

## تأثیر «بطلان» و «انحلال» عقد بر شرط ضمن آن؛ تدارک قاعده برای

### «استقلال شرط از عقد» از منظر حقوق اسلامی و رویه قضایی

قاسم محمدی<sup>۱</sup>

محمد مهدی جواهرکلام\*

مرتضی جمالی<sup>۲</sup>

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

#### چکیده

در این مقاله، تأثیر بطلان و انحلال عقد اصلی بر شرط ضمن آن، با تأکید بر فقه امامیه با مطالعه در حقوق ایران و حقوق تطبیقی مورد بررسی قرار گرفته است. هدف از انجام پژوهش حاضر، تدارک قاعده برای شرط مستقل از عقد بود و با این سؤال روبه‌رو بودیم که آیا شرط در هر صورت در مرحله ایجاد و بقا تابع عقد است و با بطلان عقد، باطل و با انحلال آن منحل می‌شود یا خیر؟ نتیجه حاصله این بود که شرط در مرحله ایجاد اصولاً از عقد تبعیت می‌کند و «بطلان عقد مشروط» سبب بطلان شرط ضمن آن می‌گردد، مگر اینکه از اراده دو طرف بر آید که برای شرط اصالت قائل هستند و وجود شرط را فارغ از عقد می‌خواهند. شرط رجوع به داوری و حفظ اسرار نیز به همین دلیل، حتی در فرض بطلان عقد صحیح‌اند. به علاوه، بر خلاف ظاهر ماده ۲۴۶ قانون مدنی، «انحلال عقد مشروط» موجب انحلال شرط ضمن آن نمی‌شود، مگر اینکه شرط قابلیت جدا شدن از عقد را نداشته باشد، مانند شرط صفت، یا اینکه عقد تبعی نظیر رهن و ضمان در قالب شرط منعقد شده و یا از اراده طرفین معلوم باشد که آنان شرط را از حیث بقا و دوام تابع عقد اصلی قرار داده‌اند. بنابراین، ماده یادشده را باید تنها ناظر به اثر انحلال عقد بر شرط ضمن آن و ویژه شرط جدایی ناپذیر و تبعی دانست.

**کلیدواژه‌ها:** شرط، عقد، بطلان، انحلال، تبعیت شرط از عقد، حاکمیت اراده.

۱. دانشیار گروه حقوق اسلامی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران، ایران

Email: gh.mohammadi@sbu.ac.ir

\*. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

Email: dr.javaherkalam@yahoo.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

Email: morteza.jamali69@gmail.com

مباحث عمیق و تحلیلی شروط ضمن عقد در فقه اسلامی، گویای دقت نظر و ژرف اندیشی فقیهان در این باره است. اما هنوز هم زوایای تاریک و مباحث حل نشده و مورد اختلاف در باب شروط دیده می‌شود. یکی از موضوعات مهم و مورد ابتلا، اعتبار و بقای شرط ضمن عقد در صورت بطلان یا انحلال عقد اصلی است. پرسش این است که بطلان عقد اصلی چه تأثیری بر اعتبار شرط ضمن آن دارد و اگر عقد اصلی منحل شود، شرط ضمن آن چه وضعیتی پیدا می‌کند؟ بسیاری از فقیهان امامیه، به ویژه متقدمین بر این عقیده بودند که شرط تابع عقد است و با بطلان عقد اصلی شرط ضمن آن هم باطل می‌شود و با فسخ یا اقاله عقد مشروط، شرط ضمن آن نیز منحل می‌گردد. این نظریه وارد نظام قانون مدنی شده است و ماده ۲۴۶ در صورت «انحلال عقد اصلی» حکم به «بطلان شرط ضمن عقد» داده است. رگه‌های این عقیده در حقوق خارجی نیز وجود دارد. گرچه برخی از شروط این‌چنین‌اند، یعنی به گونه‌ای انشا می‌شوند که با فساد عقد، زایل می‌شوند و با بر هم خوردن عقد هم منحل می‌گردند؛ اما تمام بحث در این است که آیا از بین رفتن شرط قاعده‌ای حتمی و تخلف‌ناپذیر است یا امکان دارد شرط به گونه‌ای انشا شود که حتی با بطلان یا انحلال عقد باقی بماند؟ در این زمینه، قاعده چیست؟ آیا می‌توان یا لازم است بین فرض بطلان عقد و انحلال آن تفاوت گذاشت؟

برای پاسخ به پرسش‌های مذکور، ابتدا تأثیر بطلان قرارداد اصلی بر شرط ضمن آن مورد بررسی قرار می‌گیرد (مبحث نخست) و در آن از مبانی وابستگی و امکان استقلال شرط از عقد و مصادیق و تدارک قاعده شرط مستقل از عقد با رویکرد حقوق تطبیقی سخن به میان می‌آید. سپس، تأثیر انحلال عقد بر شرط ضمن آن مطالعه می‌شود (مبحث دوم) و تلاش می‌شود به این پرسش پاسخ داده شود که چرا مشهور معتقدند با انحلال عقد شرط نیز به هم می‌خورد و استدلال‌های ارائه شده تا چه حد اعتبار دارد و چه دلایلی می‌توان برای بقای شرط پس از زوال عقد ارائه داد.

## مبحث نخست: تأثیر بطلان قرارداد مشروط بر شرط ضمن عقد

بسیاری از فقیهان شیعه و استادان حقوق مدنی، و حتی برخی از نویسندگان حقوق غرب (Park & Paulson, 1990: 65) بر این باورند که شرط، وجود مستقلی از عقد ندارد و تنها در صورتی صحیح است که عقد مشروط صحیح باشد. بنابراین، با بطلان عقد اصلی شرط ضمن آن هم در هر حال باطل است. برای بررسی درستی این نظریه، ابتدا لازم است مبانی وابستگی شرط به عقد و امکان استقلال آن مطالعه شود (بند نخست)، آنگاه مصادیق شرط مستقل از عقد با تکیه بر حقوق خارجی و تدارک قاعده عمومی برای آن مطرح گردد (بند دوم).

### بند نخست: مبانی وابستگی شرط به عقد و امکان استقلال شرط از عقد

#### مشروط

بسیاری به استناد دلایل مختلفی شرط را از حیث تشکیل به صورت مطلق وابسته به عقد می‌دانند و معتقدند با بطلان عقد، شرط ضمن آن نیز همواره باطل است که لازم است دلایل مذکور مورد ارزیابی قرار گیرد (الف) تا زمینه لازم برای نظریه امکان استقلال شرط از عقد فراهم آید (ب).

#### الف) دلایل بطلان شرط در صورت بطلان عقد مشروط و ارزیابی آنها

مهم‌ترین دلایلی که برای بطلان شرط در صورت بطلان عقد مشروط یا وابستگی مطلق شرط به عقد در مرحله تشکیل عقد از سوی فقها و حقوق‌دانان ابراز شده است، می‌توان به طریق ذیل خلاصه نمود:<sup>۱</sup>

#### ۱. تبعی بودن شرط نسبت به عقد اصلی

هدف دو طرف از درج شرط ضمن عقد این است که آنان خواسته‌اند شرط را تابع عقد قرار دهند. بنابراین، اگر معلوم شود عقد به علتی باطل بوده، شرط ضمن آن نیز چون تابع عقد است، باطل خواهد بود. به بیان دیگر، در صورتی که پیمانی به چهره شرط در آید، هر چند آن عمل حقوقی فی

۱. همچنین، بسیاری از آنان معتقد به انحلال شرط ضمن عقد در صورت منحل شدن عقد مشروط هستند که در مبحث دوم مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

نفسه امکان استقلال داشته باشد، بقا و انحلال آن تابع عقد اصلی است. نتیجه این تابعیت آن است که اگر ثابت شود عقد اصلی از آغاز باطل بوده است، شرط هم بی اثر می گردد، گرچه به خودی خود تمام شرایط صحت معامله را نیز دارا باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۲۶/۳-۱۲۷؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۹۰/۲؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۹۶/۲؛ قاسم زاده و همکاران، ۱۳۸۹: ۱۰۰ و در فقه ر.ک.: خوبی، ۱۴۱۸: ۳۴۶/۳۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۲۷۸/۶؛ خمینی، بی تا: ۱۶/۲؛ تسخیری، بی تا: ۸۲/۴۴؛ جواهری، بی تا: ۵۷/۳۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴۲۰/۴؛ یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲۴/۲). بعضی نیز بطلان شرط در صورت بطلان عقد را به طریق اولی ثابت دانسته اند (حسینی شیرازی، بی تا: ۱۹۹/۱۴) که به نظر می رسد ناشی از همین تفکر تبعیت ذاتی شرط از عقد نزد ایشان بوده است.

با این وجود، تبعیت شرط از عقد اصلی امری ضروری و جزء مقتضای ذات شرط نیست، زیرا طرفین از درج شرط ضمن عقد اهداف و اغراض مختلفی را دنبال می کنند و نمی توان ادعا کرد که تنها هدف آنان تابع ساختن شرط نسبت به عقد است. ممکن است دو طرف برای احتراز از ابتدایی بودن شرط یا برای کسب لزوم از عقد به نهاد شرط ضمن عقد روی آورده باشند (خمینی، بی تا: ۳۱۴/۲؛ عابدیان، ۱۳۷۹: ۲۰۷؛ علامه حلی، ۱۳۷۵: ۲۶۳). در فقه نیز عقیده بر این است که می توان بیع دو چیز مختلف یا دو عقد مختلف را با هم جمع نمود، مثلاً بیع سلف و بیع یا نکاح و اجاره را در یک عقد جمع کرد (طباطبائی، ۱۴۱۸: ۱۶۴/۵). بنابراین، در چنین حالتی که مقصود اصلی متعاملین انشای خود شرط بوده و عقد به عنوان مطلوب فرعی تلقی می شود، قائل شدن به بطلان شرط در صورت بطلان عقد مشروط منطقی نیست (در تأیید این نظر، ر.ک.: صغیری، ۱۳۸۷: ۱۴۰). به علاوه، غرض از شرط ضمن عقد ممکن است تلفیق آثار عقود مختلف، اتصاف مورد معامله به وصف خاص یا تکمیل آثار عقد باشد. از این رو، نمی توان ادعا کرد که هدف از اندراج شرط ضمن عقد منحصر در تابع ساختن آن است و بر این اساس نمی توان گفت که شرط موجودی تبعی است و در نتیجه، با بطلان عقد شرط نیز باطل خواهد بود.

## ۲. مدخلیت شرط در دو عوض عقد

بر اساس این نظریه، بخشی از عوض در مقابل شرط قرار می گیرد، چرا که متعاقدین شرط را به همراه عوضین تصور کرده اند و بدین ترتیب، شرط در ارزش معامله مؤثر است (نراقی، ۱۴۰۸: ۴۴؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۱/۶؛ امامی، ۱۳۸۷: ۲۹۵/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۲۱/۵). برخی از حقوق دانان نیز چگونگی تنظیم مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی را مؤید همین مطلب دانسته و بر این باورند که قانون مدنی نیز بر

اساس این دیدگاه طراحی شده است (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۴۶/۴). نتیجه این تفکر آن است که در صورت بطلان یا انحلال عقد، شرط ضمن آن نیز به عنوان یکی از اجزای عقد منحل می‌گردد (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴۱۹/۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ۵۵۶/۲).

این استدلال نیز مردود است، زیرا اگر شرط جزئی از عوضین بود، لازم می‌آمد که در صورت تخلف شرط، عقد نسبت به آن باطل باشد و نسبت به قسمت صحیح نیز به دلیل تبعض صفقه حق فسخ وجود داشته باشد، در حالی که ضمانت اجرای تخلف شرط خیار فسخ نسبت به تمام عقد است. به بیان دیگر، قاعده این است که در حالت بطلان جزئی از معامله، عقد واحد به عقود متعدد منحل می‌گردد و طرف دیگر قرارداد که از تجزیه عقد ضرر می‌بیند، در صورت جهل به این بطلان نسبت به قسمت صحیح از خیار تبعض صفقه برخوردار است. ولی در باب شروط، بطلان شرط سبب جریان خیار تبعض صفقه در آن نمی‌شود (ر.ک.: حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۵۲/۱۶؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۱۲۴/۴). به علاوه، استدلال فوق در قانون مدنی نیز پذیرفته نشده است، چرا که قانون‌گذار بین شروط باطل و شروط باطل و مبطل فرق گذاشته و این خود نشان می‌دهد که شرط جزئی از عوضین نیست، و گرنه بطلان هر شرطی به عقد نیز سرایت پیدا می‌کرد. افزون بر آن، در صورتی که شرط جزئی از عوض باشد، بطلان شرط در هر حال سبب مجهول شدن عوض و در نتیجه بطلان عقد می‌شود، ولی قانون‌گذار در بند ۲ ماده ۲۳۲ شرط مجهول را تنها در صورتی باطل می‌داند که جهل آن به یکی از دو عوض سرایت کند و این دیدگاه قوی‌تر است. برخی از فقها نیز حکم مذکور را استثنایی بر قاعده کلی مبطل نبودن شرط فاسد می‌دانند (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۱۳/۴). پاره‌ای دیگر نیز بازگشت شرط به عوضین معامله را رد کرده، آن را خلاف اصل و عمومات شمرده‌اند (مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۶۰). جمعی هم تصریح کرده‌اند که فساد شرط به عقد سرایت نمی‌کند، چرا که شرط در عوضین عقود معاوضی دخالت ندارد، بلکه خود به عنوان عهده‌ی مستقل در کنار موضوع عقد به شمار می‌رود (اشتهدادی، ۱۳۱۷: ۲۷/۳۰؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ۷۰/۲).

### ۳. فقدان ظرف برای تحقق شرط

به نظر عده‌ای، بین عقد و شرط نوعی ملازمه و ارتباط شدید وجود ندارد، بلکه التزامی (شرط) در درون التزام دیگر (عقد) است (التزام فی الإلتزام). بر این اساس، شرط الزام و التزامی اضافه بر ثمن

یا مثنی یا مورد اصلی عقد است که برای کسب لزوم از عقد ضمن آن گنجانده شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۸/۲۳). از این رو، هر چند شرط یک قرار مستقل در برابر قرار اصلی محسوب می‌گردد، ولی در صورتی عنوان شرط تحقق می‌یابد که ابتدا التزام ظرفی تحقق یابد و آنگاه بتوان قائل به تحقق التزام مظروفی بود (جزائری، ۱۴۱۶: ۵۱۷/۶).

این دلیل که بر مبنای نظریه ظرفیت، حدوث شرط را وابسته به صحت عقد دانسته است، نیز مخدوش است، چرا که ظرفِ امور اعتباری، اراده افراد است، نه قالب و شکل اعمال حقوقی. به عبارت دیگر، شرط ضمن عقد اعتبار خود را از اراده دو طرف می‌گیرد، نه از درج شدن در ضمن عقد. بنابراین، اینکه شرط به عنوان مظروف در صورتی تحقق می‌یابد که قبلاً ظرف یعنی عقد محقق شده باشد، درست نیست، بلکه شرط همانند عقد به عنوان مظروف در صورتی به وجود می‌آیند که ظرف یعنی اراده موجود باشد. وانگهی، استدلال فوق در فقه و قانون مدنی ذیل بحث شرط خلاف مقتضای ذات عقد نیز پذیرفته نشده است، زیرا اینکه شرطی به علت مغایرت با جوهره عقد سبب بطلان آن می‌گردد، خود نشان از استقلال شرط دارد، و گرنه شرط باطل خود پا به عرصه وجود اعتباری نمی‌گذاشت تا بتواند موجب بی‌اعتباری موجود دیگری باشد. به دیگر سخن، شرط خلاف مقتضای عقد تنها در صورتی موجب بطلان آن می‌شود که از لحاظ حدوث وابسته به ایجاد عقد در عالم اعتبار نباشد. به کارگیری عبارت مبطل در ماده ۲۳۲ نیز نشانگر حدوث این شروط پیش از ایجاد عقد در عالم اعتبار است (برای تأیید و تفصیل بحث، ر.ک.: ره‌پیک، ۱۳۹۳: ۴۴). برخی از فقیهان نیز رابطه شرط و عقد را که التزامی ضمن التزام دیگر باشد، انکار کرده و معتقدند چنین ارتکازی کلی وجود ندارد و اگر بر فرض تعدد مطلوب هم باشد، اینکه کدام یک از این دو مطلوب اصیل است و دیگری مطلوب تبعی و فرعی، ضابطه کلی در کار نیست و تقدم در ذکر یا ذاتی بودن در امور اعتباری، دلیل اصیل بودن محسوب نمی‌شود (شیرازی، ۱۴۱۹: ۳۵۳۵/۱۰).

#### ۴. قیاس اولویت با ماده ۲۴۶ قانون مدنی

برخی از نویسندگان از مفهوم مخالف ماده ۲۴۶ قانون مدنی در مورد بطلان شرط با فسخ یا اقاله عقد اصلی، نتیجه گرفته‌اند که در حالت بطلان عقد اصلی نیز باید به طریق اولی معتقد به بطلان شروط ضمن آن بود (خدابخشی، ۱۳۹۲: ۳۵۸).

با وجود این، استناد به قیاس اولویت بر اساس ماده یادشده صحیح به نظر نمی‌رسد، بلکه منطوق ماده فوق خود محل اختلاف است و بر خلاف ظاهر آن، بطلان در معنی حقیقی آن به کار نرفته است، بلکه مقصود از آن انحلال عقد اصلی است، چرا که اثر فسخ و اقاله نسبت به آینده است (مستفاد از ماده ۲۸۷ ق.م.و به گذشته سرایت نمی‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ش ۸۶۹) به علاوه، انحلال شرط ضمن عقد در صورت انحلال عقد اصلی به عنوان یک قاعده عام خود عین مدعاست که باید ثابت شود و در مبحث دوم مطالعه می‌شود و در هر حال از محل بحث «بطلان شرط» در صورت «بطلان عقد» خارج است.

### ب) دلایل امکان بقا و اعتبار شرط در صورت بطلان عقد (امکان استقلال شرط)

علاوه بر دلایل نقضی که در قسمت گذشته (الف) ارائه گردید، برای عدم وابستگی مطلق شرط به عقد یا امکان استقلال شرط ضمن عقد از قرارداد اصلی می‌توان دلایلی چند ارائه نمود که عمده‌ترین آنها عبارت‌اند از:

#### ۱. اصل حاکمیت اراده

برخی از نویسندگان، بطلان شرط در اثر بطلان عقد را به اراده نوعی افراد نسبت داده و از آن نتیجه گرفته‌اند که هرگاه مشخص گردد اراده شخصی متعاقدين با وجود بطلان عقد اصلی بر بقای شرط بوده است، باید آن را نافذ شناخت و قائل به ایجاد شرط مستقل از؛ عقد بود (صغیری، ۱۳۸۴: ۱۹۹؛ موحد، ۱۳۷۴: ۱۸۲/۱). برخی از نویسندگان حقوق غربی نیز استقلال شرط از عقد را بر مبنای حاکمیت اراده توجیه کرده‌اند (Redfern & Huntern, 1989: pp. 133-134, Shwebel, 1987:12).

#### ۲. اعمال قاعده انحلال عقد واحد به عقود متعدد در مورد شروط ضمن

آن

به نظر می‌رسد قاعده انحلال عقود اختصاص به موضوع عقد نداشته باشد و در شروط نیز جاری گردد. برخی از نویسندگان نیز در توجیه پاره‌ای از شروط مستقل از عقد همانند شرط داور، علاوه بر اراده طرفین، به قاعده انحلال عقود استناد کرده‌اند (جنیدی، ۱۳۷۶: ۱۷۵-۱۷۶).

### ۳. پیشینه وجود شروط مستقل از عقد در فقه امامیه و حقوق قراردادها

از استقرا در نظام قراردادی فقه امامیه و حقوق مدنی ایران به مواردی بر می‌خوریم که با وجود بطلان قرارداد اصلی، شروط ضمن آن، خواه به صورت شرط بنایی باشد خواه به عنوان شروط تصریح شده توسط متعاملین، صحیح و لازم الاتباع دانسته شده است. برای مثال، برخی از فقها شرط ضمان ضمن بیع فاسد به علت مستحق‌الغیر در آمدن مبیع را صحیح شمرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۱۷۳ و ۱۶۷). همچنین، جمعی از اساتید حقوق تلاش نموده‌اند ضمان درک در عقد فضولی را به شرط بنایی دو طرف منسوب سازند، یعنی بنای بایع و مشتری بر این است که در صورت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع، بایع ثمن را به مشتری بازگرداند (کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۱۹۷؛ کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۳۳۷/۴؛ عدل، ۱۳۷۳: ۲۳۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۲۸۰). بر این اساس، برخی گفته‌اند: ضمان درک نوعی توافق ضمنی و شرط مستقل از عقد بیع محسوب می‌شود (طالب احمدی، ۱۳۸۹، ۲۰۸). به علاوه، پذیرش امکان شرط تشدید یا تخفیف یا معافیت از ضمان درک در ضمن معامله از سوی حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۲۲۹/۱؛ امامی، ۱۳۸۸: ۵۴۱/۱؛ قاسم زاده، ۱۳۸۷: ۲۱۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۵۴/۱) نشانگر صحت شرط با وجود بطلان عقد است و از این نمونه‌ها می‌توان صحت شروطی مانند چگونگی تسویه و استرداد عوضین بعد از اثبات بطلان عقد را نیز استفاده کرد.

همچنین، مسئولیت بایع فضولی نسبت به خسارات افزون بر ثمن از جمله مسئولیت او نسبت به اجرت المثلی که مالک از مشتری نسبت به منافع استیفا شده توسط وی اخذ می‌کند، بنا بر توافق ضمنی بایع و مشتری مبنی بر امکان چنین رجوعی است (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۳۳۷/۴؛ کاتوزیان، ۱۳۶۲: ۳۳).

### ۴. استقلال شرط از عقد از حیث شرایط صحت و اعتبار

هرگاه یک عمل مستقلی مانند وکالت یا ابرای دین، به صورت شرط ضمن عقد منعقد گردد، چنین شروطی صرف‌نظر از عقد اصلی دارای هویتی مستقل و دارای اعتبار هستند. در این موارد، هر چند شرط به لحاظ کسب لزوم از عقد اصلی و در معرض فسخ قراردادان عقد با آن ارتباط دارد، ولی هویت مستقلی نیز دارد که سبب بقای شرط می‌گردد. به عنوان مثال، چنانچه در موضوع عقد اصلی اشتباه اساسی وجود داشته باشد و به همین دلیل، توافق اراده طرفین دچار مشکل گردد، دلیلی بر



بطلان عقد وکالتی که در ضمن بیع منعقد گردیده است وجود ندارد، مگر اینکه ارتباط موضوع وکالت به موضوع بیع به نحوی باشد که چاره‌ای جز حکم به بطلان وکالت وجود نداشته باشد. به لحاظ فقدان اهلیت متعاملین نیز می‌توان گفت هر چند ظاهراً فقدان اهلیت در انشای عقد، فقدان اهلیت در شرط نیز تلقی می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۶: ۹۱/۴)، اما در مواردی ممکن است به دلیل شرایط خاص عقد مشروط، بررسی شرایط اهلیت عقد و شرط به طور جداگانه انجام پذیرد. به طور مثال، اگر عقد، مالی و شرط ضمن آن غیر مالی باشد، عقد به جهت سفته یکی از طرفین آن غیرنافذ و شرط صحیح خواهد بود (در تأیید این نظر، ر.ک.: ره‌پیک، ۱۳۹۳: ۵۰). بنابراین، در خصوص چنین شروطی، به راحتی نمی‌توان از بطلان عقد اصلی، بطلان شرط را نتیجه گرفت: چنانچه علت بطلان عقد اصلی در شرط مستقل نیز وجود داشته باشد، شرط نیز باطل است. در غیر این صورت، حکم به بطلان شرط از این جهت صحیح نیست (ره‌پیک، ۱۳۹۳: ۱۱۶؛ ره‌پیک، ۱۳۹۰: ۸۰؛ محقق داماد، ۱۳۹۰: ۳۶۴).

### بند دوم: مصادیق و تدارک برای عدم بطلان شرط در صورت بطلان عقد (استقلال شرط از عقد)

در حقوق برخی از کشورهای اروپایی و امریکایی و به ویژه در داوری‌های تجاری بین‌المللی، شرط ضمن عقد، از عقد اصلی پیروی می‌کند؛ ولی این قاعده بدون استثنا نمانده است (Park & Paulson, 1990: 65). مهم‌ترین مصادیقی که در نظام حقوقی ایران و حقوق غرب برای شرط مستقل از عقد از حیث ایجاد متصور است، مطالعه می‌شود (الف) تا از این مصادیق، قاعده عامی برای امکان استقلال شرط از عقد استخراج گردد (ب).

الف) مصادیق عدم بطلان شرط در صورت بطلان عقد در حقوق تطبیقی و حقوق ایران  
 شرط رجوع به داوری و صلاحیت داور (۱)، شرط حفظ اسرار (۲)، شرط راجع به تعیین قانون حاکم (۳) و شرط ناظر به ضمان درک (۴) به عنوان مصادیق مهم شرط مستقل از عقد مورد بررسی قرار می‌گیرند.

## ۱. شرط رجوع به داوری و صلاحیت داور

تفکر بقای شرط به صورت مستقل، نخستین بار در داوری‌های بین‌المللی مورد توجه واقع شده است. اصل استقلال شرط داوری و صلاحیت مرجع داوری برای تصمیم‌گیری درباره صلاحیت خود حتی در صورت بطلان قرارداد اصلی، در بند ۴ ماده ۶ قواعد داوری آی سی سی (قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی) پذیرفته شده است: «جز در مواردی که طرفین به گونه‌ای دیگر توافق کرده باشند، صرف این ادعا که قرارداد اصلی باطل یا بی‌اعتبار بوده و یا اساساً وجود نداشته است، باعث توقف صلاحیت مرجع داوری نمی‌شود، مشروط بر اینکه مرجع داوری اعتبار موافقت‌نامه داوری را احراز نماید. صلاحیت مرجع داوری برای تصمیم‌گیری درباره حقوق طرفین و نیز رسیدگی به ادعاها و ایرادات ایشان، حتی در صورتی که قرارداد اصلی احیاناً وجود نداشته یا باطل بوده باشد نیز معتبر و مستقر خواهد بود». نظیر همین حکم در باره استقلال شرط داوری در ماده ۷ عهدنامه ۱۹۶۱ ژنو، ماده ۴۱ عهدنامه ۱۹۶۵ واشنگتن (اکسید) و ماده ۱۶ قانون نمونه داوری آنسیترال ۱۹۸۵ نیز آمده است. استقلال شرط داوری در دکترین حقوقی نیز پذیرفته شده است، ولی برخی از ایشان این استقلال را بر مبنای حاکمیت اراده امری مطابق قاعده دیده (Redfern & Hunter, 1989: 133-134, ) (Shwebel, 1987: 12) و آن را شرطی ترغیب‌کننده (Impulsive) و کارساز (Determinant) دانسته‌اند که بدون آن هیچ شخصی (حقیقی یا حقوقی) حاضر به انجام معامله نمی‌شود (Leboulanger, 1985: 439). از دیگر طرفداران این نظریه رنه داوید است که هر چند استقلال شرط داوری را پذیرفته است، ولی آن را به اراده مفروض طرفین قابل انتساب ندانسته و معتقد به بررسی و ارزیابی خاص آن در هر مورد خاص است (David, 1982: n°214). در مقابل، پاره‌ای دیگر آن را امری کاملاً استثنایی و صرفاً در محدوده تجویز حکم قانون‌گذار قابل پذیرش شمرده‌اند (Park & Paulson, 1990: 65). در هر حال، امروزه استقلال شرط داوری به عنوان شرط مستقل از عقد پذیرفته شده است و حتی پروفیسور گلدمن آن را قاعده مادی بین‌المللی خوانده که مورد پذیرش اکثر ملت‌های جهان قرار گرفته است (ر.ک.: اسکینی، ۱۳۸۳: ۸ به بعد).

در حقوق داوری ایران، به ظاهر بین قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶ تعارض وجود دارد و این امر دستیابی به حکمی واحد و راه‌حلی عام را دشوار

می‌سازد، چرا که در ماده ۱۶ قانون اخیر به صراحت، استقلال شرط داوری پذیرفته شده است؛<sup>۱</sup> در حالی که در قانون آیین دادرسی مدنی به ظاهر عکس این امر مقرر شده است. در ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م. می‌خوانیم: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه ابتدا بدان رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید». همچنین، بند ۷ ماده ۴۸۹ آن بی‌اعتباری قرارداد رجوع به داوری را از اسباب بطلان رأی داور شمرده است. حقوق دانان در مورد این ماده، دیدگاه‌های متفاوتی ابراز داشته‌اند: بعضی نه تنها از اساس با استقلال شرط داوری موافق نیستند، که مفاد ماده ۴۶۱ را نیز جزء قواعد آمره دانسته و توافق طرفین را نیز برای استقلال شرط داوری مخالف قواعد آمره و باطل شمرده‌اند (سروی، ۱۳۸۹: ۲۰). در مقابل، برخی در تلاش برای اثبات استقلال شرط داوری، ماده ۴۶۱ را ناظر به فرضی می‌دانند که موضوع دیگری نیز در کنار آن طرح شده باشد و رسیدگی دادگاه حالت تبعی داشته باشد (شمس، ۱۳۸۲: ۳۱ به بعد). به نظر می‌رسد برای تفسیر این ماده باید قصد مشترک دو طرف را معیار قرار داد، زیرا اگر طرفین به صراحت شرط را تابع عقد بدانند، در صورت بطلان عقد باید حکم به بطلان شرط نمود. ولی اگر آن را مستقل بشمارند، باید بر همان اساس شرط را مستقل تلقی نمود و قرار گرفتن آن در ضمن عقد را سبب بطلان آن قرار نداد، چرا که تصریح قانون به استقلال یا وابستگی شرط داوری به قرارداد اصلی اشاره به امر موضوعی است و نمی‌تواند مانع توجه به قصد دو طرف شود.

## ۲. شرط حفظ اسرار

چنانکه حقوق دانان فرانسوی گفته‌اند: در قراردادها یا مذاکرات قبل از معامله، هرگاه یکی از دو طرف به اطلاعات و اسرار تجاری طرف مقابل که می‌تواند مورد استفاده تجاری وی قرار گیرد، دست یابد، می‌بایست تمام آن آگاهی‌ها و اطلاعات را به عنوان سر نگاه دارد و حتی خود نیز از آن استفاده نکند، حتی اگر هیچ شرطی مبنی بر حفظ اسرار وجود نداشته باشد، چرا که وجود چنین توافقی مفروض و موافق اراده ضمنی آنهاست. در واقع، حفظ و عدم افشا لازمه یک سر است و باید محرمانه بماند. نقض این تعهد مسؤولیت مدنی شخص را به همراه دارد (Le Tourneau, 2005: 93).

۱. مطابق بند ۱ ماده ۱۶ این قانون: «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقتنامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقتنامه‌ای مستقل تلقی می‌شود، تصمیم «داور» در خصوص بطلان و ملغی‌الاثربودن قرارداد فی‌نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود».

پس، اگر دو طرف شرط حفظ اسرار را ضمن عقد بگنجانند و قرارداد به دلیلی باطل باشد، کسی که اطلاعاتی را به دست آورده است، نمی‌تواند به بطلان عقد و در نتیجه، بطلان شرط استناد نماید و خود را مجاز در استفاده از آن اطلاعات ببیند، زیرا از دید واگذارکننده تکنولوژی بخش مهمی از ارزش دانش فنی وی در محرمانه بودن آن نهفته است. در موارد بسیاری واگذارکننده تکنولوژی مایل است خود نیز به تولید محصول مورد نظر ادامه دهد و همچنین به وسیله محرمانه نگه داشتن این اطلاعات مدعی قدرت تجاری بالا، کاهش هزینه‌های تولید، بالا بودن کیفیت محصول و مواردی از این قبیل خواهد بود. در این صورت و به خصوص از آنجا که معمولاً دانش فنی بر خلاف اختراع ثبت شده دارای ورقه اختراع نیست، واگذارکننده مایل به اتخاذ و پیش‌بینی ترتیباتی است که افشا نشدن تکنولوژی را پیش‌بینی کند. از این رو، در بسیاری از قراردادهای انتقال تکنولوژی شرط حفظ اسرار درج می‌شود که حتی در صورت بطلان یا انحلال عقد اصلی نیز لازم‌الاتباع است (نصیرزاده، ۱۳۶۹: ۱۰۰-۱۰۳). بدین ترتیب، دوام<sup>۱</sup> جزء مختصات شروط راجع به حفظ اسرار تجاری است (Greenbery & A. Baron, 2003: 47). ویژگی دوام شرط حفظ اسرار در خصوص کارمندان بنگاه‌های تجاری برای دوره بعد از اتمام قرارداد کار یا اخراج از کار اهمیت ویژه‌ای می‌یابد (Milgrim, 1992: 3, v.1). چنانکه در دعوی (Brulotte v. Thys co. (1964) در آمریکا دادگاه با استناد به اصل دوام شرط حفظ اسرار تجاری، کارمند اخراج شده شرکت را ملزم به انجام شرط اعلام کرد (ر.ک.: [www.Law.Cornell.edu](http://www.Law.Cornell.edu); [www.legal.dictionary.the.free.dictionary.com](http://www.legal.dictionary.the.free.dictionary.com)).

### ۳. شرط راجع به تعیین قانون حاکم

بند ۱ ماده ۸ کنوانسیون رم در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی مصوب ۱۹۸۰ میلادی، متضمن این معناست که اگر دو طرف قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب نمایند و سپس به صحت قرارداد ایراد شود، این اشکال که چون در وجود و نفوذ اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد تردید وجود دارد، پس رسیدگی به صحت آن نمی‌تواند بر اساس قانون منتخب طرفین باشد، وارد نیست.

1. Duration.

#### ۴. شرط ناظر به ضمان درک

به اعتقاد بسیاری از نویسندگان، ضمان درک ریشه در توافق ضمنی طرفین معامله دارد و معلق و منوط بر بطلان عقد اصلی است. این توافق از رفتار طرفی که به هدف خود از عقد اصلی نرسیده است، به سادگی به دست می‌آید: وقتی طرف معامله از تعلق موضوع عقد به دیگری آگاه می‌گردد، طلبکارانه طرف دیگر را مورد خطاب قرار می‌دهد. این رفتار حکایت از این توافق ضمنی دارد که هر یک از طرفین آنچه را که می‌دهد، متعلق به خود اوست و تعهد می‌نماید که اگر چنین نبود، آنچه را که گرفته است، تمام و کمال بازگرداند. به عبارت دیگر، فروشنده در ضمن معامله مالک شدن خریدار را تضمین می‌کند و این تعهد به نتیجه است و همین که تعلق مبیع به غیر معلوم گردد، بایع مسئول عهدشکنی خود خواهد بود. بر همین اساس، در قانون مدنی آلمان، ضمان درک در زمره قواعد عمومی قراردادها دانسته شده است (به نقل از: کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳۳۶/۴). البته برخی از مؤلفان مبنای قراردادی برای ضمان درک را نپذیرفته و در رد این نظریه گفته‌اند: کلیه توافقاتی که در ضمن قرارداد صورت می‌گیرد یا قرارداد مبتنی بر آن واقع می‌شود، فرع بر قرارداد اصلی است و در صورت بطلان قرارداد اصلی، آنها نیز باطل خواهند بود. در تأیید این نظر، به ماده ۱۶۲۷ قانون مدنی فرانسه نیز استناد شده است که بر اساس آن در صورتی که بایع بخواهد از مسئولیت خود در بیع بکاهد یا قرار باشد که بر مسئولیت وی افزوده شود، باید مراتب در قراردادی خاص و جدای از بیع مورد توافق قرار گیرد. برای مثال، اگر قرار باشد در اثر مستحق للغیر بودن مبیع از مشتری خلع ید صورت گیرد، در حقیقت بیع باطل است و اگر در قراردادی خاص نسبت به مسئولیت بایع تعیین تکلیف نشده باشد، درج شرط ضمن عقد باطل نیز باطل بوده و اعتباری نخواهد داشت (شهیدی، ۱۳۸۶: ۴۲).

شعبه ۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران نیز به موجب دادنامه شماره ۹۳۰۴۹۵ مورخ ۹۳/۶/۱۶، بطلان قرارداد را سبب بطلان شرط ضمن آن، از جمله شرط وجه التزام در فرض مستحق للغیر درآمدن مبیع نیز، دانسته است؛ اما شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۵۷۸ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۳ ضمن نقض این رأی، اعلام داشت: «ابطال بیع موضوع قرارداد شماره ۱۸۴۸ موجب ابطال بقیه بندهای قرارداد مذکور نمی‌گردد، بلکه قرارداد مذکور اعم از

بیع مندرج در قرارداد است و با ابطال بیع آثار ناشی از ابطال که در بندهای دیگر قرارداد از جمله بند ۸-۵ پیش‌بینی {شده}، به قوت و اعتبار خود باقی است». به این ترتیب، دادگاه تجدیدنظر ضمن این رأی بسیار مهم پذیرفت که ابطال بیع موجب ابطال تمامی بندهای قرارداد نیست، بلکه شرط وجه التزام ضمن آن، که ناظر به وجود جهات بطلان است، معتبر خواهد بود.

#### ب) تدارک قاعده برای عدم بطلان شرط در صورت بطلان عقد (استقلال شرط از عقد)

با توجه به مصادیق فوق و آنچه که در قسمت مبانی وابستگی شرط به عقد و امکان استقلال آن از عقد اصلی گفته شد، می‌توان قاعده عامی برای امکان استقلال شرط از عقد ارائه داد و گفت: با اینکه طبق قاعده، بطلان عقد به شرط نیز سرایت می‌کند، ولی هرگاه از اراده دو طرف بر آید که آن دو برای شرط وجودی مستقلی از عقد در نظر دارند و به صحت شرط حتی در فرض بطلان عقد می‌اندیشند، باید حکم به صحت شرط داد، زیرا همان‌طور که گفتیم، شرط اعتبار خود را از اراده متعاقبین می‌گیرد، نه از درج شدن در ضمن عقد. بنابراین، هرگاه معلوم باشد که طرفین برای شرط اصالت قائل هستند و وجود شرط را فارغ از عقد می‌خواهند، باید به اراده آنان احترام گذاشت و استقلال و صحت شرط را پذیرفت.<sup>۱</sup> چنانکه گذشت، در حقوق غرب نیز برای امکان استقلال شرط از عقد به اراده طرفین در هر مورد خاص توجه شده است (David, 1982: n°214).

در واقع، شرط داوری بدین جهت معتبر است که دو طرف می‌خواهند اختلافات آنان در داوری حل و فصل شود، نه در دادگاه. از این رو، رسیدگی به صحت قرارداد رجوع به داوری و صلاحیت داور در دادگاه مغایر خواست دو طرف است. بنابراین، احترام به خواست دو طرف عقد مقتضی استقلال شرط داوری و صلاحیت داور در رسیدگی به صحت قرارداد رجوع به داوری است. همچنین، در شرط ضمن عقد مبنی بر حفظ اسرار، طرف عقد نمی‌خواهد طرف دیگر از اطلاعات و اسرار او به هیچ وجه استفاده کند یا در اختیار دیگران قرار دهد. بدین ترتیب، اعتبار دادن به خواست دو طرف جز با صحت شرط امکان ندارد. به علاوه، اگر عقد مستقلی به صورت شرط در آید و از اراده دو

۱. برخی از حقوق‌دانان به موجب یک قاعده عام گفته‌اند: هرگاه مصلحت یا هدف اساسی یک تأسیس قراردادی به شرط حدوث امری خاص تحقق پیدا کند و بدون وجود آن امر، نتوان مصلحت و هدف مزبور را به شیوه‌ای معقول و متعارف انتظار داشت، می‌توان فرض آن امر خاص را از باب وجوب مقدمه واجب یا از این جهت که طرفین قصد انجام کاری بیهوده را نداشته‌اند، به اراده طرفین آن تأسیس قراردادی منتسب کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱/۱۴۰). از این استدلال در اینجا نیز می‌توان بهره جست.

طرف بر آید که نمی‌خواهند آن را از هر جهت تابع عقد اصلی قرار دهند، باید حکم به صحت شرط مزبور داد. ولی نظریه بقای شرط در صورت بطلان عقد، بر شرط صفت، قابلیت اعمال ندارد، چرا که این قابلیت منوط به تصور وجود قائم به ذات شرط، صرف‌نظر از ارتباط آن با عقد است. در حالی که قابلیت بقای شرط در خصوص شرط صفت، صادق نیست. به عنوان مثال، هرگاه سفیدی رنگ در اتومبیل مورد معامله شرط شود، تصور سفیدی محض بدون اتومبیل محمل عقلایی ندارد. همچنین، استقلال شرط از عقد در حالت بطلان عقد، در حالتی قابل تصور است که بطلان عقد ناشی از فقدان قصد یا نقصان اراده نبوده باشد، چرا که در این حالت، خود شرط نیز به جهت عدم قصد متعاملین، امکان ظهور و بروز حقوقی نخواهد یافت.

از قاعده پیش‌گفته مبنی بر امکان استقلال شرط، معلوم می‌شود که شروط مستقل منحصر به موارد مصرح نیست، بلکه مصادیقی از یک قاعده عام محسوب می‌شوند و راه کشف آنها نیز توجه به اراده واقعی و خواست مشترک دو طرف است. البته، همان‌طور که گذشت، با پذیرش صحت شرط، با وجود بطلان عقد، نمی‌توان ادعا کرد که رابطه شرط و عقد به هم می‌ریزد و ارتباط تابع و متبوعی آن دو از بین می‌رود، چرا که هرگاه بتوان برای گنجاندن شرط در ضمن عقد، حداقل یک غرض و هدف عقلایی غیر از ایجاد رابطه تابع و متبوعی بین آن دو تصور کرد، همچنان می‌توان معتقد به بقای فلسفه درج شرط در ضمن عقد بود. همچنین، با بطلان عقد و صحت شرط، شرط تبدیل به «شرط ابتدایی» نمی‌شود، زیرا با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی و قاعده «العقود تابعه للقصود»، قرارداد اعتبار خود را از اراده دو طرف می‌گیرد، نه شکل و قالب خاص.

## مبحث دوم: تأثیر انحلال قرارداد مشروط بر شرط ضمن عقد

اکثر فقها و حقوق‌دانان بر این باورند که شروط ضمن عقد نه تنها از حیث ایجاد، بلکه از لحاظ بقا نیز تابع عقدی است که در ضمن آن درج شده است و با انحلال عقد، شرط ضمن آن نیز در هر صورت منحل می‌شود (خمینی، ۱۴۲۲: ۱۱۹/۲؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴۲۰/۴؛ گلپایگانی، ۱۴۰۹: ۱۴۵/۵؛ فیروزآبادی، ۱۳۸۱: ۱۶۱/۵؛ یزدی، ۱۴۲۱: ۱۳۵/۲؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۲۶/۳-۱۲۷؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۹۰/۲). نخست باید دلایل این گروه مطرح و مورد ارزیابی قرار گیرد (بند نخست) تا زمینه لازم برای ارائه دلایل امکان استقلال شرط از حیث بقا فراهم آید (بند دوم).

## بند نخست: دلایل انحلال شرط در صورت انحلال عقد مشروط و ارزیابی آنها

عمده‌ترین دلایلی که برای وابستگی مطلق شرط به عقد از حیث بقا و دوام ارائه گردیده است، می‌توان به طریق ذیل مطرح و ارزیابی کرد:

### ۱. تبعی بودن شرط نسبت به عقد

به اعتقاد استادان حقوق مدنی، شرط تابعی از عقد است. در نتیجه، با فسخ عقد شرط نیز منفسخ می‌گردد. به بیان دیگر، شرط یک موجود اعتباری تبعی بوده و همین تبعیت اقتضا دارد که علاوه بر حدوث، در مرحله بقا نیز وابسته به عقد باشد. از این رو، با انحلال عقد اصلی شرط نیز منحل می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۰۱/۱؛ امامی، ۱۳۸۸: ۳۷۳/۱؛ شهیدی، ۱۳۹۰: ۸۰؛ صفایی، ۱۳۹۰: ۱۸۵/۲؛ محقق داماد، بی‌تا: ۳۱۹). برخی از فقیهان این وابستگی را همانند وابستگی صحت نماز عصر به نماز ظهر دانسته و از آن انحلال شرط در نتیجه منحل شدن عقد را استفاده نموده‌اند (شیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۴۵۰۳/۱۳). پاره‌ای نیز عدم انحلال شرط را به عنوان یک التزام ضمنی، در صورت انحلال عقدی که در ضمن آن واقع شده است، محال پنداشته‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۵۶/۵). ماده ۵۲ مجله الاحکام العدلیه که مقرر می‌داشت: «اذا بطل الشی، بطل ما فی ضمنه»، مبتنی بر همین طرز تفکر بود. بر اساس این ماده، در صورتی که عقد بیعی فاسد گردد، آن چیزی که در ضمن عقد بوده و بر آن مبتنی می‌باشد، همانند قبض و اقباض و یا اذنی که داده شده است نیز فاسد می‌گردد (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: قسم ۱، ۳۶/۱). علی‌رغم شهرت این نظر در فقه و حقوق ما، اطلاق آن قابل انتقاد به نظر می‌رسد، چرا که پاره‌ای از شروط تنها ممکن است در ذیل عقد گنجانده شوند و هم‌زمان با انشای عقد اصلی به وجود آیند، ولی از حیث بقا وابسته به آن نباشند. به عنوان مثال، اگر در ضمن اجاره یا صلحی، عقد بیع یا قرارداد بی‌نامی گنجانده شود، با انقضای اجاره یا فسخ عقد اصلی، شرط ضمن آن منحل نمی‌شود، زیرا اعتبار شرط ناشی از اراده دو طرف است و درج شدن ضمن عقد نقشی در آن ندارد. با تحقق عقد، شرط ضمن آن (بیع و قرارداد بی‌نام) هم به وجود می‌آید و به زندگی حقوقی خود ادامه می‌دهد. شرط هم‌زمان با عقد پدید آمده است، اما این امر ملازمه با انحلال شرط در صورت انحلال عقد ندارد. هدف از درج چنین شرطی ممکن است ارتباط شرط با عقد یا پرهیز از ابتدایی بودن شرط یا سهولت انشا و یا هر امر دیگری باشد. بنابراین، اختصاص دادن هدف و فلسفه درج شرط به تبعی ساختن شرط از عقد از حیث دوام تحمیل به اراده دو طرف است و تا ثابت نشود، اعتبار ندارد.



همچنین، اگر ضمن بیعی وکالت در امری شرط شود، هدف از درج چنین وکالتی کسب لزوم از عقد اصلی است، ولی دلیلی برای انحلال آن در صورت منحل شدن عقد اصلی وجود ندارد. با انحلال عقد اصلی، وکالت قابل فسخ نیز نمی‌شود، به خاطر اینکه دو طرف با درج آن در ضمن عقد لازم اراده خود را بر لزوم شرط بیان داشته‌اند و صرف منحل شدن عقد چنین دلالتی ندارد، مگر اینکه تراضی دیگری در این زمینه صورت گیرد یا خلاف آن معلوم گردد.

مرحوم کاشف الغطاء نیز هنگام تفسیر ماده ۵۲ المجله، آن را به ماده ۵۰ آن قانون ارجاع داده که بیان می‌دارد: «إذا سقط الأصل سقط الفرع». به نظر ایشان سقوط فرع در اثر سقوط اصل (مثلاً زوال کفالت در اثر سقوط دین) یک قاعده مطرده نیست، بلکه در هر مورد خاص حکم مخصوص خود را دارد. جالب است بدانیم که شارح المجله در تفسیر هیچ یک از این دو ماده اشاره‌ای به شروط ضمن عقد نکرده و این خود نشان می‌دهد که انحلال شرط در اثر انحلال عقد به جهت التزام ضمنی و فرعی امری بدیهی نبوده است. پاره‌ای دیگر از بزرگان فقه شیعه نیز تأیید کرده‌اند که از شرط انتظار تجدد شرطیت یا تجدد تأثیر نمی‌رود که مدام در ضمن عقد باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴/۴۱۹). به عبارت دیگر، شرط صحت شروط این نیست که همیشه ضمن عقد باقی بمانند، بلکه پس از جدا شدن از آن باز هم ممکن است لازم الوفا باشند.

بنابراین، باید پذیرفت که استدلال فوق مبنی بر انحلال شرط در صورت منحل شدن عقد مشروط به دلیل تبعی بودن شرط، اختصاص به شروطی دارد که قابل جدا شدن از عقد نیستند، همانند شرط صفت راجع به کیفیت مورد معامله یا موعد و محل اجرای تعهد. همچنین است اگر عقد تبعی ذیل عقد اصلی درج شود، مانند اینکه ضمن بیعی برای پرداخت ثمن آن ضامن یا رهنی داده شود که در این صورت، هرگاه عقد اصلی فسخ گردد، عقد تبعی هم منفسخ می‌شود، چرا که عقد رهن یا ضمان تابع دین است و با فسخ عقد و زوال دین، عقد تبعی هم از بین می‌رود.

## ۲. اختلاف در وجود حدثی و بقائی

اگر بپذیریم که شرط بعد از انحلال عقد اصلی همچنان باقی می‌ماند، در این صورت، میان وجود حدثی و وجود بقائی شرط اختلاف پیش خواهد آمد؛ بدین نحو که شرط در ایجاد خود وابسته به عقد خواهد بود، ولی در ادامه حیات اعتباری خویش مستقل است و چنین امری امکان ندارد (خمینی، بی تا: ۴/۶۶۲).

با وجود این، ادعای مذکور با این اطلاق قابل ایراد به نظر می‌رسد، چنانکه قانون‌گذار در مورد اعمال حقوقی تبعی چنین تفاوتی را بین وجود حدثی و بقایای پیش‌بینی کرده است: به موجب ماده ۷۳۳ قانون مدنی، در موردی که ضمن عقد بیعی نسبت به ثمن آن حواله (به عنوان یک عقد تبعی) داده می‌شود، در صورتی که بیع باطل بوده باشد، حواله نیز به تبع باطل است و حال آنکه اگر بیع منفسخ شود، حواله باطل نبوده، لیکن محال علیه بری و بایع یا مشتری می‌توانند به یکدیگر رجوع کنند. تصریح مقنن بر باطل نبودن حواله معنایی جز صحت و عدم انفساخ آن با انحلال عقد اصلی ندارد. در مورد شروط ضمن عقد نیز تصور اختلاف در وجود حدثی و بقائی غیرمعقول و غیرمنطقی نیست. در مبحث نخست دیدیم که شرط از حیث حدوث به طور مطلق وابسته به عقد نیست، بلکه ممکن است عقد باطل باشد ولی شرط صحیح و مستقل محسوب گردد. در اینجا می‌افزاییم که امکان دارد شرط همراه با عقد ایجاد شود، ولی با آن زایل نگردد. امکان بقای شرط پس از انحلال عقد محذور عقلی یا شرعی ندارد، بلکه تابع اراده دو طرف است. پس، اگر از خواست مشترک آنان استفاده شود که شرط پس از انحلال عقد هم ادامه یابد، باید توافق آنان را محترم شمرد.

### ۳. استناد به ماده ۲۴۶ قانون مدنی

گروهی از حقوق‌دانان در اثبات انحلال شرط با منتفی شدن عقد، به ماده ۲۴۶ قانون مدنی استناد کرده‌اند که بیان می‌دارد: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد، شرطی که در ضمن آن شده است، باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است، عمل به شرط کرده باشد، می‌تواند عوض او را از مشروط له بگیرد». این عده بر این باورند که با وجود چنین حکمی در قانون مدنی، تردیدی در انحلال شرط باقی نمی‌ماند، به نحوی که اگر به شرط عمل شده باشد، عوض آن پرداخت و در غیر این صورت، مشروط علیه از تعهد شرطی مبری می‌گردد (امامی، ۱۳۸۸: ۲۹۶/۱؛ صفایی، ۱۳۹۰: ۴۰۵).

گرچه ماده یادشده در مقام بیان قاعده عمومی است، ولی در شمول آن نسبت به تمامی شروط، تردید جدی وجود دارد: نخست باید گفت که مراد از بطلان در این ماده انحلال شرط ضمن عقد است، نه اینکه با انحلال عقد در اثر فسخ یا اقاله، شرط از ابتدا باطل گردد. دوم آنکه به طور مسلم این ماده برخی از شروط را در بر نمی‌گیرد. به عنوان مثال، هرگاه نتیجه اعمال حقوقی به صورت شرط ضمن عقد انشا شود و انحلال آنها نیازمند سبب خاصی بوده یا مستلزم تجاوز به حقوق

اشخاص ثالث باشد، از قبیل ضمان نقل ذمه، وقف و نکاح، در اثر انحلال عقد، شرط نتیجه زایل نمی‌شود (در تأیید این نظر ر.ک.: امامی، ۱۳۸۸: ۲۹۷/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۲۶/۳؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۹۰/۲؛ نهرینی، ۱۳۸۵: ۲۱۱). افزون بر آن، شمول ماده فوق نسبت به مطلق شرط نتیجه به شدت مورد تردید است، چرا که نتیجه عمل حقوقی به نفس اشتراط حاصل شده است و اثر انحلال عقد نیز ناظر به آینده است و اثر حقوقی را که در گذشته پدید آمده است، زایل نمی‌کند. برخی از فقها نیز ضمن پذیرش انحلال شرط با منحل شدن عقد، اجرای آن را دست کم در مورد شرط نتیجه‌ای همانند ابرای دین مخالف قاعده «الزائل لا یعود» دانسته و انحلال چنین شرطی را جای تأمل دانسته‌اند (تبریزی، ۱۴۱۶: ۴۳۴/۴-۴۳۵). البته بعضی دیگر، انحلال شرط در نتیجه بهم خوردن عقد را اعم از آنکه شرط ضمن عقد، شرط صفت، شرط فعل یا شرط نتیجه باشد، مربوط به انحلال عقد قبل از اجرای شرط شمرده‌اند، چرا که شرط اگر اجرا شده باشد، اجرای آن صحیح است و با اجرا شرط ساقط می‌گردد. بنابراین، با انحلال عقد، انتفا و بطلان شرط بی‌معناست. در حقیقت، شرط به عنوان یک عمل حقوقی، با شرایط قانونی منعقد و در زمان حیات خود اجرا شده است (ره‌پیک، ۱۳۹۳: ۱۱۴).

همچنین، پذیرفتن حکم ماده در مورد شرط فعل حقوقی که اجرا شده است، دشوار به نظر می‌رسد، زیرا از نظر تحلیل حقوقی دلیلی برای انحلال عقد مستقلی (مثل بیع یا وکالت) که در قالب شرط منعقد شده است، در صورت انحلال عقد اصلی وجود ندارد، بلکه پس از انعقاد عقد، شرط ضمن آن حیات مستقل حقوقی دارد و به زندگی خود ادامه می‌دهد. حقوق دانان طرفدار انحلال شرط در اثر انحلال عقد نیز با استناد به استقلال فعل حقوقی در پدید آمدن، انحلال آن با انفساخ عقد را فاقد دلیل اعلام داشته‌اند (امامی، ۱۳۸۸: ۲۹۷/۱).

بنابراین، باید انصاف داد که حکم ماده ناظر به شروطی است که قابلیت جدا شدن از عقد را ندارند، مثل شرط صفت، یا عقدی که به صورت شرط ضمن عقد منعقد شده و تابع عقد اصلی است، نظیر رهن و ضمان. تنها در این موارد است که با منحل شدن عقد، شرط ضمن آن هم منفسخ می‌شود. ولی در سایر موارد، صرف گنجانیدن شرطی ضمن عقد این ظهور را به وجود نمی‌آورد که دو طرف خواسته‌اند دام شرط را وابسته به بقای عقد نمایند. این التزام تنها در صورتی امکان دارد که معلوم باشد دو طرف چنین خواسته‌اند.

#### ۴. متعلق بودن شرط نسبت به هر یک از عوضین

دسته‌ای از فقها شروط ضمن عقد را به منزله متعلق و ضمیمه عوضین (و نه لزوماً جزئی از آن) دانسته‌اند. از این رو، در صورت انحلال عقد، شرط ضمن آن نیز منفسخ می‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۹۲/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۸۲/۱۷).

به نظر می‌رسد دلیل فوق بیشتر برای توجیه زوال شرط در اثر انحلال عقد ابراز شده است و از پشتوانه نظری قوی برخوردار نیست، زیرا گرچه دو طرف در تقویم نهایی عوضین، آنها را با مجموع شروط و قیود آن ارزیابی می‌کنند، ولی به شرط، به عنوان ضمیمه عوض نمی‌نگرند و به همین دلیل، بخشی از ثمن در برابر آن قرار نمی‌گیرد. به خاطر همین است که در شرط تملیک مقداری طلا یا نقره در عقد مساقات یا مزارعه، در صورتی که مقداری از محصول تلف شود، دلیلی برای سقوط بعضی یا کل شرط وجود ندارد، بلکه عمومیت صحت شرط اقتضای بقای آن را دارد (حکیم، ۱۴۱۶: ۱۹۱/۱۳). ظاهر ارتکازی و اصل عدم نیز مؤید عدم انضمام شرط بر عوضین است (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۷۰/۲۰). البته استدلال فوق، بر فرض هم که پذیرفته شود، اختصاص به عقود معوض خواهد داشت و شرط ضمن عقد مجانی، مانند مهریه در نکاح، به دلیل اینکه ضمیمه عوض نیست، پس از انحلال عقد باقی خواهد ماند (ر.ک.: حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۸۲/۱۷).

#### ۵. بعید بودن امکان الزام به شرط از مذاق عرف و شارع

برخی از فقها، امکان حیات شرط پس از انحلال عقد اصلی را بر خلاف برداشت شارع از اشتراط ضمن عقد شمرده‌اند. به طور مثال، اگر در ضمن عقد اجاره‌ای شرط شود که در صورت تلف کل مال مورد اجاره، مستأجر ضامن قیمت آن باشد، در صورت تلف کل عین مستأجره، اجاره باطل یا منفسخ می‌گردد (ر.ک.: مواد ۴۸۳ و ۴۹۶ ق.م.). بنابراین، شرط ضمن آن دیگر الزام‌آور نیست. در حقیقت، امکان الزام به شرط با وجود انتفای عقد خلاف مذاق عرف و شارع است. پس، چنین شرطی فاقد قدرت الزام‌آور مستقل است. در نتیجه، شرط نیازمند چیزی است که مستند به آن باشد و با انحلال عقد، شرط ضمن آن باقی نمی‌ماند (لنکرانی، ۱۴۲۴: ۵۷۱).

ایراد غیر متعارف یا دور از سلیقه شارع بودن بقای شرط بعد از انحلال عقد نیز وارد به نظر نمی‌رسد، زیرا اولاً غیرمتعارف بودن امری الزاماً به معنای ممنوع بودن و باطل بودن آن نیست. ثانیاً شرط ضمان مستأجر در صورت تلف مال مورد اجاره پذیرفته شده است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۶۹/۱۰؛ نجفی، ۱۴۰۴:

۲۱۶/۲۷؛ رشتی، ۱۳۱۳: ۵۲). برای متعارف بودن امکان چنین شرطی می‌توان به کلام برخی از فقها استناد جست که مبنای حق حبس متعاملین را شرط ضمنی عرفی شمرده‌اند و برای پس از انحلال عقد و در مقام بازگشت عوضین نیز، این شرط ضمنی عرفی را حاکم دانسته‌اند و ایراد عدم امکان بقای شرط در حالت انحلال عقد را این‌گونه پاسخ گفته‌اند که این اثر شرط برای مطلق وجود شرط است و نه لزوماً بقای آن و بر این نظر خود ادعای اجماع نیز کرده‌اند (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۶۳/۱). به علاوه، وجود برخی از فتاوی فقهای معاصر مبنی بر صحت و لازم‌الوفا بودن شروط ضمن عقد اجاره بعد از اتمام مدت آن (خمینی، ۱۴۲۴: ۸۹۵/۲؛ خامنه‌ای، ۱۴۲۴: ۳۸۹) نیز می‌تواند دلیل بر تمایل شارع بر عدم تأثیر انحلال عقد بر شروط ضمن آن باشد.

### ۶. قیاس با شروط ابتدایی

در صورتی که بپذیریم شرط پس از انحلال عقد نیز از قدرت الزام آور برخوردار است، در این صورت یا باید قبول کنیم که ادله الزام آوری شروط همانند «المؤمنون عند شروطهم» شامل شروط ابتدایی نیز می‌شوند، یا آنکه بگوییم صحت ظاهری شرط برای الزام آور بودن آن کافی خواهد بود که هر دوی این استدلال‌ها ممنوع‌اند (لنکرانی، ۱۴۲۴: ۵۷۶).

این استدلال نیز در فقه توسط برخی از فقهای معاصر رد شده است، چرا که در صدق عرفی و لغوی شرط بر الزام و التزام در ضمن معاملات، اعم از اینکه الزام یا اشتراط به همین دو عنوان باشد یا به خاطر حمل شایع بر آن دو (الزام و التزام ضمن معامله) شکی نیست، بلکه ظاهر این است که مطلق قرار دادن در ضمن عقد عرفاً شرط محسوب می‌گردد (خمینی، بی‌تا: ۱۳۴/۲). علاوه بر این، بعید نیست که بر اساس حکم عرف، بتوان از شرط ضمنی، الغای خصوصیت نمود. به این نحو که گفته شود عرف از «المؤمنون عند شروطهم» می‌فهمد که هر شخصی ملزم به جعل و قرار خویش است، بدون دخالت عنوان شرط ضمن عقد و ابتدایی، و شرط و غیر آن در آن مساوی هستند (خمینی، بی‌تا: ۳۰۴/۵). در نظام حقوقی ما نیز با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها تردیدی باقی نمی‌ماند که شرط ضمن عقد خود به عنوان توافقی معتبر و الزام‌آور تلقی می‌شود، حتی اگر قرارداد اصلی باطل باشد یا منحل گردد، چرا که اعتبار شرط ناشی از اراده دو طرف است، نه گنجانده شدن در ضمن عقد مشروط. بدین ترتیب، حتی در فرض انحلال عقد نیز می‌توان شروط مندرج در آن را

مشمول عمومات مربوط به الزام آوری شرط دانسته و ایراد مربوط به عدم شمول این عمومات نسبت به آنها را بر طرف ساخت.

### بند دوم: دلایل امکان بقای شرط در صورت انحلال عقد مشروط

در مقابل نظر مشهور که اعتقاد به انحلال شرط با انحلال عقد دارند، برخی نیز به بقای شرط با وجود انحلال عقد نظر داده‌اند (بهجت، ۱۴۲۳: ۵۴۶؛ بهجت، ۱۴۲۶: ۱۸۴/۳؛ طباطبائی، ۱۴۰۰: ۵۸/۴-۵۹). در ذیل ادله این گروه بیان و تکمیل می‌گردد.

#### ۱. وجود پاره‌ای از مصادیق و روایات مبنی بر امکان بقای شرط

پاره‌ای از روایات، از جمله خبر محمد بن مسلم از حضرت صادق (ع) و حدیث ابی نصر از امام رضا (ع) به صراحت شرط توارث میان زوجین در نکاح منقطع را صحیح و لازم الوفا می‌شمارند (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۶۵/۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۶۴/۷؛ طوسی، ۱۳۹۰: ۱۴۹/۳). صحت چنین شرطی به این معناست که با انحلال نکاح در صورت فوت هر یک از زوجین (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۵۱/۱؛ قاسم‌زاده و همکاران، ۱۳۸۹: ۴۰۰)، شرط توارث منحل نمی‌شود و پس از انحلال عقد نیز باقی می‌ماند. همچنین، شرط تنصیف اموال زوج در صورت طلاق [چنانکه امروزه در تمام نکاح‌نامه‌ها درج می‌گردد] چنانچه امر متعارفی باشد، به عنوان شرطی مستقل لازم الوفاست (لنکرانی، بی‌تا: ۳۸۴/۲). اعتبار شرط عند الاستطاعه در پرداخت مهریه بعد از انحلال عقد نیز نمونه بارز شرط مستقل محسوب است.

در فقه نیز مصادیقی وجود دارد که شرط پس از انحلال عقد باقی می‌ماند. به عنوان مثال، شرط مربوط به وجه التزام که برای حالت انحلال عقد پیش‌بینی می‌شود، حتی توسط فقهای که قائل به انحلال شرط با انفساخ عقد هستند، پذیرفته شده است (حکیم، ۱۴۱۵: ۸۰/۲؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۷۷/۱). پاره‌ای دیگر نیز شروط را به شرط مرتبط با ارکان عقد و شرط غیرمرتبط با آن تقسیم نموده و شروطی نظیر وجه التزام برای فسخ عقد را از نوع دوم شمرده‌اند که حکم به انحلال آن در اثر فسخ عقد موجب لغویت شرط می‌شود و اقتضای صحت چنین شرطی در عدم انحلال آن با فسخ عقد است (تبریزی، ۱۴۱۶: ۲۱). همچنین، اگر دو طرف شرط نمایند که هرگاه مبیع دارای فلان وصف نباشد، بیع منفسخ گردیده و مال دیگری به عنوان مبیع تملیک شود، با این ایراد مواجه شده که شرط از نظر حدوث و بقا وابسته به عقد است و با وجود انتفای عقد، ترتیب اثر دادن به شرط امکان ندارد.

ولی فقها به این ایراد چنین پاسخ گفته‌اند که عدم وقوع بیع در این حالت، عدم وفای به شرط محسوب می‌شود و خود انفساخ بیع که مقتضی پدید آمدن شرط است، نمی‌تواند مانع آن چیزی باشد که مقتضی‌اش بوده است و بدین ترتیب حکم به صحت و لازم‌الوفا بودن چنین شرطی داده‌اند (اراک، ۱۴۱۴: ۳۰۱-۳۰۲). برخی نیز چنین شروطی را که برای حالت بعد از انفساخ عقد جعل شده‌اند، شروط طولی و شروطی را که در حالت نفوذ عقد جاری می‌گردند، شروط عرضی نامیده‌اند (بحرانی، ۱۴۲۳: ۱۸۵).

## ۲. استناد به «المؤمنون عند شروطهم»

برخی از فقهای متأخر امامیه بر این باورند که شروط ضمن عقد علاوه بر آنکه مشمول عموماً وفای به عقد هستند، خود به طور خاص مشمول لزوم وفای به شرط نیز هستند که این امر باعث می‌گردد حتی بعد از انحلال عقد نیز به اعتبار خود باقی باشند. برای مثال، سید یزدی می‌گوید: اگر وکالتی در ضمن بیعی صورت گیرد، دلیلی برای انفساخ وکالت در اثر انحلال بیع وجود ندارد، چرا که مقتضی نفوذ شرط، بقای آن حتی بعد از انفساخ بیع است. به عبارت دیگر، شرط به لحاظ حدوث تابع عقد است نه بقا. مرحوم طباطبایی قمی در توضیح عبارت فوق می‌نویسد: می‌توان گفت که دلیل لزوم وکالت، منحصرأوفوا بالعقود نیست تا با فسخ عقد، به خاطر قانون تبعیت شرط از عقد، منفسخ شود، بلکه المؤمنون عند شروطهم نیز بر آن دلالت دارد؛ چه شرط فعل باشد و چه شرط نتیجه. در نتیجه، اگر وکالت از باب وجوب وفای به عقد لازم گردد، با انفساخ عقد منفسخ می‌شود، ولی اگر از باب لزوم خود شرط باشد، منفسخ نمی‌شود (طباطبایی، ۱۴۰۰: ۵۸/۴-۵۹). ایشان در جایی دیگر در همین راستا تحول شرط را از آنچه بوده است، در اثر انحلال عقد غیرممکن شمرده و وجوب وفای به عقد را نه وجوب تکلیفی بلکه وجوب وضعی دانسته و از آن نتیجه گرفته است که ملازمه‌ای میان انهدام عقد به وسیله فسخ یا اقاله با انهدام شرط وجود ندارد (طباطبایی، ۱۴۲۳: ۳۳ و نیز ر.ک: اراکی، ۱۴۱۴: ۵۲۲). آیت الله خویی نیز با اینکه موضوع وجوب وفای به شرط را با انحلال عقد منتفی می‌بیند، درج شرطی را که مستقل از عقد، مشمول وجوب شرط باشد، ممکن می‌شمارد (خویی، بی‌تا: ۱۲۶/۶).

### ۳. استناد به قاعده «تبعیه بقاء الشرط لکیفیه جعله»

بعضی از بزرگان فقه برای صحت شروط ضمن عقد پس از انحلال عقد به قاعده «تبعیه بقاء الشرط لکیفیه جعله» استناد کرده‌اند (خویی، ۱۴۱۸: ۳۴۶/۳۱؛ خویی، ۱۴۰۹: ۴۱/۲). از این قاعده می‌توان برای تفسیر ماده ۲۴۶ قانون مدنی استفاده کرد و گفت: این ماده که در خصوص امر موضوعی تعیین تکلیف کرده است، بیانگر قاعده امری نیست، زیرا اینکه با انحلال عقد اصلی شرط ضمن آن منحل گردد یا نه، بستگی به نحوه تراضی دو طرف دارد. یعنی آنان می‌توانند عقد را به گونه‌ای انشا نمایند که با فسخ یا انفساخ عقد، شرط ضمن آن هم منحل شود و یا بعد از انحلال عقد به حیات خود ادامه دهد. بنابراین، قانون‌گذار نمی‌تواند در این امر موضوعی قاعده امری وضع کند و قدرت خلاقیت اراده دو طرف را که مبنای انحلال یا بقای شرط است، بدون اینکه به نظم عمومی مربوط شود یا مصلحتی آن را اقتضا کند، سلب نماید.

حال که حکم ماده فوق امری نیست، در هر شرطی باید دید که آیا دو طرف خواسته‌اند شرط از حیث بقا وابسته به عقد باشد یا مستقل از آن تلقی گردد. در مورد شروطی که امکان جدا شدن از عقد را ندارند، مثل شرط صفت راجع به کیفیت مورد معامله یا موعد اجرای تعهد، تردیدی وجود ندارد که با انحلال عقد اصلی شرط نیز منفسخ می‌شود. همچنین، شروطی که متضمن عقد تبعی هستند، همانند رهن و ضمان، با منحل شدن عقد مشروط در اثر فسخ یا اقاله، آن عقد تبعی هم که به صورت شرط ضمن عقد به وجود آمده است، به خاطر طبیعت تبعی بودنش خود به خود از بین می‌رود. بدین ترتیب، حکم ماده ۴۴۶ را باید اختصاص به همین دسته از شروط داد. اما برای انحلال یا بقای سایر شروط که امکان جدا شدن از عقد را دارند، قاعده‌ای جز رجوع به قصد مشترک دو طرف نمی‌توان به دست داد. ولی برای تفسیر اراده آنان می‌توان گفت صرف درج شرط ضمن عقد باعث نمی‌شود که آن شرط از حیث دوام و بقا تابع آن عقد گردد. بنابراین، تنها در صورتی باید حکم به انحلال شرط داد که اراده طرفین بر آن معلوم باشد. برای تأیید این گفته می‌توان به اصل استصحاب تمسک جست که به عنوان دلیل مستقلی مطرح می‌شود.



## ۴. استصحاب

برخی از فقها برای بقای شروط پس از انحلال عقد اصلی به اصل استصحاب استناد کرده‌اند. به عنوان مثال، بعضی از آنان در مورد شرط پرداخت مهریه ضمن نکاح گفته‌اند: مهر، اعتبار کردن چیزی است برای زوجه افزون بر زوجیت. بدین ترتیب، مهر از قبیل شرط ضمن عقد است و هر گاه عقد با این شرط بسته شود و شارع و عقلا نیز آن را امضا نمایند، اقتضا دارد که زوجه مالک مهر شود و قاعده استصحاب ایجاب می‌کند که این مالکیت، حتی پس از باطل شدن عقد به سبب تغییر جنسیت و امثال آن باقی بماند (مومن، بی‌تا: ۱۰۰/۷). با الغای خصوصیت از مهریه، می‌توان این استدلال را نسبت به سایر شروط نیز جاری ساخت.

بررسی فقهی حقوقی امکان استقلال شرط از عقد در نظام حقوق اسلام، ایران و غرب نشان داد که دلایلی که برای وابستگی مطلق شرط به عقد در مرحله تشکیل و انعقاد عقد ارائه شده است، اعتبار مطلق ندارد، زیرا هدف از درج شرط تنها تابع ساختن آن نیست، بلکه ممکن است طرفین غرض دیگری از درج آن داشته باشند. همچنین، شرط جز عوضین معامله نیست تا از آن نتیجه گرفته شود که در صورت بطلان عقد مشروط، شرط ضمن آن هم باطل است. بلکه بر عکس، وجود مصادیقی از شرط مستقل در فقه و حقوق ما نشان می‌دهد که تبعیت شرط از عقد در مرحله حدوث و تشکیل، قاعده حتمی نیست. مبنای آن نیز این‌گونه توجیه می‌شود که شرط اعتبار خود را از اراده دو طرف می‌گیرد، نه از گنجانده شدن در ضمن عقد. بنابراین، هرگاه معلوم باشد که دو طرف شرط را فارغ از عقد می‌خواهند، باید به اراده آنان احترام گذاشت. در نتیجه، می‌توان طبق یک قاعده کلی بیان داشت که هرگاه عقد مشروط باطل باشد، شرط ضمن آن هم باطل است، مگر اینکه هدف دو طرف استقلال شرط باشد. بقای شرط رجوع به داوری و حفظ اسرار که در حقوق خارجی مطرح شده و در حقوق ایران نیز پذیرفته شده است، نیز به دلیل خواست دو طرف است.

به علاوه، بر خلاف آنچه مشهور شده و ظاهر ماده ۲۴۶ قانون مدنی هم بر آن دلالت دارد، انحلال عقد ملازمه با زوال شرط ندارد، بلکه این تبعیت تنها در صورتی است که شرط قابلیت جدا شدن از عقد را نداشته باشد، نظیر شرط صفت و شرط موعد و محل اجرای تعهد یا اینکه شرط خود یک عقد تبعی باشد، مثل اینکه عقد ضمان و رهن به صورت شرط ضمن عقد در آید. بنابراین، ماده مزبور را باید مختص به این‌گونه شروط دانست. ولی سایر شروط که امکان حیات مستقل و زیست جدای از عقد را دارند، از قبیل شرط نتیجه‌ای که به نفس اشتراط حاصل شده یا شرط فعل حقوقی انشا شده، با انحلال عقد از بین نمی‌روند، مگر اینکه در دلالت اراده دو طرف بر آن تردیدی نباشد. پاره‌ای از روایات که شرط توارث زوجین در ازدواج موقت را تجویز کرده‌اند و وجود برخی مصادیق در فقه امامیه نظیر شرط وجه التزام و تنصیف اموال زوج قاعده عدم انحلال شرط ضمن عقد در اثر اقاله یا فسخ عقد اصلی را تأیید می‌کند.

## منابع و مأخذ

### الف - منابع فارسی

#### کتاب:

۱. امامی، سید حسن، (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، جلد اول، تهران: انتشارات اسلامی.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۶۷)، ترمینولوژی حقوقی، تهران: انتشارات گنج دانش.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۹)، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران: انتشارات گنج دانش.
۴. جنیدی، لعیا، (۱۳۷۶)، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین المللی، چاپ اول، تهران: انتشارات دادگستر.
۵. خامنه‌ای، سید علی، (۱۴۲۴)، أجوبه الاستفتاءات (فارسی)، یک جلد، چاپ اول، قم: دفتر معظم‌له.
۶. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۲)، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷. خمینی، سید روح‌الله، (۱۴۲۲)، استفتائات، ۳ جلد، چاپ پنجم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۸. ره‌پیک، حسن، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی: حقوق قراردادهای، چاپ اول، تهران: انتشارات مؤسسه اطلاعات.
۹. ره‌پیک، حسن، (۱۳۹۳)، حقوق مدنی پیشرفته: مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.
۱۰. سروی، محمداقبر، (۱۳۸۹)، نگرشی کاربردی به موضوع داوری در حقوق ایران، چاپ اول، تهران: انتشارات فکرسازان.
۱۱. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)، حقوق مدنی: شروط ضمن عقد، تهران: انتشارات مجد.
۱۲. صغیری، اسماعیل، (۱۳۸۷)، مجموعه مقالات حقوقی، چاپ اول، تبریز، انتشارات فروزش.
۱۳. صفایی، سید حسین، (۱۳۹۰)، دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای، تهران: انتشارات میزان.

۱۴. طاهری، حبیب‌الله، (۱۴۱۸)، حقوق مدنی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۵. عابدیان، میرحسین، (۱۳۷۹)، شروط باطل و تأثیر آن در عقد، چاپ اول، تهران: انتشارات ققنوس.
۱۶. عدل، مصطفی، (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، قزوین: انتشارات بحر العلوم.
۱۷. قاسم‌زاده، سید مرتضی، (۱۳۸۷)، اصول قراردادها، تهران: انتشارات دادگستر.
۱۸. قاسم‌زاده، سید مرتضی، ره‌پیک، حسن و کیایی، کریم، (۱۳۸۹)، تفسیر قانون مدنی، تهران: انتشارات سمت.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۲)، حقوق مدنی: ضمان قهری - مسئولیت مدنی، تهران: انتشارات دهخدا.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۷)، حقوق مدنی: عقود معین، جلد اول، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۰)، حقوق خانواده، جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۱)، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد اول و سوم، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۱)، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم: انحلال قرارداد، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۴. لنکرانی، محمد فاضل، (بی‌تا)، جامع المسائل، جلد دوم، چاپ یازدهم، قم: انتشارات امیر قلم.
۲۵. محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۹۰)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ دوم، تهران: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۶. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶)، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۷. محقق داماد، سید مصطفی، (بی‌تا)، بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن، یک جلد، چاپ اول، قم: بی‌نا.
۲۸. موحد، محمدعلی، (۱۳۷۴)، درسهایی از داوری‌های نفتی، جلد اول، چاپ اول، تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ج.ا.ا.
۲۹. نهرینی، فریدون، (۱۳۸۵)، ماهیت و آثار فسخ قرارداد در حقوق ایران، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.

## مقالات

۳۰. اسکینی، ربیعا، (۱۳۸۳)، «مبانی نظری اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی»، نامه مفید، ش ۴۳، ص ۵-۳۰.
۳۱. تسخیری، محمدعلی، (بی‌تا)، «شرط جزایی در عقود»، مجله فقه اهل بیت، ش ۴۴، ص ۷۱-۸۹.
۳۲. شمس، عبدالله، (۱۳۸۲)، «موافقت‌نامه داوری و صلاحیت دادگاه»، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷.
۳۳. صغیری، اسماعیل، (۱۳۸۴)، «توصیف شرط ضمن عقد و بررسی شرایط صحت آن»، رساله دکتری، دانشگاه شهید بهشتی.
۳۴. طالب احمدی، حبیب، (۱۳۸۹)، «قهری یا قراردادی بودن مسئولیت مدنی ناشی از ضمان درک»، مطالعات حقوقی، ش ۱، ص ۱۸۵-۲۱۰.
۳۵. طاهری خرم‌آبادی، آیه‌الله، (بی‌تا)، «شرط اذن امام در احیای زمین‌های موات»، فقه اهل بیت، ش ۴۲، ص ۳-۳۳.
۳۶. مؤمن، محمد، (بی‌تا)، «سخنی درباره تغییر جنسیت»، مجله فقه اهل بیت، شماره ۷، ص ۹۱-۱۱۴.
۳۷. جواهری، حسن، (بی‌تا)، «الجزاء المالی او الشرط الجزائی»، فقه اهل بیت، شماره ۳۳.

## ب- منابع عربی

۳۸. اراکی، محمدعلی، (۱۴۱۴)، الخيارات، چاپ اول، قم: انتشارات مؤسسه در راه حق.
۳۹. اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳)، مجمع الفائدة و البرهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۰. اشتهاودی، علی پناه، (۱۴۱۷)، مدارک العروة، چاپ اول، تهران: انتشارات دار الأسوة للطباعة و النشر.
۴۱. اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، (۱۴۱۸)، حاشیة کتاب المکاسب (ط-الحديثة)، ۵ جلد، چاپ اول، قم: انتشارات أنوار الهدی.
۴۲. اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، (۱۴۱۹)، حاشیة کتاب المکاسب (ط-القدیمة)، یک جلد، چاپ اول، قم: انتشارات ذوی القربی.

۴۳. بحرانی، محمدسند، (۱۴۲۳)، فقه الطب و التضخم النقدي، چاپ اول، بیروت: انتشارات مؤسسه أم القرى للتحقیق و النشر.

۴۴. بحرانی، یوسف، (۱۴۰۵)، الحدائق الناضرة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۴۵. بهجت، محمدتقی، (۱۴۲۳)، وسیله النجاة، چاپ دوم، قم: انتشارات شفق.

۴۶. بهجت، محمدتقی، (۱۴۲۶)، جامع المسائل، چاپ دوم، قم: دفتر معظم له.

۴۷. تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۱۶)، إرشاد الطالب، سوم، قم: انتشارات اسماعیلیان.

۴۸. جزائری، سید محمدجعفر، (۱۴۱۶)، هدی الطالب فی شرح المکاسب، چاپ اول، قم: انتشارات دار الکتاب.

۴۹. جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۴۲۶)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

۵۰. حائری، سید علی، (۱۴۱۸)، ریاض المسائل، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت (ع).

۵۱. حسینی روحانی، سید صادق، (۱۴۱۲)، فقه الصادق (ع)، چاپ اول، قم: انتشارات دار الکتاب - مدرسه امام صادق (ع).

۵۲. حسینی روحانی، سید صادق، (۱۴۲۹)، منهاج الفقاهة، چاپ پنجم، قم: انتشارات انوار الهدی.

۵۳. حسینی شیرازی، سید محمد، (بی تا)، ایصال الطالب الی المکاسب، جلد چهاردهم، چاپ اول، تهران: انتشارات منشورات اعلمی.

۵۴. حسینی عاملی، سید جواد، (۱۴۱۹)، مفتاح الکرامه، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۵۵. حکیم، سید محمدسعید، (۱۴۱۵)، منهاج الصالحین، چاپ اول، بیروت: انتشارات دار الصفوة.

۵۶. حکیم، سید محسن، (۱۴۱۶)، مستمسک العروة الوثقی، چاپ اول، قم: انتشارات دار التفسیر.

۵۷. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، (۱۴۱۳)، مختلف الشیعه، جلد پنجم، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۵۸. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، (۱۳۷۵)، تذکره الفقهاء، جلد دوم، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

۵۹. خمینی، سید مصطفی، (۱۴۱۸)، الخیارات، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۶۰. خمینی، سید روح الله، (۱۴۲۱)، کتاب البیع، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۶۱. خمینی، سید روح الله، (بی تا)، تحریر الوسیله، جلد دوم، چاپ اول، قم: انتشارات دارالعلم.

۶۲. خویی، سید ابوالقاسم، (بی تا)، مبانی العروة الوثقی، چاپ اول، قم: مدرسه دارالعلم - لطفی.

۶۳. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۸)، موسوعه الإمام الخوئی، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.

۶۴. خویی، سید ابوالقاسم، (بی تا)، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ۷ جلد، بی جا، بی نا.

۶۵. رشتی، میرزا حبیب الله، (۱۳۱۱)، کتاب الإجارة، چاپ اول، بی جا، بی نا.

۶۶. سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۴۱۴)، المختار فی أحكام الخیار، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (ع).

۶۷. سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۳)، مهذب الأحكام، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار-دفتر حضرت آیه الله.

۶۸. شبیری زنجانی، سید موسی، (۱۴۱۹)، کتاب نکاح، چاپ اول، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.

۶۹. شبیری زنجانی، سید موسی، (۱۴۱۹)، کتاب نکاح، چاپ اول، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.

۷۰. طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۰۰)، دراساتنا من الفقه الجعفری، چاپ اول، قم: انتشارات مطبعة الخيام.

۷۱. طباطبایی قمی، سید تقی، (۱۴۲۳)، الغایة القصوى فی التعلیق علی العروة الوثقی-کتاب المضاربة، چاپ اول، قم: انتشارات محلاتی.

۷۲. طباطبایی (حائری)، سید علی، (۱۴۱۸)، ریاض المسائل، جلد پنجم، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت (ع).

۷۳. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، (۱۴۱۵)، سؤال و جواب، یک جلد، چاپ اول، تهران: مرکز نشر العلوم الإسلامی.

۷۴. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، (۱۴۲۱)، حاشیة المکاسب، چاپ دوم، قم: انتشارات اسماعیلیان.

۷۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۲۸)، العروة الوثقی مع التعليقات، چاپ اول، قم: انتشارات مدرسه امام علی (ع).

۷۶. طوسی (شیخ)، محمد بن حسن، (۱۳۹۰)، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، جلد سوم، چاپ اول، تهران: دار الکتب الإسلامية.

۷۷. طوسی (شیخ)، محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، تهذیب الأحكام، جلد هفتم، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامية.

۷۸. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷)، الکافی، جلد پنجم، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامية.

۷۹. گلپایگانی، سید محمدرضا، (۱۴۰۹)، مجمع المسائل، چاپ دوم، قم: دار القرآن الکریم.

۸۰. لنکرانی، محمد فاضل، (۱۴۲۴)، تفصیل الشریعة - الإجارة، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).

۸۱. مامقانی، ملا عبد الله، (۱۳۵۰)، نهاية المقال، چاپ اول، قم: مجمع الذخائر الإسلامية.

۸۲. مراغی، سید میر عبد الفتاح، (۱۴۱۷)، العناوین الفقهیة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۸۳. مظفر، محمدرضا، (بی تا)، حاشیة المظفر علی مکاسب، چاپ اول، قم: انتشارات حبیب.

۸۴. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۸)، العروه الوثقی مع التعليقات (سید محمد کاظم طباطبایی یزدی)، جلد دوم، چاپ اول، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).

۸۵. موسوی بجنوردی، سید حسن، (۱۴۱۹)، القواعد الفقهیة، ۷ جلد، چاپ اول، قم: نشر الیهادی.

۸۶. نائینی، میرزا محمد حسین، (۱۳۷۳)، منیة الطالب، چاپ اول، تهران: المكتبة المحمدیة.

۸۷. نجفی (کاشف الغطاء)، محمد حسین، (۱۳۵۹)، تحریر المجلة، چاپ اول، نجف اشرف: المكتبة المرتضویة.

۸۸. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، (۱۴۰۴)، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۸۹. نراقی، مولی احمد، (۱۴۰۸)، عوائد الايام، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.



## ج - منابع لاتین

90. David, R., L'Arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982.
91. Leboulanger, Les contrats entre Etats et entreprises enterangers, Economica, Paris, 1985.
92. Aln Redfern & Martin Hunter, Practice of International Commercial Arbitration, London, Sweet & Maxwel, 1989.
93. Greenbery, J. & Baron, R. A., Behavior in Organizations, London, Oxford University press, 8<sup>th</sup> ed., 2003.
94. Milgrim, R., Milgrim on Trade Secrets, Lexis Nexis publications, 1992.
95. Shebel, S. M., International Arbitration: Three Sailable problems, Cambrig Grotius Publications Ltd, 1987.
96. W. L. Craig. W.W. Park & J. Paulson, International Chamber of Commerce Arbitration, Ocean Publication, 1990.
97. Le Tourneau, Ph., Responsabilité Civile Professionnelle, 2ème éd., Paris, Dalloz, 2005.

## The Effect of Nullity and Termination of the Contract on a Condition Stipulated in it

Qasem Mohammadi<sup>1</sup>

Mohammad Hadi Javaherkalam<sup>2</sup>

Morteza Jamali<sup>3</sup>

### Abstract

In this article, the effect of the nullity and termination of the original contract on the condition stipulated in it has been examined through a study of Iranian and comparative law with emphasis on Imami jurisprudence. The purpose of the present study is to delineate a rule for a condition which is independent from a contract, and we were faced with the question of whether the condition in any case follows the contract in the stage of formation and continuance, ie, is invalidated by its annulment and terminated by its termination. We concluded that the condition in the stage of contract formation is basically subject to the contract and as a result the "nullity of a contract having a condition" causes the invalidation of a condition, except in cases where it is understood from the intention of both parties that they believe in the independence of the condition and want it to exist regardless of the contract. For this reason, the clause concerning arbitration and preservation of secrets is valid even if one assumes that the contract is void. In addition, contrary to the apparatus meaning of Article 246 of the Civil Code, "termination of a contract that contains a stipulation" does not lead to the termination of a condition, except in cases where a condition does not have the capacity to be separated from a contract, such as a condition regarding a specific quality or quantity or an ancillary contract, such as mortgage and guarantee in the form of a condition stipulated in a contract or if it is clear from the intention of the parties that they have made the condition subject to the original contract in terms of permanence and durability. Therefore, the aforementioned article should be considered only as the effect of the termination of the contract on the condition stipulated therein and limited to an inseparable and ancillary condition.

**KeyWords:** *Condition, contract, nullity, termination, compliance of the condition with the contract, superiority of will.*

1. Faculty Member at Shahid Beheshti University, Department of Islamic Law, (Email: gh.mohammadi@sbu.ac.ir)

2. Assistant Professor of Private Law at Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University, Responsible author, (Email: dr.javaherkalam@yahoo.com)

3. PhD student in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, (Email: morteza.jamali69@gmail.com)