



بررسی شرط نامشروع ضمن عقد در حقوق ایران

تالیف:

راضیه صالحی

(وکیل پایه یک دادگستری)

انتشارات قانون یار

۱۳۹۶

سرشناسه	: صالحی، راضیه، ۱۳۷۰ -
عنوان قراردادی	: ایران. قوانین و احکام
عنوان و نام پدیدآور	: بررسی شرط نامشروع ضمن عقد در حقوق ایران / تألیف راضیه صالحی.
مشخصات نشر	: تهران: انتشارات قانون یار، ۱۳۹۶.
مشخصات ظاهری	: ۱۱۸ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۸۰۷۷-۹۵-۴
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
یادداشت	: کتابنامه.
موضوع	: شروط باطل (حقوق) -- ایران
موضوع	: Immoral conditions (Law) -- Iran
موضوع	: شروط (فقه)
موضوع	: (Conditions (Islamic law
موضوع	: عقود و ایقاعات (فقه) -- ایران
موضوع	: Contracts (Islamic law) -- Iran
رده بندی کنگره	: ۱۳۹۶ ص ۲/۴ KMH۸۶
رده بندی دیویی	: ۵۵۰۵۴/۳۴۶
شماره کتابشناسی ملی	: ۴۶۸۷۸۶۷

انتشارات قائم‌یاری

بررسی شرط نامشروع ضمن عقد در حقوق ایران

تألیف: راضیه صالحی

ناشر: قانون یار

ناظر فنی: محسن فاضلی

نوبت چاپ: اول - ۱۳۹۶

شمارگان: ۱۱۰۰ جلد

قیمت: ۱۵۰۰۰ تومان

شابک: 978-600-8077-95-4

مرکز پخش: تهران، میدان انقلاب، خ منیری جاوید، پلاک ۹۲

تلفن: ۶۶۹۷۳۹۶۰ کتابفروشی رسولی (چراغ دانش سابق)

فهرست مطالب

فصل اول	۹
مصادیق عملی شرط نامشروع در قراردادها	۹
فصل دوم	۳۱
آثار شرط نامشروع نسبت به قرارداد	۳۱
فصل سوم	۴۵
اثر شرط نامشروع نسبت به طرفین قرارداد و اشخاص ثالث	۴۵
فصل چهارم	۶۱
شرط نامشروع در فقه مذاهب اسلامی	۶۱
فصل پنجم	۸۱
احکام کلی شرایط ضمن عقد	۸۱
فهرست منابع	۱۱۲
«منابع عربی»	۱۱۴
«منافع فارسی»	۱۱۵

تقدیم به مادر عزیزتر از جانم:

مادرم هستی من ز هستی توست تا هستیم و هستی دارمت دوست
غمگسار جاودانی مادر است چشم سار مهربانی مادر است

فصل اول

مصادیق عملی شرط نامشروع در قراردادها

ثمره دانستن مباحث مطروحه فصل پیشین این است که بتوانیم شرط نامشروع را در میدان عمل از شروط مشروع باز شناسیم تا در مواقع مورد نیاز از حمایت قانونگذار برخوردار شویم زیرا همانگونه که به تفضیل خواهیم دید فقط شروطی که با قوانین مخالفت نداشته باشند می توانند به حیات حقوقی خود ادامه دهند و مورد حمایت و احترام قانون باشند. در این فصل در دو مبحث جداگانه نمونه هایی از کیفیت تحقق و درج شرط نامشروع در ضمن بعضی از قراردادهای مورد گفتگو قرار خواهیم داد.

مبحث اول: شرط نامشروع و نکاح

نکاح عقدی است که بموجب آن زن و مرد با اتحاد و دست در دست یکدیگر گذاشتن بنای مقدس خانواده را پایه گذاری می نمایند. اگر چه ظاهراً عقد نکاح نیز مانند سایر عقود مرکب از ایجاب و قبولی است که آنرا ایجاد می نمایند اما اهمیت این عقود و خصوصیتی که آنرا از دیگر عقود ممتاز نموده است باعث شد که در این مبحث تاثیر شرط نامشروع را بر آن طی دو گفتار جداگانه مورد امعان نظر قرار دهیم که گفتار اول اندارج شرط نامشروع در عقد نکاح و گفتار دوم شرط عدم تزوج و تسری را در بر می گیرد.

گفتار اول: بررسی وضعیت شرط نامشروع مندرج در عقد نکاح

فقها امامیه بحثهایی پیرامون شرط نامشروع و مخالفت آن با کتاب و سنت ارائه نموده و مصادیقی را مورد بررسی قرار داده اند. از جمله مصادیقی که بیشتر مورد توجه ایشان قرار گرفته شرط خیار در نکاح، شرط عدم تزوج، شرط سکنی^۱ یا عدم خروج زوجه از بلد و شرط

^۱ اگر در ضمن عقد بر زوج شرط شده باشد که سکونت زوجه در محل خاصی باشد زوج مکلف به ایفاء این شرط است (بدلیل عموم «المؤمنون عند شروطهم» و بعضی از احادیث دیگر رجوع شود به شهید ثانی جلد ۵ شرح لمعه، صفحه ۳۶۴) بعضی گفته اند که مطابق عمومات شرع زوج در همه حال بر زن تسلط دارد و این شرط برخلاف آن است بنابراین بر خلاف شرع است.



توارث (در نکاح موقت) یا عدم آن می‌باشد که غالباً با عقد نکاح مرتبط هستند اکنون برای توضیح مطالب گذشته مواردی را از جنبه مخالفت یا عدم مخالفت آن با کتاب و سنت بطور خلاصه مورد بررسی قرار می‌دهیم. متعاقبین می‌توانند در ضمن عقد شرط یا شروطی را درج نمایند به عنوان مثال طرفین می‌توانند عدم تصرف در مبیع را اشتراط نمایند. در این صورت شرط عدم تصرف اگر بطور محدود و برای مدت معلومی باشد صحیح است و چنین شرطی با کتاب و سنت هیچگونه منافاتی ندارد زیرا در اینجا مشروط عدم تصرف است نه عدم جواز تصرف.^۲

گاهی احکام از اموری هستند که اختیار و تسلط بر آنها از طرف شارع مقدس بطور کامل در اختیار طرفین گذاشته شده است به این معنی که متعاقبین می‌توانند برخلاف آن توافق نمایند همانند حقوق و اموال که اختیار آنها بدست دارنده و مالک است و طبعاً حق هر گونه تصرف در آنها را خواهد داشت و روشن است که اشتراط در اینگونه موارد خلاف شرع نیست مانند اینکه طرفی از معامله بواسطه شرط، حق خیار مجلس را از خود ساقط نماید و یا اینکه طرفین شرط خیار به یکی از طرفین (مشروط له) اجازه دهند که بتواند براساس آن معامله را فسخ نماید اما آیا چنین وضعیتی در عقد نکاح نیز ممکن است؟ آیا اشتراط اخیار در عقد نکاح با کتاب و سنت مخالفت دارد یا خیر؟ چنانچه در عقد نکاح شرط خیار شود، آیا این عقد فاسد است یا صحیح؟ و در صورت فساد شرط آیا عقد نکاح نیز باطل می‌شود یا اینکه فساد آن به عقد سرایت نمی‌کند؟

^۲ نراقی مولی احمد، عوائد الایام، صفحه ۱۴۸



گفته شده است قرار دادن خیار شرط در عقد نکاح صحیح نیست چون شائبه عبادت در آن است.^۳ از طرف دیگر عقد نکاح از عقود معاوضی نیست تا برای آن بتوان خیار شرط را ثابت دانست بنابراین چنانچه شرط خیار در آن درج گردد قطعاً چنین شرطی باطل است^۴ دلیل بطلان آنچنانکه بیان شد این است که عقد نکاح از عقود معاوضی نیست تا بتواند متضمن خیار شرط باشد و همچنین اندراج شرط خیار در ضمن عقد نکاح آنرا از وضعیتی که بواسطه آن شائبه عبادت در عقد موجود است خارج می سازد.

بعضی از فقها نه تنها شرط خیار را در ضمن عقد نکاح باطل می دانند بلکه عقد نکاح متضمن چنین شرط فاسدی را نیز باطل دانسته اند زیرا آنچه واقع شده است را امری واحد دانسته که نمی توان با بطلان جزئی از آن، آن چه را که باقی است (یعنی عقد را به تنهایی) صحیح دانست مرحوم شهید ثانی شرط خیار در عقد نکاح را موجب بطلان می داند به این دلیل که تراضی بر شرط فاسدی واقع شده است و چون نمی توان عقد و شرط را از هم جدا کرد بنابراین هم شرط و هم عقد هر دو باطل می گردند.^۵

^۳ شهید ثانی شرح لعمه، کتاب النکاح، جلد ۵ (چاپ ۱۰ جلدی) صفحه ۱۲۰: و لایجوز اشتراط فی العقد لانه ملحق بضروب العبادات لا المعاوضات فیصل العقد باشتراط فیه لان التراضی انما و قم بالشک الفساد و لم یعمل. ترجمه: اشتراط خیار در عقد نکاح جائز نیست زیرا نکاح ملحق به اقسام عبادات است نه معاملات معوض، بنابراین چنانچه در عقد نکاح شرح خیار شود عقد باطل می شود زیرا شرط فاسدی مورد تراضی قرار گرفته که به انجام هم نرسیده است.

^۴ شهید ثانی، همان منبع، همان صفحه

^۵ شهید ثانی، شرح لعمه جلد ۵ صفحه ۱۲۰ و قاضی بن براج، جواهر الفقه، ناشر دفتر تبلیغات اسلامی چاپ اول ۱۴۱۱ هـ ق، صفحه



در مقابل نظر دیگری مبنی بر این که در چنین مواردی شرط باطل ولی عقد نکاح صحیح است وجود دارد^۶ به این دلیل که هر کدام از شرط و عقد امری واحد هستند و از بطلان یکی از آن دو بطلان دیگری لازم نمی آید.

مشهور علماء که قائل به بطلان شرط و عقد در اینگونه موارد هستند وجه بطلان را منافی بودن اشتراط چنین شرطی با مقتضای ذات عقد دانسته اند. به این استدلال که عقود تابع قصد طرفین هستند و قصد متعاملین نیز ایجاد پدیده ای مرکب از عقد و شرط است بنابراین هر گاه شرط باطل باشد متعاملین درنیل به مقصود خود ناکام مانده اند زیرا با از بین رفتن جزئی از عقد که به تنهایی مورد نظر آنها نبوده است تمامی عقد از بین می رود.^۷ در مقابل مدافعین دیدگاه دیگر که شرط را باطل و عقد را صحیح می دانند وجه بطلان را مخالف با شرع می دانند.

گفتار دوم: شرط عدم تزوج و تسری

در خصوص عدم تزوج و تسری^۸ روایاتی از ائمه معصومین علیهم السلام وارد شده است. از آن جمله روایتی است که در وسائل الشیعه نقل شده است قابل ذکر است که در این باره روایات متعددی نقل شده است که بجهت خودداری از اطاله کلام فقط به ذکر نمونه ای از آنها اکتفا می کنیم:

«فاما ما رواه علی بن الحسین بن فضال عن ایوب بن نوح بن صفوان بن یحیی بن منصور برزج عن عبدصالح (علیه السلام) قال قلت له: ان رجلا من موالیك تزوج امراه طلقها فبانت منه

^۶ امام خمینی تحریر الوسیله جلد ۳ صفحه ۴۴۹ دوره ۴ جلدی ناشر دفتر تبلیغات اسلامی ۱۳۶۷

^۷ رجوع شود به نراقی مولی احمد عوائد الایام، صفحه ۱۵۷ و شهید ثانی، روضه البهیة (شرح لعمه) جلد ۵، صفحه ۳۶۳ و انصاری شیخ مرتضی (ره)، مکاسب، جلد ۳، صفحه ۴۵

^۸ تسری از باب تفعل و از ریشه سر به این معنی است که زوج در ضمن عقد شرط نماید که اجازه داشته باشد کنیزی را بصورت سری و غیرعلنی اختیار کند. رجوع شود به پاورقی جلد ۵ از کتاب روضه البهیة صفحه ۳۶۲



فارادان یراجعها فابت علیه الا ان يجعل الله عليه أن لا يطلقها و يتزوج عليها فاعطاها ذالك ثم بداله في التزوج بعد ذلك فكيف يصنع؟ قال (ع) بثمر ما صنع و ما كان يدريه ما يقع في قبله بالليل و النهار قل له فليف للمراه بشر كلها فان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال «المؤمنون عند شروطهم».⁹

در این روایت ملاحظه می کنیم اگر چه شرط عدم تزوج نکوهش شده است اما وفای به چنین شرطی مورد تاکید قرار گرفته است. بعضی از فقها به استناد آیاتی از قرآن مجید که دلالت بر اباحه تزوج دارند شرط عم تزوج را مخالف کتاب دانسته و از این رو آن را نامشروع و باطل می دانند.¹⁰ همچنین در شرح روایات مذکور گفته شده است هر شرطی که با آنچه بر اباحه آن دلیلی وجود دارد مخالف باشد، اشتراط آن باطل است. علت بطلان را نیز در مخالفت شرط با مباح نمی دانند زیرا مجرد اشتراط خلاف اباحه خلاف شرع نیست بلکه التزام به چنین شرطی خلاف شرع است چرا که شرع مقدس تزوج و تسری را مباح دانسته است.¹¹ به عبارت دیگر آنچه مورد نهی واقع شده است تحریم ازدواج بطور مطلق است زیرا این امر دخالت در امر قانونگذاری است و بدیهی است که حلیت و حرمت از اموری نیستند که اختیار آنها در دست شرط کننده باشد تا بتواند عملی را بر دیگری حرام نماید. بسیار بدیهی و واضح است که طرفین یک قرارداد به دلخواه و اختیار خود و در راستای رفع نیازمندیهای خود طرف قرارداد

⁹ حر عاملی، وسائل الشیعه جلد ۱۵، صفحه ۳۰ ترجمه حدیث چنین است: از امام موسی کاظم (ع) نقل شده است که راوی به ایشان عرض کرد: یکی از دوستداران و ارادتمندان شما با زنی ازدواج کرد پس او را طلاق داده و آن زن از او جدا شد. پس از آن مرد خواست در ایام عده رجوع کند ولی زن خودداری نمود و قبول این امر را منوط به این شرط کرد که مرد سوگند یاد کند که او را طلاق ندهد و ازدواج دیگر نکند. مرد نیز قبول کرد اما سپس مبادرت به ازدواج نمود این عمل چگونه است؟ حضرت فرمودند که عمل بدی را مرتکب شده است و معلوم نیست که در این ایام چه در قلب او می گذرد به او بگو باید نسبت به شرط وفادار بوده و به آن عمل کند زیرا پیامبر فرمود: مومنین به شروطشان پای بندند»

¹⁰ سوره نسا آیه ۴: «فانكوا ما طاب لكم من النسا مثنی و ثلاث و رباع»

¹¹ شهیدی تبریزی میر فتاح هدایه الطالب الی اسرار المكاسب صفحه ۲۷۷



خود را انتخاب نمایند و این چیزی جز تبلور اصل آزادی قراردادها نیست اما این طرفین نیستند که شرایط صحت و انعقاد قرارداد را تعیین می کنند بلکه هیئت حاکمه است که از طریق وضع قوانین حدود و ثغور آن را مشخص می کند و قانونگذار نیز صرفاً در جهت تکمیل اراده افراد و حمایت از نظم عمومی قوانین را وضع می نماید. نسبت به عقد نکاح که جنبه اجتماعی و مربوط به نظم عمومی آن به سایر جنبه ها غلبه دارد. مقنن اهمیت بیشتری قائل شده و کمتر به طرفین عقد اجازه داده است که نظم متعارف ناشی از آن را بر هم زنند.

انحلال عقد نکاح نیز بی گمان از امور مربوط به نظم عمومی است به همین دلیل قوانینی که در خصوص این تاسیس حقوقی وضع شده است از جمله قوانین امری بوده و به زن و شوهر چنین حقی داده نشده است که عقد را به تراضی اقاله نمایند و به موجب شرط ضمن عقد موردی را برای انحلال نکاح پیش بینی نمایند به عنوان مثال در عقد نکاح دائم نمی توان شرط کرد که طلاق به اراده زن و یا حتی به خواست مرد و بدون رجوع به دادگاه و اخذ گواهی عدم امکان سازش انجام گیرد.^{۱۲} در تایید مبنای مذکور به تعدادی از مواد قانون مدنی که بموجب آنها قانونگذار بعضی از شروط ضمن عقد را باطل و بلااثر اعلام نموده است اشاره می شود. مطابق ماده ۱۰۸۱ قانون مدنی^{۱۳} شرط مربوط به بطلان نکاح در اثر عدم تادیه مهر باطل است و همچنین درجه شرط خیارعقد در فسخ در عقد نکاح خواه برای همیشه و یا مدت مشخص بموجب ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی^{۱۴} امکان پذیر نیست.

^{۱۲} کاتوزیان ناصر دوره مقدماتی حقوق مدنی (خانواده) صفحه ۱۸۰، ۱۸۱ و ۱۸۵، انتشارات یلدا، چاپ اول ۱۳۷۵
^{۱۳} ماده ۱۰۸۱ قانون مدنی: «اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تادیه مهر در مدت معین نکاح باطل خواهد بود نکاح و مهر صحیح و شرط باطل است»

^{۱۴} ماده ۱۰۶۹، قانون مدنی: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی ...»



مبحث دوم: بررسی مواردی از شیوه های تحقق شرط نامشروع

شمارش تمامی مصادیق تحقق شرط نامشروع و شیوه های بکارگیری و انتخاب زمینه مناسب برای رسیدن به اهداف نامشروع امری دشوار و شاید ناممکن باشد لیکن در این مبحث سعی شده است که به عنوان نمونه مواردی که شامل نامشروع بودن شرط سلب حق، وضعیت شرط نامشروع در زمان انعقاد و اجرای شرط و اعلام جهت نامشروع در پوشش شرط می باشد در سه گفتار مورد بحث قرار گیرد.

گفتار اول: عدم مشروعیت شرط سلب حق

مطابق قانون مدنی ایران در مواد ۹۵۵ تا ۹۵۸ هر انسانی متمتع از حقوق مدنی است و شروع و پایان مدت دارا بودن این حقوق از زمان پیدایش انسان بصورت حمل (به شرط زنده متولد شدن) و مرگ او تعیین شده است براساس ماده ۹۵۸ قانون مدنی باید برای این امر اهلیت داشته باشد که از آن به اهلیت استیفاء تعبیر می شود.

اهلیت استیفاء که همان حق کلی اجرای حقوق یا حق استیفاءی حقوق مدنی است عبارت است از توانایی قانونی شخص برای اعمال مستقیم حقوق مدنی و تصرف در موضوعات حقوق خویش است. هیچکس نمی تواند این حقوق را از خود و دیگری سلب کند یا مانع اعمال آن حقوق شود و یا آن را محدود سازد مگر در این حقوق را از خود و دیگری سلب کند یا مانع اعمال آن حقوق شود و یا آن را محدود سازد مگر در حدود حقوق دیگران یا در جهت حفظ نظم عمومی. برطبق مادتين ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی هیچکس نمی تواند حریت و آزادی را از خود سلب کند همچنانکه هیچ کس نمی تواند حقوق مدنی (حق تمتع) و حق کلی اجرای حقوق مدنی (حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی) را از خود سلب نماید. آنچه در ماده ۹۵۹ قانون مدنی خارج از توانایی شخص اعلام شده است حق تمتع بطور کلی و حق اجرای



تمام یا قسمتی از حقوق مدنی است و منظور از حق تمتع بطور کلی هر حق مدنی بدون ارتباط آن با یک موضوع مشخص است اعم از اینکه مصادیق آن نیز کلی باشد یا جزئی مثلا هیچکس نمی تواند در ضمن عقدی حق مالک شدن را خود اسقاط نماید و یا بعنوان مثال هیچکس نمی تواند حق شریک قرار گرفتن در یک عقد شرکت را از خود سلب کند.^{۱۵}

می دانیم که بیشترین موارد سلب حق و یا تحدید آن از قراردادهای ناشی می شود و غالباً نیز در قالب شروط ضمن عقد نمایان می گردد. هر چند شرط به عنوان امری تبعی مورد نظر است اما طرفین از وجود آن به عنوان عاملی برای تحدید و سلب بعضی حقوق یکدیگر استفاده می کنند لیکن باید توجه داشت که این سلب و تحدید حقوق تنها در راستای قانون امکان پذیر است و اراده طرفین بیش از آنچه قانون مقرر نموده موثر نخواهد بود. بر همین اساس اگر طرفین با درج شرطی در عقد توافق نمایند که مالک (فروشنده) هرگز برای سکونت خود منزلی را اجاره ننماید از آنجا که این شرط مخالف ماده ۹۵۹ قانون مدنی است غیرمشروع و باطل است.

حال با عنایت به ظاهر ماده ۹۵۹ قانون مدنی و قید «بطور کلی» مندرج در آن آیا می توان از آن مفهوم مخالف استنباط کرد؟ به این معنی که آیا شخص می تواند «بطور جزئی» یک حق مدنی و یا اجرای یک حق مدنی را از خود سلب کند یا خیر؟ آیا شخص می تواند از هر یک از حقوق مدنی و حقوق جزئی حق مدنی خود صرفنظر نماید یا خیر؟ پاسخ این سوال به نظر می رسد مثبت باشد.^{۱۶} یعنی می توان بصورت جزئی حق مدنی و یا اجرای حق را از خود سلب کرد و به اعتقاد بعضی از حقوقدانان این خود از جمله حقوق مدنی به شمار می رود که انسانها

^{۱۵} شهید مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، صفحه ۱۷۵ تا ۱۸۱

^{۱۶} در این خصوص نظر مخالف نیز وجود دارد رجوع شود به صفحه همین نوشتار، صفحه ۶۹



از آن برخوردارند و در واقع جزئی از آزادی حقوقی افراد محسوب می‌شود مثلاً شخصی در ضمن عقدی حق خرید ملک مشخصی را از خود سلب نماید.^{۱۷}

البته بکارگیری این اختیار همیشه درباره همه حقوق جزئی امکان پذیر نیست به عنوان مثال مطابق ماده ۱۱۶۸ و ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی^{۱۸}، زوجین در عقد نکاح نمی‌توانند طی درج شرطی حق حضانت فرزندشان را از خود سلب نمایند حتی بصورت موقت و برای مدت معین نمی‌توانند از این حق صرفنظر کنند چون قوانین مربوط به آن از جمله قوانین آمره است و اراده افراد بر خلاف آنها بلااثر است. مضافاً اینکه این حق برای پدر و مادر طفل جنبه تکلیفی و حکمی هم دارد.^{۱۹}

اجمالاً بیان شد که به استناد ماده ۹۵۹ که می‌گوید: «هیچکس نمی‌تواند بطور کلی حق تمتع یا اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند» نمی‌توان هر حق یا اجرای حقی را هر چند بطور جزئی و در مدت کوتاه از خود سلب نمود. اما با توجه به این که در قانون مدنی نیز به مواردی از جواز اسقاط حق بصورت جزئی و یا اجرای حق و مواردی از عدم جواز اسقاط ذکر شده است سوالی که مطرح می‌شود این است که قلمرو آزادی اراده انسانها در سلب حق تمتع و اجرای حقوق مدنی را چگونه و با چه معیارهایی می‌توان تعیین کرد؟

^{۱۷} امامی سید حسن، حقوق مدنی جلد ۴، صفحه ۱۵۸

^{۱۸} ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است»

ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی: «هیچیک از ابوبین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنهاست از نگهداری او امتناع کنند»

^{۱۹} کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی، خانواده جلد دوم، ناشر شرکت سهامی انتشارات چاپ چهارم ۱۳۷۵ صفحه ۱۳۶ و ۱۳۷



به عنوان مثال و در توضیح مطلب فوق الذکر به ماده ۴۴۸ قانون مدنی^{۲۰} که اسقاط تمام یا بعضی از خيارات را تجویز نموده است و یا ماده ۲۱۸۲۲ قانون مرقوم که صراحتاً اسقاط حق شفه را مجاز دانسته و یا به ماده ۲۲۲۸۹ قانون مذکور که به داین اجازه صرفنظر از حق خود را داده است و یا به ماده ۳۳۶۷۹ همان قانون که جواز عزل وکیل را توسط موکل پیش بینی نموده است اشاره کرد و این در حالی است که از سوی دیگر با ماده ۹۵۹ قانون مدنی مواجه هستیم از یک سو منع قانونی در اسقاط حق تمتع و اجرای حق مدنی و از دیگر سو مواردی که خود مقنن آنها را مجاز شمرده است. حال چگونه بین این دو می توان سازگاری ایجاد کرد؟

برای نیل به این مقصود و یافتن پاسخ مناسب باید نکاتی را مورد توجه قرار داد:

۱- همانگونه که اشاره شد از مفهوم مخالف قید «بطور کلی» در ماده ۹۵۹ می توان دریافت که اسقاط حق تمتع و یا اجرای حق مدنی بصورت جزئی و در مورد خاص از سوی ذیحق فاقد اشکال است البته این امر الزاماً باید دو خصوصیت داشته باشد اولاً اسقاط حق مدنی و یا اجرای حق مدنی باید ناظر به مورد خاص و نسب به شخص معین باشد و ثانیاً سلب حق مورد نظر باید در مدت کوتاه و معین باشد مانند اینکه خریدار ملکی حق فروش آن ملک را به شخص معینی در مدت معینی از خود سلب نماید و یا اینکه طلبکاری ذمه مدیون را ابراء نماید بنابراین اگر حق فروش اموال خود را برای مدت معین و کوتاه از خود سلب کند التزام به این اسقاط حق بجهت کلی بودن لازم نیست و همچنین اگر شخصی حق اجاره کردن منزل

^{۲۰} ماده ۴۴۸: «سقوط تمام یا بعضی از خيارات را می توان در ضمن عقد شرط نمود»

^{۲۱} ماده ۸۲۲: «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرفنظر کردن از حق مزبور نماید واقع می شود».

^{۲۲} ماده ۲۸۹: «ابراء عبارت است از اینکه این از حق خود به اختیار صرفنظر نماید»

^{۲۳} ماده ۶۷۹: «موکل می تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل با عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد»



مشخصی را برای مدت طولانی مثلا یکصد سال از خود سلب نماید این سلب حق قابل اعتنا نیست زیرا عرفا این مدت در حکم دائم است و عرف تفاوتی با یک محرومیت دائم برای آن قائل نیست.

۲- با عنایت به ملاک قابل استنباط از ماده ۹۶۰ قانون مدنی که به موجب آن اشخاص حق سلب حریت و یا عدم استفاده از حریت خود را ندارند می توان گفت افراد اجازه نخواهند داشت هر حق مدنی خود را هر چند بطور جزئی و موقت اسقاط نمایند زیرا اعطاء حقوق از طرف قانونگذار همواره به منظور رعایت مصلحت و منافع ذیحق نیست بلکه گاهی منافع عمومی و نظم عمومی نیز در آن لحاظ شده است به همین دلیل است که گاهی حقوقدانان حق را اعم حق و حکم می دانند و بدیهی است که اراده افراد برخلاف حکم قانون کارساز نیست. بنابراین همانگونه که طبق ماده ۹۶۰ در مواردی که صرفنظر از آزادی فردی برخلاف قوانین و اخلاق حسنه باشد مجاز شناخته شده است سلب حق مدنی و اجرای حق مدنی بطور جزئی نیز اگر برخلاف قانون و یا اخلاق حسنه باشد مجاز نخواهد بود.^{۲۴}

در بخش پایانی این گفتار لازم است به مطلبی که سابقا به آن اشاره شد و وعده طرح آن داده شده پرداخته شود در آغاز بحث سوالی را اینگونه مطرح نمودیم که آیا می توان از «قید بطور کلی» مندرج در ماده ۹۵۹ قانون مدنی مفهوم مخالف استنباط نمود یا خیر؟ که طی صفحات گذشته به توضیح نظر موافق و مختار پرداخته این اما اینکه به جهت اهمیت موضوع و بهره برداری از استدلال و نظر مخالف دیدگاه یکی از اساتید و حقوقدانان معاصر با اندکی تلخیص ذکر می گردد. ایشان می فرمایند: «اولا: القای مفهوم مخالف به وسیله این ماده ثابت

^{۲۴} رجوع شود به: کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها جلد اول صفحه ۲۰۸ تا ۲۱۱ و امامی سیدحسن، حقوق مدنی جلد ۴،



نیست و نمی توان با اطمینان برای قیود بطور کلی مفهوم مخالف شناخت. ثانيا بر فرض ثبوت مفهوم مخالف برای ماده مذکور از جهت وجود قید بطور کلی مفهوم مخالف مذکور مسلما بوسیله قاعده لازم الاتباع بودن احکام آمره قانونی تخصیص می یابد زیرا از یکسو کلمه «حق» در ماده ۹۵۹ در معنی خاص کلمه یعنی حق قابل اسقاط یا انتقال به کار نرفته است و همانطور که ملاحظه میشود حق تمتع بطور کلی یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی حق به معنی خاص نیست و حکم است. پس اگر مفهوم مخالفی برای ماده فرض شود برای کلمه حق در مفهوم نیز مانند منطوق باید همین معنی اعم باشد که شامل حکم خواهد بود از سوی دیگر تمام حقوق جزئی و مدنی و اجرای حق مدنی حقوق به معنی اخص که قابل سلب و اسقاط باشد نیست بلکه بعضی از حقوق مزبور در حقیقت از احکام و غیر قابل اسقاط است. مثلا شخص می تواند حق فروش یا رهن گذاردن یا حق استیفای از حق فروش یا رهن گذاشتن مال معین خود را اسقاط کند بطوری که هر گاه بعدا آنرا بفروشد این معامله معتبر نخواهد بود زیرا این حق یک حق به معنی اخص و وابسته به ملک است که ابقاء یا اسقاط آن در اختیار مالک مال قرار دارد اما شخص نمی تواند حق خریدن مال معین و یا شرکت در مزایده مشخص یا نکاح با شخص معین را از خود سلب کند و اگر سلب این حقوق را قصد کند این حقوق ساقط نمی شود و او بعدا خواهد توانست آن مال معین را بخرد یا در مزایده مزبور شرکت کند و یا در صورت وجود شرایط مربوط با آن شخص نکاح کند چرا که مال معین هنوز متعلق حق او نیست تا بتواند حق مزبور به آن را اسقاط کند و این حق خریدن مال معین در حقیقت چیزی جز یک حکم نیست. همچنین توانایی شرکت در آن مزایده و ازدواج با یک شخص معین یک حکم و غیر قابل اسقاط است اما شخص می تواند تعهد کند که مال معینی را نخرد و در فلان مزایده شرکت نکند و یا با شخص معین نکاح نکند این تعهدات- در صورتی که مورد



آن دارای نفع عقلایی مشروع برای متعهد له باشد- از مصادیق تعهد بر ترک فعل بشمار می آید که نتیجه آن سلب امکان حقوقی انجام صحیح و معتبر این اعمال نیست بلکه تحقق یک تکلیف حقوقی بر عهده متعهد دائر خودداری از انجام فعل مزبور و مسئولیت او به جبران خسارت ناشی از تخلف در صورت انجام آن فعل و ورود خسارت به متعهد له است.»^{۲۵}

گفتار دوم: وضعیت شرط نامشروع در زمان انعقاد و اجراء شرط

ملاک مخالفت شرط با قانون چه زمانی است؟ (زمان انعقاد عقد یا زمان اجرای شرط) ممکن است طرفینی عقد در ضمن عقد به شریطی تراضی نمایند که در زمان تحقق عقد آن شرعاً با قوانین جاری مخالفت و منافات نداشته باشد اما پس از تحقق عقد و توافق طرفین به شرط ضمن آن انجام شرط به دلایل قانونی ممنوع و غیرمقدور گردید. در این صورت که بدلیل تصویب قانون لاحق، شرط سابق با قانون مخالفت پیدا می کند چه وضعیتی پیش می آید؟ آیا شرط مورد توافق به دلیل مخالفت با قانون جدید باطل خواهد بود یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا قانون لاحق در توافق سابق موثر می باشد یا خیر؟

بدیهی است که هر قانونی نسبت به اعمال حقوقی ای که در زمان حاکمیت آن به وقوع پیوسته است بدون اینکه قانون لاحق یا سابق در آنها موثر باشد حاکمیت تام خواهد داشت. اما گاهی ممکن است عمل حقوقی که در زمان حکومت قانون قدیم واقع شده است آثار خود را در زمان اعتبار و سلطنت قانون لاحق نمایان سازد و یا اینکه آن وضعیت حقوقی که سابقاً موجود بوده است در موقع لازم الاجرا بودن قانون لاحق هم موجود باشد. در اینصورت آنچه مهم است این است که مشخص شود اثر آن عمل و یا وضعیت حقوقی تابع کدام یک از دو قانون سابق و یا لاحق خواهد بود؟

^{۲۵} شهیدی مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، صفحه ۱۸۱ و ۱۸۲



اصل بر این است که قانون لاحق نمی تواند بر اعمال حقوقی سابق تاثیر کند^{۲۶} در مورد شروط ضمن عقد نیز وضعیت بدینگونه است که شروط ضمن عقد نیز نباید با قانون حاکم در زمان خود مخالف باشند. همچنانکه اداره حقوقی نیز در نظریه مشورتی خود در پاسخ به سوال مطروحه عنوان نموده است:

سوال: مستاجر یک باب خانه ملتزم می گردد که پس از انقضاء مدت اجاره مورد اجاره را حداکثر تا ۵ ماه تخلیه و تحویل موجر نماید و اگر تخلف نمود علاوه بر اجرت المسمی به ازاء هر روز دو هزار ریال به عنوان وجه الالتزام به موجر پرداخت نماید. آیا چنین شرطی لازم الوفاء است؟

پاسخ: ۱- در صورتی که قرارداد بعد از تصویب و اجراء قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۶۲ منعقد گردیده باشد با التفات به ماده ۱۰ قانون مدنی و شمول مقررات قانون مذکور و قانون مصوب سال ۱۳۶۲ چنین تعهدی معتبر بوده و دعوای که در زمینه مطالبه وجه التزام طرح گردد قابلیت اجراء دارد.

۲- در صورتی که قرارداد مزبور در زمان حکومت قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ منعقد شده باشد براساس ماده ۳۰ قانون اخیر الذکر باطل و بی اعتبار خواهد بود.^{۲۷}

در پاسخ به سوال مطرح شده که در صدر بحث مبنی بر اینکه چنانچه پس از انعقاد عقد و توافق بر شرط ضمن آن قانونی به تصویب برسد که شرط متفق علیه را نامشروع بداند و یا

^{۲۶} ماده ۴ قانون مدنی در این مورد مقرر می دارد: «اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد مگر اینکه در خود قانون مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد»

^{۲۷} شهری غلامرضا و حسین آبادی امیر، مجموعه نظرات مشورتی اداره حقوقی دادگستری در مسائل مدنی، چاپ روزنامه رسمی،