

Critical Studies in Texts & Programs of Human Sciences,
Institute for Humanities and Cultural Studies (IHCS)
Monthly Journal, Vol. 20, No. 11, Winter 2020-2021, 189-207
Doi: 10.30465/crts.2020.31427.1880

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: 2020-08-20, 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 «شروط» 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 الهام‌بخش احکام قانون مدنی ایران قانون مدنی فرانسه و کتاب‌های فقهای امامیه است، اما به‌علت این‌که در قانون مدنی فرانسه مبحث مستقل و منسجمی به شروط اختصاص نیافته است، قانون‌گذار تمامی احکام راجع به شروط را از کتاب‌های فقهای امامیه اقتباس کرده است. بنابراین، برای شناخت کامل آن باید به این کتاب‌ها مراجعه کرد. کتاب حقوق مدنی پیشرفته - مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد تألیف حسن رهپیک در همین موضوع است. با وجود این‌که مؤلف این کتاب ارزشمند تحلیل‌های درخور توجهی دارد و تا حدودی توانسته است موضوع مورد بحث را به‌درستی و قابل‌فهم 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، می‌تواند در اصلاحات بعدی مفید واقع شود.

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

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

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۵/۳۰، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۱۳

۱. مقدمه

کتاب حقوق مدنی پیشرفته - مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد تألیف حسن ره‌پیک، استاد دانشگاه علوم قضایی، است. هرچند این کتاب می‌تواند منبع مناسبی برای پژوهش‌های حقوقی باشد، به نظر می‌رسد که نویسنده از این کتاب بیش‌تر به‌منزله منبع درس حقوق مدنی در مقطع کارشناسی ارشد استفاده می‌کند. به همین علت بر آن شدیم که این کتاب را از حیث شکلی و محتوایی نقد کنیم تا کمکی به غنای آن در چاپ‌های بعدی باشد. روش تحقیق در این مقاله کتاب‌خانه‌ای و نوع تحقیق تحلیلی - انتقادی است.

این کتاب مقدمه‌ای سه‌صفحه‌ای دارد که در آن نویسنده بیش‌تر به تأثیرپذیری قانون مدنی از کتاب فقها در موضوع شروط ضمن عقد اشاره کرده است. کتاب چهار فصل دارد 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. این کتاب را انتشارات خرسندی 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 پانصد نسخه است که به نظر می‌رسد این عدد خیلی مناسب کتاب‌های وزین حقوقی نباشد. بعضی از ناشران برای این که کتابی را سریع‌تر به چاپ‌های متعدد برسانند، در هر نوبت چاپ کتاب را در تیراژ پایین منتشر می‌کنند. هرچند این اشکال بیش‌تر به ناشر برمی‌گردد، ولی نویسنده اثر می‌تواند در خصوص تیراژ هر چاپ به ناشر توصیه کند که اثر را در هر نوبت چاپ در تیراژ رایج (مثلاً حداقل هزار نسخه) منتشر کند. باین حال، ممکن است که کمبود و گرانی کاغذ عامل مهمی در تعیین تیراژ چاپ کتاب باشد. حروف‌چینی، تیتربندی، قلم، و سایز قلم مناسبی انتخاب شده است؛ باوجود این، انتخاب تیتربندی کوتاه در سمت راست یا چپ ستون‌ها هرچند می‌تواند خوش‌سلیقگی در صفحه‌آرایی کتاب قلمداد شود، اما از منظری باعث هدررفت فضای زیادی از هر صفحه کتاب می‌شود، به نحوی که اگر کتاب بدون این تیتربندی منتشر شود، حجم کتاب حداقل به میزان یک‌سوم کاهش پیدا می‌کند. حال با توجه به این که حجم مطالب کتاب تقریباً صد صفحه است، اگر به شیوه معمول تایپ می‌شد و در چپ و راست هر صفحه سه سانتی‌متر حاشیه در نظر گرفته می‌شد، کل مطالب کتاب به حدود هفتاد صفحه کاهش پیدا می‌کرد. کتاب تاحدودی فاقد اشکال‌های تایپی است. البته در صفحه ۵۵ و در ابتدای سطر پنجم «شرط صحت» به غلط به جای «شرط صفت» به کار برده شده است که به نظر می‌رسد این فقط اشتباهی تایپی است که با دقت در معنای عبارت قابل تشخیص است.

به نظر می‌رسد که یکی از نقاط قوت کتاب نمایه‌ واژگان تخصصی حقوقی در پایان کتاب باشد که کار جست‌وجو در کتاب را برای محققان آسان می‌کند. کتاب نگارش ساده و روانی دارد و جمله‌بندی‌های مناسبی در آن به کار رفته است. به طور کلی، نویسنده این اثر قلم گیرا و روانی دارد و دیگر آثار ایشان نیز همین ویژگی را دارد. از حیث اصول و قواعد نگارش اسلوب مناسبی دارد و البته مانند بیشتر کتاب‌های حقوقی نویسنده تلاشی به‌منظور ترجیح واژگان فارسی بر واژگان عربی ندارد. این کتاب از دو منظر موردنقد و بررسی قرار می‌گیرد. ابتدا، کتاب را از حیث رعایت اصول روش تحقیق و سپس، از حیث تحلیل محتوایی مطالب آن بررسی می‌کنیم.

۲. 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 ارزیابی شود تا مشخص گردد که 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 که این عنوان با محتوای کتاب هم‌سویی ندارد، زیرا عبارت «حقوق مدنی پیشرفته» با قلم درشت‌تر 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 که مقصود نویسنده این بوده است که این اثر مناسب درس حقوق مدنی پیشرفته در مقطع کارشناسی ارشد است، در حالی که هر خواننده حقوقی‌ای نمی‌تواند به چنین موضوعی پی ببرد و بیش‌تر خوانندگان به‌طور طبیعی ممکن است در مقابل عبارت اول عنوان دچار نوعی بی‌اطلاعی شوند. در هر حال، به نظر می‌رسد که عبارت «مفهوم، اقسام و احکام شروط ضمن عقد» مناسب‌ترین انتخاب برای عنوان این اثر باشد.

ب) مقدمه: این کتاب مقدمه‌ای سه‌صفحه‌ای دارد. در مقدمه تصریح شده است 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 به‌منزله نظریه‌ای مستقل مورد توجه قرار نگرفته است، قانون‌گذار در تدوین مقررات راجع به شروط به‌طور کامل تحت تأثیر قانون مدنی فقه بوده است. به نظر می‌رسد که در این‌جا این سؤال مهم برای خواننده مطرح می‌شود که تفاوت این دو رویکرد در چیست؟ چرا در قانون مدنی فرانسه مانند کتاب‌های فقها «شروط» باب

مستقل و مفصلی را به خود اختصاص نداده است. جواب این سؤال 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 به‌خاطر پذیرش اصل آزادی قراردادها و اصل حاکمیت اراده عقود معتبر منحصر در عقود معین نبوده و معتبربودن عقود نامعین از دیرباز موردپذیرش واقع شده است. لذا، ضرورتی در شرط‌نمودن محتوای عقد نامعین در ضمن عقد معین ندیده‌اند. ثانیاً، در آن نظام حقوقی تقسیم‌بندی عقد به لازم و جایز موردپذیرش واقع نشده و هر عقدی الزام‌آور 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 الزام‌آوربودن و یا اجباری‌بودن قرارداد» است. مفاهیمی چون «عقد لازم و جایز» و «اصالةاللزوم» در آن نظام حقوقی از مفاهیم ناشناخته است. لذا، در مقایسه با حقوق ایران نظام حقوقی فرانسه نه با چالش نامعتبربودن عقود نامعین مواجه بوده است و نه با مسئله فسخ‌پذیری عقود جایز. بنابراین طبیعی است، در این نظام حقوقی در دو مورد نخست ضرورت به‌کارگیری شرط ضمن عقد احساس نگردیده است. ازاین‌رو، به‌خاطر نوع چالش‌ها و مسائلی که قانون‌گذار ایرانی با آن مواجه بوده، باب شروط از اهمیت و جایگاه ویژه‌ای برخوردار شده است (حیاتی ۱۳۹۲: ۳۲۱).

هرچند علت اصلی پرورش احکام راجع به شروط ضمن عقد استفاده از آن قالب برای الزام‌آورکردن توافقاتی خارج از عنوان عقود معین در ضمن عقدی معین و هم‌چنین الزام‌آورکردن عقد جایز با شرط‌کردن آن در ضمن عقد لازم بوده است، ولی فقهای امامیه موضوع موردتوافق را در شرط ضمن عقد منحصر در این موارد نکرده‌اند، بلکه هر شرطی که شرایط اعتبار شرط را داشته باشد می‌تواند به‌منزله شرط ضمن عقد موردتوافق قرار گیرد که دراین صورت، می‌توان نتیجه گرفت که قلمرو موضوع شرط گسترده‌تر از دو مورد یادشده است که بهانه اصلی بررسی بحث شروط ضمن عقد شده است.

اشکال عمده وارد بر مقدمه کتاب این است که مقدمه بیش‌تر به نتیجه‌گیری شباهت دارد تا به مقدمه. در مقدمه معمولاً نویسنده مسئله موردنظر را تبیین می‌کند و سپس درباره آن مسئله سؤالاتی را مطرح می‌کند تا خواننده با خواندن مقدمه به‌سمت مطالعه کتاب سوق پیدا کند و به پاسخ سؤالات برسد. ولی در مقدمه این کتاب نویسنده بیش‌تر به مهم‌ترین نتایجی که در بررسی شروط دست یافته است اشاره می‌کند. به‌طور 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 که بیش‌تر نویسندگان ترتیب فصل، مبحث، گفتار، بند، الف، و ... 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 می‌شد (حیاتی ۱۳۹۱: ۵۸-۵۹).

در فصل نخست نویسنده عنوان «مفهوم و ماهیت شروط ضمن عقد» را انتخاب کرده است. مبحث نخست همین فصل نیز به همین عنوان اختصاص یافته است، درحالی‌که نباید عنوان قسیم و مقسم برابر باشد. بنابراین، بهتر بود مبحث اول به مفهوم شرط و مبحث دوم به ماهیت شرط اختصاص پیدا می‌کرد. در حال حاضر، مباحث دوم تا چهارم این فصل خارج از عنوان انتخابی برای این فصل است، باوجوداین، عنوان انتخابی فصل دوم، یعنی «شرایط صحت شرط» از نقاط قوت این کتاب است و به‌ندرت نویسندگان چنین عنوان درستی را برای بررسی شرایط اعتبار شرط انتخاب کرده‌اند (حیاتی ۱۳۹۲: ۳۲۴). باوجوداین، بهتر بود که در این فصل ابتدا، شرایط عمومی اعتبار اعمال حقوقی و سپس، شرایط اختصاصی اعتبار شرط بررسی می‌شد. 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 که بهتر بود نویسنده در فصل چهارم فقط موضوع تأثیر انحلال شرط بر عقد مشروط را بررسی می‌کرد و بحث اسقاط شرط را در فصل سوم و به‌دنبال بررسی هریک از اقسام شروط می‌آورد؛ زیرا اسقاط‌پذیری یا اسقاط‌ناپذیری شرط از احکام شروط است و با عنوان فصل سوم هم‌سوئی دارد.

د) مستندات و فهرست منابع: در این کتاب از شیوه سنتی و معمول ارجاع در پانویست استفاده شده است و در تمامی موارد ارجاع‌ها یک‌دست تنظیم شده است. از نقاط قوت این کتاب این است که از منابع آرایشی استفاده نشده است. توضیح آن‌که متأسفانه بعضی از

نویسندگان ارجاع‌های فراوان و تنظیم فهرست منابع عریض و طویل را از نقاط قوت کار خود می‌دانند که به نظر می‌رسد چنین کاری شبیه بزک کردن عجزه است. اما در این کتاب نویسنده فقط از منابعی که استفاده کرده 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 عنوان انتخابی را مفصل‌تر مورد بررسی قرار دهد، بهتر بود از منابع فقهی و حقوقی بیش‌تری استفاده می‌کرد. شاید به علت استفاده کم از منابع لاتین، تنها کتاب مورد استفاده در مقدمه، در فهرست منابع یاد نشده است.

۳. محتوا

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

۱. در صفحه ۲۹ کتاب آمده 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 تالیف و آثار عرفی و قانونی که با تصریحات عقد ملازمه داشته باشند ملزم شده‌اند.

باتوجه به این‌که این مطلب ذیل عنوان «شرط ضمنی» بیان شده است، به نظر می‌رسد که نویسنده اعتقاد دارد در هر دو ماده یادشده اگر شرطی به موجب عرف یا قانون در پی قراردادی لازم‌الرعایه باشد، به منزله شرط ضمنی است؛ درحالی‌که 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 یادشده نشان‌دهنده آن است که مقصود از عرف در این‌جا عرف حکمی است. ماده ۲۲۵ در صدد تعیین قلمرو امور موضوعی قرارداد است. مثلاً، اگر عرف حمل را در بیع حیوان جزو مبیع بدانند، در قرارداد باید آن را وارد در قلمرو موضوعات مورد توافق بدانیم، حتی اگر قرارداد بیع یادشده 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، می‌توان آن را شرط ضمنی قلمداد کرد. ولی الزامات قانونی و عرفی قرارداد که در ماده ۲۲۰ به آن اشاره شده است، الزامات خارج از توافقات صریح یا ضمنی متعاقدین است. یعنی این الزامات با وجود این که خارج از قلمرو تراضی طرفین بوده است ایجاد الزام می‌کند. مانند الزام آور بودن پرداخت نفقه زوج 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 آورند (حیاتی ۱۳۹۳ الف: ۲۶). بنابراین، تعهداتی که به تبع قرارداد الزام آورند تعهدات ضمن عقد قلمداد نمی‌شوند و به همین علت نمی‌توان در کنار ماده ۲۲۵ در موضوع مورد نظر به ماده ۲۲۰ هم استناد کرد.

در همین صفحه نویسنده ماده ۳۵۶ قانون مدنی را تحلیل کرده است و نظریه‌ای را که مبنای وضع قسمت اخیر ماده قرار گرفته است «اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند» بررسی کرده است. راجع به جایگاه حقوقی قسمت آخر ماده در مجموع دو نظر وجود دارد. عده‌ای از حقوق دانان اعتقاد به تخلف این قسمت از ماده از قاعده مشهور «العقود تابعة للقصد» دارند. نظر دیگر می‌گوید که 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. باتوجه به این که در خصوص این ماده اختلاف نظر وجود دارد، بررسی نکردن نظریه‌های مقابل نوعی نقص در طرح بحث محسوب می‌شود. یعنی در جایی که درباره موضوعی نظرهای مختلفی میان فقها و حقوق دانان وجود دارد، بهتر است که نویسنده برای بیانی کامل نظرهای مختلف را نقد کند و آنگاه نظر مختار خود را تقویت کند، در حالی که در این جا این امر اتفاق نیفتاده است. باتوجه به این که عبارت «مباحث تحلیلی» در عنوان این کتاب دیده می‌شود، لازم است در آن چنین مباحث تحلیلی‌ای آورده شود.

۲. نویسنده در صفحه ۳۳ از «شرط الحاقی» سخن به میان آورده است، یعنی شرطی که بعد از تحقق عقد به آن ملحق می‌شود؛ اما در این جا از این مسئله مهم به اجمال یاد شده است. یکی از مهم‌ترین سؤال‌هایی که در این جا 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 این که برای مشروط علیه عوضی در بر داشته

باشد باطل است، اما اگر شرط متأخر از عقد به نحو معاوضی واقع شود، به نحوی که هریک از متعاقدان به یک اعتبار مشروط له و به اعتبار دیگر مشروط علیه باشند، می‌توان آن را معتبر دانست. در این حالت هنگام توافق بر شرط متأخر از عقد رعایت شرایط اساسی صحت معامله (ماده ۱۹۰ ق.م) از سوی طرفین شرط الزامی است (حیاتی ۱۳۹۲: 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 ۸۸/۳۰/۳۵۰۷۹ مورخ ۱۳۸۷/۵/۱۲). البته نکته جالب توجه این است که نویسنده در صفحه ۳۸ بطلان شرط ابتدایی را، که به صورت تعهد یک‌جانبه است، تصریح کرده است. این قول که قول 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 کند، این تعهد صحیح و الزام‌آور خواهد بود. براساس دیدگاه این دسته از حقوق‌دانان تعهدات یک‌جانبه و بلاعوض صحیح است (صفایی ۱۳۹۵: ۱۵).

۳. در صفحه ۳۸ و ۳۹ این عبارت آمده است: «حتی ایقاع عهدی نیز به جز در موارد خاص که با اعلام آن برای دیگران منافع و رغبت‌هایی ایجاد می‌کند (مانند جعله، بنابر 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: ۲۱).

بنابراین، نباید تعهد را با اثر حقوقی یکی دانست. در هر تعهدی برای متعهدله امکان الزام متعهد به ایفای تعهد وجود دارد و ایجاد الزام و التزام اساس تعهد را تشکیل می‌دهد. با این مقدمه می‌توان گفت که در عبارتی که از کتاب 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 (واقع‌کننده ایقاع) حتمی است و نمی‌شود آن ایقاع را عهدی نامید، ولی ایجاد التزام و تعهد نکند. بنابراین، به نظر می‌رسد که 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 یا واقعه حقوقی باشد. اگر ایقاع عمل حقوقی یک‌جانبه باشد، چه‌طور می‌تواند تعهدی را ایجاد کند که از یک‌سو خود موقع متعهد و طرف مقابل او متعهدانه باشد، درحالی‌که متعهدانه هیچ اعلام اراده‌ای در ایجاد این اثر حقوقی نداشته است. بنابراین، به‌نظر می‌رسد که این عبارت جای اصلاح دارد؛ یعنی به‌جای این که از ایقاع عهدی سخن به‌میان آید، گفته شود که 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 به‌خوبی بحث درخور توجهی را مطرح کرده است. البته بهتر بود که در صفحه ۵۰ ذیل مبحث «اهلیت» 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 هنگام تشکیل عقد دارای اهلیت باشند، ولی هنگام توافق بر شرط الحاقی فاقد آن باشند. در صفحه ۵۱ نویسنده به‌درستی از مشروعیت جهت شرط سخن به‌میان آورده است و بیان کرده است که جهت شرط نیز باید مشروع باشد. نظری که با تحلیل درست از آن دفاع شده است. باوجوداین، به‌نظر می‌رسد که بهتر بود در این‌جا نویسنده از تأثیر بطلان شرط به‌علت نامشروع بودن جهت بر عقد اصلی سخن به‌میان می‌آورد. مثلاً، آیا در صورت بطلان شرط برای مشروط‌گه حق فسخ قرارداد وجود دارد یا خیر. با توجه به این که نویسنده در صفحه ۵۶ و ۵۷ در بحثی مشابه در مورد بطلان شرط به‌علت نامشروع بودن یا غیرعقلایی بودن آن همین موضوع را بررسی کرده است.

۵. نویسنده در صفحه ۵۵ در بیان شرایط مورد شرط در فقره دوم «فایده و نفع عقلایی داشتن» را مورد بررسی قرار داده است و در انتهای صفحه گفته است: «ملاک تشخیص منافع عقلایی منافع نوعی و غالب مورد شرط است». حقوق‌دانان در بحثی مشابه و در تعریف «مال» وقتی ارکان تعریف را تشریح می‌کنند یکی از شرایط مال دانستن چیزی را داشتن نفع عقلایی ذکر می‌کنند. در همین قسمت حقوق‌دانان گفته‌اند نفع در این‌جا مفهومی نسبی دارد و مقصود از نسبی نفع آن است که این‌گونه نیست که هر مالی لزوماً برای همگان سودمند باشد، بلکه از آن‌جا که نیازمندی‌های اشخاص گوناگون است، آنان براساس نیازی که دارند از منافع اموال بهره‌مند می‌شوند. چه‌بسا 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 علت، حقوق‌دانان می‌گویند که مفهوم نفع و ارزش نسبی است، نه مطلق. البته بسیاری از مصادیق اموال برای

همگان سودمند است؛ مثلاً، اموالی که دارای نفعی مادی است از این قبیل‌اند. مانند مسکن، خوراک، پوشاک، و ...، اما پاره‌ای از اموال فقط برای عده‌ای محدود دارای ارزش و فایده‌اند. مثلاً، عکسی که یادگار خانوادگی است فقط برای اشخاصی که به آن عکس تعلق خاطر دارند مال محسوب می‌شود. به همین علت، اگر برای تصاحب آن بهایی پرداخت شود، غیرعقلایی نیست. چه بسا این عکس برای هیچ‌کس دیگری نفعی عقلایی نداشته باشد (کاتوزیان ۱۳۷۱: ۷). با این توصیف، می‌توان گفت که ضابطه تشخیص نفع «نوعی» نیست، بلکه «شخصی» است، یعنی در هر مورد باید دید آیا چیزی برای اشخاص موردنظر دارای نفع است یا خیر. در مورد نافع بودن شرط نیز به نظر می‌رسد که باید از همین ضابطه استفاده کرد. در هر حال، حتی اگر ضابطه نوعی برگزیده شود، بهتر است ابتدا هر دو ضابطه موردبررسی قرار گیرد و آن‌گاه در تقویت نظریه مختار استدلال شود. هم‌چنان‌که قبلاً نیز به آن اشاره شد، چون در عنوان کتاب از «مباحث تحلیلی» استفاده شده است، زمانی می‌توان گفت مباحث به صورت تحلیلی موردبررسی قرار گرفته است که نظریات مختلف موردارزیابی قرار گیرد و پس از نقد ادله ابرازی آنان نظریه مختار تقویت شود.

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. بنابراین، در ماده مورد اشاره کافی بود قید شود: «در قراردادهای مالی مورد معامله باید مالیت داشته باشد». طبیعی است که مال دانستن چیزی شرایطی را می‌طلبد که از جمله این شرایط داشتن منفعت عقلایی مشروع است. به نظر می‌رسد که این ماده تحت تأثیر ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی فرانسه انشا 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 کرده است: «بیع چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد باطل است». در این ماده دو تفاوت در مقایسه با ماده قبلی مشاهده می‌شود. نخست آن که قید «مشروع» بعد از «منفعت عقلایی» مورد استفاده قرار نگرفته است؛ دوم آن که داشتن منفعت عقلایی به منزله قید توضیحی با حرف ربط «یا» بعد از واژه «مالیت» به کار رفته است. ایرادی که در مقایسه با 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 می توان گفت که قانون گذار تفکیکی بین عقل و شرع قائل نشده است. مبنای این عدم تفکیک می تواند قاعده ملازمه شرع و عقل باشد.^۲ بنابراین، ذکر قید مشروع بعد از «عقل» برای تأکید بیش تر است نه برای ایجاد حریم میان آن دو. به نظر می رسد که بهتر بود نویسنده در تحلیل داشتن نفع عقلایی و مشروع شرط به این مواد به شکلی که بیان شد اشاره می کرد.

۶. نویسنده در صفحه ۵۸ «مشروع بودن» را از شرایط مورد شرط قلمداد کرده است. در صفحه ۵۵ قید می کند که «مقصود از نفع و فایده سود مالی نیست». در همین صفحه قید کرده است که «عنوان منفعت عقلایی با مشروعیت تفاوت دارد. چه بسا، منفعتی عقلایی باشد، مانند استفاده از اسلحه جنگی، اما قانون گذار بنا بر مصالحی خرید و فروش آن را نامشروع اعلام کند». به نظر می رسد که در این جا تسامحی صورت گرفته است؛ زیرا در اعتبار اعمال حقوقی باید «مقتضی» و «مانع» را از هم متمایز کرد. برای اعتبار عمل حقوقی مجموعه شرایطی که برای صحت آن لازم است «مقتضی» نامیده می شود. برای اعتبار هر عمل حقوقی باید مقتضی موجود باشد و برای مؤثر بودن آن لازم است که مانع نیز مفقود باشد. نامشروع بودن مورد شرط به وضعیت خود متعلق شرط برمی گردد، 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 قانون گذار بنا به مصالح خاصی معامله آن را منع می کند. مثلاً، ده هکتار زمینی که موقوفه است نامشروع نیست، بلکه مشروع است؛ با وجود این، قانون گذار بیع مال موقوفه را منع می کند (ماده ۳۴۸ قانون مدنی) یا اسلحه فی نفسه نامشروع نیست، بلکه قانون گذار بنا به مصالحی خرید و فروش آن را منع می کند. 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 علت منع قانون گذار چنین بیعی معتبر نیست. بنابراین، با وجود این که میان نافع بودن و مشروع بودن تفاوت وجود دارد، ولی مثالی که مورد استناد قرار گرفته است صحیح به نظر نمی رسد.

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 این بیان چنین استنباط می شود که «قواعد آمره» و «نظم عمومی» دو موضوع متمایز از هم اند که شرط ضمن عقد نمی تواند

خلاف آن‌ها باشد. درحالی‌که در تحلیل دقیق‌تر می‌توان گفت که وجود نظم‌ی که سامان‌بخش روابط مناسب و آسان اجتماعی باشد امری اجتناب‌ناپذیر است. نظم‌ی که سامان‌بخش روابط اجتماعی است به نظم عمومی اشتهار دارد. دربرابر نظم عمومی نظم خصوصی قرار دارد. نظم خصوصی به زندگی شخصی و خصوصی افراد مرتبط است و از آن‌جاکه هدف حقوق برقراری نظم در روابط اجتماعی است، نظم‌ی که باید در زندگی خصوصی افراد حاکم باشد دغدغه حقوق نیست، اما به‌سامان‌کردن 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 به‌وجود آید، برتری با منافع عمومی اجتماع است. از این‌رو، نظم عمومی از اهمیت بیش‌تری برخوردار است و در مقایسه با منافع خصوصی اشخاص برتری انکارناپذیری دارد. به‌نظر می‌رسد که تفکیک قوانین آمره و نظم عمومی تفکیک نادرستی است؛ زیرا تمامی قوانین آمره با نظم عمومی جامعه مرتبط‌اند و به‌تعبیردیگر، قوانین آمره به‌دنبال تأمین نظم عمومی اجتماعی‌اند. اما سؤال این است که آیا نظم عمومی جامعه فقط باوجود قوانین آمره تأمین می‌شود و فراتر از آن نظم عمومی قلمروی ندارد؟ به‌عبارت‌دیگر، نسبت نظم عمومی و قوانین آمره از حیث منطقی است؟ بعضی از حقوق‌دانان درصدد تفکیک این دو مفهوم برآمده‌اند (کاتوزیان ۱۳۷۳: ۱۴۹)، ولی به‌نظر می‌رسد که تلاش برای تفکیک بی‌ثمر است و لاقفل ارائه مثالی که بتواند مرز آن دو را مشخص کند دشوار است. بنابراین، درخصوص نسبت نظم عمومی و قوانین آمره بهتر است بگوییم که قوانین آمره به‌دنبال برقراری نظم عمومی در جامعه‌اند. در این صورت، نظم عمومی هدف است و قوانین آمره ابزار برقراری آن. در نتیجه، دادرسی نمی‌تواند بدون استناد به نص قانونی به‌بهانه مغایرت قرارداد با نظم عمومی حکم به ابطال آن صادر کند. نظم عمومی فقط باوجود قوانین تأمین نمی‌شود و علاوه‌براین، ممکن است که قوام‌بخش نظم عمومی اصول حقوقی یا پاره‌ای از احکام فقهی باشد که در متون قوانین موجود نیست.

حال که مفهوم نظم عمومی از قواعد آمره متمایز شد، جای این سؤال وجود دارد که آیا مقصود از مشروع‌بودن شرط فقط یعنی خلاف قواعد آمره نبودن؟ به‌نظر می‌رسد که باید دایره مفهوم شرع را قدری توسعه داد؛ زیرا اگر پذیرفته شود که همه قوانین آمره منطبق با احکام شرع است، نمی‌توان گفت که تمامی احکام شرع وارد در حقوق موضوعه شده است. به‌طور کلی، فلسفه وجودی اصل یک‌صدوشصت‌وهفتم قانون اساسی که به قاضی اجازه داده است در صورت سکوت، نقص، یا اجمال قانون به منابع معتبر فقهی یا فتاوی

نقد و بررسی کتاب حقوق مدنی پیشرفته - مباحث تحلیلی ... (علی عباس حیاتی) ۲۰۳

معتبر رجوع کند این است که همه احکام شریعت در حقوق موضوعه وارد نشده است. بنابراین، بهتر است گفته شود شرع قلمرو گسترده تری در مقایسه با قوانین آمره دارد. حتی به استناد ماده ۹۷۵ قانون مدنی که مقرر کرده است:

محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می شود به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

می توان گفت که شرط نمی تواند خلاف اخلاق حسنه باشد؛ زیرا هر چند شرط وجودی استقلالی ندارد، نوعی قرارداد است و نمی تواند خلاف اخلاق حسنه باشد.

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

۷. در صفحه ۵۹ کتاب «معلوم بودن» موضوع شرط مورد بررسی قرار گرفته است. در این جا نویسنده گفته است: «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 می کند». به نظر می رسد که این عبارت مبنای دقیقی نداشته باشد؛ زیرا اگر شرط در ضمن عقود مبتنی بر معامله باشد، مثل شرط ضمن عقد بیع نمی توان در هر حال آن را مبتنی بر مغایره قلمداد کرد. ضمن آن که لا اقل در ضرورت معلوم بودن مورد شرط اختلاف نظر وجود دارد. بهتر بود که در این جا ادله حقوق دانانی که معتقدند مورد شرط باید معلوم و معین باشد و از این حیث شرط تابع قواعد عمومی قراردادهاست مورد بررسی قرار می گرفت. حتی استدلال قائلان به قول مخالف قوی تر به نظر می رسد که در ادامه به مواردی از آن اشاره می شود. اول، 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 کرده است که مورد معامله باید معین باشد. ضمانت اجرای مجهول بودن مورد معامله بطلان است. بنابراین، اگر متعلق شرط مجهول باشد، به استناد این حکم می‌توان شرط را باطل دانست. اما از آن جاکه بطلان عقد اصلی نیاز به تصریح دارد و تصریحی در این خصوص دیده نمی‌شود، باید عقد اصلی را محمول بر صحت کرد. دوم، قائلان 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 کرده‌اند. در حالی که مفهوم مخالف بند ۲ این ماده نمی‌تواند با صراحت بند ۳ ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ قانون مدنی معارضه کند. بر همین اساس، قائل شدن به بطلان وجهیه تر به نظر می‌رسد. سوم، منطقی نیست که شرط مجهول معتبر باشد؛ زیرا اگر چنین باشد، باید مشروط‌له بتواند اجبار مشروط‌علیه را به انجام شرط درخواست کند. در چنین حالتی آیا دادگاه می‌تواند او را به انجام امر مبهم اجبار کند؟ بدیهی است که دادگاه نباید درباره خواسته نامعلوم حکم صادر کند؛ زیرا مطابق ماده ۳ قانون اجرای احکام مدنی «حکمی که موضوع آن معین نیست قابل اجرا نمی‌باشد». در نتیجه، می‌توان گفت که موضوع شرط باید معلوم و معین باشد. اگر چنین نباشد، یعنی شرط مجهول باشد، حسب این که 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: 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 قراردادهاست. مثلاً، در شرط فعل ضمن عقد نکاح مشروط‌علیه متعهد می‌شود که عملی حقوقی یا عملی مادی را برای مشروط‌له انجام دهد. مانند این که زوجه بر زوج شرط کند خانه خود را به او صلح کند (شرط فعل حقوقی) یا با فرض این که زوج نقاش ماهری است بر او شرط می‌کند که تصویر او را نقاشی کند (شرط فعل مادی) یا مشروط‌علیه متعهد می‌شود که عمل حقوقی یا عمل مادی مشخصی را انجام ندهد. مثلاً، زوجه بر زوج شرط می‌کند که خانه خود را نفروشد (شرط فعل منفی حقوقی) یا بر او

شرط می‌کند که خانه خود را که از خانه‌های قدیمی و باارزش است، نوسازی نکند و بافت قدیمی آن را حفظ کند (شرط فعل منفی مادی). در شرط فعل به محض اشتراط رابطه‌ای دینی میان مشروط‌تله و مشروط‌علیه برقرار می‌شود که حسب قواعد عمومی مربوط به تعهدات مشروط‌تله (متعهدتله) می‌تواند اجرای مفاد شرط (تعهد) را از مشروط‌علیه (متعهد) بخواهد. مطابق ماده ۲۳۷ قانون مدنی:

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

تصمیم دادگاه در خصوص اجبار مشروط‌علیه حسب این که تعهد مشروط مثبت است یا منفی متفاوت خواهد بود. اگر تعهد مشروط از نوع ترک فعل حقوقی باشد، در صورت تخلف از شرط مشروط‌تله می‌تواند تقاضای بی‌اعتباری عمل حقوقی واقع شده را کند. 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 مشروط‌تله می‌تواند اجبار مشروط‌علیه را به ازاله اعمال مادی انجام‌گرفته درخواست کند. اما ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل مثبت (اعم از حقوقی و مادی) به این صورت نیست. نخستین ضمانت‌اجرایی که برای تخلف از این نوع شرط مقرر شده است اجبار مشروط‌علیه به ایفای شرط است. اگر تحت اجبار دادگاه مشروط‌علیه به شرط عمل کرد، تعهد مشروط ایفاشده قلمداد می‌شود. در شرط فعل مثبت حقوقی اگر مشروط‌علیه، حتی با اجبار دادگاه، ایفای شرط نکند، دادگاه به نیابت از او عمل حقوقی موردنظر را واقع می‌سازد. اما اگر شرط ضمن عقد از سنخ فعل مثبت مادی باشد و اجبار مشروط‌علیه در ایفای تعهد مشروط مؤثر نباشد، باید حسب مقررات ماده ۲۳۸ قانون مدنی عمل کرد. این ماده مقرر می‌دارد:

هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیرمقدور، ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند. با وجود این، «هرگاه اجبار مشروط‌علیه 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 این که عقد مشروط عقد نکاح باشد که در این صورت، مشروط‌تله حق فسخ عقد نکاح را ندارد و فقط می‌تواند از مشروط‌علیه 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 مشروط‌له حق فسخ عقد نکاح را در پی ندارد. با وجود این، در قراردادهای مالی نیز اگر مشروط‌علیه عمل به شرط نکند و اجبار او نیز ممکن نباشد، مشروط‌له می‌تواند از فسخ قرارداد صرف‌نظر کند و مطالبه خسارت ناشی از تخلف از شرط کند (مواد ۲۳۰ تا ۲۲۶ ق.م.) (حیاتی ۱۳۹۲: ۱۵۶-۱۶۳).

همین قواعد اختصاصی در خصوص تخلف از شرط صفت و شرط نتیجه در ضمن عقد نکاح نیز وجود دارد. یعنی تخلف از این شروط ضمن عقد نکاح از حیث ضمانت اجرا تابع قواعد عمومی نیست. مثلاً، در تخلف از اوصاف اساسی مورد معامله به‌طور معمول گفته می‌شود که ضمانت اجرای آن بطلان است، ولی در عقد نکاح حتی در تخلف از اوصاف اساسی شخص طرف عقد نکاح ضمانت اجرا براساس 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 شرط صفت مورد بررسی قرار گرفته است. یکی از مباحث مورد بررسی کمیّت مورد معامله به‌مثابه صفت مورد معامله است. با توجه به این‌که در قانون مدنی مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ به همین موضوع ارتباط دارد، مناسب بود که در تحلیل این موضوع به مواد یادشده نیز اشاره می‌شد.

۴. نتیجه‌گیری

کتاب حقوق مدنی پیشرفته - مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد نقاط قوت قابل توجهی دارد. از جمله این‌که این کتاب نگارشی روان و منسجم دارد و نویسنده با بیانی واضح و رسا مطالب را تحلیل کرده است. این کتاب تحلیل‌های جدیدی دارد که در دیگر تألیف‌ها دیده نمی‌شود. یعنی نویسنده فقط دیدگاه‌های دیگران را جمع‌آوری نکرده است. به همین علت، 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 یا استناد به منابع غیرمربوط اجتناب کرده است. با وجود نقاط قوت یادشده این کتاب کاستی‌هایی نیز دارد. صرف‌نظر از ایرادهایی که از حیث روش تحقیق ممکن است بر آن وارد باشد، می‌توان گفت که در بعضی از موارد به‌علت محدودیت منابع مؤلف کتاب فقط به بیان نظر خود یا نظری که مورد تأیید اوست بسنده کرده است، در حالی‌که بهتر بود برای تحلیل

نقد و بررسی کتاب حقوق مدنی پیشرفته - مباحث تحلیلی ... (علی عباس حیاتی) ۲۰۷

مقبول‌تر دیدگاه‌های مختلف در هر موضوعی بررسی می‌شد و ادله هر یک مورد ارزیابی قرار می‌گرفت. آن‌گاه در تقویت نظریه مختار ادله و براهین مربوط اقامه می‌شد. شاید اگر قدری دامنه منابع مورد استفاده گسترش می‌یافت و نویسنده اراده می‌کرد که قدری کامل‌تر و جامع‌تر موضوع مورد بحث را تحلیل کند، این اشکال و دیگر اشکال‌هایی که در قسمت تحلیل محتوا به آن اشاره شد، مرتفع می‌شد. ولی اگر تمامی تألیف‌های 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 تألیف‌ها نهایت ایجاز و مختصرگویی را در نگارش رعایت کرده‌اند. که البته از جهتی می‌تواند ستودنی باشد. برای ایشان کسب موفقیت‌های بیش‌تری را 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 حَكَّمَ بِه الْعَقْل حَكَّمَ بِه الشَّرْع وَ كُلَّمَا حَكَّمَ بِه الشَّرْع، حَكَّمَ بِه الْعَقْل» این قاعده در فقه به قاعده ملازمه عقل و شرع معروف است (مظفر ۱۳۸۶: ۲۱۷).

کتاب‌نامه

- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۱)، روش تحقیق در علم حقوق، تهران: میزان.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: میزان.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۳ الف)، «تعهدات تبعی قراردادی در حقوق ایران و فرانسه»، مجله دانش حقوق مدنی، ش ۱.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۳ ب)، حقوق خانواده، تهران: میزان.
- ره‌پیک، حسن (۱۳۹۵)، حقوق مدنی پیشرفته - مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد، تهران: خرسندی.
- صفایی، سیدحسن (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۸۶)، اصول فقه، ج ۱، قم: اسماعیلیان.

