

## بررسی وضعیت تعهد (شرط) ابتدایی در حقوق ایران و فقه امامیه

مریم احمدی

دانشجوی دکترای تخصصی حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان، دامغان

### چکیده

در این مقاله مختصر سعی می‌شود ماهیت شرط عقد از منظرهای مختلف بررسی و جایگاه آن در قانون مدنی و قراردادهای نظریه‌های ابزاری در خصوص موضوع بررسی شود و با توجه به روابط حقوقی و نیازهای اجتماعی در رابطه با شرط ضمن عقد بررسی‌های لازم صورت گیرد. در عقود و آثار ناشی از آن و همچنین مباحث مرتبط با آن داشته‌اند و با توجه به اینکه قانون مدنی ما نیز برگرفته از فقه امامیه می‌باشد این اهمیت به نحو شایسته‌ای در بحثها و استدلال‌ات حقوقی و کتب حقوقدانان ملموس می‌باشد براساس نظر مشهور در بین فقهاء تعهد ابتدایی الزام آور نیست و تعهدی موثر و الزام‌آور است که در قالب عقود معین ابزار شود و یابصورت شرط در ضمن عقد معین در آید. با وضع ماده ۱۰ قانون مدنی تشکیل هر قرار دادی در صورتی که مخالفت صریح با قانون نداشته باشد مشروع دانسته شده اما به پیروی از فقهای امامیه فصل جداگانه‌ای بنام «شروط ضمن عقد» باز شده است.

**واژه‌های کلیدی:** شرط ابتدایی، شرط تبانی، شرط ضمن عقد، حقوق ایران، فقه امامیه.

## مقدمه

در زندگی اجتماعی قول و قرارهای عدیده‌ای میان افراد جامعه مبادله می‌گردد اما تمام آنها قانوناً الزام‌آور نیستند. برای نمونه، قرار دو نفر همکلاس جهت حضور در استخر شهر، گرچه یک ترتیب و توافق اجتماعی است اما در صورت عدم حضور یکی از آن دو، ضمانت اجرایی برای الزام آن وجود ندارد. برای اینکه توافق، قول یا وعده‌ای چهره قانونی به خود گرفته و جنبه الزام‌آور پیدا نماید، لازم است با شرایط خاص مقرر در نظام حقوقی آن جامعه واقع شده یا بر ذمه گرفته شود. بدین ترتیب، در یک نگاه کلی، می‌توان توافقات، ترتیبات و قول و قرارهای میان افراد جامعه را از حیث الزام‌آور بودن یا غیر الزام‌آور بودن به دو دسته تعهدات قابل الزام و غیرقابل الزام تقسیم‌بندی نمود که دسته اخیر را اصطلاحاً تعهد بدوی یا ابتدایی نامیده‌اند.<sup>۱</sup>

«اصطلاحاً شرط به تعهدی گفته می‌شود که در ضمن عقد دیگری قرار بگیرد. لذا شرط (تعهد تبعی) با عقدی که شرط ضمن آن شده (تعهد اصلی) بستگی و رابطه نزدیکی پیدا می‌نماید و عقد واحدی را تشکیل می‌دهند در نتیجه بستگی دو تعهد به یکدیگر در صورتی است که یکی از آن دو بصورت شرط ضمن تعهد دیگر قرار بگیرد و الا هرگاه قبل از انعقاد عقد یا بعد از آن تعهد شود، هر یک از آن دو تعهد، مستقل می‌باشد و هیچ بستگی به دیگری پیدا نخواهند نمود.» بر این اساس شرط ابتدایی عهد و التزامی است که از نظر زمانی قبل و یا بعد از انعقاد عقد واقع شده باشد و چون ضمن هیچگونه عقدی نیامده، لذا تعهد مستقلی خواهد بود. لذا ملاک اصلی عدم اندراج ضمن عقد است اعم از اینکه محتوا آن وابسته به عقد اصلی باشد و یا کاملاً از نظر محتوا مستقل باشد.<sup>۲</sup>

از نظر فقهی نیز امام خمینی (ره) در تعریف شرط دیدگاه خاصی دارد و کلمه شرط را مشترک لفظی بین دو معنی می‌داند: اول، به معنای الزام و التزام در ضمن عقد، افزون بر اهل لغت، عقلاً نیز این معنی را برای شرط پذیرفته‌اند، البته به نحوه ظرف و مظلوف نه به طریق تقیید یا تعلیق. دوم، به معنای تعلیق شی بر شی، بدین معنی که آنچه تکویناً یا تشریحاً چیز دیگری بر او معلق شده باشد، البته این معنی از کتب لغت به دست نمی‌آید ولی عقلاً آن را اعتبار کرده‌اند.<sup>۳</sup>

همچنین فقها در خصوص تعهد ابتدایی دو گونه نظر داده‌اند. عده‌ای در تعریف شرط به پیروی بعضی از اهل لغت، اندراج آن در عقد را لازم دانسته‌اند<sup>۴</sup>، به عقیده این دسته از فقها، این گونه التزامها به نحو تخصص از مفهوم شرط خارج هستند و ادله شروط شامل آنها نمی‌شود، ولی بزرگانی از جمله شیخ کاظم طباطبایی، تعریف اهل لغت را حمل بر غلبه کرده و معتقدند ادله شروط شامل شروط غیر مرتبط به عقد نیز می‌شود، این گروه از فقها برای اثبات مدعای خود به تبادل، روایات و... تمسک جسته‌اند.<sup>۵</sup> در هر عقدی تعهد و شروطی وجود دارد که طرفین قرارداد باید به آنها توجه کنند و حاکمیت اراده نیز به عنوان اساس شکل‌گیری یک قرارداد در نظر گرفته شود. با توجه به مطالب بیان شده در این تحقیق در پی پاسخگویی به این سوال هستیم که تعهد (شرط) ابتدایی در حقوق ایران و فقه امامیه چه مفهوم و وضعیتی را دارد؟

## ۱. مفهوم شرط

شرط در لغت به معنای الزام و التزامی است که در ضمن عقد قرار می‌گیرد. جمع آن شروط و شرایط است.<sup>۶</sup> در قرآن مجید واژه شرط به صورت مفرد نیامده است ولی صورت جمع آن، اشراط، به کار رفته است. از جمله در آیهٔ فقد جاء اشراطها<sup>۷</sup> که در آن اشراط به معنای نشانه‌های قیامت است. در روایات، کلمهٔ شرط در معنای خیار نیز آمده است، مثل «الشرط فی الحيوان

<sup>۱</sup> طوسی، عباس، مروری بر تعهد ابتدایی در نظام حقوقی کامن‌لا در پرتو نظریه «عوض»، فصلنامه اندیشه‌های حقوق خصوصی، سال اول، شمار ۱، ۱۳۹۲، ص ۱۱۲.

<sup>۲</sup> امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ ششم، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ج ۱، ۱۳۶۶، ص ۲۷۳.

<sup>۳</sup> موسوی خمینی (ره)، سید روح‌الله، البیع، ج ۱، تهران، مؤسسه آثار امام خمینی، ۱۳۵۲، ص ۸۶.

<sup>۴</sup> ابن‌منظور، محمد بن مکرم، لسان‌العرب، قم، ادب‌الجزیره، ۱۳۶۳، ص ۳۲۹.

<sup>۵</sup> طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه‌المکاسب، قم، نشر اسماعیلیان، چ اول، ۱۳۷۸، ص ۳۵۶.

<sup>۶</sup> ابن‌منظور، محمد بن مکرم، لسان‌العرب، قم، ادب‌الجزیره، ۱۳۶۳، ص ۸۲.

<sup>۷</sup> قرآن کریم، سورهٔ محمد، آیه ۱۸.

ثلاثه» یعنی ایام شرط (خیار) در معامله حیوان سه روز است. در عرف، واژه شرط در معنای رسم و شیوه نیز استعمال می‌شود.<sup>۱</sup> در متون قانون مدنی، تعریفی از واژه شرط ارائه نشده است. حقوق‌دانان نیز به تبعیت از قانون‌گذار، تعریفی از شرط ارائه نکرده و تنها به بیان موارد استعمال آن در حقوق اشاره کرده‌اند. در قانون مدنی مواد ۲۲۳ تا ۲۴۶ به بحث از اقسام و احکام شرط پرداخته که این مباحث عمیقاً از فقه امامیه تاثیر پذیرفته است. برخی حقوق‌دانان نیز تصریح کرده‌اند: «مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶ قانون مدنی به‌طور کلی از فقه امامیه گرفته شده و می‌توان ماحصل زحمات شیخ انصاری در کتاب مکاسب را در این موارد دید<sup>۲</sup>». پس قانون‌گذاران و حقوق‌دانان به تعریفی از شرط نپرداخته و آنچه که در میان آنها به عنوان تعریف شرط پذیرفتنی است، تنها موارد کاربرد آن می‌باشد. شاید دلیل این امر، علاوه بر ماده ۲۲۴ قانون مدنی که معنای عرفی را ملاک در تشخیص معنای یک واژه می‌داند، وجود ماده ۱۰ قانون مدنی باشد که قانون‌گذار در این ماده، تمامی تعهداتی که افراد در مقابل یکدیگر بر عهده می‌گیرند را نافذ و معتبر دانسته و در مواد ۲۲۳ تا ۲۴۶، تنها به بیان شرایط و احکام تعهداتی که در ضمن یک تعهد دیگر می‌آیند، پرداخته است. شرط در اصطلاح حقوق در قلمرو عقود و مسئولیت مدنی یا ضمان قهری استعمال شده که در هر قسم، معنا و کاربرد شرط به طور کامل با قسم دیگر متفاوت می‌باشد.<sup>۳</sup>

برخی از فقها گفته‌اند شرط به معنای الزام و التزام است، خواه در ضمن عقد باشد خواه نباشد.<sup>۴</sup> برخی دیگر 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 مشروط‌علیه می‌شود.<sup>۵</sup> خویی بیان می‌کند، شرط چیزی است که صحت عقد، منوط به وجود یا تحقق آن باشد. این‌گونه شروط بر سه قسم‌اند: شروط امضای عقد توسط شارع، شروط امضای عقد توسط عقلا، شرط اعتبار به‌گونه‌ای که مفهوم عقد، از لحاظ وجودی یا عدمی دایر مدار آن است.<sup>۶</sup> 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 گفته می‌شود. همانند خلق به معنی مخلوق.<sup>۷</sup> شرط در مفهوم مصدری به معنای مرتبط قرار دادن شیئی با شی دیگر است و در این معنا مبدأ اشتقاق کلمات هم خانواده خود است. شرط در مفهوم اسم مصدری به معنای شی مرتبط با شی دیگر است.<sup>۸</sup> شرط به معنای مطلق جعل و قرار و ثبات است که خود بر دو نوع است. گاه از باب الزام و التزام است و گاه از باب تقیید و در هر حال اسم جامد ندارد.<sup>۹</sup>

## ۲. 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 مثن) نگردد.<sup>۱۰</sup>

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.<sup>۱۱</sup> هم‌اکنون در اکثر کتب حقوقی

<sup>۱</sup> محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی ۲، تهران، سمت، ۱۳۸۰، ص ۳۶.

<sup>۲</sup> جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، انتشارات گنج دانش، تهران، چ اول، ۱۳۷۹، ص ۲۰۵.

<sup>۳</sup> سنهوری، عبدالرزاق، الوسيط فی شرح القانون مدنی، انتشارات دار احیاء التراث العربی، بیروت، ج ۳، ۱۹۷۰ م، ص ۷.

<sup>۴</sup> انصاری، مرتضی، مکاسب، تبریز، به خطر ظاهر خوشنویس، بی تا ص ۲۷۵.

<sup>۵</sup> طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه مکاسب، قم، نشر اسماعیلیان، چ اول، ۱۳۷۸، ج ۵، ص ۱۰۴.

<sup>۶</sup> خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، قم، نشر انصاریان، ج ۲، ۱۴۱۷ ق، ص ۶۲.

<sup>۷</sup> قنوتی، جلیل و همکاران، حقوق قراردادهای فقه امامیه، تهران، سمت، ج ۱، ۱۳۷۹، ص ۵۴.

<sup>۸</sup> یجنوردی، سیدمیرزا حسن، القواعد الفقهیه، نجف، مطبعه الاداب، ج ۳، ۱۳۸۹ ق، ص ۲۲۳.

<sup>۹</sup> طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه مکاسب، قم، نشر اسماعیلیان، چ اول، ۱۳۷۸، ص ۱۰۶.

<sup>۱۰</sup> نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ج ۷، ۱۳۷۵، ص ۴۶.

<sup>۱۱</sup> انصاری، مرتضی، مکاسب، تبریز، به خطر ظاهر خوشنویس، بی تا ج ۸، ص ۲۸.

در ابواب مختلف همچون بیع، نکاح و... مباحث مربوط به شرط و شرط ضمن عقد مورد بررسی قرار می‌گیرد. ماده ۲۳۲ ق.م.ایران اشعار می‌دارد: «شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست، در صورتی که: ۱. شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد، ۲. شرطی که در آن نفع و فایده نباشد و ۳. شرطی که نامشروع باشد».

در ماده ۲۳۳ ق.م. دو شرط دیگر ذکر شده است: «شرط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است، در صورتی که 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 می‌باشد. مشروع بودن جهت قرارداد و مشروع بودن موضوع، هر دو می‌توانند 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، می‌توان 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 می‌سازد که سبب مجهول شدن عوضین نیز بشود.<sup>۱</sup>

### ۳. انطباق لفظ شرط بر قرارداد

برای آنکه بتوانیم قرارداد نامی 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 آنجا که عقد و قرارداد در ماهیت خود جز تعهد و الزام 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 متعده، در مورد «تعهدات ابتدایی» نیز وجود دارد؛ بنابراین می‌توان گفت نتیجه‌ای که از لازم‌الوفاء بودن شروط ابتدایی به دست می‌آید این است که قراردادها اصولاً صحیح و لازم‌الوفاء اند، مگر اینکه دلیل بر فساد آنها اقامه شود. همچنان که برخی از فقها<sup>۲</sup> به همین حدیث (المؤمنون عند شروطهم) برای اثبات «لزوم عقود» و برخی دیگر برای «صحت عقود» و بعضی<sup>۳</sup> نیز برای اثبات صحت شروط به آیه شریفه «وفوا بالعقود» تمسک نموده‌اند. واضح است که اثبات لزوم و صحت عقود به وسیله دلیل شرط و نیز اثبات صحت شرط به دلیل آیه مذکور، فرع بر صدق عرفی معانی آنها بر یکدیگر است.<sup>۴</sup> 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 قراردادها و عقود 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.<sup>۵</sup> 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

<sup>۱</sup>. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۴، ص ۳۰۸.

<sup>۲</sup>. انصاری، مرتضی، المکاسب، تبریز، به خطر ظاهر خوشنویس، بی تا ج ۸، ص ۸۵.

<sup>۳</sup>. جیلانی، میرزا ابوالقاسم، غنائم الایام، قم، مرکز الابحاث و الدراسات الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق، ص ۷۳۹.

<sup>۴</sup>. حائری، مسعود، اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، تهران، کیهان، ۱۳۷۳، ص ۲۰۱.

<sup>۵</sup>. افشاری، جواد، کلیات عقود و حقوق تعهدات، تهران، میزان، ۱۳۸۲، ص ۲۲۷.

زمانی در ضمن عقد یا قرارداد منعقد، تعهد دیگری به عمل می‌آید که به تبع تعهد اصلی الزام‌آور می‌شود یعنی تبعاً جزء مورد عقد قرار می‌گیرد که آن را شرط ضمن عقد می‌گویند. 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.<sup>۱</sup>

#### ۴. اقسام شرط

##### ۴-۱ شرط ضمن عقد

چنانچه شرط در ضمن عقد ذکر شود؛ مثلاً در خلال عقد بیع شرط شود مبیع در فلان موضع تحویل داده شود و یا در ضمن عقد نکاح، زوجه با زوج شرط کند که او را از وطن خود خارج نکند، بی‌تردید به این التزام تبعی، شرط گفته می‌شود؛ و اگر وفای به شرط را واجب بدانیم، باید به این قبیل شرطها وفا شود، زیرا قطعاً بر چنین التزامی، عنوان شرط صدق می‌کند. چنانکه در کتاب قاموس اللغه آمده: شرط عبارت است از الزام التزام ضمن عقد بیع و مانند آن؛ بنابراین عموم «المومنون عند شروطهم» شامل آن می‌شود و لازم‌الوفاء خواهد بود.<sup>۲</sup>

##### ۴-۲ شرط تبانی

یعنی شرطی که متعاقدين قبل از اجرای عقد پیرامون آن صحت کرده باشند، لیکن هنگام انشاء عقد آن را ذکر نمی‌کنند حال یا به خاطر فراموشی آن را ذکر نکرده و یا فکر کرده‌اند ذکر آن در متن عقد لازم نیست. به عنوان مثال قبل از اینکه صیغه عقد بیع انشاء شود، شرط کرده باشند، متعاقدين خیار مجلس نداشته باشند یا شرط شده باشد که مبیع در فلان محل تحویل داده شود؛ لیکن هنگام عقد ذکر آن را در متن عقد لازم نمی‌بینند و یا اصلاً فراموش می‌کنند. این شرط نیز که به شرط تبانی معروف است محل بحث می‌باشد، زیرا چنانکه به تفصیل خواهیم گفت، بعضی از فقها بلکه مشهور آن را شرط ابتدایی می‌دانند و به عقیده آنان از عموم «المومنون عند شروطهم» تخصیصاً یا تخصصاً خارج است. بالعکس، جماعت دیگری این شرط را قید معنوی و ضمیمه حقیقی عقد می‌دانند و عقیده دارند که عموم «افوا العقود<sup>۳</sup>» و عموم «المومنون عند شروطهم<sup>۴</sup>» شامل چنین شرطی نیز می‌شود؛ چنانکه از ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی استفاده شود، زیرا در این ماده آمده است: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد و صفت بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد». چنانکه می‌بینیم، شرط صفت چه در متن عقد آورده شود و چه قبل از عقد، در حالی که عقد بر مبنای آن جاری شود موثر و نافذ است و در صورت تخلف از آن، مشروط‌له ملسط بر فسخ می‌شود.<sup>۵</sup>

##### ۴-۳ شرط ابتدایی

منظور از شرط ابتدایی به معنای اخص، عبارت از شرطی است که قبل از عقد و یا بعد از عقد آورده شود، بی‌آنکه به عقد ارتباطی داشته باشد و یا عقد بر مبنای آن جاری شده باشد. چنانچه معنای حقیقی شرط را الزام و التزام تابع بدانیم، خروج این شرطها از عموم امر به وفا به شرط، یعنی «المومنون عند شروطهم» خروج موضوعی است و چون چنین التزام و الزامی از مصادیق شرط نیست، نمی‌توان برای اثبات لزوم و وجوب این التزام، خواه لزوم تکلیفی و خواه لزوم وضعی، به عموم ادله‌ای که

<sup>۱</sup> افنخاری، جواد، کلیات عقود و حقوق تعهدات، تهران، میزان، ۱۳۸۲، ص ۲۲۸.

<sup>۲</sup> قیومی، احمد بن محمد، قاموس اللغه، خراسان رضوی، سازمان کتابخانه‌ها، ۷۷۰ ق، ص ۲۱۰.

<sup>۳</sup> قرآن کریم، سوره مائده، آیه ۱.

<sup>۴</sup> همان.

<sup>۵</sup> حرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، موسسه آل‌البیت (ع) لاحیاء التراث، ۱۱۱۴ ق، ج ۱۵، ص ۳۰.

دلالت بر وجوب وفای به شرط می‌کند، تمسک کرد. اطلاق لفظ «شرط» بر این قبیل التزام و الزامها مجازی است، زیرا لفظ در غیر ماه وضع له به کار رفته است. بالعکس، اگر بگوییم معنای حقیقی شرط، مطلق الزام و التزام است، در این صورت عموم ادله، مثل «المومنون عند شروطهم»، شامل آن خواهد شد مگر آنکه قرینه‌ای بر تخصیص وجود داشته باشد، زیرا اصالة العموم یا به بیان دیگر اصالة الظهور حجت نیست، مگر بعد از فحس و یأس از قرینه؛ چه، اجمالاً می‌دانیم هیچ عامی نیست مگر آنکه تخصیص خورده باشد.<sup>۱</sup>

## ۵. مصادیق انواع شرط

### ۵-۱ مصادیق شرط ضمن عقد

شرط نتیجه هم محل نزاع است، البته اگر مسلم شود نتیجه حاصله از عقدی مثل نکاح یا ایقاعی مثل طلاق، جز با انشای سبب مخصوص به خود حاصل نمی‌شود، این شرط لغو خواهد بود مگر آنکه به صورت شرط فعل در ضمن عقد دیگر شرط شود؛ مثلاً در ضمن عقد خارج لازم زوج ملتزم شود که زوجه را طلاق دهد و مانند آن.<sup>۲</sup> به هر حال بین فقهای امامیه در خصوص حکم شرط ضمن عقد لازم، اقوالی وجود دارد که ما با توجه به کتاب عواندالایام به آنها اشاره می‌کنیم.

### الف) وجوب وفاء به شرط

بر مشروط‌علیه واجب است به شرط وفا کند و به مجرد امتناع، مشروط‌له نمی‌تواند معامله را فسخ کند، بلکه باید اجبار او را از حاکم، اگر مذهب حاکم نیز این باشد، بخواهد؛ تنها در صورت تعدر است که می‌تواند معامله را فسخ کند. قانون مدنی از این قول پیروی کرده است.

ماده ۲۳۹ مقرر داشته: «هرگاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمال نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت». علت و دلیل این قول این است که: مجرد امتناع از وفاء به شرط، نقض عقد و فسخ آن به وسیله مشروط‌علیه تلقی نمی‌شود تا مشروط‌له نیز مسلط بر فسخ شود و اقاله و تفاسخ عن تراض صدق کند.

در قولی دیگر بیان شده که بر مشروط‌علیه واجب است به شرط وفا کند، ولی در صورت امتناع، مشروط‌له تنها می‌تواند معامله را فسخ کند، فاصل نراقی این قول را به شهید اول در کتاب دروس نسبت می‌دهد؛ در کتاب دروس آمده است: «يجوز اشتراط سائغ فی عقد البيع فیلزم الشرط من طرف المشروط علیه فان اخل به فللمشترط، الفسخ و هل یملک اجباره علیه، فیه نظر»؛ یعنی جایز است شرط کردن امر مشروعی در ضمن عقد بیع؛ و شرط از ناحیه مشروط‌علیه واجب و لازم‌الوفاء است و در صورت اخلال به شرط، مشروط‌له می‌تواند بیع را فسخ کند.

و در قولی دیگر بیان شده که بر مشروط‌علیه واجب است وفاء به شرط ولی مشروط‌له، مخیر است بین اجبار و فسخ. شاید وجه این قول و قول قبلی این است که به مجرد امتناع مشروط‌علیه، این امتناع فسخ تلقی و مشروط‌له نیز می‌تواند عقد را فسخ کند و بر این فسخ دوجانبه، عنوان تجارت عن تراض صدق می‌کند. البته این استدلال قابل اشکال است، زیرا مجرد امتناع مشروط‌علیه از وفای به شرط، رضای او به فسخ تلقی نمی‌شود تا مشروط‌له نیز مسلط بر فسخ شود.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup>. ذهنی تهرانی، سید محمدجواد، اصول الفقه، ترجمه شیخ محمدرضا مظفر، قم، نشر گنجینه ذهنی، ج ۱، ۱۳۸۸، ص ۱۵۵.

<sup>۲</sup>. ذهنی تهرانی، همان، ص ۱۵۶.

<sup>۳</sup>. شهیدثانی، زین‌الدین بن علی، شرح اللعمه، ترجمه محمدمسعود عباسی، قم، موسسه انتشارات دارالعلم، ۱۳۸۷، ص ۲۸۵.

**ب) عدم وجوب وفاء به شرط**

یعنی بر مشروط‌علیه انجام شرط واجب نیست و فایده شرط تنها این است که بیع را در معرض زوال و فسخ قرار می‌دهد. وجه این قول اصل عدم وجوب است؛ یعنی شک در وجوب وفاء به شرط می‌کنیم، برای ازاله شک به اصل براءت تمسک می‌کنیم، چه مجرای اصل براءت شک در تکلیف است. شهید در لمعه این قول را اختیار کرده است و شهید دوم وجه عدم وجوب را اصل براءت ذکر می‌کند.<sup>۱</sup>

البته این استدلال قابل انتقاد است، زیرا اصل براءت که یکی از ادله فقهی است وقتی قابل استدلال است که دلیل اجتهادی در بین نباشد و مکلف بخواهد برای نجات خود از سرگردانی و تحیر به آن رجوع کند، به نحوی که از عقوبت در امان باشد؛ اما در ما نحن فیه دلیل اجتهادی وجود دارد که دلالت بر اشتغال ذمه می‌کند و آن اینکه اولاً، شرط ضمن عقد لازم جزئی از ایجاب و قبول است؛ از طرفی عقد همان ایجاب و قبول است و خداوند امر به ایفاء به عقد کرده است.<sup>۲</sup> ثانیاً، به فرض اینکه معنای شرط را الزام و التزام تابع بدانیم، حدیث: «المؤمنون عند شروطهم» دلالت بر وجوب شرط می‌کند؛ زیرا جمله خبری اگر در مقام انشاء حکم باشد، مثل جمله امری ظهور در وجوب دارد؛ و این حدیث در مقام انشاء حکم است، بنابراین دستور به وفاء به شرط می‌کند و جایی برای تمسک به اصل براءت وجود ندارد.<sup>۳</sup>

**۵-۲ مصادیق شرط تبانی**

برخی فقها و حقوق دانان، تنها شرط ضمن عقد را لازم‌الوفاء می‌دانند نه شرط بدوی را؛ جماعتی از آنان شرط تبانی را به شرط بدوی ملحق می‌کنند و جماعتی دیگر آن را به شرط ضمن عقد.

**الف) قائلین به شرط تبانی که آن را به شرط بدوی ملحق کردن**

شهید اول در قواعد آورده است: «کل شرط تقدم العقد او تاخر عنه فلا اثر له»؛ یعنی هر شرطی که قبل از عقد و یا بعد از آن ذکر شود برای آن اثری نیست.

ممکن است تصور شود که چنین شرطی، یعنی شرط تبانی، تنها لازم‌الوفاء نیست بی‌آنکه به عقد خللی برسد؛ اما این طور نیست، زیرا شهید اول چنین شرطی را مفسد عقد هم می‌داند، نه به خاطر اینکه خلاف شرع است یا خلاف مقتضای عقد، بلکه به خاطر تخلف عقد از قصد، زیرا مقصود مشروط‌له، عقد به انضمام شرط بود که آن هم حاصل نشده، بنابراین عقد باطل است؛ و به خاطر اینکه شرط جزئی از احوال‌العوضین بوده، فساد آن موجب جهل به احوال‌العوضین خواهد شد. دنباله عبارت وی در قواعد چنین است: لو توطئا علی شرط فنسیاه حین العقد فالاقرب ان العقد باطل<sup>۴</sup>؛ یعنی اگر بر شرطی تبانی و توافق کنند، لیکن هنگام انشاء عقد ذکر آن را فراموش کنند، قول نزدیک‌تر به قواعد فقهی آن است که عقد باطل است. پس می‌بینیم که به عقیده ایشان در صورت عدم ذکر شرط در عقد به لحاظ نسیان و فراموشی، عقد باطل است و حال آنکه باقی فقها که شرط تبانی را به شرط بدوی ملحق می‌دانند متعرض بطلان عقد نشده‌اند؛ بنابراین می‌توان استفاده کرد که به‌زعم آنان شرط باطل، ولی عقد صحیح است؛ زیرا اولاً اصل صحت است و ثانیاً، شرط تبانی مادام که به لفظ انشاء نشود همانند انگیزه وداعی انجام معامله بوده و انگیزه با قصد فرق دارد؛ بنابراین تخلف از انگیزه مستلزم تخلف از عقد نیست تا موجب بطلان عقد گردد. پس چون هنگام انشاء عقد، مضمون عقد را قصد کرده‌اند، تخلفی مشاهده نمی‌شود تا حکم بطلان عقد کرد. ثالثاً، همان‌گونه که قصد و تراضی به شرط تعلق گرفته به مضمون و مفاد عقد نیز تراضی و قصد تعلق گرفته؛ بنابراین مطلوب متعدد بوده نه واحد.

<sup>۱</sup> شهید ثانی، پیشین، ص ۳۸۵.

<sup>۲</sup> حرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، موسسه آل‌البیت (ع) لاحیاء التراث، ج ۱۵، ۱۱۱۴ ق، ص ۳۰.

<sup>۳</sup> حرعاملی، پیشین، ص ۲۹۶.

<sup>۴</sup> نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۲۳، ۱۳۶۲، ص ۱۲.

صاحب جواهر نیز شرط قبل از عقد را لازم‌الوفاء نمی‌داند. البته اگر بنای عقد بر شرطی باشد که قبل از عقد ذکر شده، صحت آن را تقویت می‌کند، بنابراین بهتر است بگوییم که ایشان جزء آن از فقهای است که شرط تبانی را لازم‌الوفاء می‌دانند.<sup>۱</sup>

### ب) قائلین به شرط تبانی که آن را به شرط ضمن عقد ملحق کردن

علامه پس از نقل عبارت شیخ طوسی در خلاف که شبیه عبارت ابن براج است، می‌گوید: این مساله نزد من محل نظر است؛ شرط وقتی حکمش معتبر است که در متن عقد ذکر شود؛ مثلاً بگوید: «فروختم به تو فلان کالا را به فلان کالا یا به فلان مبلغ و برایم خیار فسخ تا فلان مدت باشد»، بعد مشتری بگوید: «قبول کردم» و اگر قبل از عقد پیرامون آن شرط صحبت کنند ولی هنگام عقد آن را ذکر نکنند، آنچه را شرط کرده‌اند صحیح است.<sup>۲</sup>

هرچند شیخ انصاری در مکاسب عبارت علامه را توجیح می‌کند و می‌گوید مراد علامه این بوده که اجمالاً با لفظ در متن عقد به شرط اشاره کند، ولی به نظر می‌رسد این توجیح بر خلاف ظاهر است.

نویسندگان قانون مدنی نیز در خصوص نکاح، شرط تبانی را شرط صحیح و درستی ندانسته و مشروطه را در صرت تخلف از شرط، مستحق فسخ دانسته‌اند که به نظر ما نکاح خصوصیتی ندارد و در سایر موارد نیز شرط تبانی موثر است. ماده ۱۱۲۸ ق.م.مقرر می‌دارد: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد».<sup>۳</sup>

### ۵-۳ مصادیق شرط ابتدایی

فاضل نراقی از نهاییه شیخ طوسی نقل می‌کند که شرط بعد از عقد شرط صحیحی است؛ هرچند اینجانب با مراجعه به کتاب نهاییه به چنین قولی برخورد نکردم. شاید اگر با حوصله و فرصت بیشتر به این کتاب رجوع شود، عبارت مذکور پیدا شود. ولی به هر حال اگر این نقل قول درست باشد، تأویل و توجیه آن به اینکه مراد، ذکر شرط، بعد از ایجاب است مه بعد از ایجاب و قبول، توجیه بعیدی است.<sup>۴</sup>

به عقیده طباطبایی یزدی شرط، مطلق جعل و قرار است و اختصاص به قرارهای ضمن‌العقد ندارد؛ بنابراین عموم ادله مثل «المومنون عند شروطهم» شامل شرط‌های ابتدایی نیز می‌شود و در اینجا تنها عبارت فاضل نراقی را ذکر می‌کنیم تا معلوم شود که ادعای اجماع مبنی بر اینکه شرط باید در خلال ایجاب و قبول ذکر شود ادعایی بیش نیست.<sup>۵</sup>

منظور از این شرط، شرطی است که در متن عقد ذکر نشود، بلکه قبل از عقد ذکر شود، بی‌آنکه عقد بر مبنای آن جاری شود؛ به بیان دیگر قید معنوی عقد محسوب نشود و یا آنکه شرط بعد از عقد و یا اصلاً عقدی در بین بنا نباشد ذکر شود. در مبحث شروط تبانی دیدیم که بعضی قائل به صحت شرط تبانی شده بودند؛ بنابراین ادعای اجماع در خصوص بطلان شروط تبانی بی‌وجه است، اما آیا اجماع بر عدم صحت شرط ابتدایی نیز محقق است یا خیر؟

### نتیجه‌گیری

در هر قراردادی تعهدات و شروطی به توافق می‌رسند که انجام دادن آنها الزامی است. از طرفی زمانی قرارداد منعقد می‌شود که شرایط اساسی صحت معامله رعایت شود و اراده افراد مختل نشود. در هر قراردادی شروطی مختلفی وجود دارد از جمله شروط ضمن عقد، شروط تبانی و شرط ابتدایی که هرکدام دارای تعاریف و مفاهیم مختص به خود هستند و قوانین مربوط به

<sup>۱</sup> نجفی، پیشین، ص ۱۹۸.

<sup>۲</sup> انصاری، مرتضی، مکاسب، تبریز، به خطر ظاهر خوشنویس، بی تا ص ۲۲۱.

<sup>۳</sup> انصاری، پیشین، ص ۲۲۲.

<sup>۴</sup> نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائدالایام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ج ۷، ۱۳۷۵، ص ۴۸.

<sup>۵</sup> طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه‌المکاسب، قم، نشر اسماعیلیان، چ اول، ۱۳۷۸، ص ۱۰۸.



آنها قابل توجه است. در شرط ضمن عقد براساس توافقات فی مابین، طرفین ملزم هستند که به موارد توافق پایبند باشند، در غیراینصورت هرگونه خساراتی باید جبران شود. این شروط در قانون مدنی ایران نافذ بوده و رعایت آن الزامی است. شرط تبنانی از گونه شروطی است که قبل از عقد صحبت می شود ولی توافقات آن در شروط عقد لحاظ نمی شود. هرچند که در خصوص این شرط اختلافاتی بین فقیهان وجود دارد، اما از نظر حقوقی صحیح و الزام آور است و شروطی که بصورت مکتوب و مستند باشد، می تواند در صورت خسارات طرف دیگر، از آن ادعای جبران داشته باشد. شرط ابتدایی که مبنای کار تحقیق فوق را تشکیل می دهد، از شروطی است که قبل از عقد یا بعد از عقد بیان می شود اما در متن قرارداد ذکر نمی شود. در میان فقیهان و حقوق دانان در این خصوص اختلاف نظراتی وجود دارد. می توان گفت که این شرط اگر قبل از منعقد شدن عقد ذکر شود اعتباری ندارد اما در بعد از منعقد شدن در صورتی که بین طرفین توافقی صورت گیرد، می توان آن را به بندهای قرارداد اضافه کرد و طرفین را ملزم به انجام دادن آن وا داشت.

## منابع

۱. قرآن کریم
۱. امامی، سیدحسن. (۱۳۶۶). حقوق مدنی، چاپ ششم، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ج ۱.
۲. افتخاری، جواد. (۱۳۸۲). کلیات عقود و حقوق تعهدات، تهران، میزان.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۹). مجموعه محشای قانون مدنی، انتشارات گنج دانش، تهران، چ اول.
۴. حائری، مسعود. (۱۳۷۳). اصل آزادی قراردادهای و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، تهران، کیهان.
۵. طوسی، عباس. (۱۳۹۲). مروری بر تعهد ابتدایی در نظام حقوقی کامن لا در پرتو نظریه «عوض»، فصلنامه اندیشه های حقوق خصوصی، سال اول، شمار ۱.
۶. فنواتی، جلیل و همکاران. (۱۳۷۹). حقوق قراردادهای در فقه امامیه، تهران، سمت، ج ۱.
۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، شرکت انتشار.
۸. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۰). قواعد فقه بخش مدنی ۲، تهران، سمت.
۹. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۳۶۳). لسان العرب، قم، ادب الحوزه.
۱۰. انصاری، مرتضی. (بی تا). المکاسب، تبریز، به خطر ظاهر خوشنویس، بی تا.
۱۱. بجنوردی، سیدمیرزا حسن. (۱۳۸۹ ق). القواعد الفقهیه، نجف، مطبعه الاداب، ج ۳.
۱۲. جیلانی، میرزا ابوالقاسم. (۱۴۱۷ ق). غنائم الايام، قم، مرکز الابحاث و الدراسات الاسلامیه.
۱۳. حرعاملی، محمد بن حسن. (۱۱۱۴ ق). وسائل الشیعه، قم، موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ج ۱۵.
۱۴. خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۷ ق). مصباح الفقاهه، قم، نشر انصاریان، ج ۲.
۱۵. ذهنی تهرانی، سید محمدجواد. (۱۳۸۸). اصول الفقه، ترجمه شیخ محمدرضا مظفر، قم، نشر گنجینه ذهنی، ج ۱.
۱۶. سنهوری، عبدالرزاق. (۱۹۷۰ م). الوسیط فی شرح القانون مدنی، انتشارات دار احیاء التراث العربی، بیروت، ج ۳.
۱۷. شهیدثانی، زین الدین بن علی. (۱۳۸۷). شرح اللعمه، ترجمه محمدمسعود عباسی، قم، موسسه انتشارات دارالعلم.
۱۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم. (۱۳۷۸). حاشیه المکاسب، قم، نشر اسماعیلیان، چ اول.
۱۹. قیومی، احمد بن محمد. (۷۷۰ ق). قاموس اللغه، خراسان رضوی، سازمان کتابخانه ها.
۲۰. موسوی خمینی (ره)، سید روح الله. (۱۳۵۲). البیع، ج ۱، تهران، موسسه آثار امام خمینی.
۲۱. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۳۷۵). عوائد الايام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ج ۷.
۲۲. نجفی، شیخ محمدحسن. (۱۳۶۲). جواهر الکلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۲۳.

# The status concept and commitment (condition) early in Iranian law and Jurisprudence

Maryam Ahmadi

*Ph.D. student of private law, Islamic Azad University, Damghan Branch, Damghan*

---

## Abstract

Necessary implemented time commitments are to be awarded the contract between at least two people. Provisions in these agreements is considered that they are required to do by law. Among the important conditions that not doing so could result in damages to the other party and must be *Lazmalvfa* to its provisions, the stipulation. Another condition that *Tvafqnzr* are all on the nature of the condition collusion. This condition is due to the express prior written contract and not based on laws not. Primary requirement is conditional on the substance and its principles among lawyers and legal *Akhtlafnzraty* there. This condition before or after the contract is known, but not mentioned in the contract. If pre-contract, such as credit collusion condition, but if done after the conclusion of an agreement between the parties to add it done, be valid and legal in adhering to this requirement is mandatory.

**Keywords:** A primary condition, the condition of collusion, stipulation, Iranian Law, Jurisprudence

---