



دانشگاه علامه طباطبائی
دانشکده حقوق و علوم سیاسی

موضوع:

ماهیت و آثار درج شرط در ضمن عقد

استاد راهنما:

دکتر رحیمی

استاد مشاور:

دکتر علومی

استاد داور:

دکتر ولویون

دانشجو:

نادر ولائی

زمستان ۹۰

تقدیم به پدر و مادر عزیزم

با سپاس از اساتید محترم راهنما و مشاور آقایان دکتر رحیمی و دکتر علومی که در تهیهی این پایان نامه کمک شایانی را مبذول داشتند.

و با سپاس از آقای دکتر ولویون که با قبول زحمت داوری این پایان نامه را پذیرفتند.

چکیده:

شروط ضمن عقد به عنوان تکمیل کننده آثار عقود از اهمیت بسزایی برخوردار است؛ از این حیث شناختی صحیح از ماهیت شرط در تمامی مسائل مربوط به شروط ضمن عقد لازم است که موجب تبیین بهتر احکام شروط ضمن عقد و تشخیص آن از دیگر اجزاء عقود به خصوص در عقود غیر معین می‌شود. نهاد شرط ضمن عقد مختص فقه امامیه می‌باشد و به گونه‌ای که در فقه امامیه مورد پذیرش واقع شده است در فقه عامه مورد پذیرش نمی‌باشد؛ به همین دلیل شناخت ماهیت شروط ضمن عقد در فقه امامیه مورد توجه بوده است.

نحوه‌ی پیدایش شروط ضمن عقد در فقه امامیه ارتباط بسیاری با محدود بودن بودن آثار عقود معین دارد و پی بردن به این پیشینه کمک شایانی در شناخت شروط ضمن عقد دارد.

نظر مشهور در فقه امامیه شرط را الزام و التزام تبعی معرفی می‌کند، لیکن این نظر دارای ایراداتی است از جمله اینکه، یکی از آثار شرط یعنی ایجاد تعهد را به جای ماهیت آن معرفی می‌کند در این زمینه می‌کوشیم تا ماهیتی از شرط ارائه نمائیم که در نظریه عمومی شروط به خوبی پاسخگوی مسائل باشد.

شروط مندرج در قانون با توجه به آثار مختلفشان به سه قسم تقسیم شده‌اند از این جهت آثار شروط ضمن عقد متنوع‌اند؛ ایجاد تعهد، ایجاد آثار اعمال حقوقی و توصیف مورد معامله سه اثر شروط ضمن عقد مندرج در قانون مدنی می‌باشند. این شروط با توجه به آثارشان از یکدیگر متمایز می‌شوند، هر چند همگی به عنوان توافق طرفین دارای یک ماهیت هستند. توافقاتی مانند شرط اجل و شرط انفساخ با اینکه دارای ماهیت همسانی با شروط ضمن عقد هستند ولی آثار آنها را ندارند و برخی احکام شروط ضمن عقد را نمی‌توان در خصوص آنها جاری دانست.

شروط ضمن عقد دارای آثار مشترکی هستند که برخی از این آثار از توصیف رابطه‌ی بین شرط و عقد به دست می‌آید.

علامات اختصاری

بی تا: بی تاریخ

بی نا: بی ناشر

ج: جلد

رک: رجوع کنید

ش: هجری شمسی

ص: صفحه

ق.م: قانون مدنی

ق: هجری قمری

م: میلادی

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱.....	مقدمه.....
۱.....	بیان مساله.....
۳.....	سوالات تحقیق.....
۳.....	فرضیه تحقیق.....
۳.....	فرضیه های فرعی.....
۴.....	سابقه تحقیق.....
۶.....	اهداف تحقیق.....
۶.....	روش تحقیق.....
۶.....	تعریف مفاهیم.....
۷.....	موانع و مشکلات تحقیق.....
۸.....	سازماندهی تحقیق.....
۹.....	فصل اول - مفاهیم و مبانی.....
۹.....	مبحث اوّل - مفاهیم.....
۹.....	گفتار اوّل - مفهوم شرط.....
۹.....	الف - مفهوم شرط غیر حقوقی.....
۱۱.....	ب - مفهوم شرط حقوقی.....

- ۱- شرط به معنای رکن..... ۱۲
- ۲- شرط در معنای تعلیق..... ۱۳
- ۳- شروط ضمن عقد..... ۱۵
- ۳-۱- پیشینه ی شروط ضمن عقد..... ۱۵
- ۳-۲- مفهوم شروط ضمن عقد..... ۱۹
- ۳-۲-۱- تعریف شرط صفت..... ۲۲
- ۳-۲-۲- تعریف شرط فعل..... ۲۳
- ۳-۲-۳- تعریف شرط نتیجه..... ۲۴
- گفتار دوم - اقسام نحوه ی انضمام شروط به عقد..... ۲۵
- الف - شروط ابتدایی و شروط تبانی..... ۲۵
- ۱- شروط ابتدایی..... ۲۵
- ۲- شروط تبانی..... ۲۶
- ۳- شروط الحاقی..... ۲۷
- ۴- شروط صریح و شرط ضمنی..... ۲۸
- گفتار دوم - مفهوم التزام..... ۲۸
- الف - مفهوم اصطلاحی التزام..... ۲۹

- ب - التزام به مفهوم پای بندی..... ۳۰
- مبحث دوم - مبانی..... ۳۳
- گفتار اوّل - تکلیفی یا وضعی بودن حکم شرط..... ۳۳
- الف - حکم تکلیفی و حکم وضعی..... ۳۳
- ب- حکم شروط ضمن عقد..... ۳۴
- گفتار دوم- علل درج شروط در ضمن عقد..... ۳۶
- الف- کسب صحت یا لزوم..... ۳۷
- ب- تغییر آثار عقد..... ۳۸
- ج- توصیف مورد معامله..... ۳۹
- گفتار سوم- مبانی موجود در فقه اهل سنت راجع به شرط ضمن عقد..... ۴۰
- الف- فقه حنفی..... ۴۱
- ب - فقه شافعی..... ۴۳
- ج- تشابه و تفاوت های میان فقه حنفی و فقه شافعی..... ۴۳
- د- فقه مالکی..... ۴۵
- ح- فقه حنبلی..... ۴۵
- و- تشابه و تفاوت های مذاهب حنبلی و مالکی..... ۴۶

- ز- نتیجه ی بررسی شرط در مذاهب اربعه و مقایسه ی آن با فقه امامیه..... ۴۷
- گفتار چهارم- مبانی موجود راجع به شروط ضمن عقد در حقوق کشورهای عربی..... ۴۹
- گفتار پنجم- مبانی موجود راجع به شروط ضمن عقد در کشورهای غربی..... ۵۱
- فصل دوم - اوصاف و ماهیت شروط ضمن عقد و ارتباط شرط با عقد..... ۵۳**
- مبحث اوّل - اوصاف و ماهیت شروط ضمن عقد..... ۵۴
- گفتار اوّل- ویژگی های شروط ضمن عقد..... ۵۴
- الف - قصد انشاء سازنده ی شرط است..... ۵۴
- ب - شرط مطلوب فرعی است..... ۵۵
- ج- شرط امری تبعی است..... ۵۷
- د - شرط متصل به عقد است..... ۶۰
- گفتار دوّم - ماهیت شروط ضمن عقد..... ۶۱
- الف - ماهیت شرط الزام والتزام است..... ۶۲
- ۱- مبانی نظریّه..... ۶۳
- ۲- نقد نظریّه..... ۶۵
- ب- ماهیت شرط توافق است..... ۶۹
- مبحث دوّم - ارتباط شروط ضمن عقد با عقد..... ۷۳
- گفتار اوّل - شرط جزئی از عوضین است..... ۷۳

۷۴	الف - آثار نظریه.....
۷۵	ب - نقد نظریه.....
۷۶	گفتار دوم - نظریه ی تقیید.....
۷۶	الف - نظریه ی تقیید محض.....
۷۹	ب - تقیید استمرار عقد.....
۸۲	گفتار سوم - نظریه تعلیق.....
۸۴	گفتار چهارم - نظریه ی ظرفیت.....
۸۶	گفتار پنجم - عقد مشروط به عنوان یک مجموعه ی مرکب.....
۸۸	فصل سوم - آثار ناشی از درج شرط در ضمن عقد.....
۹۰	مبحث اول - شرایط صحت شروط ضمن عقد.....
۹۰	گفتار اول - شرایط عمومی صحت شروط ضمن عقد.....
۹۲	گفتار دوم - شرایط اختصاصی صحت شروط ضمن عقد.....
۹۳	مبحث دوم - احکام مشترک شروط صحیح.....
۹۳	گفتار اول - التزام به شروط.....
۹۵	گفتار دوم - خیار تخلف از شرط.....
۹۸	گفتار سوم - امکان تغییر ماهیت عقد.....
۱۰۰	مبحث سوم - آثار شروط صحیح.....

- گفتار اوّل - شرط صفت..... ۱۰۱
- الف - اقسام شرط صفت..... ۱۰۲
- ب - معقول بودن شرط صفت..... ۱۰۳
- گفتار دوّم - شرط نتیجه..... ۱۰۴
- الف - عدم انحصار اثر به عمل حقوقی..... ۱۰۶
- ب - اثر درج عقد لازم ضمن عقد جائز به عنوان شرط نتیجه..... ۱۰۸
- گفتار سوّم - شرط فعل..... ۱۱۰
- الف - آثار شرط فعل..... ۱۱۰
- ب - اقسام شرط فعل..... ۱۱۱
- مبحث چهارم - آثار شروط باطل..... ۱۱۳
- گفتار اوّل - سرایت بطلان شرط به عقد..... ۱۱۴
- گفتار دوّم - اثر شرط باطل در ایجاد حق فسخ..... ۱۱۵
- نتیجه گیری..... ۱۱۷
- فهرست منابع..... ۱۲۳

بیان مساله

عالم اعتباری حقوق به تمامی اموری که مربوط به زندگی انسان هاست نظم بخشیده است، اموری که خود مولد روابط و قواعد حقوقی هستند و در این میان دانش حقوق سعی دارد تا وظیفه‌ی خود را برای انتظام امور انجام دهد. بنابراین یک حقوق‌دان نباید عالم اعتباری مزبور را جدا از واقعیات اجتماعی و تحولات سازنده در نظر بگیرد، چه این نوع نگرش موجب می‌شود تا وی در دام الفاظ و دیدگاه‌های مجرد بی‌فایده و حتی توهمات گرفتار آید.

با طرز نگرش فوق در این پایان نامه تلاش نمودیم تا آنچه هست را بررسی کنیم و طبعاً آنچه باید باشد بعد از شناخت وضع کنونی قابل بیان می‌باشد. پیدایش شروط ضمن عقد سیر جالبی را طی نموده است ولی این پیشینه کمتر مورد توجه قرار گرفته است و موجب گشته است تا شرط به عنوان یک نهاد خاص مفهوم و اندیشه‌ای نوین در مفاهیم حقوقی پیدا کند، چنانچه به عقیده‌ی نظریات نوین فلسفی و زبان شناسی ما محصور در زبان هستیم و زبان نمی‌تواند دلالتی به واقعیت خارج از خود داشته باشد، آدمی درون زبان جا دارد و وابسته به آن است و هرگز نمی‌تواند به خارج گام نهد و آن را از جایگاهی دیگر بگیرد. با این شرایط اندیشه انسان محصور در زبان و مفاهیم خواهد شد. مفهومی که از شرط ضمن عقد در اذهان ایجاد شده واقعیاتی است که از همین اندیشه به وجود آمده^۱ و با وجود ایرادات مورد تابعیت قرار گرفته است در ادامه به چگونگی آن می‌پردازیم.

راجع به ماهیت این نهاد حقوقی فقهای متأخر توجه بسزایی داشته‌اند هر چند توجه شایسته‌ای به آثار ماهیت‌های بیان شده وجود نداشته است، مثلاً شرط صفت نمی‌تواند تعهد محسوب شود ولی کسانی که شرط ضمن عقد را تعهد می‌دانند به این مهم توجهی نکرده‌اند^۲ و یا برخی شرط بودن شرط صفت را منتفی دانسته‌اند.^۳ به این ترتیب بر نظرات سنتی موجود که وام‌دار فقه امامیه هستند؛ ایراداتی وارد است که آن‌ها را بیان خواهیم کرد و در مجموع به نظری که معتقد به صحت آن هستیم خواهیم پرداخت.

^۱ در نظریه‌ی گفت‌مان دریدا، انسان در درون و محدوده‌ی ساختارهای موجود و از جمله زبان عمل می‌کند. در واقع این انسان نیست که زبان را می‌سازد و آن را برای فهم جهان به کار می‌گیرد، بلکه این زبان است که فهم انسان را شکل می‌دهد. محمد ضمیران، ژاک دریدا و متافیزیک حضور، انتشارات هرمس، ۱۳۷۹ش، ص ۴۳.

^۲ شیخ انصاری، المكاسب، ج ۶، چاپ اول، المجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق.، قم، ص ۹-۱۳.

^۳ محمد جعفر جعفری لنگرودی، الفارق، چاپ اول، ج ۳، گنج دانش، ۱۳۸۶ش، تهران، ص ۱۱۶.

عقد، ایقاع و شرط هر سه عمل حقوقی هستند؛ اینکه چقدر جدی گرفته شوند و آثار حقوقی بر آن‌ها مترتب شود آن‌ها را واجد وصف صحت و نهایتاً لزوم می‌کند. مطلق شرط نهادی بوده است به صورت توافق در میان اعضای جامعه (مثلاً راجع به قول و قرارها چنین می‌گویند: بر فلانی شرط کردم...) که عرف جامعه برخی از آن‌ها را جدی یافته و آثار حقوقی بر آن‌ها مترتب کرد. با امضای شارع، نام عقد بر آن نهاده شد، که با تعهدات در هم تنیده، وصف لازم الاتباع و در برخی اشخاص عقود حتی وصف لزوم یافت. به همین جهت نیز فقها از عبارت شروط در حدیث «المسلمون عند شروطهم...» بدون اینکه اختلاف چندانی داشته باشند،^۴ در خصوص لازم بودن عقود استفاده کرده‌اند. در برخی موارد شرط در جامعه به چنان تعینی نرسید تا به عنوان عقدی خاص شناخته شود (البته شرط‌های جدیدی شکل گرفتند که با وجود جدی بودنشان تا مدت‌ها از طرف عده زیادی شرط ابتدایی تلقی می‌شدند و با تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی به این وضعیت خاتمه داده شد.) اما درج شرط در ضمن عقد با داشتن مقاصدی خاص از جمله تغییر در آثار عقد موجب شد که شروط ضمن عقد واجد آثار حقوقی شوند، و با به رسمیت شناختن چنین نهادی؛ شرایطی چون دارا بودن منفعت عقلایی برای شروط به وجود آمد. انشاء مشروط عقد موجب صحت و حتی لزوم شرط شد. (مثلاً شرط سفید بودن پارچه ی علی، به طور ابتدایی التزامی در بر ندارد، اما شرط سفید بودن پارچه ی علی به عنوان شرط صفت مبیع واجد آثار حقوقی است؛ کما اینکه اگر آن، شرط مبیع معامله نباشد هر چند در ضمن عقدی ذکر شود، فاقد منفعت عقلایی است و آثار حقوقی ندارد.) به این ترتیب علل و پیشینه شکل‌گیری شروط ضمن عقد اهمیت بسیاری در تعیین ماهیت شرط ضمن عقد دارند.

شروط ضمن عقد مندرج در قانون به سه قسم تقسیم شده است، آثار ناشی از این شروط به عنوان شرط ضمن عقد اصطلاحی شناخته شده است، این آثار متنوع می‌باشند و منحصر به ایجاد تعهد نیست.^۵ با این حال شروط ضمن عقد دارای اوصاف مشترکی نیز می‌باشند. شروطی که خارج از آثار معین شده برای شروط ضمن عقد می‌باشند مانند شرط اجل جایی در نظریه‌ی عمومی شروط ضمن عقد ندارند.

اوصاف مشترک شروط ضمن عقد آثار مشترکی را موجب گردیده است که یکی از مهم‌ترین اوصاف شروط ضمن عقد از توصیف رابطه‌ی بین شرط و عقد به دست می‌آید.

^۴ میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهية، ج ۵، چاپ اول، انتشارات هادی، قم، ۱۴۱۹ ق.، ص ۲۲۵ و ۲۲۶ - ناصر مکارم شیرازی، قواعد الفقهية، ج ۲، چاپ سوم، مدرسة الإمام أمير المؤمنين (ع)، ص ۳۲۵.
^۵ «تعهد بودن شرط فعل آشکار است، اما در شرط نتیجه و شرط صفت، تخلف از شرط موجب حق فسخ است و تعهدی مستقیم به شکل شرط نتیجه وجود ندارد.» مهدی شهیدی، شروط ضمن عقد، چاپ اول، انتشارات مجد، ۱۳۸۶، ص ۲۱.

سوالات تحقیق

سؤال اصلی

آیا نظرات موجود راجع به ماهیت و آثار درج شرط در ضمن عقد با توجه به قانون مدنی ایران صحت علمی دارند؟

سوالات فرعی

۱- علل پیدایش شروط ضمن عقد چیست؟

۲- آیا شروط ضمن عقد التزام تبعی هستند؟

۳- آیا شروط سه گانه مذکور در قانون مدنی (ماده ۲۳۴ ق.م.به عنوان شروط ضمن عقد) آثار واحدی دارند؟

فرضیه تحقیق

نظرات موجود راجع به ماهیت و آثار درج شرط در ضمن عقد با توجه به قانون مدنی ایران دارای ایراد هستند؛ مثلاً اختلاط هایی در خصوص آثار ارتباط شرط با عقد و ماهیت شرط وجود دارد و یا در این نظرات ماهیتی که به واقع معرف شرط صفت باشد وجود ندارد.

فرضیه های فرعی

۱- شروط ضمن عقد برای تحقق بهتر خواسته های طرفین به وجود آمد تا به این طریق در آثار عقد تغییری ایجاد کنند؛ یا ضمانت اجرای خاصی برای تخلف به دست آورند و یا برای عقود غیر معین و عقود معین جایز، کسب صحت و لزوم کنند.

۲- شروط ضمن عقد التزام تبعی نیستند، چرا که برخی از مصادیق شروط مانند شرط نتیجه ای که اثر حقوقی بیع را محقق می سازد، ایجاد التزام نمی کنند بلکه به صرف انشا در ضمن عقد اثر عقد بیع را که تملیک است محقق می سازد.

۳- شروط سه گانه مذکور در قانون مدنی، آثار یکسانی ندارند؛ گاهی ایجاد التزام می کند و به آن شرط فعل می گوئیم، گاهی برای توصیف معقود علیه است و به آن شرط صفت می گوئیم و گاهی اثر عمل حقوقی معینی را پدید می آورد که به آن شرط نتیجه می گوئیم.

سابقه تحقیق

در ارتباط با شروط ضمن ضمن عقد آثار تألیفی نگاشته شده ی مختلفی موجود است که یا به عنوان اثری مستقل راجع به شروط ضمن عقد هستند مانند «شروط ضمن عقد نوشته ی دکتر مهدی شهیدی» و یا به زمینه ای خاص از شروط نظر داشته اند مانند «شرط باطل و تأثیر آن در عقد نوشته ی دکتر میرحسین عابدیان»، و اغلب نیز به طور بحثی کلی و گذرا در قواعد عمومی مورد بررسی قرار گرفته است، «مثل جلد سوم قواعد عمومی قرارداد ها نوشته ی دکتر ناصر کاتوزیان»؛ در این کتب بر اساس ترتیب مواد قانونی، بیشتر، احکام شروط ضمن عقد و وضعیت های مختلف آن مورد بررسی قرار گرفته است، و با این دید کلی به ماهیت عقد و در کنار آن، آثار درج شرط به طور تئوریک کمتر توجه شده است چنان که در کتاب قواعد عمومی قراردادها مطالب اندکی به آن اختصاص داده شده است، علاوه بر اینکه مطالعه و تحلیل مستقل از ماهیت شرط قسمت اندکی از این آثار تألیفی را در بر داشته است، با اکتفا به نظرات پیشین که وام دار فقه امامیه هستند، در بررسی مواد قانونی مربوط به احکام شروط توجه کمتری به ماهیت شرط ضمن عقد شده است. همچنین توجهی به فقه اهل سنت و حقوق کشورهای اسلامی دیگر نشده است.

از جدید ترین آثار در این زمینه که می توان آن را یکی از بهترین آثار دانست « نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی نوشته دکتر مصطفی محقق داماد» است. ویژگی بارز این اثر گردآوری همه ی احکام و آثار شروط ضمن عقد است، به عبارت دیگر مجموعه ای تنظیم شده و هماهنگ از اصول، قواعد و مفاهیم مرتبط با شروط ضمن عقد است. این اثر بدانچه در منابع پیش گفته، توجهی نشده از جمله طرح ایرادات نظرات سنتی، توجه به ماهیت شرط در احکام دیگر شرط، توجه کرده است ولی انسجام لازم را در این خصوص ندارد و نظریه ای از ماهیت شرط را که با دیگر آثار شرط سازگاری داشته باشد به طور مناسبی مطرح نکرده است و علاوه بر این با وجود عنوان حقوق اسلامی مطلب قابل توجهی از فقه اهل سنت را بیان ننموده اند. به این دلیل سعی خواهیم داشت تا در این طرح تحقیقاتی، ماهیت شرط ضمن عقد را در کنار آثار آن به لحاظ آثار علمی حائز اهمیتش مورد تحلیل و

کنکاش قرار داده و با بیان ایرادات نظرات سنتی به نظریه ای مطلوب که با نظریه ی عمومی شروط سازگار باشد دست یابیم، توجه به حقوق کشورهای دیگر از جمله کشورهای اسلامی نیز مدنظر خواهد بود.

در مقالات، راجع به ماهیت و آثار درج شرط در ضمن عقد تا جایی که اطلاع دارم مستقلاً بحثی اختصاص نیافته است، هر چند در خصوص آثار شرط ضمن عقد در زمینه های خاصی چون احکام شرط ضمن عقد و یا نقش شروط ضمن عقد می توان مقالاتی را مشاهده نمود مانند «تبعیت شرط از عقد در لزوم و جواز نوشته سید حسن عاملی». در مقالاتی نیز که در خصوص مطلق شرط است به مانند منابع دیگر از نظرات سنتی پیروی شده است، مانند «شروط ابتدایی نوشته دکتر روشنعلی شکاری».

پایان نامه ها و رساله هایی نیز در این زمینه موجودند مانند «توصیف رابطه شرط و عقد نوشته ی اسماعیل صغیری» و «تحلیل مفهوم شرط ضمن عقد و بررسی آثار آن نوشته ی سید محمد لواسانی» این پایان نامه ها یا بیشتر جنبه ی توصیفی و گرد آوری نظرات سنتی را داشته اند و توجهی به ارائه ی نظریه ای که سازگاری با نظریه ی عمومی شروط داشته باشد نداشته اند و یا اگر متوجه ایرادات نظرات پیشین بوده اند بررسی های ایشان علت گرایانه نبوده است.

کتاب فقهی در این زمینه به طور پراکنده مباحثی را مطرح نموده اند مانند «جواهر الکلام» و توجه کمتری به طرح مستقل شروط ضمن عقد داشته اند. برخی منابع فقهی موجود مانند «العناوین میر فتاح مراغه ای» و «عوائد الایام مرحوم فاضل نراقی»، با غنای بسیاری به بحث تحلیلی راجع به شرط پرداخته اند، با وجود اختلاف نظرهای موجود؛ این مطالب می توانند برای مطالعه تحلیلی و بررسی نظرات مختلف مفید واقع شوند. کتاب با ارزش «المکاسب شیخ انصاری» به شکلی تحلیلی مطالب فقهی بسیاری را راجع به شرط پوشش داده است و جالب آن که در مطالب مختلف توجه ویژه ای به ماهیت شرط دارد، با این حال با تدوین قانون مدنی نظرات فقهی نیاز به تطابق با قانون مدنی دارند، البته نظرات این فقها نیز در بسیاری موارد دارای تناقض اند. آثار جدید فقهی چون «البیع امام خمینی (ره)» و شرح های مختلفی که بر مکاسب نگارش یافته است، محدوده و تنوع مطالب مربوط را افزایش داده اند.

اهداف تحقیق

از جمله اهداف ما در این تحقیق گردآوری مطالب پراکنده پیرامون ماهیت و آثار درج شرط در ضمن عقد و تحلیل آن هاست تا ایرادات نظرات موجود را در این رابطه بیان کنیم و نظر مطلوب و کارآمدی در خصوص ماهیت و آثار درج شرط در ضمن عقد ارائه دهیم تا با مطالب در هم تنیده ی نظریه ی عمومی شروط سازگار باشد؛ مثلاً برخی از نویسندگان با وجود اعتقاد به مرکب بودن عقد مشروط، توجهی به عدم ترتب آثار این نظریه در خصوص شروط باطل نداشته اند، که این موجب عدم هماهنگی در نظریه عمومی شروط است. امید است تا از این امر اجتناب شود.

همچنین سعی خواهیم کرد تا در ارائه مطالب به جای شکل گرایی به فلسفه گرایی و چرایی پردازیم و با این هدف صرفاً توصیف یا تحلیل شکلی نکنیم؛ در این راستا به منابع نظام های دیگر علی الخصوص حقوق اسلامی در مذاهب و کشورهای دیگر توجه خواهیم داشت.

روش تحقیق

چون اساس کار در این تحقیق تحلیل است و همچنین ناچار از بررسی توصیفی مطالبی هستیم، روش تحقیق تحلیلی توصیفی است.

تعریف مفاهیم

۱-التزام: التزام رابطه ی حقوقی است که به موجب آن شخصی در برابر دیگری مکلف به انتقال و تسلیم مال یا انجام دادن کاری می شود؛ خواه سبب ایجاد آن رابطه عقد باشد یا ایقاع یا الزام قهری.

۲-التزام تبعی: تعهد ناشی از شرط ضمن عقد را گویند.

۳-ماهیت: این اصطلاح از افزودن «ت» و تشدید یاء به آخر جمله « ما هی ؟» به معنی «چیست آن؟». در فارسی به آن گوهر گفته می شود. از نظر فلسفی عبارت است از محمول بلاواسطه ی چیزی که آئینه ی تمام نمای آن چیز باشد.

۴-شرط ضمن عقد: ماهیتی اعتباری و غیر مستقل که در ضمن عقد انشاء می شود و بر خلاف عقد یا ایقاع خود مستقلاً انشاء نمی شود.

- ۵- عقد عبارت است از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی.
- ۶- شروط سه گانه مذکور در قانون مدنی: شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل (ماده ۲۳۴ ق.م.)
- ۷- شرط صفت: عبارت است از شرط راجع به کمیت یا کیفیت مورد معامله (ماده ۲۳۴ ق.م.)
- ۸- شرط فعل: آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی به یکی از متعاقدين یا بر شخص خارجی شرط شود. (ماده ۲۳۴ ق.م.)
- ۹- شرط نتیجه: شرطی است که وقوع تبعی یکی از اعمال حقوقی یا تحقق اثر اصلی آن را در قراردادی انشاء می کند.

موانع و مشکلات تحقیق

از عمده مشکلاتی که در این زمینه وجود دارد، پراکندگی شدید مطالب در کتب فقهی به عنوان یکی از منابع اصلی تحقیق است که شاید استفاده از نرم افزارهای موجود در این زمینه و راهنمایی اساتید راهگشا باشد. در خصوص کتب فقهی اهل سنت علاوه بر مشکل پیش گفته با عدم دسترسی به همه منابع هم مواجهیم، البته در این بخش از تحقیق که مطالعه نهادهای مشابه شروط ضمن عقد در کشورهای اسلامی مد نظر خواهد بود، تفاوت های موجود در اصطلاحات هم مطرح است چنانکه در کتاب دکتر سنهوری ذیل مبحث شروط، بحث تعلیق مورد بررسی قرار گرفته است.

کثرت مطالب موجودی که مجبور به بررسی آن ها هستیم از دیگر مشکلات است، که شاید امری عادی باشد، و تا جایی که امکان داشته باشد و موجب ارتقاء تحقیق شود از آن ها غفلت نخواهد شد. منابع مورد استفاده ی این تحقیق که غیر فارسی باشند کم نیستند و این مورد نیز از دشواری های تحقیق است.

سازماندهی تحقیق

این تحقیق شامل سه فصل خواهد بود. بعد از مقدمه ای که راجع به مطالبی همچون بیان مسئله و اهمیت مطلب است، فصل اول به پیشینه، مفاهیم و مبانی شروط ضمن عقد اختصاص دارد. پیشینه ی مذکور را به چگونگی تشکیل شرط ضمن عقد و علت به وجود آمدنش اختصاص خواهیم داد. در قسمت های بعدی فصل به مفاهیم مرتبط با تحقیق که لازمه ی استفاده ی مناسب از تحقیق است می پردازیم و نهایتاً مبانی موجود در خصوص بحث مورد نظر را بررسی می کنیم؛ مثلاً در بررسی شرط به عنوان یک حکم وضعی، نیاز است تا احکام وضعی را تبیین کنیم.

فصل دوم راجع به ماهیت شرط ضمن عقد است. نظرات سنتی مورد بررسی و نقد قرار خواهند گرفت؛ سعی بر آن است تا این تحلیل و نقد همراه با تفکر حفظ یکپارچگی در نظریه عمومی شروط ضمن عقد باشد. در این فصل همچنین ارتباط شرط و عقد نیز مورد بررسی قرار می گیرد، تا بدین ترتیب در فصل بعدی که در رابطه با آثار درج شرط در ضمن عقد می باشد، از اختلاط مطالب جلوگیری شود. چه تعیین ارتباط شرط و عقد در شناخت ماهیت آن و آثار شرط ضمن عقد حائز اهمیت است.

مطالب فصل سوم در رابطه با آثاری است که از ماهیت بر گزیده ی شرط ضمن عقد ناشی می شود همچنین سایر آثار ناشی از درج شرط در ضمن عقد را که مرتبط با بحث باشند و برای تکمیل مطالب لازم باشند بیان خواهیم کرد تا هدف تحقیق برآورده شود. همچنین در این فصل آثار شروط مذکور در قانون مدنی را بررسی می کنیم؛ آثار آن ها را در بخش های مجزایی توضیح خواهیم داد.