

مقالات و بررسیها، دفتر ۷۶ (۳) فقه، پاییز و زمستان ۸۳، ص ۱۳۹-۱۶۳

## شروط ابتدایی و تطبیق آن با قراردادهای نامعین

غلامرضا ذاکر صالحی<sup>۱</sup>

چکیده

ماده ۱۰ قانون مدنی ایران اشعار می‌دارد قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است. حقوقدانان این ماده را ناظر به اصل «آزادی قراردادی» دانسته و صحت قراردادهای نامعین<sup>۲</sup> را نیز از آن استفاده نموده‌اند. در فقه اسلامی نیز پذیرش اصل غیرحصری بودن عقود مورد اختلاف فقها و حقوقدانان اسلامی است. فرضیه مقاله حاضر این است که یکی از مبانی فقهی قراردادهای نامعین در کنار مبناهایی چون استناد به عموم ادله عقود، می‌تواند دلیل صحت و نفوذ شروط ابتدایی باشد. برای اثبات این مدعا تلاش شده است ابتدا دلایل قائلان به عدم نفوذ شروط ابتدایی طرح، و به اشکالات آنها پاسخ داده شود. سپس پنج دلیل برای صحت و نفوذ شروط ابتدایی ارائه می‌شود. در پایان مقاله بیان می‌شود که شرط ابتدایی در صورتی که دارای دوطرف بوده و یک تعهد طرفینی باشد، نوعی قرارداد است که می‌تواند در قالب قراردادهای معهود (شناخته شده) در فقه و حقوق عرفی نباشد. ضمن آنکه واجد شرایط عمومی صحت قراردادها و عقود باشد. بدین ترتیب عموم ادله شروط مانند «المؤمنون عند شروطهم» می‌تواند مبنایی برای صحت و مشروعیت قراردادهای نامعین تلقی شود.

کلید واژه‌ها شرط، شرط ابتدایی، قرارداد نامعین، شرایط صحت شرط، وعده، قولنامه، شرط ضمن عقد، شرط تبانی.

۱. عضو هیأت علمی مؤسسه پژوهش و برنامه‌ریزی آموزش عالی

## طرح مسأله

اصل حاکمیت اراده یکی از اصول مهم فلسفه حقوق بوده و مبنای نظریه تعهدات به شمار می آید. این اصل اشعار می دارد که اراده انسان هم قادر به انشاء هر عقدی است و هم برای تعریف و تحدید آثار آن کافی است. به عبارت دیگر نقش اراده در تکوین عقد و آثار مترتب بر آن نقشی تام و تمام است. اساس این نظریه به اصل آزادی فردی انسان باز می گردد و یکی از آثار گوناگون آن نفوذ و اعتبار قراردادهای نامعین است (شریف احمد، ۲۵).

حاکمیت اراده حداقل دو نفر بر انجام عملی و یا انتقال حقی و یا ایفاء عهده، بین آن دو نفر یک رابطه حقوقی را به وجود می آورد که در قانون مدنی گاهی تحت عنوان قرارداد و یا تعهد و زمانی با عناوین الزام، معامله یا عقد به کار رفته است.

ماده ۱۰ قانون مدنی می گوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». بنابراین هر نوع قراردادی که حداقل بین دو نفر منعقد شود، و مخالف صریح با قوانین مدون و جاری نباشد، معتبر و نافذ، و برای طرفین این قرارداد که ناشی از حاکمیت اراده آنهاست لازم الاتباع است.

در حقوق فرانسه، ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی با بیان رساتری اصل آزادی قراردادها و حاکمیت اراده را تأیید می کند. طبق این ماده «قراردادهایی که مطابق قانون منعقد شده باشند برای طرفین به منزله قانونند».

بنابراین افراد ممکن است قراردادی ببندند که جزو هیچیک از عقود معین پیش بینی شده در قانون نباشد. به شرط آنکه شرایط عمومی صحت قراردادها را مراعات نمایند و قرارداد آنها نافی اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد (نک: صفایی، ۴۷).

از نظر حقوقدانان، عقود غیرمعین، قراردادهایی است که نام و شرایط خاصی در قانون برای آنها نیست، اما نظر به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها معتبر شناخته می شوند (همان، ۴۰، سنهوری، ۱۵۵). در حقوق فرانسه تقسیم بندی قراردادها به با نام

و بی‌نام نوعی طبقه‌بندی ویژه<sup>۱</sup> از قراردادها تلقی شده است. بر این اساس قراردادهایی که تعریف حقوقی و تنظیمات قانونی آنها شناخته شده است، قرارداد با نام<sup>۲</sup> است. اما توافقاتی که در هیچیک از مقوله‌های با نام قرار نمی‌گیرند، «قرارداد بی‌نام<sup>۳</sup>» نامیده می‌شوند (دائرة المعارف بین‌المللی حقوق<sup>۴</sup>، ۴۳/۲). در بین حقوقدانان و فقهای اسلامی نیز نظریه حصری بودن یا حصری نبودن عقود مورد اختلاف نظر است. قداماً، عمدتاً معتقد به حصری بودن عقود و عده زیادی از متأخران معتقد به غیرحصری بودن عقودند که ذکر دلایل فقهی آنها از بحث این نوشتار خارج است و در این مقاله تنها به یکی از مستندات مورد نظر یعنی استدلال به صحت و نفوذ شرط ابتدایی به عنوان مبنایی برای مشروعیت قراردادهای نامعین اکتفا می‌شود.

در فقه اسلامی با استناد به حدیث «المسلمون عند شروطهم الاً شرطاً حرم حلالاً<sup>۵</sup> او احلّ حراماً» (حرعاملی، ۳۵۳/۱۲) به لازم الوفاء بودن شرط استناد شده است. فرضیه نگارنده این است که عموم ادله شرط شامل برخی از انواع شرط ابتدایی نیز می‌شود و این نوع از شرط نیز دارای صحت و نفوذ می‌باشند. بر این اساس می‌توان قراردادهای نامعین را در قالب شرط ابتدایی منعقد نمود. این ادعا (فرضیه) را وقتی می‌توان صحیح دانست که ثابت شود: اولاً- شرط ابتدایی صحیح و لازم الوفاء اند. ثانیاً- لفظ شرط قابل انطباق بر عقد یا قرارداد است.

در این مقاله در پاسخگویی به این دو فرض می‌کوشیم. زیرا چنانچه شرط ابتدایی مشروع بوده و به مثابه عقد مستقلی محسوب شوند، می‌توان قراردادهای نامعین را نیز از مصادیق شرط ابتدایی دانسته، ادله مشروعیت شرط ابتدایی را به آنها تعمیم داد.

## معنای لغوی شرط

در اکثر کتب لغت، شرط به «الزام و التزام امری در ضمن بیع و مانند آن» تعریف شده است (ابن‌منظور، ۳۲۹/۷؛ فیروزآبادی، ذیل واژه؛ زبیدی، ۱۶۶/۵؛ نک: شیخ احمد رضا). و گاهی، شرط به معنی «معروف» آمده است (عبدالقادر رازی، ۳۳۴).

در قرآن مجید واژه شرط به صورت مفرد نیامده است ولی صورت جمع آن، اشراط، به کار رفته است. از جمله در آیه «فقد جاء اشراطها (محمد/۱۸) که در آن اشراط به معنای نشانه‌های قیامت است. در روایات، کلمه شرط در معنای خیار نیز آمده است مثل «الشرط فی الحيوان ثلاثه» یعنی ایام شرط (خیار) در معامله حیوان سه روز است. در عرف، واژه شرط در معنای رسم و شیوه نیز استعمال می‌شود (محقق داماد، ۳۶).

به دلیل کاربردهای متفاوت واژه شرط و اهمیت آن در مباحث فقهی، در کتب فقهی نیز با تعبیر مختلفی معنای آن توضیح داده شده است:

- در معنای حدیثی مصدر شرط، شارط و مشروط و... به مفهوم «الزام شخص به امری در ضمن عقد و التزام به آن یا مطلق التزام» است. در این معنا گاهی به خود مشروط نیز شرط گفته می‌شود. همانند خلق به معنی مخلوق (قنوتی و همکاران، ۱/۵۴).

- شرط در مفهوم مصدری به معنای مرتبط قراردادن شیئی با شیء دیگر است و در این معنا مبدأ اشتقاق کلمات هم خانواده خود است. شرط در مفهوم اسم مصدری به معنای شیء مرتبط با شیء دیگر است (بجنوردی، ۳/۲۲۳).

- شرط به معنای مطلق جعل و قرار و اثبات است که خود بر دو نوع است. گاه از باب الزام و التزام است و گاه از باب تقييد و در هر حال اسم جامد ندارد (قنوتی و همکاران، ۵۴، نقل از طباطبایی یزدی، ۱۰۶).

- شرط نه مطلق جعل، بلکه جعل خاصی است که مستلزم التزام و واجب‌الوفاء است (همانجا).

- از دیدگاه میرفتاح مراغه‌ای شرط در لغت به معنای ربط است و شرط ضمن عقد به معنای ربط و ایجاد علاقه بین عقد و آن چیزی است که مورد شرط قرار گرفته است. با وجود این او، اناطه و تقييد را در مورد مفهوم شرط مطرح نکرده است (همانجا، نقل از مراغه‌ای، ۲/۲۷۲).

- بعضی شرط را به معنی ضم گرفته‌اند (الشريط یعنی ما یضم به الشیء الی الشیء) و گفته‌اند التزام را از این رو شرط می‌گویند که ضمان فی الذمه است. همچنین شرط به معنی بسته شده به چیزی به کار رفته است (نک: فیروز آبادی).

- شرط هر حکم معلومی است که متعلق به امری است که با تحقق آن حکم، واقع

می‌شود. و این حکم مانند علامتی برای آن امر است. به علامت، شرط می‌گویند و «اشراف ساعه» علامتهای آن است. همانگونه که در قرآن کریم (محمد/۱۸) آمده است: «فقد جاء اشرافها» (راغب اصفهانی، ۴۵۰).

### معنای اصطلاحی شرط

۱- در علم اصول، آنچه از عدم آن، عدم امری دیگر لازم می‌آید - اعم از آنکه از وجود آن وجود دیگر لازم بیاید یا نیاید - شرط آن امر می‌نامند و در توضیح آن می‌گویند «الشرط ما يلزم من عدمه عدم الشيء» به تعبیر دیگر، شرط چیزی است که چیزی دیگر بر آن متوقف باشد... توقف شیء بر شرط چند حالت دارد. گاه وجود شیء متوقف بر چیزی است، مانند توقف معلول بر اجزای علت. گاه وجوب امری متوقف بر چیزی دیگر است مثل وجوب حج بر استطاعت. گاه نیز لزوم عقد متوقف بر امری است. مثل لزوم عقد خیاری که بر سقوط خیار متوقف است و گاه آنچه متوقف است، صحت یک امر است مانند توقف صحت عقد بر وجود اختیار در متعاملان (محقق داماد، ۳۶).

۲- تعریف دیگر آن «اناطه» است که گاهی تکوینی است مانند توقف معلول بر علت و گاهی جعلی شرعی است مانند طهارت نسبت به نماز و گاهی جعلی محض است مانند شروط در معاملات (خویی، ۲۶۸/۷).

۳- برخی از فقها گفته‌اند شرط به معنای الزام و التزام است خواه در ضمن عقد باشد خواه نباشد (انصاری، ۲۷۵). دیگران گفته‌اند بهتر است از این معنی به جعل و تقریر تعبیر شود... و ظاهر امر این است که مطلق جعل مراد نیست بلکه منظور جعلی است که التزام را در پی دارد و موجب ایجاد مضیقه و محدودیت برای مشروط علیه می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۰۴-۵).

۴- شرط چیزی است که صحت عقد، منوط به وجود یا تحقق آن باشد. این گونه شروط بر سه قسم‌اند: شروط امضای عقد توسط شارع، شروط امضای عقد توسط عقلا، شرط اعتبار به گونه‌ای که مفهوم عقد، از لحاظ وجودی یا عدمی دایر مدار آن است (خویی، ۶۲/۲).

۵- شرط، التزام دیگری در ضمن التزام عقدی است، بدون اینکه «ملتزم به»

- (مشروط) قیدی برای اصل عقد باشد (بجنوردی، ۲۲۲/۳؛ نراقی، ۱۲۸).
- ۶- در تعبیر دیگر، شرط، آنست که عقد یا ایقاع بر آن منوط شده است. به این معنا که شرط، قیدی برای اصل عقد است، به نحوی که انشاء یا منشاء معلق به حصول شرط می شود. به عبارت دیگر، نفس التزام، معلق بر چیزی (شرط) می شود (خویی، ۲۹۹/۷). این تعلیق، محفوف در خود شرط است و با شرط «عدم تعلیق» در عقود متفاوت است.
- ۷- شرط امری است که تأثیر مؤثر متوقف بر آن باشد (عاملی، ۲۷۷/۱۰).
- ۸- یکی دیگر از فقهای معاصر، شرط را مشترک بین دو معنا دانسته است: اول - به معنای الزام و التزام در ضمن عقد. علاوه بر اهل لغت، عقلاً نیز این معنی را برای شرط پذیرفته اند، البته به نحو ظرف و مظروف نه به طریق تقييد یا تعلیق. دوم - به معنای تعلیق شیء بر شیء. به این معنی که آنچه از جهت تکوینی و تشریحی چیز دیگری بر او معلق شده باشد. البته این معنی از کتب لغت به دست نمی آید ولی عقلاً آن را اعتبار کرده اند (خمینی، ۸۶/۱).
- ۹- محمدحسین غروی اصفهانی در مجموع تمام تعاریف شرط را به سه گروه تقسیم کرده است:
- ۱- الزام و التزام در عقد بیع و مثل آن. ۲- عهد و پیمان. ۳- مطلق ربط و تعلیق. سپس معنای اصلی شرط را معنای اخیر (ربط بین دو امر) دانسته اند (غروی اصفهانی، ۱۳۸/۳، ۱۵۳/۲).
- ۱۰- از نظر حقوقدانان، شرط «امری مربوط به آینده است که حدوث یا زوال تعهد منوط بر آنست» (سنهوری ۷/۳).
- در بسط این تعریف، دیگران گفته اند که شرط امری است محتمل الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع کننده، حدوث اثر حقوقی عقد یا ایقاع را (کلاً یا بعضاً) متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع نمایند (افتخاری، ۲۲۳).
- در قانون مدنی ایران واژه شرط تعریف نشده است و صرفاً به تعریف انواع آن یعنی شرط فعل، صفت و نتیجه پرداخته شده است (ماده ۲۳۴).
- در حقوق فرانسه شرط به دو اصطلاح کاربرد دارد: ۱-۱- امری حادث و مستقبل و

محتمل الوقوع است که زوال یا حدوث حقی بر تحقق آن موقوف گردد<sup>۱</sup> (ماده ۱۱۶۸، ۱۱۸۳ به بعد قانون مدنی فرانسه) سید حسن امامی ماده مذکور را چنین ترجمه کرده است: ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی فرانسه، «تعهد معلق عبارت از تعهدی است که متوقف بر واقعه آینده و محتمل الوقوع باشد. خواه پیدایش تعهد متوقف بر آن باشد یا انحلال تعهد».

۱۰-۲- شرطی که در یک عمل به منظور تکمیل یا تغییر آثار حقوقی معمولی آن گنجانده می شود<sup>۲</sup> (مواد ۱-۹۰، ۲۰۶۱، ۱-۱۸۴۴، ۵-۱۷۹۲ قانون مدنی فرانسه). در قوانین اروپایی فصل مخصوصی برای شروط اختصاص ندادده اند، زیرا در آن قوانین، هرگونه تعهدی که دارای شرایط اساسی صحت معامله باشد، الزام آور است (همان، ۲۲۴).

۱۱- در تعریفی دیگر شرط چیزی است که طرفین معامله بر آن تبنی می کنند خواه از آن نام ببرند یا نبرند (مدرسی، ۱۸۵).

۱۲- دیگران معتقدند که شرط آنست که طرف دیگر معامله را بر فسخ عقد مسلط می کند، در صورتی که طرف اول به آن وفا نکند (همان، ۱۹۰).

در مجموع به نظر می رسد تعریف گروهی از فقها از جمله شیخ انصاری و طباطبایی یزدی مبنی بر «مطلق الزام و التزام» به معنای لغوی و عرفی شرط نزدیک تر است. زیرا احتمال بسیار می رود که مقید کردن این الزام و التزام به بیع و نحوه آن توسط لغویان از باب اغلیت یا مناسبتی که شرط با مکاسب و معاملات دارد، بوده است. همانطور که اکثر شروط در ضمن معاملاتی همچون بیع صورت می گیرد و همه کتب لغت چنین قیدی را در تعریف نیاورده اند. علاوه بر اینها این تعریف با تعریف عرفی و حقوقی شرط سازگاری بیشتری دارد. زیرا چنانچه قید ضمن عقد (فی البیع و نحوه) را اضافه کنیم، نوع اول شرط<sup>۳</sup> را که در بند دهم ذکر کرده ایم نخواهیم داشت.

1. la condition

2. la clause

3. La condition

## بررسی آیات و روایات

در بسیاری از کتب روایی، روایتی از پیامبر اکرم (ص) آمده است با مضمون «المسلمون (المؤمنون) عند شروطهم» (حرعاملی، ۱۲/۲۵۳) که هم اکنون مبنای یک قاعده فقهی به نام قاعده شروط قرار گرفته است. این روایت، تعهدات متقابل طرفین را الزام آور تلقی می‌کند لذا می‌تواند به عنوان یک مبنا برای اصل آزادی قراردادهای و مشروعیت قراردادهای نامعین محسوب شود.

شرط با این مفهوم چه در قالب مصداق ضمن عقد و چه در قالب مصداق ابتدایی و مستقل آن می‌تواند بیان‌کننده ایده آزادی افراد در قراردادهای خصوصی باشد و مبنای اصل آزادی قراردادهای و صحت عقود نامعین قرار گیرد. هر چند حدیث شرط در اخبار و روایات متعددی از معصومین (ع) نقل شده است اما مفاد و مضمون آن در نظر فقیهان، مؤید به آیاتی از قرآن کریم است که ناظر به وفای به عقود می‌باشند و این آیات به عنوان مبنای قرآنی قاعده، تلقی گردیده است.

## آیات قرآنی

در قرآن کریم آیه مشخصی که ناظر به شرط ابتدایی یا شرط ضمن عقد باشد، نیامده است. اما آیه شریفه (مائده/۱) اوفوا بالعقود وفای به همه عقود را از مؤمنان خواسته است. اینکه عقود در آیه شریفه چه ارتباطی با شروط دارد باید گفت که در صحیحه ابن سنان عقود به عهد معنی گردیده و واژه شرط نیز در معنی عهد به طور مطلق به کار رفته است. در صحیحه محمد بن قیس در فراز «ان شرط الله قبل شرطکم»، شرط الله به معنی عهد الله است. بنابراین می‌توان واژه‌های عقد، عهد و شرط را به یک معنی دانست و آنها را مشمول آیه قرارداد. خصوصاً هنگامی که شرط دارای دو طرف باشد و به صورت یک تعهد طرفینی درآید. تمسک فقها به روایت «المسلمون عند شروطهم» در رابطه با لزوم و وجوب وفاء به عقد، مؤید مترادف بودن عقد و شرط است.

با همین استدلال سایر آیات مانند الموفون بعهدهم اذا عاهدوا... (بقره/۱۷۷) و والذین هم لاماناتهم و عهدهم راعون... (مؤمنون/۸) نیز وفاء به شرط را شامل می‌شوند. زیرا این آیات همانطور که حکم عهد و پیمان بندگان با خداوند را بیان می‌کنند،



پیمانهای خصوصی میان مردم را نیز در بر می گیرند.

## روایات

روایات و احادیث متعددی از معصومین (ع) با عبارت نزدیک به هم پیرامون شرط و لزوم وفاء به آن آمده است که به چند مورد از آنها اشاره می کنیم:

۱- صحیححه عبدالله بن سنان از امام صادق (ع): قال «المسلمون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب الله عزوجل فلا یجوز» (حرعاملی، ۱۲/۲۵۳).

۲- صحیححه عبدالله بن سنان از امام صادق (ع): قال سمعته یقول: «من اشترط شرطاً مخالفاً لکتاب الله فلا یجوز له، و لا یجوز علی الذی اشترط علیه، و المسلمون عند شروطهم مما وافق کتاب الله عزوجل» (همانجا).

۳- موثقه اسحق بن عمار از امام صادق (ع): عن جعفر عن ابيه (ع) ان علی بن ایطالب کان یقول «من شرط لأمرأته شرطاً فلیف لها به. فان المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً» (همانجا).

۴- روایت دعائم الاسلام از پیامبر اکرم (ص): «المسلمون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب الله» (نوری، ۱۳/۳۰۰).

۵- روایت دعائم الاسلام از امام صادق (ع): عن ابی عبدالله عن ابيه عن آباءه. ان علیاً قال «المسلمون عند شروطهم الا شرطاً فیه معصیه» (همانجا).

۶- روایت منصور بن یونس برزج از موسی بن جعفر (ع): فرد صالحی از امام موسی بن جعفر (ع) سؤال می کند که یکی از پیروان شما با زنی ازدواج نموده و سپس او را طلاق داده و از او جدا شده است. سپس قصد رجوع مجدد به او را داشته است. آن زن نیز امتناع نموده و از وی خواسته است که سوگند بخورد که بار دیگر او را طلاق ندهد و همسر دیگری نیز اختیار نکند. شوهر نیز این شرط را پذیرفته است، اما بعداً از این تصمیم خود منصرف شده است. حال تکلیف او چیست؟ امام فرمودند: کار درستی نکرده است در حالیکه آنچه را پیوسته شب و روز در قلبش می گذشته است، می دانسته است (موضوع برگشت از تصمیم خود را می دانسته است) به وی بگو که به شرطی که با همسرش بسته است و فاکنند زیرا پیامبر اکرم (ص) فرموده است که مؤمنین به شرط خود

پای بندند (حر عاملی، ۳۰/۱۵).

۷- روایت علی بن رئاب از موسی بن جعفر (ع) که در آن امام (ع) به عبارت «المسلمون عند شروطهم» اشاره کرده است. علاوه بر روایات اشاره شده روایات دیگری نیز با همین مضمون در منابع اهل سنت نقل شده است (سرخسی، ۱/۱۸۵).

### شرح واژگان روایات

المؤمنون جمع محلی به الف و لام و مفید عموم است. «عند» ظرف و متعلق به ثابتون مقدر، که معنای آن ثبات و استقرار و پای بند بودن به التزام است.

شروطهم جمع مضاف بوده و افاده عموم می‌کند. مفرد آن شرط به معنی الزام و التزام آمده است. شرط به اعتبار استناد آن به مشروط له از نظر عرف به معنی الزام و به اعتبار استناد آن به مشروط علیه به معنی التزام است. البته بعضی از لغویان آن را الزام و التزام ضمن عقد دانسته‌اند و جمعی دیگر به معروف بودن معنی آن نزد عرف اکتفا کرده و به موارد استعمال و شقوق آن پرداخته‌اند. از طرفی معمولاً لغویان معنی حقیقی واژه‌ها را بیان نمی‌کنند و به استعمالات مختلف آن می‌پردازند و از طرف دیگر قول لغوی از باب فهم عرف دارای ارزش است و در صورت تفاوت در اقوال، اصل، رجوع به عرف بوده و معنی مرتکز در اذهان ملاک خواهد بود. پس می‌توان با تمسک به تبادل و عدم صحت سلب و صحت تقسیم، آن را به معنی مطلق الزام و التزام دانست، که در صورت وجود آن در ضمن عقد، تنها یک مصداق آن تحقق یافته است (حائری، ۱۸۷؛ بجنوردی، ۲۲۰، ۲۲۲).

حدیث در قالب جمله خبری در مقام انشاء است. زیرا معنی اخباری آن مستلزم کذب خواهد بود و استدلال معصومین در مقام وفاء به شرط، افاده وجوب وفاء را می‌نماید. (انصاری، ۲۷۷-۲۸۸). به گفته اصولیان، دلالت جمله خبری بر وجوب از تأکید بیشتری برخوردار است (مظفر، ۲/۶۶؛ آخوند خراسانی، ۷۱) زیرا عمل به شرط در آن توسط مؤمنان و مسلمانان مفروغ عنه گرفته شده است و آن را محقق شده می‌پندارند (محقق داماد، ۳۷) بدین صورت مضمون آن مورد تأکید قرار می‌گیرد.

## مضمون حدیث

صاحب مکاسب، احکام وضعی را منتزعه از احکام تکلیفی می‌داند لذا قاعده را مفید حکم تکلیفی دانسته است که حکم وضعی صحت و لزوم وفا از آن انتزاع می‌گردد (انصاری، ۲۱۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۱۸). لکن بعد از انصاری عده‌ای از فقیهان، قاعده را ناظر به حکم وضعی دانسته و آن را در مقام ارشاد به نفوذ عقود و شروط تلقی کرده‌اند (خوبی، ۱۴۲/۲). به نظر آنان حکم تکلیفی در این مورد بی‌معناست. چه در آن صورت، فسخ عقد یا شرط حرام خواهد گشت در حالی که چنین نیست. بنابراین، حدیث در مقام جعل و تأسیس حکم وضعی صحت است و اگر معنی شرط را مطلق الزام و التزام بدانیم، صحت کلیه قراردادها به شرط عدم مخالفت با شرع و قانون، از آن استفاده می‌شود. یعنی شرط مانند قرارداد، توافقی است برای ایجاد یک ماهیت و وضعیت حقوقی که لازمه آن، ایجاد تعهد برای طرفین یا یکی از آنهاست و این معنی صحت نفوذ شروط ابتدایی می‌باشد.

## تعریف انواع شرط

۱- شرط ضمن عقد. هر شرطی که به موجب عقدی به نفع کسی و به ضرر دیگری مقرر شده باشد، شرط ضمن عقد نامیده می‌شود. اگر قبل از انعقاد عقد، راجع به شرط بین متعاملان مذاکره شده و با توجه به آن مذاکره قبلی منعقد شده باشد، آن هم از مصادیق شرط ضمن عقد است (افتخاری، ۲۲۶).

۲- شرط تبانی. اگر مذاکره قبلی راجع به شرط بین متعاملان به صورت مذاکره مقدماتی به عمل آمده و تعهداتی بین متعاملان واقع شده ولی در متن عقد از آنها اسمی برده نشده آن را شرط تبانی می‌گویند (همان، ۲۲۷).

۳- شرط ابتدایی. شرط ابتدایی به معنای تعهد یک طرفه است یعنی تعهدی است لازم که شخص با قصد انشاء یک طرفه علیه خود به وجود می‌آورد (جعفری لنگرودی، ۳۸۰، ۳۸۳). گفته‌اند که شرط مانند عقد، التزامی است که فرد نسبت به نفس خود یا مال خود در محدوده‌ای که صلاحیت آن را دارد بر عهده می‌گیرد (مدرسی، ۲۱۶).

به تعبیر دیگر حقوقدانان، شرط ابتدایی تعهدی است که یکی از طرفین (مشروط

علیه) در مقابل دیگر (مشروط له) به عهده می‌گیرد، بدون اینکه در ضمن عقدی از عقود باشد یا عقد مبتنی بر آن واقع شود. به عنوان مثال اگر شخصی تعهد کند که زمین یا اتومبیل یا حق امتیاز تلفن خود را در تاریخ معینی و با مبلغ معلوم، به دیگری منتقل کند و این تعهد به طور قولی یا فعلی مورد قبول طرف قرارداد قرار گیرد، چنین تعهدی را تعهد ابتدایی یا شرط بدوی می‌نامند (حائری، ۱۹۰).

### شرایط صحت شرط

صاحب عوائد الایام شروطی را که مشتمل بر موارد ذیل باشد، جایز دانسته است: ۱- مخالف کتاب و سنت نباشد. ۲- حلال خدا را حرام یا حرام خدا را حلال ننموده باشد. ۳- با مقتضای عقد منافات نداشته باشد. ۴- موجب جهالت در عوضین (ثمن و مضمن) نگردد (نراقی، ۷-۴۶).

میر فتح مراغه‌ای نیز همین شروط را آورده است (نک: عنوان شرط ضمن عقد). شیخ انصاری این موارد را به هشت شرط توسعه داده است: مقدور بودن، شرعاً جایز بودن، مفید بودن، مخالف کتاب و سنت نبودن، خلاف مقتضای عقد نبودن، مجهول نبودن، مستلزم محال نبودن و ضمن عقد بودن (انصاری، ۲۸۸). هم اکنون در اکثر کتب حقوقی در ابواب مختلف همچون بیع و نکاح و... مباحث مربوط به شرط و شرط ضمن عقد مورد بررسی قرار می‌گیرد. در حقوق اروپایی مبحث مستقلی به شرط ضمن عقد اختصاص نیافته و در کنار سایر تعهدات الزام‌آور، پیرامون آن مطالبی آمده است.

ماده ۲۳۲ قانون مدنی ایران اشعار می‌دارد: «شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست: ۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد ۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد ۳- شرطی که نامشروع باشد».

در ماده ۲۳۳ دو شرط دیگر ذکر شده است: «شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است: ۱- شرط خلاف مقتضای عقد ۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود».

در کنار این پنج شرط، تعهدات ناشی از شرط باید از قواعد عمومی قراردادها نیز

تبعیت کند. برای نمونه مالیت داشتن موضوع معامله، مفید بودن و مطابق اصطلاح فقها «تعلق غرض معتد به» از شرایط عمومی آن می باشد.

مشروع بودن جهت قرارداد و مشروع بودن موضوع، هر دو می توانند ذیل شرط مشروعیت مطرح شوند. عدم جهلی که این جهل موجب جهل به عوضین گردد شرط صحت تلقی شده است، اما با توجه به اینکه چنین جهلی مبطل عقد است، می توان چنین استفاده کرد که اگر موجب جهل در عوضین نگردد، عقد باطل و فاسد نباشد و تنها خود شرط باطل تلقی گردد. بنابراین شرط مجهول اگر قابل تعیین نباشد باطل است، ولی وقتی عقد را باطل می سازد که سبب مجهول شدن عوضین نیز بشود (کاتوزیان، ۳۰۸).  
شرط یاد شده را می توان استثناءها و محدودیتهایی برای اصل آزادی قراردادها در اسلام تلقی نمود. بدیهی است سایر شروط ضمن عقد، مشروع و قانونی بوده در دایره مصادیق اصل آزادی قراردادها قرار می گیرد.

### دلایل قائلان به عدم نفوذ شروط ابتدایی

قائلان به عدم نفوذ شروط ابتدایی دلایلی برای مدعای خود ذکر کرده و اشکالات متعددی بر نفوذ و لزوم این گونه تعهدات وارد نموده اند.

۱- اشکال اول. این گونه توافقات، از لحاظ موضوعی از عنوان شروط خارج اند. به این معنی که فرد و مصداقی از حدیث «المسلمون عند شروطهم» تلقی نمی شوند. زیرا مفهوم شرط، ترابط و التزام طرفینی و تعلیق امر بر امری دیگر است و این معنا محقق نمی شود مگر زمانی که التزام در ضمن عقدی از عقود واقع شود چه آن عقد لازم یا جایز باشد (معروف حسینی، ۴۲۴).

صاحب مکاسب می گوید: اگر مشروط علیه التزام به شرطی را قبل از عقد برای خودش انشاء کند یک الزام ابتدایی است که عمل به آن واجب نیست. زیرا اولاً ادله عقود شامل آن نمی شود چون جزء عقد نیست و ثانیاً ادله شروط شامل آن نمی شود چون شرط نیز محسوب نمی شود (انصاری، ۲۸۲). به تعبیر دیگر لغویان در مقام بیان معنای لفظ شرط، آن را مقید به التزام در ضمن بیع و مانند آن نموده اند و عرف عقلاً نیز از لفظ شرط، تعهد ضمن معامله را می فهمد، نه مطلق الزام و التزام را، بنابراین شرط ابتدایی را

نمی‌توان از مصادیق شرط دانست (خمینی، ۱/۸۶).

حتی اگر بپذیریم معنای شرط مطلق الزام و التزام باشد، نمی‌توان گفت که حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» اعم از شروط ضمنی و ابتدایی است زیرا استعمال اعم از حقیقت است. از طرفی اینکه شرط ابتدایی معنای مجازی شرط باشد قابل قبول نیست و از طرف دیگر آن نه مشترک معنوی که دارای معنای مصدری است. این معنای مصدری گاهی برای «الزام نفسی» به کار می‌رود و گاهی به معنی ملتزمات (مشروط) استعمال می‌شود (خوانساری، ۲۰۲).

میرزای قمی شرط ابتدایی را معتبر نمی‌داند و می‌نویسد: «هرگاه در ضمن عقد بیع شرط نشده باشد یعنی بین ایجاب و قبول، پس این شرط اعتبار ندارد. (این شرط واجب الوفاء نیست زیرا شرط به معنای اسم مصدری، آنست که مرتبط با چیز دیگر باشد) و آنچه در بین ایجاب و قبول شرط شود، صحیح است (شرط ضمن عقد). ولی صحت آن مشروط است به اینکه این شرط خلاف مشروع نباشد، و طرف متعهد جهالت نداشته باشد (جیلانی، ۱/۴۶۵).

پاسخ اشکال. اگر ادله شروط شامل شرط ابتدایی نشود ما شرط ابتدایی را چنانچه دارای دو طرف باشد یک عقد مستقل محسوب می‌کنیم. در این صورت عموم ادله عقود شامل آن شده و وفاء به آن واجب است. علاوه بر این همانگونه که گفته شد مفهوم شرط، مطلق الزام و التزام است که مشتمل بر شرط ابتدایی هم می‌شود. تبادر و فهم عرف از واژه شرط نیز مشتمل بر هر گونه شرط است، خواه در ضمن عقد باشد یا نباشد. تفصیل این مطلب در ادله موافقان خواهد آمد.

۲- اشکال دوم. حتی اگر عموماً شرط را شامل هر گونه اتفاق بین دو نفر بدانیم این عموماً با اجماع فقهی تخصیص خورده است. اجماعی که معتقد است ادله شروط شامل شرط ابتدایی نمی‌شود. در نتیجه این تخصیص شامل آن عموماً نمی‌شود (معروف حسینی، ۴۲۴).

این اجماع از صاحب ریاض نقل شده است و مثالهای وی مربوط به شروطی است که سابق بر عقد نکاح باشند اما در هنگام عقد ذکر نمی‌شوند. فقها التزام به این گونه شروط را واجب ندانسته‌اند و صاحب ریاض در این مورد ادعای اجماع نموده است (مدرسی،

(۲۲۱).

پاسخ اشکال. این اجماع در ارتباط با شروط قبل از عقد نکاح است. تتبع در کلمات فقها نشان می‌دهد که صرفاً گفتگوهای اولیه در نکاح فاقد التزام است نه هر نوع شرطی که قبل از ازدواج مطرح شده باشد. در مجموع کلمات فقها در این باب غیر واضح و مضطرب است و حصول چنین اجماعی نیز مشکوک است. به خصوص که کلمات فقهی در این باب مربوط به نکاح است که در آن لفظ صریح شرط است (نه همه عقود). علاوه بر اینها امکان دارد روایات بر شروطی حمل شود که از صرف گفتگوی اولیه تجاوز نکرده باشد. بنابراین مرجع ما در شروط ابتدایی ادله عامه خواهد بود و به چنین اجماعی نمی‌توان تکیه کرد.

۳- اشکال سوم. برخی از فقها شرط خارج از قرارداد را مترادف «وعده» دانسته‌اند و در اثبات وجوب به وفای به آن تردید نموده‌اند.

میرزای قمی معتقد است هر التزامی که مکلف بکند وفای به آن واجب است و التزام مکلف یا به نذر و عهد و یمین است یا آنکه شرط را در ضمن «عقد لازمی» بکند به تقریبی که در رساله شرط ضمن العقد بیان کرده‌ام و هر گاه غیر این صورتها باشد، داخل در «مطلق وعده» می‌شود و مشهور علما، وفای به وعده را واجب نمی‌دانند و وجه دیگری برای لزوم آن نمی‌دانم... (جیلانی، ۲۸۳-۲۸۴).

پاسخ اشکال. میرزای قمی در ادامه نظر خود توضیح داده است که وعده اگر متضمن بر معاوضه یا شبیه معاوضه باشد مقرون به الزام و التزام است به خلاف وعده محض که در آنجا هیچ نوع الزام و التزامی متصور نیست (همانجا)، شرط ابتدایی نیز از منظر حقوقی صرفاً یک وعده اخلاقی نیست و گاهی اوقات متضمن یک معامله و معاوضه طرفینی است.

طباطبایی یزدی نیز بر این مطلب تبّه داده است (ص ۱۱۷).

صاحب عواید الایام نیز می‌نویسد: «نحن نقول بوجوب الوفاء بكل وعد وقد صرح به جماعة» یعنی علاوه بر اینکه او وفاء به هر نوع وعده‌ای را واجب می‌داند معتقد است عده دیگری از فقها نیز بر این مطلب تصریح دارند (نراقی، ۴۴).

به نظر می‌رسد وعده‌هایی که متضمن هر نوع تعهدی باشند لازم الوفاء‌اند و وعده

دهنده نمی‌تواند از انجام تعهد خود استنکاف کند، بنابراین در صورتی که توافق طرفین شرط ابتدایی متضمن تعهد باشد، هر چند خارج از عقد لازم صورت پذیرد به موجب ادله وفای به شرط و عقد، لازم الوفاست<sup>۱</sup>.

۴- اشکال چهارم. شرط از ارکان عقد مشروط است مانند عوضین که در بیع رکنند. پس ذکر شرط در عقد واجب است همانگونه که ذکر بقیه ارکان (مانند عوضین) واجب است (مدرسی، ۲۲۲).

پاسخ اشکال. این دلیل جنبه عام ندارد، زیرا اولاً ذکر کلیه ارکان عقد لازم نیست. ثانیاً اغلب اقسام شرط رکن نیستند. زیرا جزء طبیعت عقد (مانند عوضین) تلقی نمی‌شوند (همانجا).

۵- اشکال پنجم. عده‌ای از علمای اهل سنت می‌گویند اصل در عقود و شروط، حظر است مگر اینکه دلیل بر جواز آن از شرع رسیده باشد. این دیدگاه «اهل ظاهر» است و بسیاری از اصول ابوحنیفه و شافعی مبتنی بر آنست. و گروهی از اصحاب مالک و احمد حنبل بر این اعتقادند با این تفاوت که دلیل احمد حنبل اصاله الحظر نیست بلکه بطلان

۱. همین امر می‌تواند مستند و جوب عمل به قولنامه باشد. در این صورت قولنامه نیز از مصادیق شروط ابتدایی خواهد بود. قولنامه نوشته‌ای است غالباً عادی، حاکی از توافق بر واقع ساختن عقدی در مورد معینی که ضمانت اجرای تخلف از آن مبلغی یعنی جریمه نکول قول یا وجه التزام است. این توافقها از نظر برخی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است (جعفری لنگرودی، ۵۵۲-۵۵۳). قانون مدنی ایران در ارتباط با قولنامه ساکت است. اما کمیسیون استفتانات شورای عالی قضایی در ۱۳۶۳ش قولنامه‌هایی را که در ضمن عقد لازم انجام نگرفته باشد فاقد اعتبار دانسته است (پاسخ سئوالات از کمیسیون و مشاورین حقوقی شورای عالی قضایی - ۲۵) اما هم اکنون عرف، قولنامه را نوعی قرارداد تلقی می‌کند و آن را موجب التزام می‌داند. این قرارداد می‌تواند در عرصه و قلمرو قراردادهای معین نباشد. ماده ۱۵۸۹ قانون مدنی فرانسه در پاراگراف اول اشعار می‌دارد: «وقتی که متبایعین نسبت به مبیع و ثمن تراضی دارند، قول فروش (و عده فروش) دارای ارزش بیع است...» این وعده می‌تواند به سایر اشکال قرار داد نیز تسری یابد زیرا مبنای آن التزام به تعهد است. یکی از حقوقدانان عرب معتقد است با استناد به قانون املاک و هم چنین قواعد عمومی عقود در قوانین مصر و لبنان، وعده معامله عقد تلقی می‌شود و باید شروط عامه انعقاد عقد را داشته باشد از طرفی قولنامه با عقد اصلی متفاوت است. وی شش اثر از آثار خاص قولنامه را برشمرده است (حسن فرج، ۲۸).



آنها را به خاطر عدم نصوص و روایات و فقدان قیاس می‌داند. برخی از اصحاب احمد حنبل، دلیلشان برای فساد شروط، مخالف بودن آنها با مقتضای عقد است. اما اهل ظاهر هیچ عقد و شرطی را به طور ابتدایی صحیح نمی‌دانند مگر آنکه با نص یا اجماع ثابت شده باشد و طرد آنها مستمر و جاری و عام است (ابن تیمیه، ۷۶/۴). آنها در ارتباط با عموماً مربوط به شرط و روایات وارده معتقدند: هر شرطی که در قرآن یا حدیث یا اجماع نباشد باطل است... چنین شروطی از نظر آنها تجاوز از حدود الهی و زیادت در دین است (همان، ۷۹). آنها برخی از شروط و تعهدات پیامبر اکرم (ص) را که در قرآن نیامده است، مانند شروط پیامبر (ص) با مشرکان در حدیبیه را منسوخ می‌دانند یا اینکه پاسخ می‌دهند این شروط عامند و با شروطی که در قرآن آمده است، تخصیص می‌خورند. دلیل دیگر آنها احتجاج به روایت ابن ابی لیلی است: «ان النبی (ص) نهی عن بیع و شرط» و این روایت در هیچیک از مجامع حدیثی نیامده است و احمد حنبل و بسیاری دیگر از علما این روایت را انکار نموده‌اند و دیگر آنکه این روایت با روایات صحیح متعارض است (همان، ۷۸).

ابن حزم در المحلی بالآثار روایت «المسلمون عند شروطهم» را روایتی مکذوب می‌داند. زیرا راوی آن کثیر بن زید و دیگر راویانی را که از او نقل کرده‌اند جرح می‌کند و روایت عطاء را نیز مرسل می‌داند. سپس توضیح می‌دهد در صورتی که روایت را صحیح بدانیم شرط را منحصر به شروط مأمور به از طرف شارع می‌داند و شروطی که در قرآن کریم و سنن صحیح از آنها نام برده شده باشد. به تعبیر او در صورتی که این قید را نپذیریم مانند این است که توهم شود شرط زنا و شرط شرب خمر و امثال آن شروط لازمی اند «وحاشا لله من هذا الضلال» (ابن حزم، ۲۴۴/۷).

این اشکال در مجموع هم دامن شروط ضمن عقد هم شروط ابتدایی و هم هر نوع عقد مستقل را می‌گیرد. زیرا شرط ابتدایی را یا مشمول مصادیق شرط می‌دانیم یا آن را یک عقد مستقل تلقی می‌کنیم.

پاسخ اشکال. اکثریت قریب به اتفاق فقهای شیعه اصالة الحظر را در عقود و شروط نپذیرفته‌اند. از طرفی شارع مقدس متکفل بیان تک تک مصادیق شروط مجاز نیست بلکه شرایط و ویژگی‌هایی کلی آنها را بیان نموده است از قبیل عدم منافات با جوهر عقد،

عدم جهالت و...

روایت «المسلمون عند شروطهم» هر چند متواتر نیست اما از طرق مختلف نقل شده است. ضمن آنکه قاعده شرط و لزوم و فاء به شرط با عنایت به سایر روایاتی که در این باب وجود دارد پذیرفته شده است و ما با اصل قاعده شرط و لزوم و فاء به شرط سروکار داریم. در مجموع شروط ابتدایی باید ویژگیهایی کلی شرط را که شارع مقدس معین فرموده است دارا باشد و در چنین صورتی صحیح و مشروع خواهد بود. همچنان که شروط ضمن عقد نیز باید این ویژگیهای کلی را واجد باشند.

### دلایل قائلان به نفوذ (قول مختار)

۱- معنای لغوی. همه لغویان شرط را به الزام و التزام در ضمن بیع و مانند آن معنی نکرده‌اند. طباطبایی به استناد قول بعضی از اهل لغت که شرط را «تعهد» معنی کرده‌اند، می‌نویسد: شرط، جعل و قرار خاصی است که موجب التزام می‌شود. به همین دلیل استعمال شرط در شروط ابتدایی را استعمال حقیقی می‌داند (ص ۱۰۵-۱۰۶).

صاحب عوائد الایام نیز معتقد است منظور از «شروطهم» در حدیث آن چیزی است که طرفین به آن ملتزم می‌شوند و معنی شرط در لغت بیش از این نیست. اما معنی دیگر که عبارت است از «مایتنفی المشروط بانتفائه» معنی است که صرفاً در عرف استعمال شده است و حتی چنانچه بپذیریم در این معنا حقیقت اراده شده باشد حقیقت عرفی است (نه شرعی) (نراقی، ۴۴).

دلیل دیگر نراقی<sup>۲</sup> این است که در روایات شرط به مفهوم مجرد التزام آمده است و از هیچکدام معنی انتفاء مشروط که عقد باشد در صورت انتفاء شرط فهمیده نمی‌شود. بلکه در موارد استشهاد به روایات اغلب، عدم انتفاء عقد وجود دارد (همانجا).

برای نمونه در حدیث بیع بریره، امام (ع) فرمود: «ان قضاء الله احق و شرطه اوثق». در این روایت به عهد خداوند با انسان اطلاق «شرط» شده است، بدون اینکه مرتبط به عقدی باشد. هم چنین در روایت «ان شرط الله قبل شرطکم» نیز، شرط به معنی التزام در ضمن عقد بیان نشده است.

۲- تبادر. آنچه از واژه شرط متبادر می‌شود، مطلق التزام است. البته در علم اصول،

استعمال را به حقیقی و مجازی تقسیم می‌کنند ولی بدیهی است که استعمال مجازی نیاز به قرینه دارد، در حالی که کاربرد شرط در معنای مورد نظر توسط عرف - یعنی مطلق التزام بدون اندراج در ضمن عقدی از عقود - همراه قرینه نیست (محقق داماد، ۵۰).

به اعتقاد برخی از محققان، عقل در تشخیص مراد متکلم، به «ظهور کلام» تمسک می‌کند که ملاک آن جز فهم عرف نیست. به نظر می‌رسد عرف از ظاهر احادیث، مطلق تعهد و التزام را می‌فهمد و تفکیکی که فقها یا حقوقدانان از معنی لفظ شرط به عمل می‌آورند، به ذهن عرف متبادر نمی‌شود. به همین دلیل در مورد عهد با خداوند مبنی بر فعل یا ترک عملی گفته می‌شود با خدای خود شرط کردم (حائری، ۱۹۷).

دلیل نراقی برای صحت شروط ابتدایی این است که متبادر از التزام، تعهد به آن است و تنها مورد استثناء آن چیزی است که مخالف با کتاب‌الله باشد. این استثناء در روایت جای اصل را نمی‌گیرد، زیرا شرطی که چنین باشد لزوم شرعی ندارد.

وی سپس اشکال مقدری را طرح می‌کند که اگر شرط مطلق التزام باشد، لازمه‌اش وجوب وفاء به هر وعده‌ای است، هر چند ضمن عقد نباشد. همچنین التزام به شروط ضمن عقود جایز است. در پاسخ می‌گوید هر نوع وعده‌ای وجوب وفاء دارد و جماعتی از اصحاب به جز شیخ انصاری به این امر تصریح کرده‌اند. پس لازمه نخست را می‌پذیرد اما در ارتباط با لازمه دوم پاسخ می‌دهد شرط ضمن عقد جایز، التزام مطلق نیست بلکه بر فرض باقی ماندن مقتضای عقد التزام دارد (نراقی، همانجا).

۳- شمول عموم ادله. برخی به حق تأکید کرده‌اند که حدیث «المسلمون (المؤمنون) عند شروطهم» عام است و هم شامل شروط ضمن عقد می‌شود و هم شامل هر نوع التزام و مشارطه محله.

دو دلیل بر دلالت حدیث بر عموم لفظ اقامه شده است: الف - قرینه استثناء. در ادامه حدیث، تنها مواردی (شرطی) استثناء شده است که حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند. پس به قرینه استثناء در می‌یابیم هر شرطی که این ویژگی را داشته باشد خواه ضمنی و خواه ابتدایی شامل عموم لفظ می‌شود.

ب - موارد استشهداد در سایر احادیث (مدرسی، ۱۹۴) که در گذشته بیان شد. ضابطه مهم در لازم الوفاء بودن شرط این است که غرضی معتد به و عقلایی در آن

نهفته باشد. زیرا در غیر این صورت، شرط لغو است و ادله وفای به شروط از آن انصراف دارد. این ضابطه هم شامل شروط ضمن عقد و هم شروط مستقل می شود. پس چنانچه شرط ابتدایی، مشتمل بر غرض عقلایی باشد مشمول عموم ادله «المسلمون عند شروطهم» و لازم الوفاء خواهد بود.

۴- نقد اجماع. این اجماع از صاحب ریاض - آنها هم در مورد شروط قبل از نکاح - نقل شده است که در آن تشکیک نمودیم. صاحب عواید الایام کلیه الزام و التزامات خارج از عقود را لازم الوفاء می دانست (نراقی، ۴۴). طباطبایی یزدی معتقد است: شیخ طوسی در نهایه، شروط بیرون از عقد نکاح را لازم الوفاء می داند (ص ۱۱۸). شاید به دلیل همین موارد نقض باشد که امام خمینی گفته است: «ثبوت شهرت واجد اعتبار یا اجماع در این مسأله مورد اشکال، بلکه ممنوع است (خمینی، ۲۲/۵). صاحب مصباح الفقاهه نیز می نویسد: اجماع تعبدی را در این مسأله نمی پذیریم» (خویی، ۳۵۳/۷).

۵- الغاء خصوصیت. به فرض که معنی شرط در حدیث نبوی، مطلق التزام (از جمله شروط ابتدایی) نباشد و صرفاً شروط ضمن عقد مورد نظر باشد، می توانیم از شروط ضمنی به شروط ابتدایی بلکه به مطلق جعل و قرار به قرینه مناسبت حکم و موضوع، «الغاء خصوصیت» کنیم (خمینی، ۹۳/۵). به این معنی که چون حکم وجوب و فاء به «مؤمنین یا مسلمین» تعلق گرفته، همین صفت (مسلم یا مؤمن بودن) اقتضا دارد که آنان به کلیه تعهداتشان عمل کنند، بدون اینکه ایفاء تعهد به شروط ضمن عقد منحصر باشد (حائری، ۱۹۷).

### انطباق لفظ شرط بر قرارداد

برای آنکه بتوانیم قرارداد نامعین را مصداقی از شروط ابتدایی بدانیم، علاوه بر اثبات صحت و نفوذ شروط ابتدایی باید لفظ شرط بر عقد (قرارداد) منطبق شود. برخی حقوقدانان معتقدند از آنجاکه عقد و قرارداد در ماهیت خود جز تعهد و التزام یک طرف در مقابل طرف دیگر نیست و همان ملاکی که در عقود وجود دارد یعنی «ارتباط اعتباری بین طرفین قرارداد» و رضای آنها به ایجاد التزام و حقی از حقوق برای متعهد له، در مورد «تعهدات ابتدایی» نیز وجود دارد.

بنابراین می‌توان گفت نتیجه‌ای که از لازم الوفاء بودن شروط ابتدایی به دست می‌آید این است که قراردادهای اصولاً صحیح و لازم الوفاء‌اند، مگر اینکه دلیلی بر فساد آنها اقامه شود. همچنان که برخی از فقها (انصاری، ۸۵) به همین حدیث (المؤمنون عند شروطهم) برای اثبات «لزوم عقود» و برخی دیگر (مراغه‌ای، عنوان اصالة الصحة) برای «صحت عقود» و بعضی (جیلانی، غنائم الایام، ۷۳۹) نیز برای اثبات صحت شروط به آیه شریفه اوفوا بالعقود تمسک نموده‌اند. واضح است که اثبات لزوم و صحت عقود به وسیله دلیلی شرط و نیز اثبات صحت شرط به دلیل آیه مذکور، فرع بر صدق عرفی معانی آنها بر یکدیگر است (حائری، ۲۰۱).

مؤید این مطلب این است که در بسیاری از کتب فقهی اهل سنت، عقود و شروط مترادف یکدیگر به کار رفته است. نام یک فصل از کتاب الفتاوی الکبری از ابن تیمیه (۶۶۱-۷۲۸) عبارت است از «فی العقود و الشروط فیها فیما یحل منها و یحرم و ما یصح منها و یفسد» (ابن تیمیه، ۷۶/۴).

در برخی دیگر از کتب معاصر اهل سنت به تبعیت از قدمای اهل سنت علاوه بر اینکه عقود و شروط در کنار یکدیگر به بحث و بررسی گذاشته شده، شرایط و صفات و محدودیت‌های این دو به صورت یکسان ذکر شده است (زحیلی، ۱۹۶/۴ به بعد).

در مجموع، شرط ابتدایی در صورتی که دارای دو طرف بوده و یک تعهد طرفینی خارج از عقود باشد نوعی قرارداد است که می‌تواند در قالب قراردادهای معهود در فقه و حقوق عرفی نباشد ضمن آنکه واجد شرایط عمومی صحت قراردادهای معهود باشد. اما اینکه چگونه شرط ابتدایی به یک قرارداد مستقل تبدیل می‌شود باید گفت که شرط ابتدایی تعهدی است لازم که شخص با قصد انشاء یک طرفه علیه خود به وجود می‌آورد. اگر در قبال چنین شرطی شخص دیگری نیز چنان شرطی بنماید که در قبال شرط آن طرف معامله قرار گیرد، به نحوی که تصویری از بیان اراده انشایی دو طرف به توافق در ایجاد تعهد در برابر یکدیگر باشد، در واقع شرط ابتدایی، حالت شرط ضمن عقد را پیدا کرده و نفوذ پیدا می‌کند و به نظر برخی حقوقدانان این فتوا بیشتر منطبق با حقیقت و ماهیت شرط است تا نسبت به نظریه آنانی که شرط ابتدایی را باطل می‌دانند، زیرا شرط ابتدایی فاقد شرایط اساسی صحت برای شروط نیست تا باطل گردد، بلکه

عیب آن یک طرفه بودن تعهد است که در صورت الحاق تعهد موافق طرف دیگر به آن، عیب مذکور مرتفع و شرط ابتدایی نفوذ پیدا می‌نماید (افتخاری، ۲۲۷). این همان است که با قرار گرفتن تعهد موافق دو طرف در برابر یکدیگر، قرارداد به وجود می‌آید، که اگر مخالف صریح قانون نباشد، آن قرارداد طبق ماده ۱۰ ق.م. نافذ خواهد بود... پس ملاحظه می‌شود که تعهد، گاهی مستقلاً موضوع عقد قرار می‌گیرد. یعنی موضوع عقد را تشکیل می‌دهد و زمانی در ضمن عقد یا قرارداد منعقد، تعهد دیگری به عمل می‌آید که به تبع تعهد اصلی الزام آور می‌شود یعنی تبعاً جزء مورد عقد قرار می‌گیرد که آن را شرط ضمن عقد می‌گویند (همان، ۲۲۸). این استدلال متکی بر این است که شرط را مطلق الزام و التزام (تعهد) معنی کنیم که در این صورت شامل تعهدات ابتدایی که در قالب یک قرارداد (خواه معین یا نامعین) بروز و ظهور می‌یابد، می‌شود.

### نتیجه

براساس ماده ۱۰ قانون مدنی، قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. بدین ترتیب قراردادهای نامعین نیز که در قانون نامی از آنها برده نشده است نیز صحیح و نافذ خواهند بود. در این نوشتار اثبات گردید یکی از مبانی فقهی قراردادهای نامعین که به این گونه قراردادهای مشروعیت و صحت می‌بخشد «شروط ابتدایی» است. پس از بررسی معنای لغوی و اصطلاحی شرط و مروری بر روایات وارده دلایل قائلان به بطلان شرط ابتدایی مطرح و پاسخ اشکالات بیان شد. در ادامه، پنج دلیل برای صحت شروط ابتدایی بیان گردید.

نخست اینکه در معنای واژه شرط، پیروی از اهل لغت را همچون نراقی و طباطبایی یزدی لازم ندانسته‌اند، آن را به مطلق تعهد و الزام و التزام معنا کردیم که در این صورت ادله شرط مانند «المؤمنون عند شروطهم» شامل شرط ابتدایی نیز می‌شود. سپس بیان شد که متبادر از لفظ شرط نزد عرف عامه نیز همین معناست. در ادامه به روایاتی اشاره شد که در آنها نیز واژه شرط بدون قید اندراج در ضمن عقدی از عقود آمده است. در مورد اجماعی که از صاحب ریاض مبنی بر بطلان شروط سابق بر عقد نکاح نیز نقل شده است موضع ما تشکیک در آن به دلیل وجود اقوال مخالف و عدم پذیرش اجماع تبعیدی

و اکتفا به مورد اجماع در مبحث نکاح بود. علاوه بر اینها شمول ادله و فاء به عقد و شرط نیز شامل هر نوع التزام و مشارطه محله می شود و ضابطه آن، عقلایی بودن و سایر شرایط کلی است که در شرع مقدس اسلام بر آنها تأکید شده است. آخرین دلیل نیز «الغاء خصوصیت» در تفسیر روایات این باب است. به این معنا که حکم و جوب و فاء به تعهدات به مؤمنان یا مسلمانان تعلق گرفته است و همین صفت اقتضا دارد که آنان به کلیه تعهداتشان عمل کنند، خواه در ضمن عقد باشد و خواه به صورت شرط مستقل. در نهایت آنچه شرط ابتدایی را به عنوان مبنایی فقهی برای قراردادهای نامعین تصحیح می کند، صدق عنوان شرط بر قرارداد (عقد) است، که صدق آن با ذکر شواهدی از نمونه استدلالهای فقها بیان گردید.

در انتها یادآور می شود در ارتباط با کلیه عقود و شروط اعم از معین و محصور یا نامعین و غیر معهود، ضابطه کلی این است که مبنای شرع در معاملات بر توفیقی بودن نبوده است. لذا هر جا که شارع مقدس از عقد یا شرطی ردع کرده باشد می پذیریم و هر جا ردع و منعی وارد نشده باشد، اصل اولیه بر جواز و صحت است.

### کتابشناسی

- آخوند خراسانی، کفایة الاصول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ق.
- ابن تیمیه، امام تقی الدین، الفتاوی الکبری، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۸ق.
- ابن حزم، المحلی بالآثار، بیروت، دار الآفاق الجدید، بی تا.
- ابن منظور، لسان العرب، بیروت، دارلسان العربی، بی تا.
- افتخاری، جواد، کلیات عقود و حقوق تعهدات، تهران، میزان، ۱۳۸۲ش.
- انصاری، مرتضی. المکاسب، به خط طاهر خوشنویس، تبریز، بی تا.
- بجنوردی، سیدمیرزا حسن، القواعد الفقهیه، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۹ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۷ش.
- جیلانی، میرزا ابوالقاسم، جامع الثقات، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۹ش.
- همو، غنائم الایام، قم، مرکزالابحاث و الدراسات الاسلامیه، ۱۴۱۷ق.

حائری، مسعود، اصل آزادی قراردادهای و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، تهران، کیهان، ۱۳۷۳ ش.

حرامعلی، محمد بن حسن، وسایل الشیعه الی تحصیل مسایل الشریعه، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.

حسن فرج، توفیق، الوجیز فی عقد البیع، قم، الدار الجامعیه، ۱۹۸۸ م.

خمینی، روح الله، البیع، تهران، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۷ ق.

خوانساری، احمد، جامع المدارک، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۹۴ ق.

خویی، سیدابو القاسم، مصباح الفقاهه، قم، وجدانی، بی تا.

راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، المفردات، بیروت، دارالمعرفه، بی تا.

زبیدی، محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار مکتبه الحیاة، بی تا.

زحیلی، وهبه، الفقه اسلامی و ادلته، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۴ ق.

سرخسی، محمد بن احمد، شرح سیر الکبیر، حیدرآباد دکن، بی تا.

سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۷۰ م.

شریف احمد، محمد، مصادر الالتزام فی القانون المدنی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۹۹ م.

شیخ احمد رضا، متن اللغة، بیروت، دار مکتبه الحیاة، ۱۳۷۹ ق.

صنایعی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.

طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، تهران، چاپ سنگی، بی تا، ۱۳۱۷ ق.

عاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه، قم، آل البیت، بی تا.

عبدالقادر رازی، محمد بن ابی بکر، مختار الصحاح، بیروت، دار ابن کثیر، بی تا.

غروی اصفهانی، محمد حسین، حاشیه المکاسب، چاپ سنگی، بی تا.

فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، قاموس المحيط، بیروت، دارالفکر، بی تا.

فتواتی، جلیل و همکاران، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، تهران، سمت، ۱۳۷۹ ش.

کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۴ ش.

محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی ۲، تهران، سمت، ۱۳۸۰ ش.



- مدرسی، سید محمد تقی، *الفقه الاسلامی قسم المعاملات*، بیروت، دارالصادق، ۱۳۹۳ق.  
مراغه‌ای، میرفتاح، *عناوین، چاپ سنگی*، تبریز، بی‌نا، ۱۲۷۴ق.  
مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، بیروت، مؤسسه علمی، بی‌تا.  
معروف حسینی، هاشم، *نظریه العقد فی الفقه الجعفری*، بیروت، ناشر مؤلف، بی‌تا.  
نراقی، مولی احمد، *عوائدالایام*، قم، مکتبه بصیرتی، بی‌تا.  
نوری، میرزا حسن، *مستدرک الوسائل*، بیروت، مؤسسه آل‌البتیة الاحیاء التراث، ۱۴۰۸ق.

*International Encyclopedia of Laws, Vol 2 (Contracts), Cluwer, 1999.*