

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۱۱، شماره ۱

بهار و تابستان ۱۳۹۹

صفحات ۲۴۵ تا ۲۷۰

شرط مستقل از عقد؛ مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی و حقوق

فرانسه بر مبنای اصلاحات قانون مدنی

محمود کاظمی*

دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

ابراهیم تقی زاده

استاد دانشگاه پیام نور ایران، تهران

(Email: taghizaadeh@gmail.com)

علی احمدی بیاضی

عضو هیئت علمی (مربی) دانشگاه پیام نور ایران، تهران

(Email: ahmadiali1356@yahoo.com)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۱/۱۲، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۷/۱۵)

چکیده

رابطه شرط با عقد و حدود تبعیت آن از عقد اصلی یکی از مباحث مهم شروط ضمن عقد است. از ماده ۲۴۶ ق.م.ا این گونه استنباط می شود که شرط ضمن عقد از هر جهت تابع عقد بوده، در صورتی که عقد اصلی به سببی از اسباب قانونی یا ارادی منحل شود، شرط ضمن آن نیز زایل می گردد. در فقه اسلامی نیز ظاهراً قول مشهور آنست که شرط در حدوث و بقا تابع عقد است، به گونه ای که شرط را «التزام تبعی» نامیده اند. تبعیت شرط از عقد به عنوان قاعده در حقوق فرانسه هم پذیرفته شده است، اما در مواردی با وجود انحلال عقد اصلی، شرط ضمن آن به حیات حقوقی خود ادامه داده، منشأ اثر می شود؛ از این شروط با عنوان «شروط مستقل» یاد می کنند. در حقوق فرانسه، ماده ۱۲۳۰ ق.م. جدید، برخی از شروط ضمن عقد (نظیر شرط داوری، شرط تعیین صلاحیت دادگاه و قانون حاکم) را از قاعده عام «تبعیت شرط از عقد» مستثنی و تصریح کرده است که این شروط با انحلال عقد به اعتبار خود باقی می مانند. در قانون مدنی ایران چنین نصی وجود ندارد، اما فقدان نص به معنای نبود شرط مستقل در حقوق ایران نیست؛ چنان که در فقه اسلامی نیز برخی از فقیهان امکان بقای شرط بعد از انحلال عقد را پذیرفته و مصادیقی از آن (نظیر شرط راجع به ضمان درک یا ضمانت اجرای نقض قرارداد) را بیان کرده اند. تحلیل رابطه بین شرط و عقد و مبانی استقلال برخی شروط از عقد اصلی و برشمردن مصادیق آن در حقوق ایران، فرانسه و فقه اسلامی موضوع این مقاله را تشکیل می دهد.

واژگان کلیدی

استقلال شرط از عقد، بقای شرط، تبعیت شرط از عقد، رابطه شرط و عقد.

مقدمه

۱. «شرط» در لغت اغلب به معنای «الزام و التزام به چیزی» (معلوف، ۱۳۶۳، ص ۵۹۱) و گاه به «الزام و التزام به چیزی در ضمن بیع» تعریف شده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ص ۳۲۹؛ فیروزآبادی، ۱۹۹۸م، ص ۶۷۳) و برخی آن را به معنای «مطلق ربط و تعلیق» دانسته‌اند (اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ص ۱۰۳؛ خوئی، ۱۳۶۸ق، ص ۲۹۷). اما در معنای اصطلاحی در علوم مختلف، «شرط» معانی متفاوتی دارد (ر.ک. خوئی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۶ به بعد). در علم فقه نیز از «شرط» تعبیر متفاوتی شده است که بررسی تفصیلی آن‌ها از حوصله این مقاله خارج است (خوئی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۲ به بعد؛ انصاری، ۱۴۳۱ق، ص ۱۱ به بعد). اما آنچه از کلام فقها استفاده می‌شود، آن است که شرط در اصطلاح فقهی نیز به دو معنای عام و خاص استعمال می‌گردد: در معنای عام، شرط به «مطلق التزام و تعهد» گفته می‌شود، خواه ابتدایی و مستقل یا ضمن عقد درج شده باشد (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۳۳)؛ اما در معنای خاص، شرط به «التزامی که در ضمن عقد می‌آید» اطلاق می‌گردد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۷۸؛ انصاری، ۱۴۳۱ق، ص ۱۲). بدین سان باید گفت شرط در اصطلاح فقهی و به معنای خاص «التزام و تعهدی است که در ضمن تعهدی دیگر ایجاد می‌شود و با آن ارتباطی دارد» (خوئی، ۱۳۶۸ق، ص ۲۹۷ و ۲۹۸). ارتباط بین شرط (التزام تبعی) و عقد (التزام اصلی)، بنیاد و اساس شرط را تشکیل داده، آن را از سایر تعهدات متمایز می‌کند و گرنه از لحاظ ماهیت و ذات و احکام تفاوتی با سایر التزامات ندارد. بر این اساس، همان‌گونه که در معنای لغوی شرط، مفهوم «ربط» و «ارتباط» نهفته است، در معنای فقهی و اصطلاحی آن نیز این مفهوم وجود دارد و شرط ضمن عقد، التزامی است که مرتبط با التزام دیگر (عقد) منعقد می‌گردد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۷۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۰۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ص ۲۱۵).

۲. چگونگی و میزان این ارتباط بین عقد و شرط ضمن آن، یکی از مباحث مهم شروط ضمن عقد است. سخن آن است که آیا رابطه بین شرط و عقد صرفاً در مرحله ایجاد و حدوث است یا در بقا و انحلال هم وجود دارد؟ به عبارت دقیق‌تر هرگاه به دلایلی عقد اصلی منحل گردد، آیا شرط ضمن آن هم منحل می‌شود یا خیر، و آیا تفاوتی میان اسباب انحلال (اقاله، خیار و بطلان) وجود دارد؟

۳. بحث تفصیلی راجع به رابطه میان عقد و شرط مجالی دیگر می‌طلبد. آنچه مسلم است در نظام حقوقی فرانسه و فقه اسلامی پذیرفته شده که شروط ضمن عقدی وجود دارند که با

۱. وی در شرح قاعدة «المؤمنون عند شروطهم» گفته است: «المراد بشروطهم: ما التزموا، فان ذالك معنى الشرط لغة» (همان، ص ۱۳۳).

انحلال عقد اصلی و حتی در برخی موارد، کشف بطلان آن معتبرند و درحقیقت اثر آن‌ها ناظر به مرحله انحلال یا کشف بطلان عقد اصلی است. بررسی تفصیلی این دسته از شروط در نظام حقوقی فرانسه، ایران و فقه اسلامی موضوع این مقاله است.

۴. تقسیم‌بندی شرط به وابسته و مستقل به‌طور آشکار در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران کمتر مطرح شده است. قانون مدنی در این خصوص ساکت است و در فقه نیز به‌ویژه در کتب کلاسیک فقهی این تقسیم‌بندی از شرط به‌صراحت مطرح نشده است. این امر به دلیل شهرت این قاعده در فقه بوده که «شرط تابع عقد است»^۱ (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۳۲۱؛ انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۵، ص ۵۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۱۴۴ و ج ۵، ص ۲۲۲) و چنان‌که گفته شد، شرط به «التزام تبعی» تعریف شده است. بر این اساس، بحث شرط مستقل یا امکان استقلال شرط از عقد در بقا و عدم، دست‌کم به‌طور تفصیلی و آشکار و به‌عنوان یکی از تقسیمات شرط، بحث نسبتاً جدیدی است که ضرورت‌های زندگی و معاملات جدید آن را ایجاب کرده و موجب توسعه آن شده است. با وجود آن، این‌گونه نیست که این بحث برای فقیهان کاملاً ناشناخته باشد. این بحث از لابه‌لای مباحث و فروعات مربوط به «شرط ضمن عقد» در کتب قدما قابل استنباط است. به‌ویژه پس از عصر شیخ انصاری که در کتاب «مکاسب» باب مستقلی را به «شروط ضمن عقد» اختصاص داد و سپس شاگردان بی‌واسطه و باواسطه وی که در قالب شرح و حاشیه بر کتاب مکاسب تحقیقات ذی‌قیمتی را انجام داده‌اند، این بحث توسعه زیادی یافته است. اما برخی از فقیهان معاصر با صراحت بیشتری به این بحث پرداخته‌اند.

۵. در این راستا برخی از فقیهان^۲ شروط ضمن عقد را در یک تقسیم‌بندی به شروطی که موضوع آن تابع ثمن یا مثنی است و شروطی که ارتباطی به عوضین و ارکان عقد ندارد، تقسیم کرده‌اند و قسم دوم را برخلاف گونه نخست، مستقل از عقد دانسته‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۴۱۹؛ سبحانی، ۱۴۳۸ق، ص ۱۰۰ به بعد؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵ق، ص ۷۹). برخی دیگر این تقسیم‌بندی را مطرح کرده، اما به‌صراحت اعلام نکرده‌اند که قسم دوم، شرط مستقل از عقد است (نائینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص ۲۶۷؛ خوانساری، بی‌تا، ص ۴۸۳) و عده‌ای نیز بدون اشاره به این تقسیم‌بندی، پذیرفته‌اند که برخی از شروط ضمن عقد در انحلال تابع عقد اصلی نیستند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۱۰) و بالاخره بعضی دیگر در مورد شروطی که می‌توانند موضوع تعهد مستقل قرار گیرند، از امکان استقلال آن‌ها از عقد سخن گفته‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۳۶۴).

۱. «الشرط تابع للعقد» (شیخ انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۶، ص ۴۴).

۲. بعضی از فقها به‌صراحت این تقسیم‌بندی را انجام داده‌اند و از برخی عبارات به‌طور ضمنی می‌توان این تقسیم‌بندی را استنباط کرد.

۶. در حقوق فرانسه شروط ضمن عقد را به شروط وابسته^۱ و مستقل^۲ تقسیم کرده‌اند؛ شرط وابسته شرطی است که در کنار عقد معنا پیدا کرده و ناظر به آن است و حدوث و بقای آن وابسته به حدوث و بقای عقد است. اما شرط مستقل، شرطی است که هویتی مستقل از عقد دارد و اجرای آن حتی پس از انحلال و گاه بطلان عقد، معنا پیدا می‌کند. این شرط در قرارداد به‌عنوان عنصری منفرد به‌شمار می‌آید و آثاری جدای از قرارداد اصلی ایجاد می‌کند (Sintez, 2014, p. 241). در این مقاله مطالعه‌ای استقرایی پیرامون مهم‌ترین مصادیق این شروط در حقوق ایران و فرانسه انجام داده‌ایم. به این منظور، این مقاله در دو بخش تدوین شده است.

۱. شرط مستقل از عقد در حقوق فرانسه

۱.۱. مفهوم و پیشینه تاریخی شروط مستقل در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه مفهوم استقلال شروط قراردادی از نیمه دوم قرن بیستم به شکل جدی مطرح شد (Gras, 2014, p. 407). تا پیش از اصلاح کتاب تعهدات قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶م، در قانون مدنی آن کشور نصی در خصوص شرط مستقل از عقد وجود نداشت. در دکتترین و رویه قضایی نیز امکان استقلال شروط قراردادی در فرض انتفای قرارداد به دلیل اینکه ماده ۱۱۰۸ این قانون وجود «سبب» را به‌عنوان یکی از شرایط اساسی اعتبار قراردادهای اعلام کرده بود^۳، با تردید جدی مواجه بود؛ زیرا انحلال قرارداد به این معناست که هریک از عوضین به صاحب خود بازگردد. بر این اساس، بقای شرط در این فرض به دلیل عدم وجود سبب برای آن مشکل می‌نمود. با وجود آن، صرف نظر از اختلاف نظرهایی که راجع به نظریه سبب در طی سالیان متمادی در حقوق این کشور وجود داشت، در همان زمان نیز بسیاری از محاکم و نویسندگان حقوقی فقدان سبب را موجب بی‌اعتباری شروط قراردادی ندانسته، بر عدم پذیرش نظریه سبب به‌عنوان معیاری برای سنجش اعتبار شروط مستقل تأکید کردند (Gras, 2014, p. 476-477). پس از اصلاح قانون مدنی این کشور در سال ۲۰۱۶م، مفهوم سبب از این قانون رخت بریست و در نتیجه از این پس دیگر مانعی با عنوان «فقدان سبب» در خصوص استقلال شروط قراردادی در حقوق این کشور مطرح نبود. در سال ۲۰۱۶م، قانون‌گذار این کشور در راستای به‌روزرسانی و انطباق هرچه بیشتر حقوق

1. Les clauses autonomes.

2. Les clauses Independences.

3. Art.1108: "Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation".

قراردادهای این کشور با حقوق قراردادهای بین‌المللی، ضمن اصلاح کتاب تعهدات قانون مدنی، با الهام از مواد ۹:۳۰۵ اصول حقوقی قراردادهای اروپایی^۱ و ۷،۳،۵ اصول تدوین‌شده از سوی مؤسسهٔ یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی^۲، مادهٔ ۱۲۳۰ ق.م. را تصویب کرد که تا پیش از آن در قانون مدنی این کشور همانندی نداشت. این ماده چنین مقرر داشته است:

«فسخ قرارداد، شروط مربوط به قواعد حاکم بر حل و فصل اختلافات، و شروطی نظیر شرط محرمانگی و عدم رقابت را که هدف از درج آن‌ها، آن است که در حالت فسخ قرارداد نیز منشأ اثر گردند، تحت تأثیر قرار نمی‌دهد»^۳.

چنان‌که ملاحظه می‌شود، این ماده دسته‌ای از شروط ضمن عقد را ذکر کرده که فسخ قرارداد بر آن‌ها بی‌تأثیر بوده است و پس از فسخ قرارداد هم معتبرند. افزون بر آن، دیوان عالی کشور فرانسه نیز در برخی از آرای خود از جمله در رأیی که اخیراً صادر نموده، برخی از این شروط را شناسایی کرده است (Cour de cassation, Chambre commerciale, 7 février 2018, 16-20.352, Publié au bulletin).

در این ماده شروط مستقل تحت دو عنوان مجزا مطرح شده است: الف) شروط ناظر به حل و فصل اختلافات؛ ب) شروطی که هدف درج آن‌ها در قرارداد آن بوده است که پس از فسخ قرارداد حاکم باشند. بند دوم یک معیار کلی ارائه داده است که می‌تواند مصادیق متعددی داشته باشد. ابهامی که در این ماده وجود دارد، وضعیت شرط در فرض بطلان قرارداد است، زیرا این ماده صرفاً ناظر به فسخ قرارداد است و حکم موضوع در فرض بطلان قرارداد را مسکوت گذاشته است. بر این اساس، ممکن است این‌گونه تصور شود که بقای شرط صرفاً در مورد فسخ عقد اصلی قابل تصور است و در فرض بطلان قرارداد، شرط مستقل وجود ندارد. در رفع این تردید ممکن است گفته شود که در نظام حقوقی کشور فرانسه، فسخ اصولاً دارای همان آثاری است که بطلان قرارداد دارد؛ یعنی در هر دو وضعیت، قرارداد از ابتدا منحل^۴ می‌شود و آثار قرارداد را از آغاز منتفی می‌کند. (Malaurie et Aynès et Stoffel-Munck, 2016, p. 519)^۵

1. Article. 9:305 of The Principles of European Contract Law: "Termination does not effect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision which is to operate even after termination".
2. Article 7.3.5. of Unidroit principles: "Notwithstanding the general rule laid down in paragraph (1), there may be provisions in the contract which survive its termination. This is the case in particular with provisions relating to dispute settlement but there may be others which by their very nature are intended to operate even after termination".
3. Art. 1230 "La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence".
4. Le contrat n'avait pas existé.
۵. البته در این خصوص استثنایی وجود دارد و آن برخورد متفاوت نسبت به بطلان قرارداد حاوی شرط وجه التزام

این اساس، به نظر می‌رسد حکم یادشده در ماده ۱۲۳۰ این کشور که بقای شروط مستقل در وضعیت فسخ قرارداد را مقرر داشته است، به وضعیت بطلان قرارداد نیز قابل تسری باشد. با این همه، باید منتظر بود و دید که رویه قضایی فرانسه چه تفسیری از این ماده خواهد داشت.

۱.۲. مصادیق شروط مستقل در حقوق فرانسه

مصادیق شرط مستقل از عقد در حقوق فرانسه متعدّدند که برخی از آنها مبتنی بر نص قانونی بوده و برخی در دکترین و رویه قضایی مطرح شده‌اند.

۱.۲.۱. شرط داوری

شرط داوری یکی از مهم‌ترین شروطی است که به منظور حل و فصل اختلافات قراردادی-به‌ویژه در قراردادهای بین‌المللی- در ضمن قراردادها گنجانده می‌شود. ماده ۱۴۴۲ قانون آئین دادرسی مدنی فرانسه شرط داوری^۱ را توافقی دانسته است که به موجب آن طرفین یک قرارداد متعهد می‌شوند دعای و اختلافات ناشی از آن قرارداد را از طریق داوری حل و فصل کنند.^۲ نویسندگان این کشور نیز به تبعیت از آن قانون، تعریف مشابهی از این نهاد ارائه داده‌اند (Tahri, 2007, p. 211).

اصل استقلال شرط داوری که در نظام‌های حقوقی مختلف به شکل گسترده مورد پذیرش قرار گرفته است، به‌عنوان تضمینی برای کارایی سازوکار داوری به‌شمار می‌رود. این اصل در حقوق فرانسه ابتدا در زمینه قراردادهای تجاری بین‌المللی از سوی دیوان عالی این کشور در رأی مشهوری به نام «گوسه»^۳ پذیرفته شد. این رأی در زمان صدور (۱۹۶۳م) با استقبال ویژه‌ای از سوی حقوق‌دانان مواجه شد، به نحوی که برخی از آن به فتح و پیروزی تعبیر کردند (Cité par: Ancel, 1994, p. 77). در این رأی، دیوان عالی کشور فرانسه چنین اعلام کرده است که در زمینه داوری تجاری بین‌المللی، شرط داوری جز در موارد استثنایی از لحاظ حقوقی استقلال داشته، در فرض بی‌اعتباری قرارداد اصلی، می‌تواند منشأ اثر گردد و از جمله آن آثار، این است که این صلاحیت را به داور اعطا می‌کند که صرف نظر از بطلان یا فسخ قرارداد اصلی، در مورد اختلاف طرفین اظهار نظر کند (Cour de cassation, Chambre civile

و فسخ آن است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

1. La clause compromissoire / La clause d'arbitrage

2. Art. 1442: "La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats".

3. Gosset

(du 7 mai 1963, Publié au bulletin).^۱ بر این اساس، بطلان قرارداد حاوی شرط داوری موجب بطلان آن شرط نخواهد شد (Tahri, 2007, p. 211; Gras, 2014, p. 477). نویسندگان فرانسوی کارکرد و هدف درج این شرط را مبنای استقلال آن نسبت به قرارداد اصلی بیان کرده‌اند، زیرا این شرط ناظر به تنظیم رابطه حقوقی طرفین و حل و فصل اختلافات ناشی از این رابطه است. به عبارت دیگر، هدف اصلی شرط داوری آن است که هنگام بروز هرگونه اختلاف، موضوع از طریق داوری حل و فصل گردد و اختلاف در خصوص اعتبار و عدم اعتبار قرارداد نیز از آن جمله است (Gras, 2014, p. 496). شایان ذکر است که در حقوق فرانسه این موضوع که سبب انحلال قرارداد، بطلان آن باشد یا فسخ، در استقلال و اعتبار شرط داوری تأثیری ندارد (ر.ک. Gras, 2014, p. 497 et s.). البته برخی از حقوق‌دانان فرانسوی عیوب اراده را در فرضی که به اصل وجود توافق بین طرفین لطمه وارد کرده، سبب بطلان قرارداد از ابتدا گردد، عامل بطلان کل عقد و شرط دانسته‌اند، اما این رویکرد هیچ‌گاه مورد پذیرش رویه قضایی و دکتترین حقوقی این کشور قرار نگرفته است (Gras, 2014, p. 498).

در خصوص داوری‌های داخلی نیز اصل استقلال شرط داوری به موجب اصلاحاتی که در سال ۱۹۷۵م در قانون آئین دادرسی مدنی فرانسه صورت گرفت، در ماده ۱۴۶۶ آن پذیرفته شد و پس از اصلاح سال ۲۰۱۱م آن قانون، ماده ۱۴۴۷ قانون آئین دادرسی مدنی کنونی این کشور حاوی اصل استقلال قرارداد داوری است.^۲

به‌علاوه، ماده ۱۲۳۰ ق.م. جدید این کشور نیز می‌تواند به‌عنوان منبع استقلال شرط داوری و سایر شروطی که کارکردی مشابه با این شرط دارند، مورد استناد قرار گیرد که از آن جمله می‌توان به شرط میانجیگری^۳ و شرط سازش^۴ اشاره کرد. این شروط نیز می‌توانند به‌عنوان مصادیقی از شروط ناظر به حل و فصل اختلافات و شروط مستقل به‌شمار آیند (Brisson, 2017, p. 159; Kling, N. D., p. 29; Gras, 2014, p. 498).

۱.۲.۲. شرط تعیین صلاحیت دادگاه و قانون حاکم بر قرارداد

منظور از شرط تعیین صلاحیت^۵ شرطی است که به طرفین قرارداد اجازه می‌دهد که دعوای

۱. این رأی بر بسیاری از آرا که پس از آن از دیوان عالی صادر گردید، تأثیر عمده‌ای گذاشته و به‌عنوان مشهورترین رأیی که در این زمینه صادر شده است، شناخته می‌شود:

Coussirat-Coustère et Michel Eisseman, 1991, p. 1490.

2. Art. 1447: "La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci".

3. La clause de médiation.

4. La clause de conciliation.

5. La clause attributive de juridiction / la clause d'élection de for.

احتمالی خود را در دادگاهی غیر از دادگاهی که به موجب قواعد حل تعارض صلاحیت دارد، مطرح نمایند. (Sobczynski, N. D., p. 1). دیوان عالی کشور فرانسه در رأی که در سال ۲۰۱۵ م صادر کرده، این شرط را جزء شروط مستقل محسوب داشته است. در این رأی چنین آمده که «شرط تعیین صلاحیت» از قرارداد اصلی که در آن درج شده است، استقلال دارد و انحلال قرارداد، بقای این شرط را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد.^۱ به نظر می‌رسد مبنای استقلال این شرط همان مبنایی است که در مورد شرط داوری وجود دارد. زمانی که طرفین توافق می‌کنند که دعوی احتمالی خود را نزد دادگاهی خاص اقامه کنند، در واقع مرجع صالح برای حل و فصل اختلافات خود را تعیین کرده و رسیدگی به اختلافات خود را صرف نظر از منشأ آن، برعهده دادگاهی خاص قرار داده‌اند.

صدور این رأی از سوی دیوان عالی کشور فرانسه در راستای ایرادی بود که از سوی خواهان دعوای اصلی در خصوص اعتبار «شرط تعیین صلاحیت» در فرض انتفای مدت قرارداد حاوی آن مطرح شده بود. اما امروز با وجود ماده ۱۲۳۰ ق.م. جدید فرانسه، تردیدی در استقلال این شرط وجود ندارد.^۲ بر این اساس، حقوق دانان فرانسوی شرط تعیین صلاحیت را یکی از مصادیق شروط مستقل دانسته و از مصادیق این ماده به‌شمار آورده‌اند (Malaurie et Aynès et Stoffel-Munck, 2016, p. 518).

همچنین دیوان عالی کشور فرانسه در رأی که اخیراً صادر کرده، استقلال شرط تعیین دادگاه صالح را با ذکر عباراتی از ماده ۲۵ کنوانسیون بروکسل در خصوص تعیین صلاحیت و اجرای احکام صادره در موضوعات مدنی و تجاری^۳ دوباره مورد تأیید قرار داده است. در این رأی آمده است: «توافق ناظر به تعیین صلاحیت که جزئی از یک قرارداد به حساب می‌آید، به‌عنوان توافقی مجزا از سایر شروط قراردادی قلمداد می‌شود. اعتبار توافق تعیین صلاحیت نمی‌تواند صرفاً به این علت که قرارداد فاقد اعتبار است مورد خدشه قرار گیرد»^۴.

1. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 15 avril 2015, 14-11-572, Inédit: "...en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, la clause attributive de compétence n'est pas affectée par l'inefficacité de celle-ci..."
۲. پیش از تصویب ماده ۱۲۳۰ ق.م. جدید فرانسه در خصوص استقلال این شرط در غیر از حوزه قراردادهای تجاری بین‌المللی، تردیدهایی از سوی برخی از نویسندگان مطرح شده بود (ر.ک. Blanchin, 1997, p. 989). بعضی از نویسندگان فرانسوی در مقابل، با این استدلال که جنبه بین‌المللی یا داخلی قرارداد حاوی این شرط کارکرد آن را تغییر نمی‌دهد، استقلال این شرط در قراردادهای داخلی را نیز پذیرفته بودند (Gras, 2014, p. 497).
3. Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (1968); حکم ماده یادشده از کنوانسیون لاهه درباره موافقت‌نامه‌های انتخاب دادگاه اقتباس شده است. (La Convention de La-Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for Wautelet, N. D., p. 6)
4. Cour de cassation, Chambre civile 1er, 14 mars 2018, 16-28302: "Une convention attributive de

شرط تعیین قانون حاکم^۱ را نیز باید از شروط ناظر به حل و فصل اختلاف محسوب کرد و مضمول حکم ماده ۱۲۳۰ ق.م. جدید فرانسه دانست؛ در نتیجه آن را به عنوان شرطی مستقل از قرارداد اصلی به شمار آورد. زیرا هنگامی که طرفین یک قرارداد بر سر حکومت قانونی خاص بر رابطه قراردادی خود توافق می‌کنند، توافق آن‌ها به این معنی است که قانون منتخب بر کلیه اختلافات قراردادی آنان حاکم باشد، و وقتی یکی از طرفین، دعوی بی‌اعتباری قرارداد را مطرح می‌کند، اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد باید بر مبنای قانون منتخب ارزیابی گردد.

۱.۲.۳. شرط تحدید یا عدم مسئولیت

شروط تحدید مسئولیت^۲ در قراردادها، شروطی هستند که مسئولیت شخص نسبت به جبران خسارت وارد بر طرف قرارداد را که در اثر نقض تعهد قراردادی ایجاد شده است، محدود می‌کنند یا از بین می‌برند (Viney et Jourdain, 2001, p. 348). دیوان عالی کشور فرانسه در رأیی که اخیراً صادر کرده با تغییر رویکردی آشکار نسبت به آنچه تا پیش از آن در رویه قضایی این کشور پذیرفته شده بود و حتی در آرای پیشین شعب تجاری خود نیز مورد پذیرش قرار داده بود (Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 5 octobre 2010, 08-11- Inédit; Cour d'appel de Lyon, 23 novembre 2017, n° 16/05155) این شرط را جزء شروط مستقل از قرارداد دانسته است. موضوع پرونده از این قرار است که شرکت فرجام‌خواه یک دستگاه دیگ بخار متعلق به شرکت فرجام‌خوانده را تعمیر کرده بود، اما پس از مدتی، عملکرد دستگاه با اختلال مواجه شد و پس از کسب نظر کارشناس مشخص گردید که اختلال در عملکرد دستگاه ناشی از تعمیر ناصحیح آن از سوی شرکت فرجام‌خواه بوده است. به این ترتیب، شرکت فرجام‌خوانده علیه شرکت فرجام‌خواه دعوی به خواسته فسخ قرارداد و جبران خسارات وارد به خود اقامه کرد. شرکت فرجام‌خواه در دفاع از خود، به شرط تحدید مسئولیتی استناد نمود که در قرارداد فی‌مابین درج شده بود. دادگاه تجدیدنظر با رد دفاع صورت گرفته از سوی شرکت فرجام‌خواه، چنین اظهار نظر کرد که فسخ قرارداد به صورت قهقرایی قرارداد را از بین برده، همه چیز را به حالت سابق خود بازمی‌گرداند، و شرط تحدید مسئولیت هم به تبع عقد از بین می‌رود. این رأی از سوی محکوم‌علیه مورد فرجام‌خواهی قرار گرفت که در نتیجه، دیوان عالی کشور فرانسه با نقض رأی دادگاه تجدیدنظر این‌گونه اظهار نظر

jurisdiction faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de la convention attributive de juridiction ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable".

1. La clause de droit (loi) applicable.

2. La clause limitative de responsabilité.

نمود: «شروط تحدید مسئولیت ناشی از نقض قرارداد»، پس از فسخ قرارداد نیز همچنان قابل اجرا بوده، در فرض فسخ قرارداد به دلیل عدم اجرای آن، جبران خسارات ناشی از این عدم اجرا همچنان مشمول شرط تحدید مسئولیت مندرج در قرارداد خواهد بود. زیرا اساساً این شروط به این علت در قرارداد درج می‌شوند که آثار ناشی از عدم اجرای قرارداد را با وجود زوال قهقرایی آن معین کنند.^۱ به این ترتیب، دیوان عالی کشور فرانسه شرط تحدید مسئولیت را جزء شروط مستقل دانست که با انحلال قرارداد از بین نمی‌رود. نویسندگان فرانسوی نیز در نقد و تحلیل این رأی، این راه‌حل را منطقی دانسته و آن را تأیید کرده‌اند (Simon Associés, 2018, p. 11). شایان ذکر است قبل از صدور این رأی نیز بعضی از حقوق‌دانان این کشور شروط تحدید مسئولیت را جزء شروطی می‌دانستند که هدف از درج آن‌ها در قرارداد آن است که پس از انتفای قرارداد نیز منشأ اثر و در نتیجه مستقل از قرارداد اصلی حاوی خود باشد (Gras, 2014, p. 499).

۱. ۲. ۴. شرط وجه التزام

شرط وجه التزام^۲ یکی دیگر از شروط مستقل است. ماده ۱۲۲۷ ق.م. سابق فرانسه به صراحت مقرر داشته بود که بطلان تعهد اصلی به بطلان شرط وجه التزام می‌انجامد.^۳ با اصلاح قانون مدنی این کشور در سال ۲۰۱۶م، ماده یادشده که بیش از دو قرن در دل قانون مدنی این کشور جای گرفته بود، حذف شد که این امر می‌تواند قرینه‌ای بر تغییر رویکرد قانون‌گذار فرانسه باشد.

وابستگی یا استقلال شرط وجه التزام در حقوق فرانسه همواره مورد بحث و اختلاف نظر بوده است. برای مثال، حتی در زمان حکومت ماده پیش‌گفته، برخی از حقوق‌دانان این کشور از شرط وجه التزام به عناوینی همچون «قرارداد وجه التزام»^۴ و «یک قرارداد در قرارداد»^۵ تعبیر نموده، آن را به‌طور کلی مستقل از قرارداد اصلی می‌دانستند (Paisant, 2003, p. 2; Cité par: Gras, 2014, p. 506). در آن زمان در خصوص بقای شرط وجه التزام در صورت فسخ قرارداد دو رویکرد عمده در حقوق این کشور وجود داشت که هریک از آن‌ها بر اساس دو مبنای متفاوت ارائه شده بود.

1. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 7 février 2018, 16-20.352, Publié au bulletin: "lorsqu'une inexécution contractuelle entraîne la résolution judiciaire du contrat, la réparation du préjudice causé par cette inexécution reste soumise à la clause limitative de responsabilité stipulée dans le contrat, laquelle vise par nature à régler les conséquences de cette inexécution, nonobstant l'anéantissement rétroactif du contrat".

2. La clause pénale.

3. Art. 1227: "La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale".

4. Un contrat de clause pénale.

5. Un contrat dans le contrat.

رنه دموگ (René Demogue)، حقوق‌دان شهیر فرانسوی، با توجه به موضوع شرط وجه التزام بین دو نوع شرط تفکیک قائل شده بود که پس از وی مورد پذیرش بسیاری از حقوق‌دانان معاصر این کشور قرار گرفت. مطابق این نظر، باید بین شرط وجه التزامی که ناظر به تأخیر در انجام یک تعهد است و شرطی که موضوع آن عدم اجرای قرارداد است، تفاوت قائل شد؛ به این بیان که با فسخ قرارداد، شرط وجه التزام ناظر به تأخیر در اجرای قرارداد نیز از بین می‌رود، اما شرط وجه التزام ناظر به عدم اجرای قرارداد به اعتبار خود باقی است. اما رویکرد دیگری که در رویه قضایی این کشور مطرح گردیده و از سوی برخی از نویسندگان فرانسوی نیز مورد تأیید واقع شده بود، بر این مبنا استوار بود که به جای توجه به موضوع شرط وجه التزام، باید متوجه کارکرد آن بود. با توجه به کارکرد این شرط، با اینکه در حالت فسخ قرارداد، پشتوانه حقوقی شرط از بین می‌رود، اما به دلیل اینکه شرط وجه التزام اساساً به جبران خسارتی اختصاص دارد که به طرف قرارداد وارد شده است، فسخ قرارداد تأثیری بر آن ندارد (Gras, 2014, p. 501).

امروزه حقوق‌دانان فرانسوی در تفسیر ماده ۱۲۳۰ ق.م. جدید این کشور، شرط وجه التزام را یکی از مصادیق شروط یادشده در این ماده دانسته و آن را جزء شروط مستقل از عقد به حساب آورده‌اند (Malaurie et Aynès et Stoffel-Munck, 2016, p. 518).^۱

۱.۲.۵. شرط عدم رقابت

شرط عدم رقابت یکی دیگر از شروطی است که بحث استقلال آن از قرارداد اصلی مطرح شده است. این شرط که بیشتر در قراردادهای کار مورد استفاده قرار می‌گیرد، در ماده ۸-۱۲۵ L. قانون کار فرانسه به شرطی تعبیر شده که به وسیله آن کارگر برای مدت زمانی پس از اتمام همکاری خود با کارفرما، برای جلوگیری از ورود آسیب به منافع وی، از انجام فعالیت‌های مشابه با فعالیت کارفرمای سابق خود منع می‌شود. اثر عمده این شرط حسب مورد پس از انحلال رابطه قراردادی یا اجرای قرارداد نمایان می‌شود و اساساً کارکرد آن حفاظت از رابطه قراردادی گذشته است (Severine, 2000-2001, p. 13; Gras, 2014, p. 499). برخی از نویسندگان فرانسوی در توجیه استقلال این شرط نسبت به قرارداد، استمرار قرارداد حتی پس از اجرای تعهد اصلی ناشی از آن را به عنوان مبنای استقلال این شرط دانسته و بر این بنیاد، شرط یادشده را در زمره شروط قراردادی مستقل به‌شمار آورده‌اند (Gras, 2014, p. 499)، اما در ماده ۱۲۳۰ ق.م. جدید فرانسه به‌صراحت این شرط به‌عنوان یکی از شروط مستقل آمده است.

۱. همچنین ر.ک. به رأی زیر که از سوی دیوان عالی کشور فرانسه صادر شده است:

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 6 décembre 2017, p. 16-22.809, Inédit.

۱.۲.۶. شرط محرمانگی (حفظ اسرار)

شرط محرمانگی شرطی است که موضوع آن تعهد به عدم افشای اسرار و اطلاعات حرفه‌ای، تجاری، مالی و... است. موضوع این شرط تعهد به عدم انجام فعل^۱ است. این شرط که بیشتر در قراردادهای کار درج می‌شود، با اصلاح کتاب تعهدات قانون مدنی فرانسه به قلمرو قانون مدنی این کشور راه یافته است و نویسندگان فرانسوی این امر را متأثر از متعارف بودن این شرط در عرف تجاری بین‌المللی و همچنین تأثیر اصول حقوقی قراردادهای اروپایی بر قانون مدنی این کشور دانسته‌اند (Dalloz, 2016, p. 28).

حقوق دانان فرانسه در گذشته نیز از این شرط به‌عنوان یکی از شروط مستقل یاد می‌کردند (Gras, 2014, p. 462)، اما امروزه ماده ۱۲۳۰ ق.م. جدید کشور فرانسه به‌طور صریح از این شرط به‌عنوان یکی از شروطی نام برده که در صورت فسخ قرارداد، همچنان منشا اثر است.

۲. شرط مستقل از عقد در حقوق موضوعه ایران و فقه اسلامی

۱.۲.۱. مفهوم و پیشینه شرط مستقل در حقوق موضوعه ایران

بحث از امکان استقلال شرط از عقد، یا دست‌کم بیان مصادیق آن از سوی فقیهان و حقوق دانان ایران کمتر مطرح شده است و باید آن را از مباحث نسبتاً جدید دانست؛ هرچند بحث از تبعیت شرط از عقد در فقه بحث جدیدی نیست. پیشینه طرح این موضوع در حقوق ایران به ماده ۲۴۶ ق.م. برمی‌گردد که به‌طور کلی به عدم استقلال شرط از عقد و لزوم تبعیت آن از عقد تصریح کرده و نیز ماده ۶۳۶ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ش که در خصوص عدم استقلال شرط داوری صراحت داشته است. به‌نظر می‌رسد سخن نگفتن از «استقلال شرط از عقد» در قانون مدنی ایران به این دلیل است که شروط ضمن عقد اغلب از نوع شروط وابسته هستند و به همین دلیل معروف شده که «شرط تابع عقد است» (محقق ثانی ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۳۲۱؛ انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۵، ص ۵۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۱۴۴ و ج ۵، ص ۲۲۲).^۲ ماده ۲۴۶ ق.م. ایران مقرر داشته است که با اقاله عقد، شروط ضمن آن نیز باطل می‌شود.^۳

1. Obligation de ne pas faire

۲. شیخ انصاری در کتاب مکاسب به این امر اشاره کرده است (همان، ج ۵، ص ۵۴ و ج ۶، ص ۴۴) و سایر فقیهان نیز آن را مطرح نموده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۰۹؛ بحرانی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۲۷۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۳، ص ۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۱۰؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۱۹۱). برخی از فقیهان معاصر از آن به قاعده «الشروط تابعه للعقود» تعبیر کرده‌اند (سبحانی، ۱۴۳۸ق، ص ۱۰۲).
۳. «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ بهم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می‌شود و اگر

این امر سبب شده است که در حقوق موضوعه ایران به هنگام بحث از این موضوع به ذکر این نکته اکتفا گردد که «هرگاه عقد اصلی به جهتی از جهات باطل باشد، شرط ضمن آن نیز باطل خواهد بود» (امامی، ۱۳۹۳، ص ۳۲۵).^۱

صرف نظر از وجود یا عدم وجود «قاعده تبعیت شرط از عقد» که بررسی آن از موضوع این مقاله خارج است، در این نکته تردیدی وجود ندارد که حکم ماده ۲۴۶ ق.م. عام نبوده، شامل تمام مصادیق شروط ضمن عقد نمی‌شود. زیرا گذشته از نظریه مطرح شده از سوی برخی نویسندگان حقوقی دائر بر اینکه احکام و آثار شروط ضمن عقد از جمله ماده یادشده، بر اساس شروط وابسته به عقد و عدم توجه نویسندگان قانون مدنی به شروط مستقل تنظیم شده است (ره‌پیک، ۱۳۹۵، ص ۴۰)، چنان که بعضی از استادان به درستی گفته‌اند: حکم این ماده قاعده‌ای تکمیلی است (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ص ۱۲۷) و توافق طرفین، هر چند ضمنی، می‌تواند خلاف آن را مقرر نماید. همچنین در مواردی که کارکرد و فلسفه وجودی شرط، بقای آن را ایجاب نماید (مانند شرطی که ناظر به مرحله انحلال عقد یا کشف بطلان آن است) باید قائل به استقلال شرط از عقد گردید. اما نخستین بار ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ ش بود که شرط داوری را در قراردادهای مشمول آن قانون، مستقل از عقد اعلام کرد.

۲.۲. شرط مستقل در فقه اسلامی

در فقه اسلامی چنان که گفته شد به دلیل شیوع و غلبه «شروط وابسته به عقد»، آنچه بیشتر مطرح شده، بحث تبعیت شرط از عقد بوده تا استقلال آن، و به همین دلیل «تبعیت شرط از عقد» به عنوان یک قاعده مطرح گردیده است. اما چنان که گفته شد این امر به معنای عدم پذیرش «شرط مستقل از عقد» در فقه اسلامی نیست، بلکه از لابه‌لای فروع مختلف فقهی می‌توان به دست آورد که فقیهان امکان استقلال شرط از عقد را به عنوان استثنایی بر قاعده تبعیت شرط از عقد پذیرفته‌اند؛ هر چند در تشخیص صغری، بحث تفصیلی نداشته، گاه دچار اختلاف شده‌اند.

نکته درخور تأمل که غفلت از آن موجب انحراف بحث و برداشت نادرست از فقه خواهد شد، آن است که چون در فقه کلاسیک به نظر مشهور، شروط ابتدایی غیرمعتبر یا غیرلازم بوده و راهکار اعتبار آن اندراج شرط در ضمن یک عقد لازم به صورت شرط ضمن عقد است و به

کسی که ملزم به انجام آن شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض او را از مشروط له بگیرد.
۱. مشابه این بیان از سوی استادان دیگری نیز مطرح شده است؛ برای مثال، نک: صفایی، ۱۳۸۹، ص ۱۸۵؛ شهیدی، ۱۳۹۷، ص ۲۳.

این دلیل یکی از شرایط صحت شرط، درج آن در ضمن عقد لازم بیان شده، به این مناسبت از استقلال شرط سخن به میان آمده که منظور آن است که آیا این شرط بدون درج در ضمن عقد هم به عنوان یک عقد مستقل (شرط ابتدایی) معتبر و لازم‌الاتباع است یا خیر.

اما این بحث با بحث ما متفاوت است. بحث ما در جایی مطرح می‌شود که التزامی به صورت شرط در ضمن عقدی آمده باشد (صرف نظر از امکان یا عدم امکان انعقاد آن به صورت مستقل) و سپس عقد به سبب اقاله، یا خیار فسخ منحل، یا بطلان آن کشف می‌شود. حال این پرسش مطرح می‌شود که آیا امکان بقای شرط در این فرض وجود دارد، یا به تبع عقد اصلی، شرط هم از بین می‌رود؟

در فقه در این زمینه فقیهان متعددی به اجمال اشاراتی داشته‌اند که پیش‌تر به برخی از آن‌ها در مقدمه اشاره شد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۱۰؛ طباطبایی قمی، ۱۴۰۰ق، ج ۴، ص ۵۸).^۱ اما برای این که موضع فقه در این خصوص روشن گردد، عبارت یکی از فقهای تیزبین که هم در موضوع بحث صریح است و هم تحلیل ظریف و دقیقی راجع به مبنای آن دارد، به تفصیل بیان می‌شود و به نظر، همین متن برای اثبات پذیرش شرط مستقل در فقه اسلامی کفایت می‌کند و به وسیله آن می‌توان عموم یا اطلاق ماده ۲۴۶ق.م. را تخصیص زد یا مقید نمود.

شیخ محمدحسین اصفهانی در کتاب حاشیه مکاسب در ضمن توضیح فرعی از کتاب مکاسب تحلیل جالب و دقیقی از شرط مستقل دارد که درخور تأمل و توجه است. شیخ انصاری در مکاسب مقرر داشته است که هرگاه شخصی بنده‌ای را با وصف کاتب بودن به دیگری بفروشد و در ضمن عقد شرط کند که اگر مبیع دارای آن وصف نبود، آن را مسترد و بنده‌ای دارای آن وصف (کاتب) به مشتری تسلیم کند، این شرط به لحاظ فنی به دو صورت تحلیل می‌شود: گاه مفاد شرط آن است که در فرض تخلف وصف، بایع بنده غیرکاتب را با بنده کاتب معاوضه نماید (یعنی بیع اولیه باقی بوده، بیع جدیدی با موضوع بنده کاتب و غیرکاتب واقع شود)، و ممکن است مفاد شرط آن باشد که بایع در برابر همان ثمن اولیه، یک بنده کاتب تسلیم کند؛ یعنی بیع اول منحل شود و در قالب بیع جدید با همان ثمن، بنده‌ای دارای وصف کاتب به مشتری بفروشد (انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۵، ص ۲۶۴). همچنین بر حسب اینکه این شرط به صورت شرط فعل یا نتیجه باشد، در مجموع چهار فرض قابل تصور است (ر.ک. اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۴۱۷). در فرض دوم که فروش مجدد با همان ثمن اولیه نسبت به یک بنده کاتب شرط می‌شود (به صورت شرط فعل)، چون لازمه آن انحلال بیع نخستین است

۱. عبارت ایشان این است: «انه لو وقعت الوكالة فی ضمن عقد البیع و لم یشرط فیه الخیار لا وجه لانفساها حتی بعد فسخ البیع، اذ مقتضى نفوذ الشرط بقاءه و لو بعد انعدام العقد بالفسخ و بعبارة أخرى: الشرط تابع للعقد حدوثا لا بقاءه».

که در ضمن آن شرط شده است، این شبهه مطرح می‌شود که آیا با انحلال بیع، شرط ضمن آن هم (شرط بیع مجدد) از بین می‌رود و در واقع شرط لغو خواهد شد یا خیر؟
 شیخ اصفهانی پس از طرح این فرع به نقل از کتاب مکاسب این اشکال را (به صورت دفع دخل مقدر) مطرح و به آن پاسخ داده است که پاسخ وی مبتنی بر اندیشه «استقلال شرط از عقد» است. وی در دفع این اشکال این‌گونه نوشته است:

«... اینکه شرط محقق نمی‌شود مگر در ضمن عقد، همانا در اصل انعقاد شرط است و آن هم به عقیده‌ی کسانی که حقیقت شرط را التزامی در ضمن التزام دیگر دانسته‌اند... اما انحلال شرط به تبع انحلال عقد، تابع امر دیگری است که عبارتست از این که مشخص شود آیا متعلق شرط جزئی از عوضین است یا خارج از آن‌ها؛ اگر متعلق شرط به منزله‌ی جزئی از عوضین باشد، در این صورت گفته می‌شود در مقابل شرط بخشی از ثمن قرار دارد [و با انحلال عقد شرط هم منحل می‌شود]. اما در صورتی که متعلق شرط به منزله‌ی جزئی از عوضین نبوده، بلکه خارج از آن‌ها باشد و صرفاً از این جهت در ضمن عقد آورده شده که عنوان شرط صادق باشد و این که بدون درج در ضمن عقد امکان تحقق آن وجود ندارد، موجبی برای انحلال آن [به تبع انحلال عقد] وجود ندارد؛ زیرا در این فرض هدف تجدید شرطیت و تجدید تأثیر آن نیست تا لازم باشد که دائماً در ضمن عقد باشد؛ از این مورد است شرط بیع مجدد بنده‌ی کاتب در بحث ما. زیرا این شرط [خارج از عوضین است] و محال است که ضمیمه‌ی ثمن یا مثنم گردد، بلکه به خاطر حفظ غرض و هدف گسترده‌ی آن، بیع مجدد در ظرف انحلال بیع اول، شرط شده است؛ بر این اساس شرط با عوضین بیگانه بوده و صرفاً داخل هدف معاملی طرفین بوده است...» (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۴۱۸ و ۴۱۹).^۱

منظور شیخ آن بوده که ماهیت برخی از شروط که متعلق آن‌ها یک التزام مستقل از عوضین است، به گونه‌ایست که بدون عقد اصلی هم می‌توانند وجود داشته باشند، اما به دلیل محذور عدم اعتبار شروط ابتدایی این نوع التزامات لزوماً باید به صورت شرط ضمن عقد آورده شوند، اما به محض انعقاد عقد (و به تبع، تحقق شرط ضمن آن) از عقد اصلی جدا شده، انحلال

۱. «... کون الشرط لا یکون إلّا فی ضمن العقد إنّما هو فی أصل انعقاده عند من یری حقیقه الشرط التزاماً فی ضمن التزام آخر... و أمّا انحلال الشرط بتبع انحلال العقد فهو تابع لأمر آخر، و هو کون متعلقه بمنزله الضمیمه لأحد العوضین، و فی مثله یقال إنّ الشرط قسطاً من الثمن، و أمّا إذا لم یکن كذلك بل کان أجنبیاً عنهما و إنّما أتى به فی ضمن العقد تحقیقاً لعنوانه، حیث لا یکون إلّا فی ضمن عقد، فلا موجب لانحلاله، إذ لا یتربّع من الشرط تجدد الشرطیة أو تجدد التأثير حتی یجب أن یکون دائماً فی ضمن العقد. و کذا فیما نحن فیه، فإن شرط البیع ثانیاً بإزاء الکاتب یتحیل أن یکون ضمیمه للثمن أو المثنم، بل من أجل التحفظ علی غرضه الوسیع، تصدی لشرط المبیع ثانیاً فی ظرف حل العقد، فهو أجنبی عن العوضین، و مرتبط بالغرض المعاملی...».

بعدی عقد بر بقای شرط تأثیری ندارد و شرط به حیات خود ادامه می‌دهد. این عبارت یک مثال بارز از اندیشه استقلال شرط ضمن عقد در فقه اسلامی است.

به‌علاوه از تحلیل عبارات این فقیه به‌روشنی استنباط می‌شود که مبنای استقلال شرط در این فرض اراده طرفین است، چون به نظر آن‌ها شرط ناظر به مرحله انحلال عقد بوده و در آنجا که مقرر داشته است «...بیع مجدد [به‌عنوان شرط] در ظرف انحلال بیع اول، شرط شده است...»^۱، منظور آن است که اراده طرفین بر این قرار گرفته است که مجرای شرط ضمن عقد و ظرف آن، زمان انحلال عقد اصلی باشد؛ بنابراین نمی‌توان به سقوط شرط به دلیل انحلال عقد حکم کرد، و این یعنی استقلال شرط از عقد.

افزون بر این، برخی فقیهان معاصر موضوع تقسیم شروط ضمن عقد به شرط وابسته و مستقل را به‌صراحت مطرح کرده‌اند (سبحانی، ۱۴۳۸ق، ص ۱۰۰ به بعد؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵ق، ص ۷۹). این دسته از فقیهان به بقای شروط ضمن عقد پس از انحلال عقد در برخی موارد تصریح کرده‌اند. بر این اساس، مسلم است که شرط مستقل از عقد در حقوق ایران و فقه اسلامی دارای مصادیقی است و نمی‌توان «تبعیت شرط از عقد» را قاعده عام دانست.

۳.۲. مصادیق شرط مستقل در حقوق موضوعه ایران و فقه اسلامی

در نظام حقوقی ایران و فقه اسلامی نمونه‌هایی از شرط مستقل از عقد وجود دارد. استقلال برخی از این شروط همانند شرط داوری متکی به نص قانون بوده و به همین دلیل در دکترین حقوقی مباحث مفصلی در خصوص آن بیان شده، ولی راجع به سایر مصادیق آن، مباحث چندانی مطرح نشده است.

۳.۲.۱. شرط داوری

استقلال شرط داوری در حقوق ما در دو زمینه داوری‌های داخلی و بین‌المللی مطرح شده است. در باب داوری داخلی، ماده ۶۳۶ قانون آئین دادرسی مدنی سابق (۱۳۱۸ش)، به‌صراحت تعیین تکلیف در خصوص اختلافات راجع به اصل معامله یا قرارداد داوری را برعهده دادگاه گذاشته^۲ و در واقع استقلال شرط داوری را نپذیرفته بود. پس از تصویب قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در سال ۱۳۷۹ش، قانون‌گذار تقریباً مشابه همین

۱. «...تصدی لشرط المبیع ثانیاً فی ظرف حل العقد...».

۲. ماده ۶۳۶ ق.آ.د.م. ۱۳۱۸ش مقرر کرده بود: «در مورد ماده قبل هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه قبلاً به آن رسیدگی کرده...».

عبارات را در ماده ۴۶۱ به کار برد^۱. حقوق دانانی که در مقام تفسیر این مواد برآمده‌اند، اغلب معتقدند که شرط ارجاع به داورى که در ضمن قرارداد اصلی آمده باشد، شرطی است تبعی و در صورتی معتبر و لازم‌الاتباع است که عقد اصلی نافذ و معتبر باشد؛ در نتیجه هرگاه در صحت و نفوذ عقد اصلی بین طرفین اختلاف باشد، رسیدگی به آن در صلاحیت داور نبوده، نمی‌توان آن را به داور ارجاع داد (اسکینی، ۱۳۸۳، ص ۷)^۲.

اما پرسش اصلی آن است که آیا طرفین می‌توانند برخلاف حکم این ماده تراضی نمایند؛ یعنی توافق کنند که اختلاف ناشی از صحت یا بطلان قرارداد (وجود یا نبود آن) نیز از طریق داورى حل و فصل شود؟ به نظر می‌رسد پاسخ مثبت باشد، چنان‌که در مورد ماده ۲۴۶ گفته شد در این مورد نیز توافق برخلاف آن معتبر است و در این صورت شرط داورى مستقل خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۳۶۷). در اثبات این ادعا باید گفت اگر بپذیریم که مبنای استقلال شرط از عقد اراده طرفین است که خواسته‌اند شرط برای زمان بعد از عقد هم معتبر باشد، این حکم در مورد شرط داورى هم صادق است و طرفین عقد می‌توانند برای رسیدگی به اختلاف راجع به صحت یا بطلان عقد، داور معین کنند. چنان‌که می‌دانیم اگر پس از حدوث اختلاف، طرفین دعوای خود را با انعقاد قرارداد به داورى ارجاع دهند، تردیدی در صحت آن وجود ندارد؛ پس در ضمن قرارداد هم باید از این اختیار برخوردار باشند و منطقی برای تفاوت حکم دو مورد وجود ندارد. در واقع در این ماده، قانون‌گذار حکم غالب تبعیت شرط از عقد را در مورد شرط داورى مقرر داشته است، اما این مانع از آن نیست که طرفین خلاف آن توافق نمایند. به عبارت دیگر، می‌توان گفت ماده ۴۶۱ اماره تبعیت شرط داورى از اصل عقد را مقرر داشته است، ولی امکان توافق برخلاف آن وجود دارد. به‌ویژه اینکه با ورود نهاد داورى به قانون آئین دادرسی مدنی ثابت شده است که صلاحیت دادگاه برای رسیدگی به دعوای از قواعد مربوط به نظم عمومی نیست که ارجاع دعوی به داورى، یا نفی صلاحیت دادگاه در موردی خاص برخلاف آن باشد. پس باید بر آن بود که توافق برخلاف حکم ماده یادشده معتبر است. به‌علاوه اعتقاد برخلاف این نظر موجب نفی هر نوع شرط مستقل است.

۱. ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م. ۱۳۷۹ ش مقرر داشته است: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داورى بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید».

۲. در تأیید این نظر در رویه قضایی به آرای زیر رجوع شود:
دادنامه شماره ۱۸۱۰۰۱۱۵۰۲۲۱۵۰۹۹۷۰۹۲۰ مورخ ۲۳ اردیبهشت ۱۳۹۲، صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ دادنامه شماره ۱۴۰۲۰۲۲۱۵۰۹۹۷۰۹۳۰ مورخ ۲۰ بهمن ۱۳۹۳، صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ دادنامه شماره ۱۷۳۸۰۱۷۳۸۰۲۲۱۵۰۹۹۷۰۹۲۰ مورخ ۲۴ اسفند ۱۳۹۲، صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

اما در مورد شرط داوری در زمینه داوری تجاری بین‌المللی، با وجود ماده ۱۶ این قانون، راه بر روی هرگونه اختلاف نظر و تشتت آرا مسدود است. بر این اساس، باید گفت شرط داوری در حقوق ایران در قراردادهای داخلی برخلاف نظام حقوقی فرانسه، از شروط وابسته است، اما در زمینه داوری‌های تجاری بین‌المللی، همانند حقوق فرانسه، شرط مستقل است.

۲.۳.۲. شرط تعدیل ضمان درک^۱

ضمان درک به معنای تعهد (مسئولیت) بایع به استرداد ثمن به مشتری، در فرض مستحق للغیر درآمدن مبیع است. قانون‌گذار در ماده ۳۶۲ ق.م. این تکلیف را در زمره آثار بیعی برشمرده که به صورت صحیح واقع شده است! در خصوص اینکه آیا بایع می‌تواند با شرط ضمن عقد، مسئولیت خود در برابر مشتری مبنی بر استرداد ثمن (در فرض مستحق للغیر درآمدن مبیع) را ساقط کند یا خیر، در دکتترین اختلاف نظر وجود دارد. بعضی چنین شرطی را خلاف مقتضای ذات عقد بیع و در نتیجه باطل دانسته و در تقویت این دیدگاه مؤیداتی از فقه ذکر کرده‌اند (داورزنی، ۱۳۸۹، ص ۲۱۴ به بعد). در مقابل اکثر استادان ایراد «مخالفت شرط با مقتضای عقد بیع» یا «مخالفت شرط با قانون و سرایت بطلان شرط به عقد» را رد کرده و قائل به اعتبار چنین شرطی شده‌اند (امامی، ۱۳۹۳، ص ۵۵۰؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۱۱۶-۱۱۳). دیوان عالی کشور نیز در یکی از آرای خود به صحت چنین شرطی نظر داده است (رای شماره ۱۹۱۴-۱۸/۸/۱۸، صادره از شعبه ۴ دیوان عالی کشور؛ به نقل از: کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۳۰۸). فارغ از اختلاف نظری که در این خصوص وجود دارد، بر فرض پذیرش اعتبار چنین شرطی، این شرط از مصادیق شروط مستقل از عقد خواهد بود، زیرا چنان‌که برخی استادان به‌درستی گفته‌اند، در چنین فرضی خریدار و فروشنده مایل‌اند برای حالت بطلان بیع، روابط خود را با استفاده از چنین شرطی تنظیم کنند و این شرط یک قرارداد مجزا محسوب می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۱۱۴). همین حکم در مورد شرط کاهش یا افزایش ضمان درک نیز جاری است^۲.

۱. به نظر می‌رسد آنچه در معاملات ملکی با عنوان «ضمان کشف فساد» یاد می‌شود و در قالب شرط ضمن عقد درج می‌گردد و مشروط‌علیه را علاوه بر رد عوض به جبران غرامات وارده به طرف مقابل مکلف می‌سازد، با این مفهوم مطابقت داشته باشد. این شرط در استفتائاتی که از برخی فقها به‌عمل آمده، از سوی ایشان صحیح دانسته شده است (برای مثال، ر.ک. گلیپایگانی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۰۴، سؤال شماره ۲۵۹؛ مکارم شیرازی، بی‌تا، سؤال شماره ۷۸۵). به‌علاوه از عموماً فقهی نیز می‌توان صحت شرط عدم ضمان در مورد ضمان درک را استنباط کرد (ر.ک. مروج جزایری، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۱۹۹).

۲. در سؤالی که از سید محمد کاظم طباطبایی یزدی پرسیده شد، وی شرط افزایش ضمان درک را نافذ شمرده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، سؤال شماره ۲۸۲، ص ۱۷۳).

زیرا این دو نوع شرط از لحاظ ماهوی با «شرط عدم ضمان درک» تفاوتی ندارند و تنها تفاوت آن‌ها در میزان مسئولیت بایع در برابر مشتری است. در این خصوص در رأیی که از شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران صادر شده است، شرطی که به موجب آن فروشنده متعهد شده بود که در صورت مستحق للغیر درآمدن مبیع، با پرداخت ثمن به قیمت روز آن، خسارات وارد بر مشتری را جبران نماید، بر اساس ماده ۱۰ ق.م. لازم‌الاتباع و معتبر دانسته شده و مستقل از عقد تلقی گردیده است (رأی شماره ۱۳۹۹۰۳۰۲۲۰۳۰۹۹۷۰۲۲ مورخ ۲۷ دی ۱۳۹۱).^۱

۲.۳.۳. شروط ناظر به مسئولیت ناشی از بطلان عقد

شرط ناظر به مسئولیت ناشی از بطلان عقد یکی از شروط مستقل است. تفاوت این شرط با شرط ناظر به ضمان درک، گذشته از سبب بطلان قرارداد که در مورد این شرط اعم از استحقاق غیر نسبت به مبیع است، در چگونگی تعهد مشروط‌علیه در برابر مشروط‌له است. این شرط می‌تواند در قالب‌های گوناگونی متبلور شود. برای نمونه می‌توان از شروط معروف به «شرط ضمان کشف فساد» نام برد که در معاملات ملکی رواج دارد و به وسیله آن مشروط‌له با تعیین مدت زمان مشخص، مسئولیت ناشی از فساد عقد را برعهده مشروط‌علیه قرار می‌دهد.

نمونه‌ای دیگر این شرط را می‌توان شرط تضمین جبران خسارت^۲ دانست. شرط تضمین جبران خسارت شرطی است که به موجب آن شخصی در برابر دیگری تعهد می‌کند که خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد (یا نقض تکلیف) شخص اخیر در برابر شخص ثالث را بپردازد (ایزانلو، ۱۳۹۳، ص ۸۲). این شرط که ریشه در نظام کامن‌لا دارد، موجب تعهدی برعهده مشروط‌علیه است که برخلاف تعهد ناشی از قرارداد ضمان، تعهدی اصلی و اولیه است که در فرض زوال قرارداد حاوی شرط نیز همچنان معتبر و منشأ اثر است. از موارد کاربرد این شرط در نظام حقوقی ایران موردی است که مشروط‌علیه در ضمن قرارداد متعهد گردد در صورتی که قرارداد منعقد به سببی از اسباب باطل باشد و سبب شود که مشروط‌له نتواند به تعهد خود در برابر شخص ثالث عمل نماید، وی بار مسئولیت مشروط‌له در برابر ثالث را تقبل نموده، از عهده خسارات وارده به او برآید.

مثال‌های پیش‌گفته از شروط ناظر به پذیرش مسئولیت ناشی از بطلان عقد، می‌تواند به عنوان مصادیقی از شرط مستقل توصیف شود که در فرض بطلان قرارداد حاوی آن، همچنان معتبر خواهد بود.

۱. در تأیید آن، نک: محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۳۶۵.

۲.۳.۴. شرط وجه التزام

وجه التزام یکی از شروط متداول است که برای تضمین اجرای کامل و صحیح تعهدات قراردادی، در قراردادها گنجانده می‌شود. در فرضی که برای تأخیر در اجرای تعهد قراردادی یا عدم انجام آن در قرارداد وجه التزامی معین گردد و مشروط‌علیه نقض عهد کرده، متعهدله قرارداد را فسخ کند یا قرارداد به دلایلی منحل شود، پرسش اساسی آن است که آیا مشروط‌له می‌تواند وجه التزام را مطالبه کند؟ همچنین است فرضی که شرط وجه التزام ناظر به بطلان قرارداد است؛ برای مثال، شرط کنند که در صورت کشف بطلان عقد، مشروط‌علیه مبلغ معینی به مشروط‌له بپردازد. در این فرض بحث استقلال شرط وجه التزام مطرح می‌شود؛ اگر آن را شرطی مستقل بدانیم، شرط بعد از عقد باقی است، وگرنه با انحلال عقد از بین می‌رود.

در قانون مدنی ایران در این خصوص نصی وجود ندارد. برخی از فقیهان معاصر این شرط را مستقل از عقد، و آن را بعد از فسخ عقد معتبر دانسته‌اند (طباطبایی حکیم، ۴۱۵ ق، ص ۷۹). اما در رویه قضایی اختلاف وجود دارد. برخی محاکم به عدم استقلال شرط وجه التزام معتقد هستند. در پرونده‌ای که در دیوان عالی کشور مطرح شده، در ضمن مباحثه‌نامه شرط شده است که در صورت عدم وصول چک‌های ثمن، فروشنده حق فسخ یک‌جانبه قرارداد را دارد و خریدار نیز باید معادل ۲۰ درصد ارزش ثمن را به‌عنوان خسارت به وی پرداخت نماید. پس از فسخ قرارداد از سوی فروشنده، وی با استناد به شرط مندرج در ضمن عقد، دعوایی به خواسته الزام خواننده به پرداخت مبلغ وجه التزام اقامه می‌کند. دادگاه با استناد به ماده ۲۴۶ ق.م. چنین اظهار داشته است که اگر معامله به‌واسطه اقاله یا فسخ منحل گردد، شرط ضمن آن نیز به تبع عقد از بین می‌رود؛ بنابراین چنانچه در قرارداد شرط شده باشد که در صورت فسخ قرارداد، یکی از طرفین ۲۰ درصد ثمن قراردادی را به طرف مقابل بپردازد، امکان الزام بر مبنای شرط یادشده وجود ندارد. این رأی در نهایت در شعبه ۵ دیوان عالی کشور تأیید شده است (دادنامه شماره ۴۸۹۰۴۸۹۰۹۰۸۹۷۰۹۲۰، صادره از شعبه ۵ دیوان عالی کشور مورخ ۸ آبان ۱۳۹۲).

به نظر می‌رسد باید این شرط را دست‌کم در برخی موارد، مستقل از عقد دانست، زیرا قصد متعاقبین به این امر تعلق گرفته است که به‌وسیله این شرط حدود مسئولیت طرف متخلف در فرض انتفای قرارداد را مشخص نمایند و جایگزین حکم مقرر در قانون گردد. یک‌چنین پیش‌بینی در قالب یکی از شروط ضمن عقد از سوی اشخاص بی‌گمان صحیح است.

در تأیید این نظر می‌توان به رأی صادره از شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اشاره کرد. در این پرونده خواننده در ضمن عقد نکاح موقت خود با خواهان متعهد گردیده بود که با رفع موانع، وی را به نکاح دائم خود درآورد و در صورت عدم انجام این تعهد به میزان ۵۰۰ سکه بهار آزادی و مبلغ سی میلیون تومان به وی پرداخت نماید. بعد از پایان مدت عقد نکاح موقت، مرد به تعهد خود

عمل نمی‌کند و زن را به نکاح دائم خود در نمی‌آورد. زن برای مطالبه ۵۰۰ سکه طلا به دادگاه مراجعه کرده و دادگاه خوانده را به پرداخت مبلغ مقرر در حق خواهان ملزم نموده است (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۷۲۹ مورخ ۵ مرداد ۱۳۹۲، صادره از شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران). چنان‌که ملاحظه می‌شود، در این پرونده به نظر دادگاه با وجود انقضای مدت نکاح موقت و انتفای آن، شرط ضمن آن منتفی نشده و همچنان منشأ اثر دانسته شده است.

این حکم در مورد شرط وجه عدم التزام به قرارداد نیز می‌تواند وجود داشته باشد. در تعریفی که از این شرط ارائه شده است، آن را به نوعی حق فسخ همراه با جریمه تعبیر کرده‌اند (ایزائلو و مکرمی، ۱۳۹۵، ص ۶۰)؛ به این معنا که طرفین توافق کنند که یکی از طرفین بتواند به جای اجرای تعهد خود، با پرداخت مبلغی از قرارداد عدول نماید. برای مثال فروشنده ملکی مقداری از ثمن را دریافت نماید و طرفین چنین مقرر نمایند که اگر مشتری از تأدیة ثمن خودداری کند یا فروشنده حاضر به انتقال رسمی ملک مورد معامله نشود، در مدت معینی با پرداخت مبلغی به طرف مقابل حق عدول از قرارداد برای آن‌ها محفوظ باشد. در چنین فرضی با وجود فسخ قرارداد، مشروطه به پرداخت مبلغ مورد توافق به طرف دیگر ملزم است.

۲.۳.۵. شرط تضمین اجازه مالک در عقد فضولی

شرط تضمین اجازه مالک یکی از اقسام تعهد به فعل ثالث محسوب می‌شود. تعهد به فعل ثالث در معنای موسع خود عبارت است از تعهد متعهد در برابر متعهدله به اینکه شخص ثالث عملی را انجام خواهد داد (ایزائلو، ۱۳۸۶، ص ۲). مصداق کلاسیک تعهد به فعل ثالث، تعهد به تحصیل اجازه ثالث در عقد فضولی است (همان، ص ۷). اعتبار این شرط بر مبنای شرط تغییر در ضمان درک و شرط وجه التزام قابل توجیه است. برای مثال در فرضی که شریک مال مشاعی تمام مال را در رهن دین خود قرار می‌دهد یا تمام آن مال را به فروش می‌رساند و در برابر طرف قرارداد در قالب شرطی تحصیل اجازه شریک خود را تعهد می‌کند، با شرط تضمین اجازه مالک مواجه‌ایم. همچنین است در فرضی که شخصی مال متعلق به دیگری را به فروش می‌رساند و یا وکیلی با خروج از حدود اختیارات خود عملی را به نیابت از اصیل انجام می‌دهد و تحصیل اجازه اصیل در برابر طرف مقابل را تضمین می‌کند. در هر یک از فروض یادشده، از آنجا که ثالث هیچ‌گونه الزام قانونی مبنی بر تنفیذ عمل فضولی ندارد، در صورتی که عمل انجام‌شده را رد کند، عمل حقوقی فضولی از وضعیت غیرنافذ به باطل تغییر وضعیت داده، کأن لم‌یکن می‌شود. در چنین فرضی، بطلان عقد سبب فساد شرط و به تبع آن، انتفای مسئولیت مشروط‌علیه نمی‌شود؛ زیرا اگرچه این شرط در ضمن عقد درج شده، اما ماهیتی مستقل از عقد اصلی داشته و اساساً در صورت عدم اجازه عقد از سوی مالک است که اثر آن مجال انشا می‌یابد.

بنابراین در صورتی که در این فرض برای تضمین اجازه ثالث وجه التزامی مقرر شده باشد، متعهد باید صرف نظر از وقوع خسارت و میزان آن، مبلغ معهود را بپردازد (همان، ص ۲۱ و ۲۲).

نتیجه

به عنوان نتیجه مباحث مطرح شده باید گفت:

۱. اگرچه در لغت و اصطلاح، شروط ضمن عقد به «تعهد تبعی» تعریف شده است، ولی حدود این تبعیت مطلق و تام نیست و این گونه نیست که شرط از هر جهت تابع عقد باشد. شروط ضمن عقد را باید به دو دسته تقسیم کرد: نخست، شروطی که ناظر به یکی از عوضین هستند؛ خواه ناظر به کمیت عوضین یا کیفیت یا یکی از اوصاف آنها و یا ناظر به امری باشند که مربوط به عوضین است، مانند شرط حمل کالای موضوع قرارداد یا بیمه آن. این دسته از شروط ضمن عقد، بدون عوضین و عقد معنا پیدا نکرده، به معنای واقعی وابسته به عقدند، و چنان که در مرحله ایجاد، تابع عقدند در انحلال نیز تابع آن خواهند بود و با فسخ یا اقاله عقد از بین می‌روند و به طریق اولی بطلان عقد موجب از بین رفتن آنها خواهد شد.

دسته دوم شروطی هستند که ناظر به عوضین نبوده، بلکه یک تعهد مستقل از عقد برای مشروط‌له ایجاد می‌کنند. انگیزه انعقاد این شروط متفاوت است. آنچه مسلم است بین این دسته از شروط و عقد اصلی یک نوع ارتباط (ظرف و مظلوف) وجود دارد، ولی به هیچ وجه آنها تابع عقد نیستند. گاه این ارتباط صرفاً از این جهت است که طرفین خواسته‌اند این شرط را در ضمن این عقد منعقد کنند، و گاه این شرط ناظر به یکی از احکام و آثار عقد است (مانند شرط ناظر به ضمان درک) و گاهی این شرط ناظر به حل و فصل اختلافات ناشی از عقد، یا تضمین اجرای آن و... است. این دسته از شروط از لحاظ انعقاد و ایجاد، تابع عقد هستند، اما منظور، انعقاد ظاهری عقد است و ممکن است در مواردی عقد اصلی به لحاظ حقوقی منعقد نشود، اما شرط ضمن آن منعقد گردد؛ مانند شرط وجه التزام در فرض مستحق للغير درآمدن مبیع، که با رد مالک در واقع عقد بیع منعقد نمی‌شود، ولی شرط وجه التزام منعقد شده، معتبر است. در این موارد، شرط مستقل از عقد است و به طور قطع با انحلال عقد منحل نمی‌شود، چون مجرای این نوع شروط، مرحله انحلال عقد است.

۲. امکان استقلال شرط ضمن عقد از عقد، در فقه و حقوق موضوعه ایران پذیرفته شده است، بنابراین نباید عبارت معروف «شروط تابع عقود هستند» را یک قاعده یا اصل عام دانست، بلکه این حکم ناظر به شروط وابسته به عقد است. همچنین ماده ۲۴۶ ق.م. که از فقه اقتباس شده، ناظر به شروط وابسته به عقد است و قاعده عام در مورد تمام شروط ضمن عقد نیست.

۳. استقلال شرط از عقد بر مبنای اراده طرفین توجیه می‌شود؛ یعنی طرفین خواسته‌اند که

شرط بعد از عقد باقی باشد. به تعبیر دقیق‌تر باید رابطه بین عقد و شرط را در یک مقیاس وسیع ترسیم کرد؛ گاه این رابطه به حدی است که در نظر طرفین شرط از هر جهت تابع عقد است و گاه این رابطه در حد تقارن ظاهری بین ایجاد آن دو است، وگرنه از هر جهت مستقل هستند. به سخن دیگر، گاهی عقد اصلی صرفاً ظرف ایجاد شرط ضمن عقد است و ارتباط بنیادین با آن ندارد. بر این اساس، صرف اندراج یک شرط در ضمن عقد به معنای تبعیت کامل آن از عقد از هر جهت نیست.

۴. در حقوق فرانسه و ایران و فقه اسلامی مصادیق متعددی از شروط مستقل از عقد وجود دارد که در این مقاله به تفصیل برشمرده و بررسی شده است. برخی از این شروط مانند شرط وجه التزام، شرط تحدید و اسقاط مسئولیت در هر دو نظام حقوقی شرط مستقل‌اند، اما برخی از شروط متفاوت هستند. برای مثال، درحالی که شرط داوری در حقوق فرانسه از شروط مستقل است، در حقوق ایران مطابق نص ماده ۴۶۱ آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹ش در قراردادهای داخلی شرط داوری از شروط مستقل نیست.

منابع و مأخذ

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها و مقالات

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۳)، «مبانی نظری اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی». مجله نامه مفید، سال دهم، ش ۴۳.
۲. امامی، سید حسن (۱۳۹۳)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران: انتشارات اسلامی.
۳. ایزانلو، محسن (۱۳۹۳)، شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادها، چ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴. ایزانلو، محسن (۱۳۸۶)، «تعهد به فعل ثالث»، فصلنامه حقوق، سال سی و هفتم، ش ۱.
۵. ایزانلو، محسن و مکرمی، حسن (۱۳۹۵)، «شرط وجه عدم التزام به قرارداد»، فصلنامه قضاوت، ش ۸۷.
۶. داورزنی، حسین و رضوی، سید محمد (۱۳۸۹)، «اثر قرارداد در تعدیل احکام ضمان درک»، دوفصلنامه تخصصی اسلام‌پژوهی، ش ۴.
۷. ره‌پیک، حسن (۱۳۹۵)، حقوق مدنی پیشرفته (مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد)، چ ۲، تهران: انتشارات خرسندی.

۸. شهیدی، مهدی (۱۳۹۷)، شروط ضمن عقد، ج ۶، تهران: مجد.
۹. صفایی، سید حسین (۱۳۸۹)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱۰، تهران: نشر میزان.
۱۰. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۵ق)، سؤال و جواب، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، درس‌هایی از عقود معین، ج ۱، تهران: گنج دانش.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ج ۲۱، تهران: نشر میزان.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۴. گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۰۹ق)، مجمع المسائل، ج ۲، چ ۲، قم: دار القرآن الکریم.
۱۵. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چ ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۶. مکارم شیرازی، ناصر (بی تا)، استفتائات، ج ۲، بی جا.

ب) آرای قضایی

۱۷. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۱۸۱ به تاریخ ۲۳ اردیبهشت ۱۳۹۲، صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۱۸. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۷۳۸ به تاریخ ۲۴ اسفند ۱۳۹۲، صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۱۹. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۰۷۲۹ به تاریخ ۵ مرداد ۱۳۹۲، صادره از شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۲۰. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۹۰۰۴۸۹ به تاریخ ۸ آبان ۱۳۹۲، صادره از شعبه ۵ دیوان عالی کشور.
۲۱. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۴۰۲ به تاریخ ۲۰ بهمن ۱۳۹۳، صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۲۲. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۱۳۹۹ به تاریخ ۲۷ دی ۱۳۹۱، صادره از شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۲. عربی

۲۳. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۷ق)، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۴ و ۵، چ ۱، قم: انتشارات ذوی القربی.
۲۴. فیروزآبادی، مجد الدین محمدبن یعقوب (۱۹۹۸م)، قاموس المحيط، دمشق: مؤسسه الرساله.
۲۵. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب، ج ۶، چ ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت

- شیخ اعظم انصاری.
۲۶. انصاری، مرتضی (۱۴۳۱ق)، کتاب المکاسب، ج ۷، چ ۱۲، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۲۷. ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، ج ۷، چ ۳، بیروت: دارالفکر.
۲۸. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیه، ج ۲، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۹. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۸ق)، مصباح الفقاهه، تقریر محمدعلی توحیدی، ج ۷، چ ۱، قم: انتشارات وجدانی.
۳۰. خوئی، سید محمدتقی (۱۴۱۴ق)، الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود، ج ۱، چ ۱، بیروت: دار المؤرخ العربی.
۳۱. سبحانی، جعفر (۱۴۳۸ق)، أحكام المضاربه فی ثوبها الجدید، قم: مؤسسه الامام الصادق (ع).
۳۲. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۱۷، چ ۴، قم: مؤسسه المنار.
۳۳. طباطبایی حکیم، سید محمدسعید (۱۴۱۵ق)، منهاج الصالحین، ج ۲، بیروت: دار الصفوة.
۳۴. طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۰۰ق)، دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، چ ۱، قم: مطبعة الخيام.
۳۵. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۱ق)، حاشیة المکاسب، ج ۲، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۶. طباطبایی یزدی (۱۴۲۸ق)، العروة الوثقی مع التعليقات، ۲ جلدی، ج ۲، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۷. کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح المقاصد، ۱۳ جلدی، ج ۷، چ ۲، قم: مؤسسه آل البيت.
۳۸. مروج جزایری، سید محمدجعفر (۱۴۱۶ق)، هدی الطالب فی شرح المکاسب، ج ۳، چ ۱، قم: انتشارات دارالکتاب.
۳۹. معلوف، لويس (۱۳۶۳)، المنجد الابدی، چ ۱، تهران: مؤسسه الفقیه.
۴۰. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۲۱ق)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۱. نراقی، مولی احمد (۱۴۱۷ق)، عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام، چ ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

٣. فرانسوی

42. Ancel, Jean-Pierre (1994), "**L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire**", Droit International Privé, 1991 – 1992, Paris: Éd. PEDONE.
43. Blanchin, C. (1997), "**L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?**", Revue internationale de droit compare, Vol. 49 N°4.
44. Brisson, Jean-François (2017), "**The Impact of Civil Code Reform on Administrative Contracts**", Montesquieu law review, Special issue No. 6.
45. Cédric, Tahri (2007), **Procédure civile**, Paris: Editions Bréal.
46. Cour d'appel de Lyon, 23 novembre 2017, n° 16/05155.
47. Cour de cassation, Chambre civile 1, du 7 mai 1963, Publié au bulletin.
48. Cour de cassation, Chambre civile 1, 15 avril 2015, 14-11-572, Inédit.
49. Cour de cassation, Chambre civile 1, 14 mars 2018, 16-28302.
50. Cour de cassation, Chambre commerciale, 5 octobre 2010, 08-11-630, Inédit.
51. Cour de cassation, Chambre commerciale, 6 décembre 2017, 16-22.809, Inédit.
52. Cour de cassation, Chambre commerciale, 7 février 2018, 16-20.352, Publié au bulletin.
53. Coussirat-Coustère, Vincent, Michel Eisseemann, Pierre (1991), **Répertoire de la Jurisprudence Arbitrale Internationale: 1946-1988**, T. III, V. III, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers.
54. Dalloz (2016), **Réforme du droit des obligations – Un supplément au code civil 2016**, Paris: Dalloz.
55. Gras, Nicolas (2014), **Essai sur les clauses contractuelles**, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université d'Auvergne – Clermont Ferrand 1, École de droit.
56. Kling, Didier (N. D.), "**Vers un droit des contrats modernisé et mieux adapté à la vie des affaires**", Réaction de la CCIP à la consultation de la Chancellerie de juillet 2008, Chambre de commerce et d'industrie de Paris.
57. Malaurie, Philippe, Aynès, Laurent, Stoffel-Munck, Philippe (2016), **Droit des obligations**, Éd. 8^e, Paris: LGDJ.
58. Severine, Dhennin (2000-2001), **La nullité de contrat de travail**, Mémoire de maîtrise, Université de Lille 2, Faculté des sciences politiques, juridiques et sociales.
59. Simon Associés (2018), "**La Lettre des Réseaux - L'actualité juridique et économique des réseaux de distribution**", N. D.
60. Sintez, Cyril (2014), "**Mythe de la force obligatoire du contrat de travail - Réalité de la force normative de la relation de travail**", Revue Juridique Pothier.
61. Sobczynski, Joanna (N. D.), "**La clause attributive de juridiction: Quelle prévisibilité pour le fabricant**", Delormeau.
62. Viney, Geneviève, Jourdain, Patrice (2001), **Traité de droit civil**, Éd. 2^{er}, Paris: L.G.D.J.
63. Wautelet, Patrick (N. D.), "**Clauses d'élection de for et procédures concurrentes - Les innovations du Règlement 1215/2012**", N. P.