوع تحقیق تحلیلی - انتقادی است.

این کتاب دارای مقدمه‌ای سه صفحه‌ای است که در آن نویسنده بیشتر به تاثیرپذیری قانون مدنی از کتاب فقها در موضوع شروط ضمن عقد، اشاره کرده است. دارای چهار فصل است که در آن به ترتیب «مفهوم و ماهیت شروط ضمن عقد»، «شرایط صحت شرط»، «اقسام شروط و احکام آنها» و «اسقاط و انحلال تبعی شرط» مورد بررسی قرار گرفته است. انتشارات خرسندی آن را در قطع وزیری و در ۱۲۸ صفحه با طرح روی جلد ساده که متناسب کتابهای وزین حقوقی است با کیفیت مطلوب منتشر کرده است. تیراژ آن در چاپ دوم ۵۰۰ نسخه است که به نظر می‌رسد این عدد خیلی مناسب کتابهای وزین حقوقی نباشد. بعضی از ناشرین برای اینکه سریعتر کتابی را به چاپهای متعدد برسانند، در هر نوبت چاپ کتاب را در تیراژ پایین منتشر می‌کنند. هر چند این اشکال بیشتر به ناشر بر می‌گردد، ولی خود نویسنده اثر می‌تواند در خصوص تیراژ هر چاپ به ناشر توصیه کند، اثر را در هر نوبت چاپ در تیراژ رایج (مثلاً حداقل ۱۰۰۰ نسخه) منتشر کند. با این حال ممکن است کمبود و گرانی کاغذ عامل مهمی در تعیین تیراژ چاپ کتاب باشد. حروفچینی، تیربندی، قلم و سایز قلم مناسبی انتخاب شده است. با وجود این، انتخاب تیرهای کوتاه در سمت راست یا چپ ستونها هر چند می‌تواند خوش سلیقگی در صفحه آرایی کتاب قلمداد شود، ولی از منظر دیگر باعث هدررفت فضای زیادی از هر صفحه کتاب می‌شود، به نحوی که اگر کتاب بدون این تیرها منتشر شود، حجم کتاب حداقل به میزان یک سوم کاهش پیدا می‌کند. حال با توجه به اینکه حجم مطالب کتاب تقریباً صد صفحه است، اگر به شیوه معمول تایپ می‌شد و نهایتاً در چپ و راست هر صفحه سه سانتیمتر حاشیه در نظر گرفته می‌شد، کل مطالب کتاب به حدود هفتاد صفحه کاهش پیدا می‌کرد. کتاب تا حدودی فاقد اشکالات تایپی است. البته در صفحه ۵۵ و در ابتدای سطر پنجم «شرط

صحت» به غلط به جای «شرط صفت» بکار برده شده است که به نظر می‌رسد این فقط یک اشتباه تایپی است که با دقت در معنای عبارت، قابل تشخیص است. با وجود این، به نظر می‌رسد یکی از نقاط قوت کتاب نمایه‌ واژگان تخصصی حقوقی در پایان کتاب باشد که کار جستجو در کتاب را برای محققین آسان می‌کند. کتاب دارای نگارش روانی است و جمله بندی‌های مناسبی دارد. به طور کلی نویسنده این اثر، قلم گیرا و روانی دارد و سایر آثار ایشان نیز دارای همین ویژگی است. از حیث اصول و قواعد نگارش اسلوب مناسبی دارد و البته به مانند عموم کتابهای حقوقی نویسنده تلاشی در جهت ترجیح واژگان فارسی بر واژگان عربی ندارد. این کتاب از دو زوایه مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد. ابتدا به ارزیابی کتاب از حیث رعایت اصول روش تحقیق و سپس به تحلیل محتوایی مطالب آن می‌پردازیم.

۲. از حیث رعایت اصول روش تحقیق

برای اینکه این کتاب از حیث رعایت اصول روش تحقیق مورد ارزیابی قرار گیرد، لازم است عنوان، مقدمه، فهرست مطالب، مستندات و فهرست منابع آن مورد ارزیابی قرار گیرد تا مشخص شود، به چه میزان در نگارش آن موازین رایج روش تحقیق رعایت شده است. الف- عنوان: عنوانی که برای این اثر انتخاب شده است «حقوق مدنی پیشرفته - مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد» است. به نظر می‌رسد این عنوان با محتوای کتاب همسویی ندارد. زیرا عبارت «حقوق مدنی پیشرفته» با قلم درشتر در صدر است و این عبارت عنوان اصلی کتاب را تشکیل می‌دهد. در حالی که مطالب کتاب خیلی جزئی‌تر از این عبارت است. به نظر می‌رسد مقصود نویسنده این بوده است که این اثر مناسب درس حقوق مدنی پیشرفته در مقطع کارشناسی ارشد است. در حالی که هر خواننده حقوقی نمی‌تواند به چنین موضوعی پی ببرد و عموم خوانندگان به طور طبیعی ممکن است در مقابل عبارت اول عنوان، دچار نوعی بی‌اطلاعی شوند. در هر حال، به نظر می‌رسد عبارت «مفهوم، اقسام و احکام شروط ضمن عقد» مناسب‌ترین انتخاب برای عنوان این اثر باشد. ب- مقدمه: کتاب مورد نظر دارای مقدمه‌ای سه صفحه‌ای است. در مقدمه تصریح شده است به این نکته که قانون مدنی ایران از دو منبع مهم قانون مدنی فرانسه و فقه الهام گرفته است. با وجود این، در قانون مدنی فرانسه چون بحث شروط به عنوان نظریه‌ای مستقل مورد توجه قرار نگرفته است، لذا قانونگذار در تدوین مقررات راجع به شروط، به طور

کامل تحت تاثیر قانون مدنی فقه بوده است. به نظر می‌رسد در اینجا این سوال مهم برای خواننده مطرح می‌شود که تفاوت این دو رویکرد در چیست؟ چرا در قانون مدنی فرانسه به مانند کتب فقها «شروط» باب مستقل و مفصلی را به خود اختصاص نداده است. جواب این سوال را در بعضی از کتابهای حقوقی می‌توان یافت. مثلاً گفته شده است: «در حقوق فرانسه، بحث مستقلی، به بحث شروط، اختصاص داده نشده است. شاید به آن دلیل باشد که اولاً- در آن نظام حقوقی به خاطر پذیرش اصل آزادی قراردادها و اصل حاکمیت اراده، عقود معتبر منحصر در عقود معین نبوده و معتبر بودن عقود نامعین از دیرباز مورد پذیرش واقع شده است. لذا، ضرورتی در شرط نمودن محتوای عقد نامعین در ضمن عقد معین ندیده‌اند. ثانیاً- در آن نظام حقوقی، تقسیم‌بندی عقد به لازم و جایز مورد پذیرش واقع نشده و هر عقدی الزام آور دانسته شده است. ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه [در اصلاحات قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶ محتوای ماده مزبور با تغییراتی جزئی در ماده ۱۱۹۳ تکرار گردید]. مبین «قاعده الزام آور بودن و یا اجباری بودن قرارداد» است. مفاهیمی چون «عقد لازم و جایز» و «اصاله اللزوم» در آن نظام حقوقی از مفاهیم ناشناخته است. لذا، در مقایسه با حقوق ایران، نظام حقوقی فرانسه نه با چالش نامعتبر بودن عقود نامعین مواجه بوده است و نه با مسأله فسخ پذیری عقود جایز. بنابراین، طبیعی است، در این نظام حقوقی، در دو مورد نخست، ضرورتی به بکارگیری شرط ضمن عقد احساس نگردیده است. از این رو، به خاطر نوع چالش‌ها و مسائلی که قانونگذار ایرانی با آن مواجه بوده، باب شروط از اهمیت و جایگاه ویژه‌ای برخوردار شده است». (حیاتی، ۱۳۹۲، ص ۳۲۱).

لازم به توضیح است که هر چند دلیل اصلی پرورش احکام راجع به شروط ضمن عقد استفاده از آن غالب برای الزام آور نمودن توافقات خارج از عنوان عقود معین در ضمن عقدی معین و همچنین الزام آور کردن عقد جایز با شرط کردن آن در ضمن عقد لازم بوده است، ولی فقهای امامیه موضوع مورد توافق در شرط ضمن عقد را منحصر در این موارد نکرده‌اند. بلکه هر شرطی که شرایط اعتبار شرط را داشته باشد، می‌تواند به عنوان شرط ضمن عقد مورد توافق قرار گیرد که در این صورت می‌توان نتیجه گرفت، قلمرو موضوع شرط گسترده‌تر از دو مورد یاد شده است که بهانه اصلی پرداختن به بحث شروط ضمن عقد شده است.

اشکال عمده‌ای که بر مقدمه این کتاب وارد است این است که این مقدمه بیشتر به نتیجه‌گیری شباهت دارد تا به مقدمه. در مقدمه معمولاً نویسنده مسأله مورد نظر را تبیین

می‌کند و سپس پیرامون آن مسأله سؤالاتی را مطرح می‌کند تا خواننده با خواندن مقدمه به سمت مطالعه کتاب سوق پیدا کند و به پاسخ سؤالات برسد. ولی در مقدمه کتاب حاضر نویسنده بیشتر به مهمترین نتایجی که در بررسی شروط دست یافته است اشاره می‌کند. به طور معمول در مقدمه اشاره‌ای اجمالی به شیوه بررسی موضوع و تقسیم‌بندی مطالب می‌شود که در این مقدمه لحاظ نشده است.

ج- فهرست مطالب: در این کتاب حسب ظاهر نویسنده از روش متداول و سنتی تقسیم‌بندی مطالب استفاده کرده است. در این روش اگر به کتابهای معتبر علمی حقوقی مراجعه شود، دیده می‌شود عموم نویسندگان ترتیب فصل، مبحث، گفتار، بند، الف را رعایت می‌کنند. اما در این کتاب نویسنده فقط از تیترا فصل و مبحث استفاده کرده است و بعد از مبحث از عدد استفاده کرده است که متداول نیست و بهتر بود لااقل بعد از هر مبحث وارد گفتار می‌شدند (حیاتی، ۱۳۹۱، ص ۵۸ و ۵۹).

در فصل نخست نویسنده عنوان «مفهوم و ماهیت شروط ضمن عقد» را انتخاب کرده‌اند. مبحث نخست همین فصل نیز به همین عنوان اختصاص یافته است. در حالی که نباید عنوان قسیم و مقسم برابر باشد. بنابراین، بهتر بود مبحث اول به مفهوم شرط و مبحث دوم به ماهیت شرط اختصاص پیدا می‌کرد. لذا در حال حاضر مباحث دوم تا چهارم این فصل خارج از عنوان انتخابی برای این فصل است. با وجود این، عنوان انتخابی فصل دوم یعنی «شرایط صحت شرط» از نقاط قوت این کتاب است و به ندرت نویسنده‌گان چنین عنوان درستی را برای بررسی شرایط اعتبار شرط انتخاب کرده‌اند (حیاتی، ۱۳۹۲، ص ۳۲۴). با وجود این، بهتر بود در این فصل ابتدا شرایط عمومی اعتبار اعمال حقوقی و سپس شرایط اختصاصی اعتبار شرط را بررسی می‌کرد. در شرایط عمومی همان شرایط مقرر در ماده ۱۹۰ بررسی می‌شد و در شرایط اختصاصی مثلاً تطابق شرط با مقتضای ذات عقد مورد بررسی قرار می‌گرفت. اما اشکال عمده‌ای که در این فصل به چشم می‌خورد این است که بعضی از مباحث از جمله مبحث ششم (مثل جریان اصل صحت در شروط) خارج از عنوان انتخابی برای این فصل است.

بر فصل سوم اشکال خاصی وارد نیست. ولی به نظر می‌رسد در فصل چهارم بهتر بود نویسنده فقط به موضوع تاثیر انحلال شرط بر عقد مشروط می‌پرداخت و بحث اسقاط شرط را در فصل سوم و به دنبال بررسی هر یک از اقسام شروط بررسی می‌کرد. زیرا

اسقاط‌پذیری یا اسقاط‌ناپذیری شرط از احکام شروط است و با عنوان فصل سوم همسویی دارد.

د- مستندات و فهرست منابع: در این کتاب از شیوه سنتی و معمول ارجاع در پاورقی استفاده شده است و در تمامی موارد ارجاعات یک دست تنظیم شده است. از نقاط قوت این کتاب این است که از منابع آرایشی استفاده نشده است. توضیح آنکه متاسفانه بعضی از نویسندگان ارجاعات فراوان و تنظیم فهرست منابع عریض و طویل را از نقاط قوت کار خود می‌دانند که به نظر می‌رسد چنین کاری شبیه بزک کردن عجوزه است. اما در این کتاب نویسنده فقط از منابعی که مورد استفاده قرار داده است یاد کرده است. در تنظیم فهرست منابع نیز اصول و قواعد روش تحقیق به درستی رعایت شده است. با وجود این اگر نویسنده قصد داشت مفصل‌تر عنوان انتخابی را مورد بررسی قرار دهد، بهتر بود از منابع فقهی و حقوقی بیشتری استفاده می‌کرد. شاید به علت استفاده کم از منابع لاتین، از تنها کتاب مورد استفاده در مقدمه، در فهرست منابع یاد نشده است.

۳. از حیث محتوا

محتوای کتاب را مباحثی علمی و درخور مطالعه تشکیل می‌دهد. نویسنده در این کتاب به خوبی مفاهیم اصلی مرتبط را با اتکاء به منابع فقهی تشریح و تحلیل نموده است و از تکرار مطالب سایر نویسندگان اجتناب کرده‌اند. به همین دلیل مطالعه این اثر برای خوانندگان مفید خواهد بود. با وجود این، ممکن است از نظر منتقدی چون حقیر اشکالات و یا ایراداتی بر بعضی مطالب آن وارد باشد که به صورت نکته‌ای به آنها اشاره می‌شود.

(۱) - در صفحه ۲۹ کتاب، گفته شده است: «..... در ماده ۲۲۵ قانون مدنی، شرطی که در عرف با عقد ملازمه داشته باشد به منزله شرط ضمن عقد تلقی شده است. همچنین، در ماده ۲۲۰ قانون مدنی، طرفین عقد به نتایج و آثار عرفی و قانونی که با تصریحات عقد، ملازمه داشته باشند ملزم شده‌اند.....». با توجه به اینکه این مطلب ذیل عنوان «شرط ضمنی» بیان شده است، لذا به نظر می‌رسد نویسنده اعتقاد دارد در هر دو ماده مذکور اگر شرطی به موجب عرف یا قانون در پی قراردادی لازم‌الرعايه باشد، به منزله شرط ضمنی است، در حالی که چنین استنباطی صحیح به نظر نمی‌رسد. زیرا، مقصود از عرف در ماده ۲۲۰ «عرف حکمی» و مقصود از عرف در ماده ۲۲۵ «عرف موضوعی» است. عرف حکمی در برابر «عرف موضوعی» قرار دارد. منظور از عرف موضوعی عرفی است که برای تبیین امور

موضوعی مورد استناد قرار می‌گیرد. بودن عرف در کنار واژه قانون در ماده مورد اشاره نشانگر آن است که مقصود از عرف در اینجا عرف حکمی است. ماده ۲۲۵ در صدد تعیین قلمرو امور موضوعی قرارداد بوده است. به عنوان مثال، اگر عرف، حمل را در بیع حیوان جزء مبیع بداند، در قرارداد، باید آن را وارد در قلمرو موضوعات مورد توافق بدانیم، حتی اگر قرارداد بیع مزبور منصرف به آن باشد. بنابراین، اگر با تفسیر قرارداد به این نتیجه رسیدیم که شرطی در نظر عرف به منزله ذکر در عقد است یعنی طرفین به صورت ضمنی آن را پذیرفته‌اند. لذا می‌توان آن را شرط ضمنی قلمداد کرد. ولی الزامات قانونی و عرفی قرارداد، که در ماده ۲۲۰ به آن اشاره شده است، مقصود از آن، الزامات خارج از توافقات صریح یا ضمنی متعاقدین است. یعنی این الزامات علی‌رغم اینکه، خارج از قلمرو تراضی طرفین بوده است، ایجاد الزام می‌کند. مانند الزام آور بودن پرداخت نفقه زوجه به دنبال انعقاد عقد نکاح. یا الزام آور بودن مقررات قانون کار به دنبال انعقاد قرارداد کار. این دسته اخیر الزامات را می‌توان تعهدات تبعی قراردادی نامید. یعنی تعهداتی که به تبع قرارداد (و نه در ضمن قرارداد) الزام آور هستند. (برای توضیح بیشتر رجوع شود، حیاتی، الف ۱۳۹۳، ص ۲۶). بنابراین، تعهداتی که به تبع قرارداد الزام آور هستند تعهدات ضمن عقد قلمداد نمی‌شوند و به همین دلیل نمی‌توان در کنار ماده ۲۲۵ در موضوع مورد نظر به ماده ۲۲۰ هم استناد نمود.

در همین صفحه، نویسنده به تحلیل ماده ۳۵۶ قانون مدنی پرداخته‌اند و به نظریه‌ای که مبنای وضع قسمت اخیر ماده قرار گرفته است، یعنی «..... اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند» پرداخته است. راجع به جایگاه حقوقی قسمت آخر ماده در مجموع دو نظر وجود دارد. عده‌ای از حقوقدانان اعتقاد به تخلف این قسمت از ماده از قاعده مشهور «العقود تابعه للقصود» دارند. نظر دیگر می‌گوید: این قسمت از ماده منطبق با قاعده مشهوری است که به آن اشاره شد. اساس این نظریه مبتنی بر تقسیم شرط ضمنی به شرط ضمنی عرفی و شرط ضمنی بنایی است. با توجه به اینکه در خصوص این ماده اختلاف نظر وجود دارد، نپرداختن به نظریه‌های مقابل نوعی نقص در طرح بحث محسوب می‌شود. یعنی در جایی که پیرامون موضوعی نظرهای مختلفی میان فقها و حقوقدانان وجود دارد، نویسنده برای بیانی کامل، بهتر است به نقد نظرهای مختلف پردازد و آنگاه نظر مختار خود را تقویت نماید. در حالی که در اینجا این امر اتفاق نیافتاده است. با توجه به اینکه عبارت «مباحث

تحلیلی» در عنوان این کتاب دیده می‌شود، لازم است در آن به چنین مباحث تحلیلی پرداخته شود.

۲- در صفحه ۳۳ نویسنده از «شرط الحاقی» سخن به میان آورده است. یعنی شرطی که بعد از تحقق عقد به آن ملحق می‌شود. اما در اینجا خیلی به اجمال از این مسأله مهم یاد شده است. یکی از مهمترین سؤالاتی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا شرط الحاقی اگر فقط به صورت تعهدی یکجانبه علیه یکی از طرفین عقد باشد دارای اعتبار است؟ الحاق شرط به عقد در صورتی معتبر است که فقط برای یکی از طرفین عقد، ایجاد تعهد نکند. زیرا، ایجاد تعهد یکجانبه بدون اینکه برای مشروط علیه عوضی در بر داشته باشد، باطل است. اما، اگر شرط متأخر از عقد، به نحو معاوضی واقع شود، به نحوی که هر یک از متعاقدین، به یک اعتبار مشروط له و به اعتبار دیگر مشروط علیه باشند، می‌توان، آن را معتبر دانست. در این حالت، به هنگام توافق بر شرط متأخر از عقد، رعایت شرایط اساسی صحت معامله (ماده ۱۹۰ ق.م) از سوی طرفین شرط، الزامی است (حیاتی، ۱۳۹۲، ص ۳۲۳). شورای نگهبان نیز بر همین اساس در خصوص شرط افزایش مهریه چنین نظر داده است: «مهریه شرعی همان است که در ضمن عقد واقع شده و ازدیاد مهریه بعد از عقد شرعاً صحیح نیست و ترتب آثار مهریه بر آن برخلاف موازین شرع شناخته شد» (نظریه شماره ۳۵۰۷۹/۳۰/۸۸ مورخ ۱۳۸۸/۵/۱۲). البته نکته جالب توجه این است که نویسنده در صفحه ۳۸ به بطلان شرط ابتدایی که به صورت تعهد یکجانبه است تصریح نموده است. این قول که قولی صحیحی است می‌تواند مبنای بطلان شرط ابتدایی که به صورت تعهد یکجانبه به عقد ملحق شده است قرار گیرد. راجع به همین موضوع بعضی از حقوقدانان نظر مخالف دارند مثلاً بعضی از حقوقدانان گفته‌اند اگر کسی تعهدی را در مقابل دیگری بپذیرد و طرف مقابل آن را قبول نماید این تعهد صحیح و الزام آور خواهد بود. بر اساس دیدگاه این دسته از حقوقدانان تعهدات یکجانبه و بلاعوض صحیح است (صفایی، ۱۳۹۵، ص ۱۵)

۳- در صفحه ۳۸ و ۳۹ این عبارت چنین بیان شده است: «حتی ایقاع عهدی نیز به جز در موارد خاص که با اعلام آن برای دیگران، منافع و رغبت‌هایی ایجاد می‌کند (مانند جعله، بنا بر ایقاع بودن آن) از نظر حقوقی، التزامی برای موقع به وجود نمی‌آورد...». اول لازم است مفهوم تعهد مشخص شود. در تعریفی جامع می‌توان گفت:

تعهد، رابطه‌ای حقوقی است، میان یک یا چند شخص، در برابر یک یا چند شخص دیگر، که به موجب آن، طرفین تعهد، به صورت یکجانبه و یا دوجانبه، به حکم قانون یا قرارداد، ملزم به انتقال یا تسلیم مال، انجام و یا خودداری از انجام امری می‌شود(ند) (حیاتی، ۱۳۹۲، ص ۲۱).

بنابراین، نباید تعهد را با اثر حقوقی یکی دانست. در هر تعهدی برای متعهد له امکان الزام متعهد به ایفای تعهد وجود دارد و ایجاد الزام و التزام اساس تعهد را تشکیل می‌دهد. با این مقدمه می‌توان گفت در عبارتی که از کتاب مورد نظر ذکر شد تضاد وجود دارد. زیرا اگر ایقاع عهدی وجود داشته باشد، یعنی ایقاعی که ایجاد تعهد می‌کند. در این صورت، ایجاد التزام برای موقع (واقع کننده ایقاع) حتمی است و نمی‌شود آن ایقاع را عهدی نامید، ولی ایجاد التزام و تعهد نکند. بنابراین، به نظر می‌رسد، ایقاع عهدی وجود ندارد. یعنی ایقاعی وجود ندارد که ایجاد تعهد کند. زیرا تعهد رابطه‌ای حقوقی است میان حداقل دو شخص. منشأ تعهد ممکن است عمل حقوقی و یا واقعه حقوقی باشد. اگر ایقاع عمل حقوقی یکجانبه باشد، چطور می‌تواند تعهدی را ایجاد کند که از یک سو خود موقع متعهد و طرف مقابل او متعهد له باشد، در حالی که متعهد له هیچ اعلام اراده‌ای در ایجاد این اثر حقوقی نداشته است. بنابراین، به نظر می‌رسد این عبارت جای اصلاح دارد. یعنی به جای اینکه از ایقاع عهدی سخن به میان آید، گفته شود، اراده یکجانبه (ایقاع) نمی‌تواند ایجاد تعهد کند.

۴- یکی از نقاط قوت کتاب اختصاص فصلی از آن به «شرایط صحت شرط» است. در این فصل نویسنده به خوبی بحث در خور توجهی را مطرح کرده‌اند. البته در صفحه ۵۰ ذیل مبحث «اهلیت» بهتر بود به این نکته اشاره می‌شد که در شرط الحاقی وجود اهلیت در طرفین شرط، مستقل از عقد مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. زیرا ممکن است طرفین به هنگام تشکیل عقد دارای اهلیت باشند، ولی به هنگام توافق بر شرط الحاقی، فاقد آن باشند. در صفحه ۵۱ نویسنده به درستی از مشروعیت جهت شرط سخن به میان آورده است و بیان نموده‌اند که جهت شرط نیز باید مشروع باشد. نظری که با تحلیل درست از آن دفاع شده است. با وجود این، به نظر می‌رسد، بهتر بود در اینجا نویسنده از تاثیر بطلان شرط به دلیل نامشروع بودن جهت بر عقد اصلی، سخن به میان می‌آورد. مثلاً آیا در صورت بطلان شرط برای مشروط له حق فسخ قرارداد وجود دارد یا خیر. کما اینکه در بحثی مشابه نویسنده در

صفحه ۵۶ و ۵۷ در مورد بطلان شرط به دلیل نامشروع بودن و یا غیر عقلایی بودن آن، به همین موضوع پرداخته‌اند.

۵- در صفحه ۵۵ نویسنده در بیان شرایط مورد شرط در فقره دوم «فایده و نفع عقلایی داشتن» را مورد بررسی قرار داده است و در انتهای صفحه گفته‌اند: «ملاک تشخیص منافع عقلایی، منافع نوعی و غالب مورد شرط است». در بحثی مشابه و در تعریف مال حقوقدانان وقتی ارکان تعریف را تشریح می‌نمایند یکی از شرایط مال دانستن چیزی داشتن نفع عقلایی ذکر می‌کنند. در همین قسمت حقوقدانان گفته‌اند نفع در اینجا مفهومی نسبی دارد و مقصود از نسبت نفع آن است که اینگونه نیست هر مالی لزوماً برای همگان سودمند باشد؛ بلکه، از آنجا که نیازمندیهای اشخاص گوناگون است، لذا، آنان بر اساس نیازی که دارند از منافع اموال بهره‌مند میشوند. چه بسا مالی در رابطه دو یا چند نفر دارای نفع عقلایی باشد، اما، در رابطه با دیگران فاقد چنین نفعی باشد. در این صورت، آن چیز فقط در رابطه با کسانی که می‌توانند از آن نفعی عقلایی ببرند مال خواهد بود. به همین دلیل حقوقدانان می‌گویند، مفهوم نفع و ارزش نسبی است نه مطلق. البته، بسیاری از مصادیق اموال برای همگان سودمند است. مثلاً، اموالی که دارای نفعی مادی هستند، از این قبیلند. مانند مسکن، خوراک، پوشاک و ... اما پاره‌ای از اموال هستند، صرفاً، برای عده‌ای محدود دارای ارزش و فایده‌اند. به عنوان مثال، عکسی که یادگار خانوادگی است فقط برای اشخاصی که به آن عکس تعلق خاطر دارند مال محسوب شود. به همین دلیل، اگر برای تصاحب آن، بهایی پرداخت شود، غیرعقلایی نیست. چه بسا، این عکس برای هیچ کس دیگری، نفعی عقلایی نداشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۷). با این توصیف می‌توان گفت ضابطه تشخیص نفع نوعی نیست بلکه شخصی است. یعنی در هر مورد باید دید آیا چیزی برای اشخاص مورد نظر دارای نفع است یا خیر. در مورد نافع بودن شرط نیز به نظر می‌رسد باید از همین ضابطه استفاده نمود. در هر حال حتی اگر ضابطه نوعی برگزیده شود، بهتر است ابتدا هر دو ضابطه مورد بررسی قرار گیرد و آنگاه در جهت تقویت نظریه مختار استدلال شود. همچنانکه قبلاً نیز به آن اشاره شد چون در عنوان کتاب از «مباحث تحلیلی» استفاده شده است، لذا زمانی می‌توان گفت مباحث به صورت تحلیلی مورد بررسی قرار گرفته است که نظریات مختلف مورد ارزیابی قرار گیرد و پس از نقد ادله ابرازی آنان، به تقویت نظریه مختار پرداخته شود.

لازم به ذکر است که در مواد ۲۱۵ و ۳۴۸ قانون مدنی از نفع عقلایی سخن به میان آمده است. مطابق ماده ۲۱۵: «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد.» نکته قابل توجه در این ماده آن است که حسب ظاهر، علاوه بر مالیت داشتن، چیزی که مورد معامله قرار میگیرد، باید منفعت عقلایی مشروع نیز، داشته باشد. این در حالی است که به نظر می‌رسد، مال دانستن چیزی متوقف بر داشتن منفعت عقلایی و مشروع است. یعنی تا زمانی چیزی منفعت عقلایی و مشروع نداشته باشد، نمی‌توان آن چیز را مال دانست. لذا، در ماده مورد اشاره کافی بود قید شود: «در قراردادهای مالی، مورد معامله باید مالیت داشته باشد.» طبیعی است مال دانستن چیزی شرایطی را می‌طلبد که از جمله این شرایط، داشتن منفعت عقلایی مشروع است. به نظر می‌رسد ماده مزبور تحت تأثیر ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی فرانسه انشاء شده است این ماده مقرر می‌دارد: «فقط چیزهایی که ارزش اقتصادی دارند قابلیت آن را دارند که مورد معامله قرار گیرند»^۱.

علاوه بر این، ماده ۳۴۸ قانون مدنی مقرر نموده است: «بیع چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد باطل است.» در این ماده دو تفاوت نسبت به ماده قبلی مشاهده می‌شود. نخست آنکه، قید «مشروع» بعد از «منفعت عقلایی» مورد استفاده قرار نگرفته است. دوم آنکه، داشتن منفعت عقلایی به عنوان قید توضیحی با حرف ربط «یا» بعد از واژه «مالیت» بکار رفته است. ایرادی که نسبت به ماده قبل، دیده نمی‌شود، این است که، عبارت «منفعت عقلایی» چیزی جدای از مفهوم مال دانسته نشده است؛ بلکه، جزئی از تعریف مال است. اما، در مورد تفاوت اول می‌توان گفت، قانونگذار تفکیکی بین عقل و شرع قائل نشده است. مبنای این عدم تفکیک، می‌تواند قاعده ملازمه شرع و عقل باشد.^۲ بنابراین، ذکر قید مشروع بعد از «عقل» از جهت تأکید بیشتر است نه از جهت ایجاد حریم میان آن دو. به نظر می‌رسد، بهتر بود نویسندگان در تحلیل داشتن نفع عقلایی و مشروع شرط، به مواد مزبور به شکلی که بیان شد اشاره می‌نمود.

۶- در صفحه ۵۸ نویسنده «مشروع بودن» را از شرایط مورد شرط قلمداد کرده است. در صفحه ۵۵ قید می‌کند «مقصود از نفع و فایده سود مالی نیست». در همین صفحه قید کرده‌اند: «عنوان منفعت عقلایی با مشروعیت تفاوت دارد. چه بسا، منفعتی عقلایی باشد، مانند استفاده از اسلحه جنگی اما قانونگذار بنا بر مصالحی خرید و فروش آن را نامشروع اعلام کند.» به نظر می‌رسد در اینجا تسامحی صورت گرفته است. زیرا، در اعتبار اعمال حقوقی باید مقتضی و مانع را از هم متمایز نمود. برای اعتبار عمل حقوقی مجموعه

شرایطی که برای صحت آن لازم است مقتضی نامیده می‌شود. برای اعتبار هر عمل حقوقی باید مقتضی موجود باشد و برای موثر بودن آن، به علاوه لازم است مانع نیز مفقود باشد. نامشروع بودن مورد شرط به وضعیت خود متعلق شرط بر می‌گردد. یعنی اگر متعلق شرط امر نامشروعی باشد، شرط باطل است. زیرا چنین شرطی فاقد شرایط صحت است. به تعبیر دیگر برای اعتبار چنین شرطی، مقتضی موجود نیست. مثلاً مشروبات الکلی نامشروع است چه موضوع عقد اصلی قرار گیرد عقد باطل است و چه موضوع شرط قرار گیرد شرط باطل است. اما گاهی نفس چیزی نامشروع نیست. بلکه قانونگذار بنا به مصالح خاصی، معامله آن را منع می‌کند. مثلاً ده هکتار زمینی که موقوفه است، نامشروع نیست؛ بلکه مشروع است. با وجود این، قانونگذار بیع مال موقوفه را منع می‌کند (ماده ۳۴۸ قانون مدنی) یا اسلحه فی نفسه نامشروع نیست، بلکه قانونگذار بنا به مصالحی خرید و فروش آن را منع می‌کند. بنابراین، علت بطلان بیع اسلحه نامشروع بودن موضوع نیست بلکه منع قانونی است. یعنی در چنین بیعی مقتضی موجود است، اما مانع مفقود نیست. به دلیل منع قانونگذار چنین بیعی معتبر نیست. بنابراین، علی‌رغم اینکه میان نافع بودن و مشروع بودن تفاوت وجود دارد ولی مثالی که مورد استناد قرار گرفته است صحیح به نظر نمی‌رسد.

در ادامه همین بحث نویسنده گفته است «مقصود از مشروع بودن شرط، عدم مخالفت منافع مورد شرط با قواعد آمره و نظم عمومی است». از بیان مزبور چنین استنباط می‌شود که قواعد آمره و نظم عمومی دو موضوع متمایز از هم هستند که شرط ضمن عقد نمی‌تواند خلاف آنها باشد. در حالی که در تحلیل دقیق‌تر می‌توان گفت، وجود نظم که سامان بخش روابط مناسب و آسان اجتماعی باشد امری اجتناب‌ناپذیر است. نظم که سامان بخش روابط اجتماعی است به نظم عمومی اشتهار دارد. در برابر نظم عمومی نظم خصوصی قرار دارد. نظم خصوصی، به زندگی شخصی و خصوصی افراد مرتبط است و از آنجا که هدف حقوق بر قراری نظم در روابط اجتماعی است، لذا نظم که باید در زندگی خصوصی افراد حاکم باشد، دغدغه حقوق نیست. اما بسامان کردن جامعه، یعنی ایجاد نظم عمومی در روابط اجتماعی، هدف و آرمان اصلی حقوق است. نظم عمومی، بر این ایده استوار است که اگر میان منافع عمومی اجتماع و منافع خصوصی اشخاص تعارضی به وجود آید، برتری با منافع عمومی اجتماع است. از این رو، نظم عمومی از اهمیت بیشتری برخوردار است و نسبت به منافع خصوصی اشخاص برتری انکارناپذیری دارد. اما به نظر می‌رسد، تفکیک میان قوانین آمره و نظم عمومی تفکیک نادرستی است. زیرا، تمامی قوانین

آمره با نظم عمومی جامعه مرتبطاند و به تعبیر دیگر، قوانین آمره به دنبال تأمین نظم عمومی اجتماعی‌اند. اما سؤال این است که آیا نظم عمومی جامعه فقط با وجود قوانین آمره تأمین می‌شود و فراتر از آن، نظم عمومی قلمروی ندارد؟ به عبارتی دیگر، نسبت میان نظم عمومی و قوانین آمره از حیث منطقی است؟ بعضی از حقوقدانان در صدد تفکیک میان این دو مفهوم برآمده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۴۹). ولی، به نظر می‌رسد، تلاش برای تفکیک بی‌ثمر است و لاقلاً ارائه مثالی که بتواند مرز میان آن دو را مشخص نماید، دشوار است. لذا، در خصوص نسبت میان نظم عمومی و قوانین آمره بهتر است بگوئیم قوانین آمره به دنبال برقراری نظم عمومی در جامعه‌اند. در این صورت، نظم عمومی هدف است و قوانین آمره ابزار برقراری آن. لذا دادرسی نمی‌تواند بدون استناد به نص قانونی، به بهانه مغایرت قرارداد با نظم عمومی، حکم به ابطال آن صادر کند. لازم به توضیح است که نظم عمومی فقط با وجود قوانین، تأمین نمی‌شود و بلکه قوام‌بخش نظم عمومی علاوه بر این، ممکن است اصول حقوقی و یا پاره‌ای از احکام فقهی باشد که در متون قوانین موجود نیستند.

حال که مفهوم نظم عمومی از قواعد آمره متمایز گردید، جای این سوال وجود دارد که آیا مقصود از مشروع بودن شرط، فقط یعنی خلاف قواعد آمره نبودن؟ به نظر می‌رسد باید دائره مفهوم شرع را قدری توسعه داد. زیرا اگر پذیرفته شود همه قوانین آمره منطبق با احکام شرع است، در مقابل نمی‌توان گفت تمامی احکام شرع وارد در حقوق موضوعه شده است. به طور کلی فلسفه وجودی اصل ۱۶۷ قانون اساسی که به قاضی اجازه داده است در صورت سکوت، نقص یا اجمال قانون به منابع معتبر فقهی یا فتاوی معتبر رجوع نماید این است که همه احکام شریعت وارد، در حقوق موضوعه نشده است. بنابراین، بهتر است گفته شود شرع قلمرو گسترده‌تری از قوانین آمره دارد. حتی به استناد ماده ۹۷۵ قانون مدنی که مقرر کرده است:

محکمه نمیتواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا بعلت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب میشود به موقع اجرا گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

می‌توان گفت شرط نمی‌تواند خلاف اخلاق حسنه باشد. زیرا، شرط، هر چند وجودی استقلال‌ی ندارد، ولی نوعی قرارداد است و نمی‌تواند خلاف اخلاق حسنه باشد.

بنابراین، به اجمال می‌توان گفت. اولاً شرط نباید خلاف قواعد آمره باشد. ثانیاً شرط نباید خلاف احکام شرعی که تخلف از آن جایز نیست باشد. ثالثاً شرط نباید خلاف اخلاق حسنه باشد. شرط خلاف قواعد آمره مثل اینکه بر مشروط علیه شرط کنند که شخصی را مضروب نماید. شرط خلاف احکام شرعی که وارد در قلمرو حقوق موضوعه نشده است، مثل اینکه در عقد نکاح عدم وطی شرط شود. شرط خلاف اخلاق حسنه مانند اینکه در ضمن عقد بیع بر بایع شرط شود زوجه خود را طلاق دهد تا خریدار بتواند بعداً با آن ازدواج نماید. لازم به ذکر است سه شرط «مقدور بودن»، «نافع بودن» و «مشروع بودن» در ماده ۲۳۲ قانون مدنی مورد تصریح قرار گرفته است. بهتر بود در بررسی هر یک از این شروط به ماده قانونی مزبور استناد می‌شد.

(۷) - در صفحه ۵۹ کتاب شرط «معلوم بودن» موضوع شرط مورد بررسی قرار گرفته است. در اینجا نویسنده گفته‌اند: «به دلیل شرایط خاص شرط، از جمله فرعی بودن آن، شرط ضمن عقد از جمله اعمال حقوقی تسامحی تلقی شده که علم اجمالی در تحقق آن کفایت می‌کند». به نظر می‌رسد این عبارت مبنای دقیقی نداشته باشد. زیرا اگر شرط در ضمن عقود مبتنی بر معامله باشد، مثل شرط ضمن عقد بیع، نمی‌توان در هر حال آن را مبتنی بر مغایه قلمداد کرد. ضمن آنکه در ضرورت معلوم بودن مورد شرط، لاقبل اختلاف نظر وجود دارد. بهتر بود در اینجا ادله حقوقدانانی که معتقدند مورد شرط باید معلوم و معین باشد و از این حیث شرط تابع قواعد عمومی قراردادها است، مورد بررسی قرار می‌گرفت. استدلال قائلین به قول مخالف حتی قوی‌تر به نظر می‌رسد که به مواردی از آن ذیلاً اشاره می‌شود. اولاً- شرط نیز مشمول عنوان کلی «معامله» است. و با توجه به ماده ۱۹۰ قانون مدنی که متضمن شرایط اساسی اعتبار معامله است، باید شرط را هم مشمول احکام این ماده دانست. بند ۳ ماده ۱۹۰ مقرر نموده است، مورد معامله، باید معین باشد. ضمانت اجرای مجهول بودن مورد معامله بطلان است. لذا، اگر متعلق شرط مجهول باشد، به استناد حکم مذکور، می‌توان شرط را باطل دانست. اما از آنجا که بطلان عقد اصلی، نیاز به تصریح دارد و تصریحی در این خصوص دیده نمی‌شود، لذا، باید عقد اصلی را محمول بر صحت نمود. ثانیاً- قائلین به قول اعتبار شرط مجهولی که جهل به آن، باعث جهل به عوضین نمی‌شود، نظر خود را مستند به مفهوم مخالف بند ۲ ماده ۲۳۳ نموده‌اند. در حالیکه، مفهوم مخالف بند ۲ ماده مورد اشاره، نمی‌تواند، با صراحت بند ۳ ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ قانون مدنی معارضه نماید. بر همین اساس قائل شدن به بطلان، وجهی‌تر به نظر می‌رسد.

ثالثاً- منطقی نیست شرط مجهول معتبر باشد زیرا، اگر چنین باشد، باید مشروطاً له بتواند، اجبار مشروطاً علیه را به انجام شرط درخواست نماید. در چنین حالتی آیا دادگاه می‌تواند وی را به انجام امر مبهم اجبار نماید؟ بدیهی است، دادگاه، نباید نسبت به خواسته نامعلوم، حکم صادر کند. زیرا، مطابق ماده ۳ قانون اجرای احکام مدنی: «حکمی که موضوع آن معین نیست، قابل اجراء نمی‌باشد». در نتیجه، می‌توان گفت، موضوع شرط باید معلوم و معین باشد. اگر چنین نباشد، یعنی شرط مجهول باشد، حسب اینکه جهل به شرط، به عوضین نیز تسری می‌یابد یا خیر، ضمانت اجرای متفاوتی متوجه معامله می‌شود. در حالت نخست هم شرط باطل است و هم عقد. در حالت دوم فقط شرط باطل است (حیاتی، ۱۳۹۲، ص ۳۳۳).

۸- فصل سوم کتاب به اقسام شروط و احکام آنها اختصاص دارد. در این فصل شرط فعل، شرط نتیجه و شرط صفت به تفکیک مورد بررسی قرار گرفته است در مبحث اول که به شرط فعل اختصاص دارد چهار قسم شرط فعل (شرط فعل مثبت مادی و حقوقی و شرط فعلی منفی مادی و حقوقی) مورد بررسی قرار گرفته است. یکی از مباحثی که طرح آن در این مبحث مغفول مانده است وضعیت حقوقی و ضمانت اجرای شرط ضمن عقد نکاح و عقد وقف و پاره‌ای دیگر از عقود است که دارای احکامی خاص و متمایز از قواعد عمومی قراردادها است. مثلاً در شرط فعل ضمن عقد نکاح، مشروطاً علیه، متعهد می‌شود، عملی حقوقی یا عملی مادی را برای مشروطاً له، انجام بدهد. مانند اینکه زوجه بر زوج شرط کند خانه خود را به او صلح کند (شرط فعل حقوقی) یا با فرض اینکه زوج نقاش ماهری است، بر او شرط می‌کند تصویر او را نقاشی کند (شرط فعل مادی) یا مشروطاً علیه، متعهد می‌شود، عمل حقوقی و یا عمل مادی مشخصی را انجام ندهد. مثلاً زوجه بر زوج شرط می‌کند خانه خود را نفروشد (شرط فعل منفی حقوقی). یا بر او شرط می‌کند خانه خود را که از خانه‌های قدیمی و با ارزش است، نوسازی نکند و بافت قدیمی آن را حفظ کند (شرط فعل منفی مادی). در شرط فعل، به محض اشتراط، رابطه‌ای دینی میان مشروطاً له و مشروطاً علیه برقرار می‌شود که حسب قواعد عمومی مربوط به تعهدات، مشروطاً له (متعهد له) می‌تواند، اجرای مفاد شرط (تعهد) را از مشروطاً علیه (متعهد) بخواهد. مطابق ماده ۲۳۷ (ق.م):

هر گاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد، اثباتاً یا نفیاً، کسی که ملتزم به انجام شرط شده است، باید آن را به جا بیاورد و در صورت تخلف، طرف معامله می‌تواند، به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار و فاء به شرط را بنماید.

تصمیم دادگاه در خصوص اجبار مشروطاً علیه، حسب اینکه، تعهد مشروط مثبت است یا منفی، متفاوت خواهد بود. اگر تعهد مشروط، از نوع ترک فعل حقوقی باشد، در صورت تخلف از شرط، مشروطاً له می‌تواند، تقاضای بی اعتباری عمل حقوقی واقع شده را بنماید. در این صورت، دادگاه حکم به بطلان آن معامله را صادر می‌کند. اما، اگر تعهد مشروط، از نوع ترک فعل مادی باشد، در صورت تخلف از شرط، مشروطاً له می‌تواند، اجبار مشروطاً علیه را به ازاله اعمال مادی انجام گرفته درخواست نماید. اما، ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل مثبت (اعم از حقوقی و مادی) به این صورت نیست. نخستین ضمانت اجرایی که برای تخلف از این نوع شرط مقرر گردیده است، اجبار مشروطاً علیه به ایفاء شرط است. اگر تحت اجبار دادگاه مشروطاً علیه به شرط عمل کرد، تعهد مشروط ایفاء شده قلمداد می‌شود. در شرط فعل مثبت حقوقی، اگر مشروطاً علیه، حتی با اجبار دادگاه، ایفاء شرط نکند، دادگاه به نیابت از او، عمل حقوقی مورد نظر را واقع می‌سازد. اما، اگر شرط ضمن عقد، از سنخ فعل مثبت مادی باشد و اجبار مشروطاً علیه در ایفاء تعهد مشروط مؤثر نباشد باید حسب مقررات ماده ۲۳۸ (ق.م) عمل کرد. این ماده مقرر می‌دارد: «هر گاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور، ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند، به خرج ملتزم، موجبات انجام آن فعل را، فراهم کند». با وجود این، «هر گاه اجبار مشروطاً علیه، برای انجام فعل مشروط، ممکن نباشد و فعل مشروط هم، از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل، حق فسخ معامله را خواهد داشت». مگر اینکه عقد مشروط عقد نکاح باشد که در این صورت مشروطاً له حق فسخ عقد نکاح را ندارد و فقط می‌تواند از مشروطاً علیه جبران خسارت ناشی از عدم انجام فعل مشروط را تقاضا کند. زیرا عقد نکاح فقط به اسباب خاصی قابلیت انحلال دارد و تخلف از شرط فعل برای مشروطاً له حق فسخ عقد نکاح را در پی ندارد. با وجود این، در قراردادهای مالی نیز اگر مشروطاً علیه عمل به شرط نکند و اجبار او نیز ممکن نباشد، مشروطاً له می‌تواند از فسخ قرارداد صرف نظر نماید و مطالبه خسارت ناشی از تخلف از شرط بنماید (مواد ۲۳۰ تا ۲۲۶ ق.م). (حیاتی، ب ۱۲۹۳، ص ۱۵۶ تا ۱۶۳)

همین قواعد اختصاصی در خصوص تخلف از شرط صفت و شرط نتیجه ضمن عقد نکاح نیز وجود دارد. یعنی تخلف از این شروط ضمن عقد نکاح از حیث ضمانت اجرا تابع قواعد عمومی نیستند. به عنوان مثال در تخلف از اوصاف اساسی مورد معامله، به طور معمول گفته می‌شود ضمانت اجرای آن بطلان است. ولی در عقد نکاح حتی در تخلف از اوصاف اساسی شخص طرف عقد نکاح، ضمانت اجرا بر اساس ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی حق فسخ است. با اینکه در صفحه ۱۰۰ و ۱۰۴ کتاب از این ماده یاد شده است، ولی نویسنده به ویژگی خاص نکاح که از این حیث تابع قواعد عمومی قراردادها نیست اشاره‌ای نمی‌کند. همچنین در صفحه ۹۹ کتاب، شرط صفت مورد بررسی قرار گرفته است. یکی از مباحث مورد بررسی کمیت مورد معامله به عنوان صفت مورد معامله است. با توجه به اینکه در قانون مدنی مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ به همین موضوع ارتباط دارد مناسب بود در تحلیل این موضوع به مواد مورد اشاره نیز اشاره می‌شد.

۴. نتیجه‌گیری

کتابی که مورد نقد و بررسی قرار گرفت، حاوی نقاط قوت قابل توجهی است. از جمله اینکه این کتاب دارای نگارش روان و منسجمی است و نویسنده با بیانی واضح و رسا به تحلیل مطالب مربوط پرداخته‌اند. این کتاب حاوی تحلیل‌های جدیدی است که در سایر تألیفات دیده نمی‌شود. یعنی نویسنده به جمع‌آوری صرف دیدگاه‌های دیگران نپرداخته است. به همین دلیل مطالعه این اثر برای هر خواننده‌ای مفید خواهد بود. در نگارش این کتاب از منابع اصلی مربوط اعم از حقوقی و فقهی استفاده شده است و نویسنده از مراجعه و یا استناد به منابع غیر مربوط اجتناب نموده است. با وجود نقاط قوت مزبور از منظر نگارنده، این کتاب دارای کاستی‌هایی نیز هست. صرف نظر از ایراداتی که از حیث روش تحقیق ممکن است بر آن وارد باشد، می‌توان گفت در بعضی از موارد به دلیل محدودیت منابع نویسنده، فقط به بیان نظر خود یا نظری که مورد تایید ایشان است بسنده کرده است، در حالی که بهتر بود برای تحلیل مقبول‌تر، دیدگاه‌های مختلف در هر موضوعی بررسی می‌شد و ادله هر یک مورد ارزیابی قرار می‌گرفت. آنگاه در جهت تقویت نظریه مختار، ادله و براهین مربوط، اقامه می‌شد. شاید اگر قدری دامنه منابع مورد استفاده گسترش می‌یافت و نویسنده اراده می‌نمود قدری کامل‌تر و جامع‌تر موضوع مورد بحث را تحلیل نمایند، این اشکال و سایر اشکالاتی که در قسمت تحلیل محتوا به آن اشاره شد، مرتفع می‌گردید. ولی

اگر تمامی تألیفات نویسنده این کتاب مورد بررسی قرار گیرد متوجه خواهیم شد که ایشان سبک منحصر به فردی در نگارش کتابهای حقوقی دارند. به این صورت که در تمامی این تألیفات نهایت ایجاز و مختصر گویی را در نگارش رعایت کرده‌اند. که البته از جهتی می‌تواند ستودنی باشد. برای ایشان کسب موفقیت‌های بیشتری در مسیر نگارش کتابهای حقوقی آرزو مندیم.

پی‌نوشت‌ها

1. Art 1128: " Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions "
۲. «كُلَّمَا حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ وَ كُلَّمَا حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ، حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ». این قاعده در فقه به قاعده ملازمة عقل و شرع معروف است (مظفر، ۱۳۸۶، ص ۲۱۷).

کتاب‌نامه

- حیاتی، علی عباس، (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، نشر میزان، چاپ اول، تهران
- (الف ۱۳۹۳)، مقاله «تعهدات تبعی قراردادی در حقوق ایران و فرانسه»، مجله دانش حقوق مدنی، شماره اول، بهار و تابستان، مشهد
- (۱۳۹۱) روش تحقیق در علم حقوق، نشر میزان، چاپ پنجم، تهران
- (ب ۱۳۹۳) حقوق خانواده، نشر میزان، چاپ اول، تهران
- ره پیک، حسن (۱۳۹۵) حقوق مدنی پیشرفته - مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد، انتشارات خرسندی، چاپ دوم، تهران
- صفایی، سید حسین (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، نشر میزان، چاپ بیست و سوم، تهران
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ دوم، تهران
- (۱۳۷۱)، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم، تهران
- مظفر، محمد رضا، (۱۳۸۶)، اصول فقه، ج ۱، نشر اسماعیلیان، قم