

واکوی شروط ابتدایی و تبانی بارویکردی به نظر امام خمینی^(س)

عبدالجبار زرگوش نسب^۱

چکیده: شرط که در لغت به معنای الزام و التزام به کار رفته در اصطلاح فقها به معانی مختلفی آمده است. مقصود از شرط در اینجا آن است که متعاملین یا یکی از آن دو خارج از عقد یا ضمن آن به چیزی ملتزم شوند. شرط به این اصطلاح بر سه نوع است: الف- شرط ابتدایی که مانند وعده است و صرفاً یک تعهد و التزام پیش از عقد است. ب- شرط تبانی آن است که قبل از عقد، دوطرف معامله به آن توافق کرده و عقد بر اساس آن واقع می‌شود، بدون آنکه در ضمن عقد بیان شود. ج- شرط ضمن عقد که در متن عقد ذکر می‌شود؛ مانند شرط فعل، شرط نتیجه و شرط صفت.

دستیابی به نحوه التزام یا عدم التزام به شرط ابتدایی و تبانی و مشخص کردن جنبه‌های مثبت و منفی و نقاط مشترک و اختلافی میان دیدگاه‌ها برای دستیابی به نظرات مثبت و سازنده بر ضرورت و اهمیت انجام این پژوهش می‌افزاید. با توجه به ابتلای جامعه به انجام معاملات و عقود مختلف از یک سو، و کثرت مشروط شدن آن عقود؛ تحلیل فرآیند التزامات دو طرف عقد از منظر فقها به عنوان یک پدیده امروزی، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. در این تحقیق که به روش توصیفی - تحلیلی انجام پذیرفته، ماهیت شرط ابتدایی و تبانی و وجوب عمل و التزام به آنها از منظر فقها و امام خمینی مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها: شرط ابتدایی، شرط تبانی، امام خمینی، شرط ضمن عقد، الزام و التزام

مقدمه

شرط در کتاب‌های لغوی در معانی متعددی؛ از جمله دو معنای الزام و التزام به کار رفته است و از لحاظ اصطلاحی نیز در علوم مختلف؛ مانند نحو، فلسفه و کلام در معانی گوناگونی کاربرد دارد. آنچه در این تحقیق مورد بررسی قرار می‌گیرد شرط به معنای اصطلاحی‌اش در فقه؛ یعنی الزام و التزام است. این شرایط گاهی در عبادات مطرح می‌شوند و گاهی در عقود و ایقاعات مورد بررسی قرار می‌گیرند. بحث در اینجا پیرامون شرایطی است که در عقود ذکر می‌شوند. گاه توسط متعاملین یا یکی از آن دو، قبل یا بعد و یا در ضمن عقد شرایطی قید می‌شود که هر کدام از آنها حکم مخصوص به خود را دارا است. برخی از آنها الزام‌آور هستند و برخی هم، چنین نیستند. بعضی از آنها صحیح و برخی هم باطل و فاسدند.

شرط ضمن عقد نیز خود دارای اقسامی است؛ برخی آن را مشتمل بر سه نوع؛ یعنی شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل، عده‌ای نیز آن را منحصر در شرط فعل و شرط صفت، و گروهی هم منقسم به دو شرط، شرط فعل و شرط نتیجه دانسته‌اند. این شروط به جز شرط نتیجه که تخلف و نقض آن ممکن نیست و از این رو بحث از ضمانت اجرایی آن جایی ندارد، از لحاظ اینکه الزام آورند یا نه مورد بحث قرار گرفته‌اند.

این پژوهش به دو نوع از شروط؛ شرط ابتدایی و شرط تبانی می‌پردازد. احکام هر یک از آنها از جهت التزام و عدم التزام با توجه به ادله و مستندات و نظرات فقها و حقوقدانان بیان می‌شود.

۱) مفهوم شناسی شرط و تحلیل آن

شرط در لغت به معنای الزام و التزام به آن است (شرتونی ۱۴۰۳ ج ۱: ۵۸۳) چنانکه در بیع و غیر بیع به همین معنا آمده است (فیروز آبادی بی تا ج ۲: ۳۶۸) نیز گفته شده، شرط عبارت است از آنچه از نبود آن، نبود مشروط لازم می‌آید ولی از وجود آن، وجود مشروط لازم نمی‌آید؛ مانند طهارت نسبت به نماز (شهید اول ۱۴۱۰ ج ۱: ۶۴) این معنی در برابر سبب است؛ چون در تعریف سبب گفته شده است: آنچه از وجود آن، وجود مشروط و از عدمش عدم مشروط لازم می‌آید، پس این تلازم در وجود، شرط را خارج می‌کند؛ زیرا در شرط، از وجود مشروط وجود مشروط لازم نمی‌آید، ولی از نبود شرط، نبود مشروط لازم می‌آید. شرط همان جعل و تقریری است که التزام را به دنبال خود آورده و موجب ضیق بر مشروط علیه می‌گردد (طباطبایی یزدی ۱۳۷۸: ۱۰۵) شرط 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 (مراغی حسینی ۱۴۱۸ ج ۲: ۲۷۲) شرط مانند عقد، التزامی است که فرد نسبت به نفس خود یا مال خود در محدوده ای که صلاحیت آن را دارد برعهده می گیرد (مدرسی ۱۳۹۳: ۲۱۶) به نظر سنهوری شرط امری است مربوط به آینده که حدوث یا زوال تعهد منوط به آن است (سنهوری ۱۹۷۰ ج ۳: ۷).

امام خمینی شرط را به معنای الزام و التزام در ضمن عقد می داند خواه در بیع باشد یا در غیر بیع، اما اگر شرط بدون وابستگی و تقیید عقد به آن واقع شود شرط ابتدایی است (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۳۰۶-۳۰۷).

ایشان معتقد است معامله بر شرط معلق نشده به طوری که موجب تقیید عوضین گردد. امام ضمن انکار رابطه تعلیق و توقف بین عقد و شرط، با صراحت ابراز می دارند که شرط و عقد در مقام انشا از یکدیگر جدا و مستقل هستند. اگر غرض و هدف متباین تلازم و پیوستگی بین عقد و شرط باشد به طوری که به حسب عرف قابل انحلال به دو چیز نباشد، نمی توان عقد بدون شرط را پذیرفت (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۱: ۱۳۵) به نظر مرحوم خویی شرط، معنای عرفی و اصطلاحی یکسانی دارد که همان ربط و اناطه است ایشان می گوید: اناطه گاهی تکوینی است مانند شروط تکوینی از قبیل تقیید معلول به علتش، گاهی جعل شرعی است، مانند شروط شرعی از قبیل طهارت نسبت به نماز، البته در این قسم نیز پس از جعل شارع، اناطه و توقف بر شرط تکوینی است، مثلاً پس از آنکه شارع طهارت را در نماز دخیل قرارداد، توقف نماز بر طهارت، امری تکوینی و عقلی است و گاهی جعلی محض است مانند شروط قراردادی در معاملات (توحیدی ۱۳۷۱ ج ۷: ۹۷). شیخ انصاری می گوید: شرط بر دو معنی اطلاق می شود؛ یکی از معانی آن عبارت است از همان معنای حدثی، که شرط به این معنی مصدر شرط است؛ یعنی الزام و التزام به چیزی. شرطی که التزام آور می باشد آن است که در متن عقد بدان ملتزم گردند. معنای دوم عبارت است از آنچه که از عدمش، عدم لازم می آید، آن هم بدون ملاحظه اینکه آیا از وجودش، وجودی هست یا نه؟ لذا شرط به این معنا اسم جامد است نه مصدر (انصاری ۱۴۳۴ ج ۶: ۱۱-۱۲).

یک از فقهای معاصر می گوید: شرط در غیر معنای ضمن عقد مجاز نیست و اما اینکه در کتاب های لغت شرط را صرفاً به معنای الزام و التزام در بیع قرار داده اند، این تساهلی بوده که

صورت گرفته و گرنه چنانچه دقت می کردند حداقل قائل به مجاز بودن آن در غیر بیع می شدند که آن را هم نگفته اند (موسوی بجنوردی ۱۳۸۳ ج ۲: ۳۷۵).

ایشان درباره معنای مجازی بودن شرط می فرماید: معنای دوم شرط این است که شرط چیزی است که از عدم آن عدم، لازم می آید بدون اینکه ملاحظه شود که آیا از وجود آن هم وجود لازم می آید یا خیر؟ مثل وضو برای نماز که از نبود آن نماز حاصل نمی شود ولی اینگونه نیست که از وجود وضو وجود نماز هم حتماً حاصل گردد چرا که بسا انسان وضو می گیرد ولی نماز نمی خواند. شرط به این معنا اسم جامد است و مصدر نداشته و معنای حدثی ندارد و اشتقاق مشروط از شرط برحسب قاعده نیست (موسوی بجنوردی ۱۳۸۳ ج ۲: ۳۷۵).

۲) انواع شرط از نظر التزام و ارتباط با عقد

شرط از جهت ارتباط و التزام با عقد به سه قسم تقسیم می شود: شرط ابتدایی، شرط تبانی و شرط ضمن عقد. در این نوشتار دو شرط اول مورد بررسی قرار می گیرند.

۲-۱) ماهیت شرط ابتدایی

شروط ابتدایی، شروطی هستند که در متن عقد ذکر نشده بلکه تعهدات و التزاماتی هستند که بدون اینکه عقدی به دنبال آن بیاید یکی از طرفین معامله برای دیگری شرط می کند، که حکم آن، عدم التزام به اینگونه شرطها است (موسوی بجنوردی ۱۴۲۶ ج ۳: ۲۵۲؛ نجفی خوانساری ۱۳۷۳ ج ۲: ۱۲۳؛ توحیدی ۱۳۷۱ ج ۷: ۳۵۲) و نیز آمده که شرط ابتدایی عبارت است از تعهدی یک طرفه و آن تعهدی است که شخص به قصد یک طرفی خود علیه خود ایجاد می کند (موسوی بجنوردی ۱۴۲۶ ج ۳: ۲۵۱) همچنین گفته شده: همان التزامات ابتدایی و تعهدات مستقل غیر مرتبط با عقد که با لفظ انشا شده؛ ولی با انشای مستقل در آن جایی که اصلاً عقدی در میان نبوده است (انصاری ۱۴۳۴ ج ۶: ۵۵).

شروط ابتدایی تعهدات و التزاماتی هستند که بدون اینکه عقدی به دنبال آن بیاید یکی از طرفین معامله برای دیگری می کند، که حکم آن، عدم التزام به اینگونه شرطها است (نجفی خوانساری ۱۳۷۳ ج ۲: ۱۲۳) همان التزامات ابتدایی و تعهدات مستقل غیر مرتبط با عقد که با لفظ انشا شده؛ لکن با انشای مستقل در آن جایی که اصلاً عقدی در میان نبوده است. این قسم تعهدات را تعهدات و شروط ابتدایی گویند (موسوی بجنوردی ۱۳۸۳ ج ۲: ۴۹۵).

امام خمینی فرموده: به حدیث «المسلمون عند شروطهم»^۱ بر شروط ابتدایی استدلال شده به ادعای اینکه شروط شامل شرط ابتدایی نیز می‌شود به دلیل تبادل و روایات (امام خمینی ۱۴۲۱ ج: ۱: ۱۳۰). به نظر امام قول به الغای خصوصیت عرفی - به مناسبت حکم و موضوع - از شروط ضمنی و سرایت حکم به شرط ابتدایی بلکه به مطلق قرار بعید نیست، به اینکه گفته شود: عرف از قول پیامبر^(ص) «المؤمنون عند شروطهم»^۲ می‌فهمد آنچه مسلمان به آن ملزم است جعل و قرار است بدون اینکه شرط در آن دخالت داشته باشد، ابتدایی، ضمنی و سایر تعهدات در آن یکسانند بنابراین شامل شروط ابتدایی نیز می‌شود. به بیانی دیگر به فرض اینکه معنی شرط در حدیث نبوی، مطلق التزام از جمله شروط ابتدایی نباشد و صرفاً شروط ضمن عقد مورد نظر باشد، می‌توانیم از شروط ضمنی به شروط ابتدایی بلکه به مطلق جعل و قرار به قرینه مناسبت حکم و موضوع، الغای خصوصیت کنیم (امام خمینی ۱۴۲۱ ج: ۱: ۱۴۱). شرط ابتدایی عبارت است از تعهد و قراردادی که مستقل و جدا از عقد باشد، در اینکه چنین تعهدی در واقع شرط است یا نه، اختلاف است. بعضی گفته‌اند: تعهدی که ضمن عقد نباشد شرط به شمار نمی‌رود، هرچند به طور مجاز عنوان شرط بر آن اطلاق گردد. درحقیقت چنین تعهدی وعده به شمار می‌رود (انصاری ۱۴۳۴ ج: ۵: ۵۳؛ توحیدی ۱۳۷۱ ج: ۲: ۱۴۲).

۲-۲) ماهیت شرط تبانی (بنایی)

شروطی هستند که قبل از عقد بر آن تبانی و توطئه صورت گرفته، ولی به هنگام عقد ذکر از آنها نشده است (توحیدی ۱۳۷۱ ج: ۷: ۳۵۲). در قواعد فقهیه شرط تبانی به دو قسم زیر تقسیم شده: یک - شروطی که تبانی و توافق بر آنها در خارج از عقد صورت گرفته و عقد بر آن بنا شده بدون آنکه این شرط را در ضمن عقد بیان کنند. به این شروط، شروط تبانی گویند. دو - آن قسمی که تبانی و توافق بر آن قبلاً صورت گرفته و عقد بر آنها نهاده نشده بلکه در هنگام عقد از آن غافل بوده‌اند. درواقع این قسم از جهت عدم ارتباطش به عقد، برگشت به قسم دوم [شروط ابتدایی] می‌کند. چراکه انشا با لفظ را شامل نمی‌شود بلکه تنها یک تبانی و توافقی در خارج صورت گرفته است (موسوی بجنوردی ۱۴۲۶ ج: ۳: ۲۵۲ به نقل از موسوی بجنوردی ۱۳۸۳ ج: ۲: ۴۹۵؛ شهید اول ۱۹۷۹ ج: ۳۰۳).

۱. (ر.ک: حرعاملی ۱۳۹۹ ج: ۱۵: ۴۹).

۲. همچنین ر.ک: (کلینی ۱۳۸۸ ج: ۵: ۴۰۴؛ شیخ طوسی ۱۳۶۵ ج: ۴: ۳۷۱؛ حرعاملی ۱۳۹۹ ج: ۱۵: ۳۰).

شروط تبانی، شروطی هستند که قبل از عقد بر آن تبانی صورت گرفته لکن در هنگام عقد ذکر از این شروط نشده است (موسوی بجنوردی ۱۴۲۶ ج ۳: ۲۵۲؛ نجفی خوانساری ۱۳۷۳ ج ۲: ۱۲۳؛ توحیدی ۱۳۷۱ ج ۷: ۳۵۲) نیز گفته شده: شروطی که توافق و تبانی بر آنها در خارج از عقد صورت گرفته و عقد بر آنها بنا شده بدون آنکه این شرط را در ضمن عقد بیان کنند (موسوی بجنوردی ۱۴۲۶ ج ۳: ۲۵۱) آن قسمتی که تبانی و توافق بر آن قبلاً صورت گرفته و عقد بر آنها نهاده نشده بلکه در هنگام عقد از آن غافل بوده‌اند، در واقع این قسم از جهت عدم ارتباطش به عقد؛ به شروط ابتدایی برمی‌گردد؛ زیرا که انشا با لفظ را شامل نمی‌شود بلکه تنها یک تبانی و توافقی در خارج صورت گرفته است (موسوی بجنوردی ۱۴۲۶ ج ۳: ۲۵۱). در شرط تبانی هیچ بیانی صورت نمی‌گیرد، لکن داعی یا خواست باطنی طرفین بر آن دلالت دارد (علی آبادی ۱۳۸۸: ۲۴۲).

لنگرودی می‌گوید: هر شرط که به موجب عقد به نفع کسی و به ضرر دیگری مقرر شده باشد، شرط ضمن عقد نامیده می‌شود، ولو اینکه مذاکره راجع به شرط قبل از انعقاد عقد باشد و عقد با توجه به مذاکره قبلی منعقد گردد. در مقابل شرط ابتدایی استعمال شده است (جعفری لنگرودی ۱۳۶۹: ۳۸۳) ایشان معتقد است مذاکراتی که طرفین قرارداد پیش از عقد می‌کنند و روی آن توافق دارند و لکن در مورد عقد، تصریح به آن مذاکرات نمی‌کنند به نام‌های شرط تبانی و شرط بنایی خوانده می‌شود (جعفری لنگرودی ۱۳۶۹ ج ۱: ۱۰۰) 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 (افتخاری ۱۳۸۲: ۲۲۷).

۳) نقد و بررسی التزام و عمل به شروط تبانی

۳-۱) وجوب عمل به شرط تبانی از نظر امام خمینی

آیا عمل به شرط تبانی قبل از عقد واجب است؟ اگر عقد با تبانی دوطرف معامله بر شرطی قبل از عقد واقع شود، آیا مانند شرطی که در عقد ذکر شده، عمل به آن واجب است و سایر آثار بر آن مترتب می‌شود؟ آیا با وجود قرینه عرفی، تفاوتی بین شرط و سایر قیود، در تبانی بر آنها هنگام اجرای عقد وجود دارد یا خیر؟

ممکن است تصور شود که شرط مطلقاً به قید رجوع می‌کند، بدون هرگونه تفاوت بین شرط و سایر قیود در تبانی بر آنها هنگام اجرای عقد، پس وقوع عقد بر مقید در صورت وجود قرینه

عرفی کفایت می‌کند. ولی لازمه این احتمال، نپذیرفتن خيار تخلف شرط به صورت مطلق یا درخصوص اشتراط اوصاف است.

اما در بيع کلی چون هر قیدی به عنوانی کلی ملحق می‌گردد، و عدم وجود آن قيد موجب تخلف از شرط می‌شود؛ چون آنچه عقد بر آن واقع شده را ادا نکرده و از شرط تخلف کرده است. و اما در بيع اعیان خارجی چون فقدان قيد به خيار تخلف قيد یا تخلف وصف برمی‌گردد، لذا این خيار در عرف و عقل با خيار تخلف شرط تفاوت دارد (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۳۰۶-۳۰۵).

تبانی قبل از عقد قرینه‌ای است بر اینکه عقد بر آن شرط واقع شده است. این تبانی در صورتی نزد عقلا قرینه است که ثمن یا مثنی ذکر نشود، مثل آنکه بعد از تبانی گفته شود: (بعتک هذا) و ثمن را ذکر نکند، یا بگوید: (بعتک بألف) و مثنی را ذکر ننماید. اما اگر بعضی از ثمن یا مثنی را ذکر نماید دیگر تبانی نزد عقلا قرینه نمی‌باشد؛ مثل آنکه تبانی نمایند بر اینکه ثمن هزار دینار و هزار درهم است و با تکیه بر آن بگوید: به هزار دینار فروختم، در این صورت تبانی از بین می‌رود، چون جزء ثمن ذکر نشده، پس عدم ذکر جزئی از ثمن یا مثنی، قرینه بودن -قرینه عقلائی- را منتفی می‌سازد. امام مطلب فوق را نپذیرفته چون شرط به نظر ایشان مانند جزء نیست (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۳۱۰).

از امام خمینی در مورد شرطی که عقد بر مبنای آن واقع شده چنین سؤال شده: شخصی به عنوان اینکه فرد سالمی است دختری را از خانواده‌ای به عقد خود در آورد و بعد از عقد معلوم شده که هروثینی و معتاد است، این عقد چه صورتی دارد؟ امام در جواب فرموده: اگر عدم اعتیاد در ضمن عقد شرط [شده] یا عقد مبنی بر آن واقع شده باشد، زن حق فسخ دارد (امام خمینی ۱۳۷۲ ج ۳: ۸۵).

۲-۳) نظرات و آرای فقها درباره التزام به شرط تبانی

اگر شرط در ضمن عقد ذکر نشود التزام آور نیست؛ لذا شرط بنایی چون در متن عقد به آن اشاره نمی‌شود، التزام آور نیست.

شیخ انصاری درباره شروط تبانی می‌گوید: ممکن است گفته شود، هرگاه طرفین در عقد بر شرطی تبانی کنند، آن شرط قيد معنوی برای عقد است. لذا تنها با عمل به این شرط، ممکن است به این عقد خاص وفا نمود و عقد بدون آن، تجارت بدون رضایت طرفین است؛ زیرا توافق ایشان

مقید به حصول شرط است. به همین جهت فقها تصریح کرده‌اند که شرط جزئی از احوال‌العوضین است. پس فرق بین اینکه گفته شود: این عبد را به ده درهم به تو می‌فروشم به شرطی که مال او نیز برای تو باشد، و بین توافق آنها بر تعلق مال عبد به مشتری، نمی‌باشد؛ لذا می‌گوید: این عبد را به ده درهم به تو فروختم؛ و ده درهمی که همراه مال عبد برای مشتری است قصد می‌کنند. به علاوه شرطی که عقد مبتنی بر آن نیست از عموم «المؤمنون عند شروطهم» خارج است. بلی، اگر آن شرطی که قبلاً بر آن تبانی کرده‌اند فراموش نموده و عقد را بر آن شرط مبتنی نسازند، به طوری که عوضی مقرون به شرط را در نظر بگیرند، حکم به صحت عقد و عدم لزوم شرط وجیه است (انصاری ۱۴۳۴ ج ۶: ۵۵-۵۶).

پس شیخ انصاری بین شرط ابتدایی و شرط تبانی تفاوت قائل شده به نظر ایشان اولی الزام‌آور نیست ولی دومی اگر فراموش نکنند و بر آن هنگام عقد بنا بگذارند که عقد را مبتنی بر آن واقع سازند الزام‌آور است.

اما اگر تبانی بر شرط فاسد باشد عقد فاسد و باطل است (انصاری ۱۴۳۴ ج ۶: ۵۵-۵۶) البته در آخر نظر قوی‌تر عدم وفا به هر شرطی که در متن عقد ذکر نشود می‌داند، چنین بیان کرده: اقوا این است شرطی که در متن عقد ذکر نشود مؤثر نیست؛ زیرا وفا به نفس شرط سابق لازم نیست چون آنچه قبلاً تحقق پیدا کرده یا وعده به التزام است یا التزام تبرّعی است یعنی طرف خودش را ملزم به انفساخ خیار می‌کند، بنابراین وفای به شرط در هیچ کدام واجب نیست، گرچه عقد لاحق نیز مبنی بر همان شرط سابق است، اما چنین عقدی شرط را لازم نمی‌کند؛ چون شرط سابق یک الزام مستقلی است و ربطی به التزام عقد ندارد (انصاری ۱۴۳۴ ج ۵: ۵۹).

علامه حلی می‌گوید: وقتی حکم شرط، معتبر است که در متن عقد ذکر شود، بلی اگر دو طرف قبل از عقد شرط کنند و سپس بر اساس همان شرط معامله کنند، شرطشان صحیح خواهد بود (علامه حلی ۱۴۱۳ ج ۵: ۶۳).

شیخ انصاری در دنباله سخن علامه حلی می‌گوید: اگر منظور از عبارت «معامله مبنی بر شرط قبل از عقد» اشاره به آن در متن عقد باشد، به این نحو که فروشنده بگوید طبق همان شرطی که قبل از عقد ذکر شده بود فروختم در این صورت، همان شرط در متن عقد می‌شود و اگر مراد از آن عبارت، این باشد که طرفین شرط را قصد کرده و بنا را بر شرط قبل از عقد گذاشته‌اند همان تأثیر شرط مقدم بر عقد است (انصاری ۱۴۳۴ ج ۵: ۵۸) نظر مشهور فقها: اکثر فقها شرطی که در متن

عقد ذکر نشده باشد خواه شرط ابتدایی یا شرط تبانی الزام آور نمی‌داند؛ در *المکاسب آمده*: «ظاهر کلمات اکثر فقها این است شرطی که در متن عقد ذکر نشده هیچ لزومی ندارد و احکام شرط نیز بر آن جاری نمی‌گردد، اگر چه عقد هم مبتنی بر آن باشد (انصاری ۱۴۳۴ ج ۶: ۵۶-۵۵).

فقها اجماع دارند بر اینکه شروطی که در متن عقد ذکر نشده اند الزام آور نیستند؛ شیخ انصاری گفته: در کتاب *ریاض*^۱ از برخی فقها اجماعی نقل شده است که بر اساس آن وفای به شرطی که در متن عقد شرط نشده لازم نیست. البته بعد از آنکه خود صاحب *ریاض* مدعی اجماع بر عدم لزوم شرطی که قبل از عقد نکاح شرط شده، گردیده است، با بررسی کلمات فقها در باب بیع و نکاح صدق این ادعا و نقل اجماع روشن می‌شود (انصاری ۱۴۳۴ ج ۶: ۵۶).

در *المکاسب آمده*: در مورد شروطی که در متن ذکر نمی‌شوند وجهی ذکر کردند که بی‌جهت نیست و آن باطل شدن عقدی است که بر این شرط واقع شده است، چون شرط نیز ارکان عقدی است که مشروط بدان است، بلکه شرط مانند جزئی از «احدالعوضین» است. بنابراین ذکر آن در ایجاب و قبول همانند اجزای دیگر عوضین است، شهید اول در کتاب *غایة المراد* (۱۴۱۸ ج ۲: ۱۶) به وجوب ذکر ثمن در ضمن عقد، عدم بی‌نیازی و عدم اکتفا به ذکر قبلی آن تصریح کرده است، همانطور که می‌گوید: به یک درهم به من بفروش، و بایع بگوید: به تو فروختم، مشتری نیز بگوید قبول کردم (انصاری ۱۴۳۴ ج ۶: ۵۷).

بعضی از فقها معتقدند که شرط بنایی، مشروع و الزام‌آور است از جمله این فقها صاحب *جواهر* (نجفی ۱۳۶۵ ج ۲۳: ۱۹۸) سید محمد کاظم یزدی (طباطبایی یزدی ۱۳۷۸: ۱۱۸) خویی هستند (توحیدی ۱۳۷۱ ج ۶: ۱۳۴) مهم‌ترین دلیل آنان این است که عموماً مانی مانند «المؤمنون عند شروطهم» محقق می‌شود هنگامی که موضوع محقق شد، ترتب حکم قهری است (طباطبایی یزدی ۱۳۷۸: ۱۸۸) سؤالی از سید محمد کاظم یزدی در خصوص شرط بنایی شده است. متن سؤال و جواب بدین شرح است. سؤال: زید می‌خواهد ملکی را به عمرو بفروشد، دوش شرط مابین آنها می‌شود ولی در ضمن صیغه، مذاکره شروط فراموش می‌شود و بعد از صیغه، خریدار به آن شرایط رفتار نمی‌کند، آیا فروشنده می‌تواند فسخ اصل معامله را بکند یا خیر؟ و شروط هم شروطی بود که اگر خریدار قبول نمی‌کرد فروشنده هم نمی‌فروخت. حکم الله را مرقوم فرمایید.

۱. (طباطبایی ۱۴۱۲ ج ۲: ۱۱۶) این مطلب و اجماع بر خلاف آنچه محقق داماد به شیخ انصاری و صاحب *ریاض* نسبت داده، است (محقق داماد ۱۳۸۱: ۴۸).

جواب: هرگاه در مجلس بیع، پیش از اجرای صیغه، در مقام بیع بوده که صدق تبانی بر آن دو نمی‌کند، عمل به آنها واجب نیست تا آنکه تخلف موجب خیار شود. حاصل اینکه، اگر در حال اجرای صیغه تبانی ایشان بر آن باشد، واجب العمل و مثل مذکور در عقد است والا فلا (طباطبایی یزدی ۱۳۴۰: ۱۶۶). مفاد ماده ۱۱۲۸ ق.م.چنین است: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد» بنابر مفاد این ماده، شرط تبانی نافذ است لذا در صورت تخلف از آن، برای مشروط له حق فسخ ایجاد می‌شود.

اگر معنای حقیقی شرط الزام والتزام تابع بدانیم، خروج شرط ابتدایی از عموم امر وفا به شرط، خروج موضوعی است.

مردی به خواستگاری دختری تحصیل کرده می‌رود و کسان دختر می‌گویند که حاضر نیستند با مردی بی‌سواد وصلت کنند، داماد خود را مهندس برق معرفی می‌کند و بر این مبنا عروسی سر می‌گیرد ولی در عقد مهندس بودن زوج شرط نمی‌شود پس از عقد، معلوم می‌شود که داماد فروشنده لوازم برقی و سیم‌کش ساده‌ای است که سواد خواندن و نوشتن هم ندارد. در این عقد مهندس بودن داماد شرط نشده، ولی عقد متبانی بر آن واقع شده است و فقدان این وصف به دختری که فریب خورده است، حق فسخ می‌دهد (کاتوزیان ۱۳۷۱: ۲۹۱). از جمله فقهای که شرط تبانی را در عدم التزام، به شرط ابتدایی ملحق می‌دانند: الف) شهید اول: به نظر ایشان هر شرطی که قبل از عقد و یا بعد از آن ذکر شود برای آن اثری نیست. اگر بر شرطی تبانی و توافق کنند، ولی هنگام انشای عقد ذکر آن را فراموش کنند، قول نزدیک‌تر به اصول آن است که عقد باطل است (شهید اول ۱۴۱۰ ج ۱: ۲۹۶).

ب) صاحب‌جوهر شرط قبل از عقد را لازم الوفا نمی‌داند، اما اگر بنای عقد بر شرطی باشد که قبل از عقد ذکر شده، صحت آن را تقویت می‌کنند (نجفی ۱۳۶۵ ج ۲۴: ۱۹۸).

ج) علامه حلی در تذکره الفقهاء شرط سابق و لاحق را نافذ نمی‌داند، هر چند در کتاب مختلف الشیعه خلاف آن استنباط می‌شود. در تذکره گفته: شرط خیار فسخ وقتی درست است که مدت آن مضبوط و در ضمن عقد شرط شود و اگر اجل معین را برای خیار فسخ قبل یا بعد عقد ذکر کنند، اعتنایی به آن نمی‌شود؛ چون عقد به صورت منجز واقع شده، پس شرط قبل از عقد یا بعد از آن

تأثیری ندارد و منحصرأ وقتی به شرط اعتنا می شود که در ضمن عقد، بین ایجاب و قبول ذکر شود (علامه حلی بی تاج ۱: ۵۱۹). از جمله فقهای که شرط تبانی را به شرط ضمن عقد ملحق می کنند و وجوب وفا به آن را لازم می دانند: الف) قاضی ابن براج: سؤال و جوابی در این زمینه چنین مطرح می کند: سؤال؛ اگر قبل از عقد، بایع یا مشتری شرط عدم خیار کند ولی در متن عقد آن را ذکر نکند، آیا این شرط درست است یا خیر؟ در پاسخ می گوید: شرط صحیح است؛ زیرا اصل صحت و جواز است و مانعی هم در بین نیست و عموم روایات مانند «المؤمنون عند شروطهم» شامل آن می شود و کسی که صحت آن را منع می کند باید دلیل اقامه کند (ابن براج ۱۴۱۱: م ۱۹۵).

ب) علامه حلی در *مختلف الشیعه* می گوید: این مسأله نزد من محل نظر است؛ شرط وقتی حکمش معتبر است که در متن عقد ذکر شود؛ مثلاً بگوید: به تو فلان کالا را به فلان کالا یا به فلان مبلغ فروختم و برایم خیار فسخ تا فلان مدت باشد، بعد مشتری بگوید قبول کردم. و اگر قبل از عقد پیرامون آن شرط صحبت کند ولی هنگام عقد آن را ذکر نکنند، آنچه را شرط کرده اند صحیح است (علامه حلی ۱۴۱۳ ج ۵: ۶۳).

ج) شیخ طوسی ذکر شرط قبل از عقد را صحیح می داند ایشان می گوید: اگر متعاملین قبل از عقد شرط کنند که خیار بعد از عقد نداشته باشند، شرط صحیح است و عقد با ایجاب و قبول لازم می شود. دلیل ما امامیه این است که مانعی از این شرط نیست و اصل، جواز آن است و عموم اخبار در جواز شرط شامل این شرط نیز می شود (شیخ طوسی ۱۴۲۹ ج ۳: ۲۲-۲۱). مفاد ماده ۱۱۲۸ برناپذ بودن شرط تبانی دلالت دارد.

نظر میرزای نائینی: اگر شرط بنایی طوری باشد که عقد به دلالت التزامی بر آن دلالت کند مشروع می باشد؛ ایشان معتقد است اوصاف و شروط دارای اقسامی است: ۱. اوصاف یا شروطی که در متن عقد ذکر می شوند که تخلف از آنها موجب حق خیار فسخ عقد است.

۲. اوصاف یا شروطی که در متن عقد ذکر نمی شوند ولی عقد مبنی بر آنها واقع می شود؛ این قسم دارای انواعی است: الف) اوصاف یا شروطی که مورد توجه عموم بوده و در سیره عقلا جاری است و مدلول التزامی عقد است که از آنها به شروط ضمنی یاد می شود، مانند شرط تساوی عوضین در مالیت و عدم وجود عیب در آنها، تخلف از این نوع موجب حق خیار فسخ می گردد.

ب) اوصاف یا شروطی که به ذات عوضین برمی گردد که صحت عقد بر معلوم بودن آن منوط است و به صورتی که اگر مجهول باشد، معامله غرری می گردد مثل مقدار مبیع، در این نوع اگرچه

شروط یا اوصاف مورد توجه عموم مردم نیست، تخلف از آن مثل تخلف از شرط ضمنی عرفی موجب خیار فسخ عقد است. تفاوت این نوع با شرط ضمنی این است که شرط ضمنی مدلول التزامی عرفی و نوعی است ولی در این نوع، مدلول التزامی شخصی است. (ج) آن اوصاف یا شروطی که خارج از ذات مبیع است و صحت عقد منوط به معلوم بودن آنها نیست این نوع، تا در متن عقد ذکر نشود، اثری ندارند و با وجود بنای عقد بر آن تخلفش موجب خیار نمی‌گردد (نجفی خوانساری ۱۳۷۳ ج ۱: ۴۰۷).

۴) نقد و بررسی التزام و عمل به شروط ابتدایی

۴-۱) دلایل قائلان به عدم نفوذ شروط ابتدایی

الف) نظرامام خمینی: ثبوت شهرت معتمد به یا اجماع در این مسأله مورد اشکال، بلکه ممنوع است؛ زیرا احتمال قوی دارد که مبنای فتوای کثیر یا اکثر بر عدم صدق شرط بر الزام ابتدایی باشد. پس از ادله شروط موضوعاً خارج می‌شوند و بنابراین که مبنا را بر صدق شرط بر الزام ابتدایی بگذاریم، چاره‌ای جز اخذ به عموم دلیل نداریم (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۳۰۴). امام خمینی معتقد است شرط به معنای مطلق جعل و قرار نیست، مطلق قرار موجب التزام نمی‌شود. آنچه از لفظ شرط تبادر می‌کند شرط ضمنی است بر شرط ابتدایی به نحو حقیقت اطلاق نمی‌شود، اگر کسی به انجام دادن شیئی ملتزم شود گفته نمی‌شود انجام دادنش را شرط کرده. حداقل باید در اینکه شرط شامل شرط ابتدایی می‌شود شک کرد، و ادعای اینکه تبادر از شرط اعم از شرط ابتدایی است ضعیف است و استعمال شرط در شرط ابتدایی در روایات و غیر روایات اعم از حقیقت و مجاز است (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۱: ۱۳۷-۱۳۳).

ب) نظر فقهای دیگر و حقوقدانان: ابوالقاسم خویی گفته: ما اجماع تعبدی را در چنین مسئله‌ای نمی‌پذیریم (توحیدی ۱۳۷۱ ج ۷: ۳۵۳). قاضی ابن براج، شیخ طوسی و سایرین شرط ابتدایی را الزام‌آور نمی‌دانند، در بیانات شیخ انصاری که گذشت آنرا به مشهور فقها نسبت داده بلکه ادعای اجماع کرد؛ همچنین علامه حلی؛ بنابر آنچه محقق داماد در کتاب قواعد فقه گفته‌اند (محقق داماد ۱۳۸۱: ۴۹-۴۷) نسبت تمسک شیخ انصاری به اجماع و اینکه ادله شروط شامل شرط ابتدایی می‌شوند بخصوص «المؤمنون عند شروطهم» درست نیست.

به عنوان مثال محقق داماد گفته: مهم ترین دلیلی که فقها در صحت نفوذ ادله شروط نسبت به شروط ابتدایی مطرح کرده اند، اجماع است. شیخ انصاری تحقق اجماع را از صاحب ریاض نقل کرده و در موارد مختلف به آن استناد کرده است (محقق داماد ۱۳۸۱: ۴۸). بلکه شیخ انصاری، شرط ابتدایی را وعده می داند و اینکه شرط بر آن صدق نمی کند چون از شرط الزام و التزام تبادر می کند (انصاری ۱۴۳۴ ج ۵: ۵۸-۵۷، ۵۳). هر چند ادعای عدم صدق شرط بر شرط ابتدایی، با ادعایش در ابتدای بحث شروط تفاوت دارد ایشان آنجا گفته: در قاموس الله آمده است: «شرط، الزام و التزام چیزی در بیع و مانند آن است. ظاهر این عبارت آن است که استعمال شرط در الزام ابتدایی مجازی است یا نادرست است، منتها اشکالی در صحت استعمال شرط در الزام ابتدایی وجود ندارد؛ زیرا چنین استعمالی در روایات آمده است» (انصاری ۱۴۳۴ ج ۶: ۱۲). نیز گفته شده: شرط ابتدایی به معنای تعهد یک طرفه است یعنی تعهدی است لازم که شخص با قصد انشا یک طرفه علیه خود به وجود می آورد (جعفری لنگرودی الف ۱۳۶۹: ۳۸۰).

شیخ انصاری شروط ابتدایی را الزام آور نمی داند، ایشان می گوید: اگر قبل از عقد با هم توافق نمایند، طبق قول مشهور فقها در التزام [مشروط به] کفایت نمی کند؛ زیرا اگر مشروطاً علیه قبل عقد الزام شرط را بر خودش انشا نماید، چنین الزامی ابتدایی بوده و قطعاً وفای بدان واجب نیست؛ اگر چه اثر آن در نفس خود شخص تا زمان عقد، بلکه تا زمان وفا نمودن و بعد از آن نیز استمرار داشته باشد مانند طلب امری که در یک زمانی انشا شده و تا موقع حصول مطلوب اثرش باقی است و نیز اگر چه به ایجاد عقد همراه با التزام به آن هم وعده بدهد. لذا هرگاه شرط در متن عقد ذکر نشود، الزام بدان هم حاصل نمی گردد (انصاری ۱۴۳۴ ج ۶: ۵۶-۵۵).

به نظر ایشان عموم «المؤمنون عند شروطهم» مؤمنین باید به شروطشان وفادار باشند» شامل شرطی که عقد مبتنی بر آن نیست نمی شود. نیز ادعای اجماع نموده بر اینکه شروط ابتدایی الزام آور نیستند (انصاری ۱۴۳۴ ج ۵: ۵۳-۵۲، ج ۶: ۵۵) در جایی دیگر می گوید: «آنچه از عموم وفای به عهد خارج شده، شروط ابتدایی است که همان وعده است» (انصاری ۱۴۳۴ ج ۵: ۵۴) نظر مشهور فقها نیز بر این است که شروط ابتدایی الزام آور نیستند و شرطی که در متن عقد ذکر نشود مؤثر نیست، پس اگر بایع و مشتری شرط را قبل از عقد ذکر کنند، فایده ندارد؛ زیرا دلیلی بر وجوب وفای به چنین شرطی وجود ندارد بلکه شرط بر آن صدق نمی کند؛ زیرا آنچه از شرط به ذهن تبادر می کند الزام و التزام است که به یک مطلب دیگری مربوط باشد، یعنی ملزم کردن و ملزم شدن نیاز به ذکر

در متن عقد دارند نه اینکه مستقل باشند. در قاموس نقل شده که شرط، یعنی الزام و التزام در ضمن بیع و مانند آن (انصاری ۱۴۳۴ ج ۵: ۵۸-۵۷) نظر علامه حلی نیز بر این است که حکم شرط وقتی معتبر است که در ضمن عقد ذکر شود و نه قبل از عقد (علامه حلی ۱۴۱۳ ج ۵: ۶۳) و نیز آمده است این گونه توافقات، از لحاظ موضوعی از عنوان شروط خارجند. به این معنی که فرد و مصداقی از حدیث «المسلمون عند شروطهم» تلقی نمی‌شود؛ زیرا مفهوم شرط، ترابط و التزام طرفین و تعلیق امر بر امری دیگر است، و این معنی محقق نمی‌شود مگر زمانی که التزام در ضمن عقدی از عقود واقع شود چه آن عقد لازم باشد یا جایز (حسنی بی‌تا: ۴۲۴) نیز می‌گوید: اگر عمومات شرط را شامل هر گونه اتفاق بین دو نفر بدانیم این عمومات با اجماع فقهی تخصیص خورده است، اجماعی که معتقد است ادله شروط شامل شرط ابتدایی نمی‌شود. در نتیجه این تخصیص شامل آن عمومات نمی‌شود (حسنی بی‌تا: ۴۲۴).

برخی دیگر از فقها شرط خارج از قرارداد را مترادف وعده دانسته‌اند و در اثبات وجوب وفا به آن تردید نموده‌اند. میرزای قمی معتقد است هر التزامی که مکلف بکند وفا به آن واجب است و التزام مکلف یا به نذر و عهد و یمین است یا آنکه شرط را در ضمن عقد لازمی بکند و هرگاه غیر این صورت‌ها باشد، داخل در مطلق وعده می‌شود و مشهور علما، وفا به وعده را واجب نمی‌دانند، و وجه دیگری برای لزوم آن نمی‌دانم (میرزای قمی ۱۴۱۳ ج ۳: ۲۸۴). مدرسی گفته: شرط از ارکان عقد مشروط است مانند عوضین که در بیع کنند؛ لذا ذکر شرط در عقد واجب است همانگونه که ذکر بقیه ارکان واجب است (مدرسی ۱۳۹۳: ۲۲۲). وفا به شرط ابتدایی: بنابر قول مشهور، وفا کردن به شرط ابتدایی واجب نیست (انصاری ۱۴۳۴ ج ۵: ۵۸-۵۷) بر این قول ادعای اجماع شده است (طباطبایی ۱۴۱۲ ج ۱۰: ۲۹۱). در ماده ۲۲۴ قانون مدنی آمده است: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه».

شرط تبانی شرطی است که دو طرف معامله قبل از اجرای عقد پیرامون آن صحبت کرده یا فراموش کرده‌اند و یا فکر کرده‌اند نام بردن آن در متن عقد لازم نیست. به عنوان مثال دوطرف معامله شرط کرده باشند که مبیع در مکان معینی تحویل داده شود ولی هنگام عقد فراموش کنند یا ذکر آن را در متن عقد لازم ندانند. بعضی از فقها شرط تبانی را مانند شرط ابتدایی می‌دانند و معتقدند از عموم «المؤمنون عند شروطهم» تخصیصاً یا تخصصاً خارج است. بعضی دیگر این شرط تبانی را قید معنوی و ضمیمه حقیقی عقد می‌دانند بر این باورند که عموم «المؤمنون عند شروطهم» شامل چنین شرطی است.

۲-۴) دلایل قائلان به نفوذ شروط ابتدایی

الف) نظر امام خمینی: به نظر امام وجوب عمل به شروط ابتدایی بر فرض قول به عدم صدق شرط بر التزامات ابتدایی، قول به وجوب عمل به آنها امکان دارد، به ادعای الغای خصوصیت از شروط ضمنی به مناسبات رسوخی که در ذهن عرف است؛ عرف از حدیث «المؤمنون عند شروطهم» می‌فهمد که قرار مؤمنین ملاک وجوب است و آنها به قرارشان ملتزمند بدون دخالت خصوصیت شرط (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۳۰۴). در جایی دیگر نیز می‌فرماید: به فرض که معنی شرط در حدیث نبوی مطلق التزام نباشد و صرفاً شروط ضمن عقد مورد نظر باشد، می‌توانیم از شروط ضمنی به شروط ابتدایی بلکه به مطلق جعل و قرار به قرینه مناسبت حکم و موضوع، الغای خصوصیت کنیم (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۱: ۱۴۱).

به این معنی که چون حکم وجوب وفا به مؤمنین و مسلمین تعلق گرفته، همین صفت مسلم یا مؤمن بودن اقتضا دارد که آنان به کلیه تعهداتشان عمل کنند، بدون اینکه ایفای تعهد به شروط ضمن عقد منحصر باشد (حائری ۱۳۷۳: ۱۹۷).

ب) نظرات فقهای دیگر: قاضی ابن براج در *جواهر الفقه* (۱۴۱۱: ۵۴) و شیخ طوسی قائل به تأثیر شرطی که مقدم بر عقد است می‌باشند. شیخ طوسی گفته: اگر بایع و مشتری قبل از عقد، شرط کنند که بعد از عقد خيار مجلس نداشته باشند، شرط صحیح بوده و عقد نیز با ایجاب و قبول، لزوم پیدا می‌کند... دلیل ما این است که اولاً: مانعی از صحت این شرط وجود ندارد. ثانیاً: اصل جواز این شرط است. ثالثاً: عموم اخباری (ر.ک: شیخ صدوق ۱۳۹۰ ج ۳: ۱۲۷). که بر جواز شرط دلالت دارند شامل این شرط هم می‌شود (شیخ طوسی ۱۴۲۹ ج ۳: ۲۱-۲۲). به تبادر نیز استناد شده که گفته شده: آنچه از واژه شرط تبادر می‌کند، مطلق التزام است. هرچند 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 ۱۳۸۱: ۵۰). در *حاشیه المکاسب* آمده: 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 ابتدایی را استعمال حقیقی می‌داند (طباطبایی یزدی ۱۳۷۸: ۱۰۶-۱۰۵) نراقی

معتقد است منظور از شروططهم 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 آنچه مشروط منتفی می‌شود با انتقای آن، که صرفاً در عرف استعمال شده است و حتی چنانچه بپذیریم در این معنی حقیقت اراده شده باشد حقیقت عرفی است نه شرعی (نراقی ۱۴۱۷: ۴۴). برخی تأکید دارند بر اینکه حدیث «المسلمون عند شروططهم» عام است، هم شامل شروط ضمن عقد می‌شود و هم شامل هر نوع التزام و شرط حلال.

دو دلیل بر دلالت حدیث بر عموم لفظ اقامه شده است: (۱) قرینه استثنا در ادامه حدیث، تنها مواردی (شروطی) استثنا شده است که حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند؛ پس به قرینه استثنا درمی‌یابیم هرشرطی که این ویژگی را داشته باشد خواه ضمنی و خواه ابتدایی شامل عموم لفظ می‌شود. (۲) موارد استشهد در سایر احادیث (مدرسی ۱۳۹۳: ۱۹۴).

برخی اجماع را مورد نقد قرار داده‌اند که گفته‌اند: اجماع که از صاحب ریاض در مورد شروط قبل از نکاح نقل شده است در آن تشکیک شده. صاحب عوائد الایام کلیه الزام و التزامات خارج از عقود را لازم الوفاء می‌داند (نراقی ۱۴۱۷: ۴۴) طباطبایی یزدی معتقد است شیخ طوسی در نهاییه، شروط بیرون از عقد نکاح را لازم الوفا می‌داند (طباطبایی یزدی ۱۳۷۸: 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 (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۳۰۴) صاحب مصباح الفقاهه نیز می‌نویسد: اجماع تعبیدی را در این مسأله، نمی‌پذیریم (توحیدی ۱۳۷۱ ج ۷: ۳۵۳). به نظر سید محمد کاظم طباطبایی یزدی شرط به معنای مطلق الزام والتزام است ابتدایی نیز می‌شود در این راستا ادعای تبادرمی‌کند (طباطبایی یزدی ۱۳۷۸ ج ۲۷: ۱۱۷).

شیخ محمدحسین اصفهانی برخلاف شیخ انصاری معتقد است که موارد استعمال شهادت می‌دهد که لفظ شرط بر مطلق جعل و قرار دلالت می‌کند (غروی اصفهانی بی‌تا ج ۷: ۴) فاضل نراقی معتقد است شرط، چیزی جز مطلق الزام و التزام نیست؛ چون می‌گوید: شرط چیزی است که دیگری به آن ملزم و ملتزم می‌شود (نراقی ۱۴۱۷: ۴۳).

نتیجه‌گیری

دراین پژوهش نتایج زیر به دست آمده:

۱. به نظر امام خمینی^(س) معنای شرط الزام و التزام در ضمن عقد است و اگر شرط بدون وابستگی و تقيید عقد به آن واقع شود شرط ابتدایی است. ایشان معتقدند معامله بر شرط معلق نشده است و شرط موجب تقيید عوضین نمی شود بلکه معامله یک معنای تنجیزی دارد. رابطه تعلیق و توقف بین عقد و شرط را انکار نموده و تصریح می دارد که شرط در مقام انشا استقلال دارد.

۲. به نظر بعضی از فقها شرط معنای عرفی و اصطلاحی یکسان دارد که همان ربط و اناطه است. به نظر شیخ انصاری شرط بر دو معنی اطلاق می شود؛ یکی عبارت است از معنی حدیثی یعنی الزام و التزام به چیزی؛ و شرط التزام آور آن است که در متن عقد ذکر شود. معنای دوم عبارت است از آنچه از عدمش، عدم لازم آید.

۳. به نظر مرحوم بجنوردی شرط در غیر معنای ضمنی عقد مجاز نیست و اینکه در کتاب های لغت شرط را صرفاً به معنای الزام و التزام در بیع قرار داده اند تساهلی بوده که صورت گرفته و گرنه چنانچه دقت می کردند حداقل قائل به مجاز بودن آن در غیر بیع می شدند. در مورد معنای جامد شرط معتقد است اشتقاق مشروط از شرط بر حسب قاعده نیست.

۴. شروط ابتدایی، شروطی هستند که در متن عقد ذکر نشده، بلکه تعهدات و التزاماتی هستند بدون اینکه عقدی به دنبال آن بیاید.

شروط بنایی الزام آورند، چون به منزله جزء و قید معنوی عقد هستند و اگر شرط بنایی را درست ندانیم باید حکم به بطلان عقد کنیم.

شروط ابتدایی لازم الوفاء نیستند؛ زیرا یک نوع وعده می باشند و عموم ادله شروط شامل آنها نمی شود.

به نظر مرحوم بجنوردی تبانی بر دو قسم است؛ یک قسم آن است که تبانی و توافق بر آنها در خارج از عقد صورت گرفته و عقد بر آن بنا شده بدون آنکه این شرط را در ضمن عقد بیان کنند به این شروط، شروط تبانی گفته می شود.

قسم دوم آن است که تبانی و توافق بر آن قبلاً صورت گرفته و عقد بر آنها نهاده نشده بلکه در هنگام عقد از آن غافل بوده اند، این قسم از جهت ارتباطش به عقد به شروطی ابتدایی برمی گردد.

امام خمینی قائل به وجوب عمل به شرط تبانی می باشند. به نظر ایشان تفاوتی بین شرط و سایر قیود نیست در اینکه تبانی در آنها باشد، در وقوعش بر مقید وجود قرینه عرفیه کافی است ولی لازمه این، رد خيار تخلف شرط مطلقاً، یا در خصوص اشتراط اوصاف است.

به نظر برخی هرگاه طرفین در عقد بر شرطی تبانی کنند، آن شرط قید معنوی برای عقد می‌باشد؛ لذا تنها با عمل به آن شرط ممکن است به این عقد خاص وفا نموده و عقد بدون آن تجارت بدون رضایت طرفین است.

برخی از فقها مانند شیخ انصاری تفاوت قائل شده اند بین شرط ابتدایی و شرط تبانی به اینکه دومی الزام آور است ولی اولی الزام آور نیست.

از ادله وجوب التزام به شرط تبانی، (۱) اصل صحت و جواز است؛ (۲) عموم روایات مانند «المؤمنون عند شروطهم» شامل آن می‌شود. (۳) مانعی در بین نیست.

نظر امام خمینی درباره شروط ابتدایی: الف) اجماع و یا شهرت معتمده بر التزام به شروط ابتدایی پذیرفته نیست. ب) شروط ابتدایی موضوعاً از ادله شروط خارجند. ج) شرط به معنای مطلق جعل و قرار نیست. قرار موجب التزام نمی‌شود. د) باید حداقل در اینکه شرط شامل شرط ابتدایی می‌شود شک کرد. ه) ادعای تبادر شرط از شرط ابتدایی ضعیف است. و) استعمال شرط در شرط ابتدایی در روایات و ادله دیگر اعم از حقیقت و مجاز است. ز) به نظر امام خمینی^(س) تنها بر یک فرض عمل به شرط ابتدایی واجب است؛ ایشان اظهار می‌دارد بر فرض قول به عدم صدق شرط بر التزامات ابتدایی قول به وجوب عمل به آنها امکان دارد با الغای خصوصیت از شروط ضمنی به مناسبات رسوخی که در ذهن عرف است. عرف از حدیث «المؤمنون عند شروطهم» می‌فهمد که قرار مؤمنین ملاک وجوب است و آنها به قرارشان ملتزمند بدون دخالت خصوصیت شرط، می‌توانیم از شروط ضمنی به شروط ابتدایی بلکه به مطلق جعل و قرار به قرینه مناسبت حکم و موضوع، الغای خصوصیت کنیم به این معنا که چون حکم وجوب وفا به مؤمنین و مسلمین تعلق گرفته، همین صفت مؤمن و مسلم بودن اقتضا دارد که آنان به تمام تعهداتشان ملتزم شوند بدون اینکه ایفای تعهد به شروط ضمنی منحصر شود.

مهم‌ترین دلیلی که فقها بر صحت نفوذ ادله شروط نسبت به شرط ابتدایی مطرح کرده‌اند، اجماع است که اکثر فقها چنین اجماعی را نپذیرفتند.

منابع

- ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز. (۱۴۱۱ق) *جواهر الفقه*، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول.
- افتخاری، جواد. (۱۳۸۲) *کلیات عقود و تعهدات*، تهران: میزان، چاپ دوم.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۲) *استفتاءات*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۲۱ق) *البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ سوم.
- انصاری، مرتضی. (۱۴۳۴ق) *المکاسب*، تحقیق لجنة تراث الشيخ الاعظم، قم: مجمع الفكر الاسلامی، چاپ شانزدهم.
- توحیدی، محمدعلی. (۱۳۷۱) *مصباح الفقاهة (تقریرات سید ابوالقاسم خویی)*، قم: انتشارات وجدانی، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (الف ۱۳۶۹) *ترمیمولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- _____ . (ب ۱۳۶۹) *حقوق تعهدات*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
- حائری، مسعود. (۱۳۷۳) *اصل آزادی قراردادها*، تهران: کیهان.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۳۹۹ق) *وسائل الشیعه*، تصحیح و تحقیق عبدالرحیم ربانی شیرازی، تهران: المکتبه الاسلامیه، چاپ پنجم.
- حسنی، هاشم معروف. (بی تا) *نظریه العقد فی الفقه الجعفری*، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، چاپ دوم.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۱۹۷۰) *الوسیط فی القانون المدني*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ اول.
- شرتونی، سعید. (۱۴۰۳ق) *اقرب الموارد*، قم: منشورات مکتبه المرعشی النجفی، چاپ سوم.
- شهید اول، محمد. بن مکی عاملی. (۱۴۱۰ق) *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۱۸ق) *غایة المراد*، قم: منشورات مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول.
- _____ . (۱۹۷۹) *القواعد والفوائد*، تحقیق سید عبد الهادی حکیم، قم: منشورات مکتبه المفید، چاپ اول.
- شیخ صدوق، محمد بن علی. (۱۳۹۰ق) *من لا یحضره الفقیه*، تحقیق سید حسن موسوی خراسانی، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ دوم.
- شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۳۶۵) *تهذیب الاحکام فی شرح المقننه*، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ دوم.
- _____ . (۱۴۲۹ق) *الخلاف*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین، چاپ چهارم.
- طباطبائی، علی. (۱۴۱۲ق) *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، قم: مؤسسه آل البيت^(ع) لاحیاء التراث، چاپ اول.
- طباطبائی یزدی، محمدکاظم. (۱۳۴۰) *سؤال و جواب*، نجف: مطبعة الحیدری، چاپ اول.

- _____ . (۱۳۷۸) *حاشیه المکاسب*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق) *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
- _____ . (بی تا) *تذکره الفقهاء*، تهران: مکتبه مرتضویه، چاپ اول.
- علی آبادی، علی. (۱۳۸۸) *ایجاد و اسقاط تعهدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی*، تهران: مؤسسه فرهنگی هنری دانش پذیر، چاپ اول.
- غروی اصفهانی، محمدحسین. (بی تا) *حاشیه المکاسب*، تهران: چاپ سنگی.
- فیروز آبادی، محمد بن یعقوب. (بی تا) *قاموس المحيط*، بیروت: دار الفکر، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۱) *حقوق خانواده*، تهران: شرکت انتشار، چاپ اول.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۸۸) *الکافی*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم.
- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۱) *قواعد فقه بخش مدنی*، تهران: سازمان مطالعات و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، چاپ سوم.
- مدرسی، محمد تقی. (۱۳۹۳ق) *الفقه الاسلامی*، بیروت: دارالصادق^(ع)، چاپ اول.
- مراغی حسینی، میر عبدالفتاح. (۱۴۱۸ق) *العناوین*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ دوم.
- موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۸۳) *قواعد فقهیه*، تهران: انتشارات پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۴۲۶ق) *القواعد الفقهیه*، تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسن درایتی، تهران: منشورات دلیل ما، چاپ دوم.
- میرازی قمی، ابوالقاسم. (۱۴۱۳ق) *جامع الشتات*، تهران: مؤسسه کیهان، چاپ اول.
- نجفی خوانساری، موسی. (۱۳۷۳) *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب (تقریرات درس مکاسب محمد حسین میرزای نائینی)*، تهران: المکتبه المحمدیه، چاپ اول.
- نجفی، محمد حسین. (۱۳۶۵) *جواهر الکلام*، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ پنجم.
- نراقی، مولی احمد. (۱۴۱۷ق) *عوائد الایام*، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول.