

مجموعه مقالات حقوقی

تالیف:

علی بدری

عضو هیات علمی و مدرس دانشگاه

گروه حقوق، فقه و حقوق

انتشارات قانون یار

۱۳۹۵

فهرست مطالب

۹۰.....	بررسی ماهیت حقوقی شروط ضمن عقد بین متعاقدين در نظام حقوقی ایران
۱۱.....	مقدمه
۱۲.....	مبحث اول- معانی و مصادیق شرط
۱۶.....	مبحث دوم - شروط ابتدایی و شروط تبانی
۲۳.....	مبحث سوم: ماهیت حقوقی شرط ضمن عقد
۲۶.....	مبحث چهارم: تحلیل رابطه عقد و شرط
۲۹.....	مبحث پنجم: اقسام شروط صحیح و احکام آنها
۳۲.....	منابع و مآخذ
۳۳.....	بررسی حقوقی تعارض تصرف کنونی و مالکیت سابق
۳۵.....	مقدمه
۳۶.....	تعریف ید یا تصرف
۳۸.....	ادله حجیت قاعده ید و اماره تصرف
۳۸.....	مبحث نخست - بنای عقلاء
۳۹.....	مبحث دوم - اجماع فقها
۳۹.....	مبحث سوم - عسر و حرج
۴۱.....	مبحث چهارم - امضاء شارع
۴۲.....	مبحث پنجم - اخبار و احادیث
۴۴.....	مستندات قانونی اماره تصرف
۴۵.....	اقسام ید یا تصرف
۴۵.....	شرایط اعتبار تصرف
۴۶.....	مالکیت
۴۸.....	استصحاب
۵۱.....	قلمرو اجرای اصل استصحاب
۵۲.....	تعارض استصحاب با امارات
۵۳.....	تعارض استصحاب و اماره تصرف
۵۶.....	تعارض ید فعلی با ید سابق (تعارض ید با استصحاب):
۵۶.....	الف- نظر اول - تقدیم استصحاب بر ید
۵۷.....	ب- نظر دوم - تقدیم ید بر استصحاب
۵۹.....	الف: نظریه اکثریت حقوقدانان:
۶۱.....	ب: نظریه اقلیت حقوقدانان
۶۳.....	منابع و مآخذ:
۶۵.....	بررسی مسئولیت متصدیان حمل و نقل هوایی در حقوق حمل و نقل بین المللی
۶۷.....	مقدمه
۶۷.....	مبانی مسئولیت مدنی
۶۷.....	۱- مبناي تقصير
۶۸.....	۲- فرض تقصير
۶۸.....	مسئولیت متصدی حمل و نقل



منابع و مأخذ.....	۷۱
تحلیل حقوقی معاملات کالی به کالی در حقوق تجارت بین الملل	۷۳
مقدمه.....	۷۵
کلیات: مفهوم معامله کالی به کالی در تجارت بین المللی.....	۷۶
اول: مفهوم معامله و بررسی بیع به عنوان یکی از مصادیق بارز آن.....	۷۶
دوم - مفهوم معامله تجاری بین المللی.....	۷۷
سوم - مفهوم معامله کالی به کالی.....	۷۸
فصل اول - چگونگی معاملات کالی به کالی در فقه و قانون مدنی.....	۷۸
گفتار اول - تاریخچه بیع کالی به کالی در فقه و قانون مدنی.....	۷۹
مبحث اول: بیع سلم و چگونگی آن در قانون مدنی و ارتباط آن با معامله کالی به کالی.....	۷۹
مبحث دوم - بررسی ماهیت قبض در بیع سلم و سلف.....	۸۰
گفتار دوم - بررسی چگونگی معاملات کالی به کالی (از جهت بطلان و صحت) در فقه و قانون مدنی.....	۸۳
مبحث اول - بررسی چگونگی معاملات کالی به کالی در فقه و قانون مدنی.....	۸۳
بخش دوم - معامله کالی به کالی در عرصه بین المللی.....	۹۰
فصل اول - بررسی و تحلیل کنوانسیون بیع بین المللی کالا در مورد معاملات کالی به کالی.....	۹۱
گفتار اول - بررسی شمول کنوانسیون و وظایف طرفین.....	۹۱
مبحث دوم - تعهدات مشتری.....	۹۳
فصل دوم - بررسی معاملات اعتباری در عرصه تجارت بین المللی.....	۹۵
گفتار اول: بررسی معاملات اعتبار اسنادی به عنوان نمونه‌ای شبیه به قراردادهای کالی به کالی.....	۹۶
مبحث اول - بررسی ماهیت و تعریف معاملات اعتبار اسنادی.....	۹۷
مبحث دوم - انواع اعتبارات اسنادی.....	۹۹
مبحث سوم - نکات کلیدی قرارداد اعتبار اسنادی در رابطه با معاملات کالی به کالی.....	۱۰۰
فصل سوم - نمونه‌های شبیه معاملات نسبه به نسبه در عرصه بین المللی.....	۱۰۵
گفتار اول - قرارداد همکاری.....	۱۰۶
مبحث اول - تعریف همکاری.....	۱۰۶
مبحث دوم - بررسی ساختمان و ماهیت همکاری با مطالعه دو نوع صنعتی و تجاری آن:.....	۱۰۶
گفتار دوم تجارت متقابل.....	۱۱۰
مبحث اول: بررسی تجارت متقابل از لحاظ ماهیت و چگونگی آن.....	۱۱۱
مبحث دوم - هدف و وجه تشابه تجارت متقابل با معاملات کالی به کالی.....	۱۱۳
منابع و مأخذ:.....	۱۱۴
نگاهی به حق شفعه در حقوق موضوعه ایران	۱۱۷
فصل اول : کلیات و مفاهیم.....	۱۲۰
بخش اول : تاریخچه حق شفعه.....	۱۲۱
بخش دوم : مفهوم حق شفعه.....	۱۲۳
مبحث اول. مفهوم لغوی حق شفعه.....	۱۲۴
بخش سوم : اوصاف حق شفعه.....	۱۲۵
مبحث اول : حق شفعه، حقی مالی است: حق در یک تقسیم بندی به دو گونه مالی و غیر مالی تقسیم می شود.	
حق مالی آنست که متعلقش مال می باشد، خواه آن مال عین باشد خواه دین خواه منفعت خواه انتفاع و خواه	



حق (مانند حق تجعیر) . حق غیر مالی حقی است که ارزش اقتصادی ندارد مانند حق زوجیت، حق ابوت و بنوت.	۱۲۵
مبحث دوم : حق شفعه ، حقی عینی است	۱۲۶
مبحث سوم : حق شفعه به ارث انتقال می‌یابد	۱۲۸
مسائل	۱۳۰
مساله اول : چگونگی تقسیم حق شفعه میان وراث	۱۳۰
مسأله دوم : صرفنظر نمودن یکی از وراث از حق شفعه خویش	۱۳۲
مساله سوم : همسر متوفا و حق شفعه به ارث رسیده	۱۳۴
مبحث چهارم : حق شفعه قابل انتقال نیست	۱۳۶
مبحث پنجم : حق شفعه قابل اسقاط است	۱۳۷
مبحث هفتم : حق شفعه قابل تبعیض نیست	۱۳۸
فصل دوم : شرایط ایجاد حق شفعه	۱۳۹
شرط اول: غیر منقول بودن مورد شفعه	۱۳۹
شرط دوم: قابل تقسیم بودن مورد شفعه	۱۴۰
شرط سوم: لزوم شرکت	۱۴۲
استثناء بر شرط	۱۴۳
شرط چهارم: محدود بودن شرکاء به دو نفر	۱۴۳
شرط پنجم: انتقال سهم مشترک بواسطه بیع	۱۴۴
نکته اول: وقفی بودن حصه ی یکی از دو شریک	۱۴۵
بند اول: دیدگاه فقها	۱۴۵
بند دوم: دیدگاه قانونگذار	۱۴۷
نکته دوم: خیرای بودن بیع	۱۴۷
بند اول: دیدگاه فقها	۱۴۷
بند دوم: دیدگاه قانون گذار	۱۴۸
نکته سوم: بیع فضولی	۱۴۹
نکته چهارم: اقاله ی بیع	۱۵۰
نکته پنجم: فسخ بیع	۱۵۱
فصل سوم : زوال حق شفعه	۱۵۴
زوال اختیاری و قهری:	۱۵۴
مبحث اول : اسباب زوال حق شفعه	۱۵۴
فصل چهارم: اخذ به شفعه	۱۵۷
ماهیت اخذ به شفعه و تعریف آن	۱۵۷
شرایط شفیع:	۱۵۷
دعوی اخذ بشفعه	۱۵۹
منابع و مأخذ:	۱۶۱
جایگاه ثبت الکترونیکی در نظم کنونی ایران و جنبه های حقوقی آن	۱۶۳
مقدمه	۱۶۵
کلیات	۱۶۶



۱۶۶	الف) مفهوم ثبت الکترونیکی
۱۶۷	ب) اصطلاحات و تعاریف در ثبت الکترونیکی
۱۷۰	قواعد ماهوی و شکلی ثبت الکترونیکی
۱۷۰	الف) ماهیت ثبت الکترونیکی
۱۷۲	ب) اعتبار و قواعد حاکم بر اسناد الکترونیکی
۱۷۹	پیشینه تقنینی ثبت الکترونیکی
۱۷۹	ب) قانون نمونه دفاتر اسناد رسمی آمریکا
۱۸۰	ج) قواعد مبنایی تدوین قمرات ثبت الکترونیکی
۱۸۱	تطبیق مقررات داخلی با حقوق ثبت الکترونیکی
۱۸۱	الف) حوزه صلاحیت دفاتر ثبت الکترونیکی
۱۸۳	ب) تصور تجزیه سند الکترونیکی
۱۸۵	ج) سیاستگذاری های داخلی غیر جامع در زمینه گواهی الکترونیکی
۱۸۸	منابع و مأخذ:
۱۸۹	مسئولیت مدنی کارفرما در مقابل کارگر
۱۹۱	مقدمه
۱۹۱	بررسی روابط و مسئولیت های کارگر و کارفرما به صورت متقابل
۱۹۲	الف) مداخله قانونگذاران در روابط کار و تصویب مقررات کار
۱۹۴	ب - جنبه جمعی روابط کار
۱۹۵	نظریه کارگاه : رابطه کار در چهارچوب کارگاه
۱۹۸	مسئولیت مدنی کارفرما در برابر بی احتیاطی کارگر
۲۰۱	بیمه مسئولیت مدنی کارفرما در برابر کارکنان
۲۰۲	پوشش های اصلی (اجباری):
۲۰۴	وظایف و مسئولیت های مدنی بیمه گذار به صورت تفصیلی
۲۰۵	تعهدات بیمه گر
۲۰۷	منابع و مأخذ:

بررسی ماهیت حقوقی شروط ضمن عقد بین متعاقدين
در نظام حقوقی ایران

مقدمه

فقها و اندیشمندان شیعه نگرش خاصی نسبت به مسئله شروط و ذکر آن در عقود و آثار ناشی از آن و همچنین مباحث مرتبط با آن داشته اند و با توجه به اینکه قانون مدنی ما نیز برگرفته از فقه امامیه می باشد این اهمیت بنحو شایسته ای در بحثها و استدلالات حقوقی و کتب حقوقدانان ملموس می باشد براساس نظر مشهور در بین فقهاء تعهد ابتدائی الزام آور نیست و تعهدی موثر و الزام آور است که در قالب عقود معین ابزار شود و یابصورت شرط در ضمن عقد معین در آید. با وضع ماده ۱۰ قانون مدنی تشکیل هر قرار دادی در صورتی که مخالفت صریح با قانون نداشته باشد مشروع دانسته شده اما به پیروی از فقهای امامیه فصل جداگانه ای بنام «شروط ضمن عقد» باز شده است.

واژه شرط در علوم مختلف همچون نحوی، فلسفه، اصول، فقه و حقوق استعمال می شود و در هر یک معنایی مخصوص دارد در این تحقیق مقصود از شرط در اصطلاح حقوقی و فقهی آن به معنای تعهدی تبعی است که توسط متعاقدین ایجاد می شود. در فقه امامیه مشهور است شرط باید در متن عقد ذکر شود تا الزام آور باشد در قانون مدنی ایران نیز مستفاد از مواد ۲۳۸ و ۲۴۲ نیز ظاهراً این گرایش به چشم می خورد.

قبل از ورود به بحث ماهیت حقوقی شرط عقد لازم میدانم که در خصوص انواع شروط مختصر اشاره ای داشته باشم در این رابطه ما با دو مسئله روبرو هستیم اول: شرطی که قبل از عقد ذکر می شود، ولی در متن عقد بدان تصریح یا اشاره نمی شود دوم: شرطی که نه پیش از عقد و نه در متن عقد هرگز ذکر نمی شود لیکن از اوضاع و احوال قرارداد و یا از عرف و عادت رایج وجودش کشف می شود دسته اول شرط بنائی و دسته دوم را شرط ضمنی عرفی می نامند و البته هر دو دسته را به سبب آن که در متن عقد ذکر نمی شود روی هم رفته شرط ضمنی می خوانند در برابر شرط صریح وجود دارد که در متن عقد ذکر می شود شایان ذکر است که دیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی در مورد این تقسیم با دیدگاه حقوق خارجی متفاوت است در آن نظام تقسیم شرط به صریح و ضمنی به اعتبار ذکر و عدم ذکر آن است اما در فقه اسلامی به اعتبار ذکر آن در متن عقد است.



«به ظاهر اولین فقیهی که موضوع شرط و مباحث مرتبط با آن را به گونه‌ای مستقل و مبسوط گردآوری کرده و به تحلیل و بررسی آن پرداخته، شیخ انصاری است ایشان در کتاب ارزشمند مکاسب گفتاری را به بحث و بررسی شروط اختصاص داده است در بخشی از آن به شرایط صحت شرط پرداخته و یکی از شرایط صحت را لزوم ذکر شرط در متن عقد دانسته است ولی به همین مناسبت شرط بنایی را به لحاظ عدم ذکرش در عقد طرح و بررسی نموده است.^۱»

در این پژوهش مختصر سعی می‌شود ماهیت شرط عقد از منظرهای مختلف بررسی و جایگاه آن در قانون مدنی و قراردادهای و نظریه‌های ابزاری در خصوص موضوع بررسی شود و با توجه به روابط حقوقی و نیازهای اجتماعی در رابطه با شرط ضمن عقد بررسی‌های لازم صورت گیرد. امید است در این راه از راهنماییها و ارائه طریق و رفع ایراداتی که بدون شک در این تحقیق از ناحیه حقیر محتمل است بتوانم از محضر استاد گرانقدر و تجارب ارزنده‌ای که حاصل سالها تدریس در دانشکده حقوق و حضور در مجامع و نهادهای علمی و حقوقی و بین‌المللی می‌باشد بهره لازم را بگیرم.

مبحث اول - معانی و مصادیق شرط

شرط واژه‌ای عربی است که جمع آن شروط، شرایط و اشراط می‌باشد شرط در اصطلاح لغت به معنای الزام و التزامی است که در ضمن یک عقد مندرج است.

«الشرط الزام الشی و التزامه فی البیع و نحوه^۲»

«در لغت نامه دهخدا شرط به گرو بستن تعریف شده و در همان لغت نامه به نقل از منتهی الارب گفته شده به معنای لازم گردانیدن چیزی در بیع و نیز تعلیق کردن چیزی بر چیز دیگر است»^۳

شرط در اصطلاح شرعی به معنای عهد آمده است مانند شرط الناس که به معنای عهد الناس یا شرط الله به مفهوم عهدالله است در بعضی روایات شرط به معنای خیار نیز آمده است.

۱- سیمائی صراف، شرط ضمنی پژوهش تطبیقی در فقه، قانون مدنی ایران و حقوق خارجی، ص ۱۵.

۲- همان منبع به نقل از ابن منظور، لسان العرب، جلد ۷، ص ۸۲.

۳- علی اکبر دهخدا، لغتنامه، ج ۳۰، ص ۳۱۳.



دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی در کتاب ترمینولوژی حقوقی بند ۳۰۴۳ شرط را از دو منظر عنوان نموده است.

الف- امری است محتمل الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع کننده، حدوث اثر حقوقی عقد یا ایقاع را (کلاً یا بعضاً) متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع نماید (ماده ۲۲۲ به بعد ق.م.)

ب- وصفی که یکی از طرفین عقد، وجود آنرا در مورد معامله تعهد کرده باشد بدون اینکه آن وصف، محتمل الوقوع در آینده باشد «ماده ۲۳۵ ق.م.» این شرط را شرط صفت گویند. از نظر فقهی نیز گفته است شرط در فقه بمعنای مطلق تعهد «اعم از ضمن عقد یا بطور مستقل و جدای از عقد» است به همین جهت شرط را بدو قسمت تقسیم می کنند: شرط ضمن عقد و شرط ابتدائی.

از نظر علم اصول فقه نیز شرط هرامری است که وجود آن برای تحقق امر دیگری لازم باشد و در تعریف آن گویند: «الشرط ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود» یعنی شرط عبارت است از چیزی که اگر نباشد مشروط بوجود نمی آید ولی اگر شرط بوجود آید بتنهائی برای ایجاد مشروط کافی نیست.

شیخ انصاری در کتاب مکاسب برای شرط دو معنای عرفی قائل شده است
الف- مطلق الزام و التزام، خواه در ضمن عقد مندرج باشد یا نباشد که در نتیجه اطلاق شرط بر تعهد ابتدائی نیز حقیقی خواهد بود نه مجازی.

ب- آن چه که از عدمش، عدم لازم آید، خواه از وجودش وجود لازم آید یا نیاید در این معنا شرط اسم جامد است و بصورت قهری اشتقاق شارط و مشروط از آن خلاف قاعده خواهد بود.

از نظر سید محمد کاظم طباطبائی یزدی شرط به معنای مطلق جعل نیست بلکه بدنبال خود التزام می آورد و موجب ضیق بر مشروط علیه می گردد.

از نظر عبدالله مامقانی شرط صرفاً به معنای «ربط» است و از دیدگاه محقق اصفهانی «کمپانی» شرط به معنای لزوم است که گاهی جعلی و قراردادی است و گاهی تکوینی است محقق ایروانی نیز می گوید شرط در عرف تنها یک معنا دارد و آن عبارت است از تقید چیزی به



چیز دیگر لیکن تقید گاه واقعی است مانند تقید معلول به علت و گاه اعتباری و به سبب جعل جاعل است همان گونه که در شرط ضمن عقد است مانند عقد بیع که عاقد آن را به امر مخصوصی ربط میدهد به این امر اصطلاحاً شرط گویند.^۴

آیت ... خوئی برای شرط معنای واحد «ربط و اناطه» را مطرح کرده و می گوید اناطه گاهی تکوینی و گاهی جعلی شرعی است و امام خمینی مثل شیخ انصاری شرط مشترک لفظی بین دو معنا یعنی الزام و التزام در ضمن معامله، خواه عنوان الزام یا شرط صریحاً در ضمن عقد درج شود خواه به حمل شایع شرط شود و نیز آن چه که بر او چیز دیگری تکویناً یا تشریحاً معلق شده باشد بیان می کند.

شرط در اصطلاح حقوق به اموری اطلاق می شود که صحت و اعتبار عقود بر آن متفرع است و در ماده ۱۹۰ و مواد دیگر آمده است مثلاً مشروعیت جهت معامله یا معلوم بودن مورد معامله، شرط صحت عقد است زیرا صحت عقد به آن بستگی دارد معنی دیگر شرط عبارت است از مطلق عهد و تعهد، شرط در روایت معروف نبوی (المومنین عند شروطهم) که در فقه مورد استناد بر لزوم عقود و تعهدات قرار می گیرد به همین معنی به کار رفته است معنی دیگر شرط که اخص از معنی قبلی است عبارت است از تعهد فرعی که ضمن یک قرارداد مندرج می شود در این تحقیق شرط در معنی اخص آن مورد نظر است بطور کلی با مذاقه در مواد قانون مدنی معلوم می شود که اصطلاح شرط در این قانون به یکی از سه معنی به کار می رود:

گاهی منظور فقط تعهد و حدود آن است بدین معنی که توجهی به شرط ضمن عقد و غیره ندارد بلکه برای تعیین مقدار و یا نوع تعهد هر یک از طرفین و الزامات آنها از کلمه شرط استفاده می شود از جمله کاربرد این مفهوم ماده ۳۴۴ ق.م که مقرر می دارد «اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشده یا برای تسلیم بیع یا تادیه قیمت موعودی معین نگشته باشد بیع قطعی و ثمن حال محسوب است» و ماده ۳۴۹ ق.م که مقرر میدارد، مشتری باید ثمن را در موعد و در محل و بر طبق شرایطی که در عقد بیع مقرر شده است تادیه نماید و غیره را می توان بر شمرد لازم

۴- حسین سیمایی صراف، شرط ضمنی، چاپ اول، صفحه ۲۶ به نقل از میرزا علی ایروانی، حاشیه المکاسب، ص ۶۱.



بیادآوری است که در فقه هم گاهی از شرط همانگونه که گفته شده صرف تعهد و الزام است و توجهی بر مفهوم اصلاحی شرط ضمن عقد نمی شود.

گاهی منظور از شرط در قانون مدنی عناصر و مبانی اساسی تعهد و قرارداد است که بدون آنها علی الاصول تعهد و قرار داد ایجاد نمی گردد و به عبارت دیگر ساختمان اصلی یک عمل حقوقی، شرط نامیده می شود مانند ماده ۱۹۰ ق.م که مقرر میدارد (برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

الف- قصد طرفین و رضای آنها

ب- اهلیت طرفین

ج- موضوع معین که مورد معامله باشد

د- مشروعیت جهت معامله

در این ماده هر یک از چهار عنصر اساسی معامله، یک شرط برای تحقق قرارداد دانسته شده یا در ماده ۱۹۱ ق.م که می گوید «قصد انشا به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت به آن قصد کند عقد را تحقق می بخشد» یا ماده ۱۰۶۵ ق.م که مقرر میدارد «توالی عرفی ایجاب و قبول شرط صحت عقد است» و ماده ۱۰۶۷ ق.م که می گوید «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص دیگر شبهه نباشد شرط صحت نکاح است» یا ماده ۱۲۶۶ ق.م که می گوید «در مقررله اهلیت شرط نیست».

در بعضی موارد منظور از شرط و یک رکن اساسی معامله نیست بلکه قید و یا وصف زایدی است که علاوه بر ارکان اصلی عقد باید در بعضی عقود موجود باشد مانند قبض که در بعضی از عقود معین شرط صحت است موادی که در آنها شرط به این معنا به کار رفته است عبارت است از ماده ۴۷ ق.م «در حبس اعم از عمری و رقبی و غیره قبض شرط صحت است» یا در بیع صرف «بیع طلا و نقره» ماده ۳۶۴ ق.م مقرر میدارد در بیع خیار مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار و در بیعی که قبض شرط صحت است مثل بیع صرف انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع، و در موارد دیگر که شرط به صورت منفی در این معنی به کار رفته است مانند ماده ۷۳۲ ق.م در مورد رهن که می گوید «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می گردد داده شود ولی استمرار قبض



شرط صحت معامله نیست» ماده ۵۹ ق.م.می گوید «در وقف، اگر مال موقوفه به قبض موقوف علیه داده نشود وقف تحقق پیدا نمی کند» و در ماده بعد می افزاید «در قبض فوریت شرط نیست بلکه مادامی که واقف رجوع نکرده است هر وقت قبض بدهد وقف تمام می شود ماده ۷۲۸ ق.م (در صحت حواله ملائت محال علیه شرط نیست» یا ماده ۶۹۰ ق.م «در ضمان شرط نیست ضامن مالدار باشد ماده ۳۷۴ ق.م «در حصول قبض اذن بایع شرط نیست...» به این معنی منظور از شرط، شرط صحت است بیشتر به مسئله قبض مورد معامله مربوط می شود زیرا در بعضی از عقود «مانند وقف، حق انتفاع، رهن و هبه» مورد معامله مربوط باید به قبض طرف دیگر داده شود و به عبارت دیگر قبض شرط صحت معامله است.

در آخر آنچه مورد بحث ماست و درباره آن به تفصیل سخن خواهیم گفت شرط به معنی تعهد تبعی است یعنی علاوه بر تعهدات اصلی موضوع عقد، تعهداتی هم با توافق صریح و ضمنی متعاملین به نفع یکی از طرفین و یا به نفع ثالث ایجاد می گردد که با این معنی شرط ضمن عقد گفته می شود و بحث درباره شرط ضمن عقد و مصادیق و موارد مربوط به آن موضوع این تحقیق است.

مبحث دوم - شروط ابتدایی و شروط تبانی

یکی از شرایطی که فقها برای اعتبار صحت شرط ضمن عقد ذکر کرده اند این است که این شرط واقعا در ضمن عقد آمده باشد و بنابراین شروطی که خارج از عقد واقع می شود ارزش ندارد خواه این شروط به عقدی ارتباط پیدا کند و یا هیچگونه ارتباطی پیدا نکند برای توضیح مطلب می افزایم که آنچه در این مبحث مورد بحث است شروط ابتدایی یا شروط بدوی از یک طرف و شروط تبانی یا بنایی از طرف دیگر است. و علاوه بر آن سعی می شود اقسام دیگر شهود نیز به اختصار مورد بررسی قرار گیرد.

شروط ابتدایی: این گونه شرط و بحث از آن در رابطه با نظام پذیرفته شده امروزی قانونی دایر بر آزادی قراردادها تقریبا بی فایده است بنابراین پیش از این که ثمره عملی داشته باشد ارزش تحقیقی تاریخی خواهد داشت این اصطلاح همیشه و همه جا و بخصوص در باب تعهدات مطرح می شود عده ای از فقها معتقدند که در حقوق اسلام شروط ابتدایی اعتبار



ندارد، بنابراین بحث از آزادی قراردادها و کلیات تعهدات در این زمینه بی فایده است و فقط می توان در قالب عقود معین سخن گفت که در اینجا مناسب است تا در کلیات بحث از شروط تا حدودی که به دارازا نکشد مفهوم این اصطلاح و منظور از آن را روشن نماییم و ببینیم آیا واقعا شروط ابتدایی در حقوق اسلام معتبر نیست؟

ابتدا باید توجه داشت منظور از شروط ابتدایی یا شروط بدوی، شروطی است که در ضمن عقد نیامده باشد بلکه بطور مستقل و خارج از عقدی خاص و معین بین دو طرف مقرر گردد «مراد تعهد یک طرفی است و آن تعهدی است لازم که شخص به قصد یک طرفی خود علیه خود ایجاد می کند از نظر فقها شرط ابتدایی باطل است»^۵.

ممکن است به غلط تصور شود که شرط ابتدایی شرط غیرمذکور در عقد است در حالیکه شرط غیرمرتبط با عقد می باشد بر این اساس چه بسا شرطی در متن عقد ذکر شود اما شرط ابتدایی باشد چنان که سید یزدی می گوید اگر بایع در ضمن عقد بیع مثلا تعهد کند که لباس مشتری را بدوزد، اما تعهد مزبور هیچ ارتباطی با بیع نداشته باشد، بگونه ای که بتوان آن را جز مبیع شمرد و تخلف از آن را موجب خیار دانست شرط ابتدایی می باشد پس شرط ابتدایی، شرطی است که ارتباطی، با عقد ندارد، گرچه در ضمن عقد به گونه ای مستقل ذکر شود^۶ بر عکس ممکن است شرطی در متن عقد ذکر نشود اما به لحاظ علقه و ارتباطی که با عقد دارد شرط ابتدایی نباشد مانند شرط بنائی چنان که دکتر لنگرودی می گوید: هر شرط که بموجب عقد به نفع کسی و به ضرر دیگری مقرر شده باشد شرط ضمن عقد نامیده می شود ولو آن که مذاکره راجع به شرط قبل از انعقاد عقد شده باشد و عقد با توجه به مذاکره قبلی منعقد گردد در مقابل، شرط ابتدایی استعمال شده است.^۷

از دیدگاه دکتر کاتوزیان نیز به تعهدی شرط ضمن عقد گفته می شود که در نتیجه طبیعت تعهد یا تراضی دو طرف، بین عقد و آن تعهد علاقه و ارتباطی مانند اصل و فرع موجود باشد، خواه عقد بر مبنای آن واقع شود یا مفاد شرط را دو طرف ضمن عقد بیاورند یا بعد از عقد به

۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی، شماره ۳۰۴۴.

۶- سیمائی صراف، حسین، همان منبع به نقل از سید محمد کاظم طباطبائی، بخش خیارات، ص ۱۱۹.

۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، همان منبع، ص ۳۸۳، بند ۳۰۶۷.



آن ضمیمه کنند آنچه اهمیت دارد وجود علاقه و ارتباط شرط با عقد است نه زمان وقوع آن زیرا نیروی قصد مشترک این توان را دارد که امری خارجی را به عقد پیوند زند و آن را در شمار مفاد عقد آورد پس اگر شرطی را که ضمن عقد آمده است از دیدگاه قصد مشترک ربطی به عقد نداشته باشد، باید آن را التزامی مستقل یا تعهد ابتدائی شمرد.^۸

۲- شرط تبانی یا بنایی: نتیجه این حکم که شرط وقتی اعتبار دارد که ضمن عقد درج شده باشد این است که شروط ذکر نشده در عقد گرچه مورد نظر طرفین هم باشد اعتبار نداشته باشد تعریف شرط تبانی هم همین است و می توان گفت شرط تبانی تعهداتی است که در مذاکرات است پیش از عقد به صورت مذاکره مقدماتی بین متعاقدين مورد بحث واقع شده در متن عقد اسمی از آن ها برده نشده است و همان گونه که میدانیم برای شرط در معنای عام خود (التزام) سه حالت را می توان تصور کرد حالت اول اینکه پیش از عقد واقع می شود حالت دوم اینکه ضمن عقد شرط می شود و حالت سوم بعد از عقد ملحق به آن می شود که شرط تبانی همان حالت اول است.

از آنجا که در متون فقهی و آثار حقوقی عنوان مستقلی به نام شرط ضمنی گشوده نشده مباحث و اقسام آن به صراحت ذکر نگردیده است، با این حال از مبانی فقهی و روح قانون مندی می توان استنباط کرد که شرط ضمن حداقل بر دو قسم است شرط بنایی و شرط عرفی، زیرا شرط در صورتی صریح است که در متن عقد ذکر شود و چون شروط بنایی و متعارف هیچ یک در متن ذکر نمی گردند پس ضمنی می باشند.

شرط بنایی تعهدی پیشین بر عقد و در عین حال مرتبط با آن است البته نظر به اینکه شماری از فقیهان بعضی از تعهدات ذهنی سابق بر عقد را نیز در زمره شروط بنایی تلقی کرده اند شایسته است این شرط به دو معنای عام و خاص تقسیم کنیم.

معنای خاص شرط بنایی: در این مفهوم شرط بنایی، تعهدی تبعی است که پیش از قرارداد توسط متعاقدين انشاء و یا دست کم مورد گفتگو قرار گرفته و قرارداد با لحاظ آن تشکیل یافته باشد. توضیح آن که شرط پیش از عقد در قالب کلمات رسمی و مخصوص انشاء شده و

۲- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ سوم، صفحه ۱۳۰.



موضوع تعهد و التزام قرار می گیرد مثل اینکه مشتری می گوید «این فرش را می خرم به شرطی که دست باف کاشان باشد» و گاه بدون انشاء التزام رسمی صرفاً نسبت به آن گفت و گو می شود مثل مشتری که در مقام آزمایش و امتحان مبیع جهت خرید آن است از فروشنده می پرسد: آیا فرش، دست باف کاشان است؟ فروشنده پاسخ مثبت می دهد و در هر صورت شرط مزبور یا هنگام انعقاد قرارداد مورد توجه متعاملین است و قرارداد بر مبنای آن شکل می گیرد یا به آن توجه ندارند و یا علی رغم توجه به آن، مذاکرات بعدی و قراین دیگر نشان دهنده اغراض از آن است. به استثنای فرض عدم توجه و فرض اعراض که بدون شک نمی توان شرط را جزء مفاد قرارداد دانست سایر فرض ها مشمول عنوان شرط بنایی به معنای خاص می باشد شایان ذکر است که نوع رایج و متداول شرط بنایی در آثار فقهی و حقوقی معنای خاص آن است.

معنای عام شرط بنایی: شرط بنایی در اصطلاح عام علاوه بر مفهوم بالا شامل شروط معهود بین طرفین نیز می شود یعنی شروطی که هیچ سخنی راجع به آن ها تبادل نشده و صرفاً هر یک از ضمیر دیگری آگاه است مثلاً هرگاه، کالایی با توجه به مشاهده قبلی خریداری شود و سپس مغایر با اوصاف دیده شده از آب درآید گفته می شود که شخص متضرر حق فسخ دارد.

«شیخ انصاری دلیل پیدایش این حق را تخلف از شرط می داند و حال آنکه مطابق فرض، هیچ گفت و گویی راجع به اوصاف نشده است سید یزدی مفهوم عام شرط بنایی را به ترتیب زیر معرفی می کند. آن یا شرط سابق بر عقد و مرتبط با آن است، به طوری که عقد به لحاظ آن ایجاد می گردد و گرچه در متن عقد ذکر نشده، مورد قصد و اراده متعاملین می باشد یا تنها گفت و گویی پیشین و بدون انشای متعهد در خصوص آن است و البته در ضمن عقد ملحوظ است و یا به هیچ وجه (نه در قالب انشاء و نه در قالب گفت و گوی) ذکری از آن نمی شود ولکن متعاملین ضمن آگاهی از ضمیر یکدیگر آن را اراده کرده اند»^۹.

وضعیت مفاد بنایی در حقوق ایران:

^۹ - سیمایی صراف، حسین، همان منبع، ص ۴۰ به نقل از محمد کاظم طباطبائی، بخش خیرات ص ۱۱۸.