

## مفهوم و اعتبار «شروط ابتدایی»

دکتر سید محسن بهشتیان<sup>۱</sup>

مقدمه

مشهور است که تنها اراده آدمی است که او را در گردونه روابط اجتماعی، در برابر هم‌نوع خویش ملزم و متعهد به امری می‌سازد و آزادی و اختیار، او را در چهارچوب قواعدی که لازمه زیست‌نظم اجتماعی است تحدید می‌نماید.

مع‌هذا نقش اراده در برخی از این الزامات ظهور و بروز بیشتری دارد و به همین لحاظ به الزامات قراردادی تعبیر گشته و در نقطه مقابل ضمانات قهری و قانونی واقع می‌شوند. طبع و سیرت الزاماتی که پیوندشان با اراده ظهور و بلوغ بیشتری دارد و به تعبیری، بهره‌وجودی خویش را مستقیم و بلافاصل از اراده می‌گیرند به گونه و سیاقی است که در نگاهی اجمالی اما تحلیلی، برخلاف ظاهر و هیأت آنها، می‌توان وحدت و یک‌گونگی آنها را فهم نمود. آنچه اراده انشاء می‌نماید و اندرون ظرف و قالب قرارداد می‌ریزد هرچند که به الفاظ گوناگون و بیان‌های مختلف باشد و هرچند که به نام عرفیات و در قالب اراده ضمنی به درون این قالب راه یابد، بی‌آنکه قرابت خویش با اراده را از کف نهد اثرساز می‌گردد. عقد بیع به عنوان بدیهی‌ترین مثال، گویای ادعای ماست. انتقال ملکیت که به قدرت اراده و تحت الحمايه قانون صورت عمل به خود می‌گیرد بارزترین اثر اراده در این عقد معین و

۱. عضو هیأت علمی دانشگاه و وکیل پایه یک دادگستری.

سنتی است. مع‌هذا انتقال ملکیت همیشه و همه حال مطلوب واحد طرفین نمی‌باشد. گاه اصحاب قرارداد ایجاد الزاماتی را ملحوظ نظر خویش دارند که همراه و همگام با انتقال ملکیت، مطلوب و مقصود آنها می‌باشد و به همین لحاظ، طرفین قرارداد، حین‌العقد متعرض آنها گردیده، آنها را انشاء می‌نمایند. خریداری که به فروشنده وکالت در اخذ ثمن می‌دهد نمونه‌ای از این خواسته‌های همراه و همگام است.

همه این آثار نمادی از اراده انشایی‌اند و آنچه که آنها را تجلی می‌بخشد اراده انسانی است. لیکن به لحاظ اینکه این آثار بعضاً تکرار پذیرند و در مقابل، بعضی هر از چند گاهی مطلوب و مقصود واقع می‌شوند عرف به تمایزی مانند اصل و فرع، دست می‌زند و اصل را کارساز، قدرتمند و نیروبخش دانسته فرع را ضعیف، انفعالی و طفیلی قلمداد می‌نماید.

در گستره حقوق مذهبی این تمایز و این تلقی حدت و شدت بیشتری دارد و از این رو مباحث بیشتری را به دنبال داشته است. چه اینکه مذهبی و پیرو مذهب و معتقد به دنیای اخروی، صاحب این بینش است که اعمال و افعال تنها در چهارچوب رضای خداوند توجیه‌پذیر است و از آنجا که در کلام وحی تنها به قالب‌ها و ظروف خاصی از اراده، توجه و التفات گردیده، این بینش حاصل شده است که هرچه اندرون این قالب‌ها واقع گردد موجه و خدایسند بوده و خارج از آن چیزی جز بدعت و مستوجب عذاب اخروی نمی‌باشد.

در پهنه حقوق اسلامی نیز، متشرعین از این نظر به دور نیستند. عرق مذهبی موجب گردیده تا علمای اسلامی، تنها اراده‌هایی را معتبر و کارساز بدانند که در چهارچوب قالب‌هایی امضایی و خدایسند قرار گیرد یا به گونه‌ای رنگ تعلق و وابستگی به آنها پذیرد.

مألاً اینکه چون با نیازهای مستحدثه روبرو شوند چاره‌ای جز حل و هضم مسائل در درون این قواعد مذهبی نبینند و با اجتناب از بدعت به انطباق ظاهری روی آورند.

اعتقاد به بطلان تعهدی که بیرون از قالب‌های مرسوم ایجاد می‌گردد و رنگ تعلق به سنت‌ها به خود ندارد ثمره همین بینش است. آنچه مایه شگفتی است اعتقاد به صحت همین تعهد است آنگاه که در پناه و در ظل قالبی امضایی و تأییدی قرار می‌گیرد. همین

شگفتی، انگیزه‌ای می‌شود که موضوع را با دقت و وسواس بیشتری بررسی نموده جایگاه چنین اعتقادی را در حقوق امروزی مشخص و مبرهن گردانیم.

### مبحث نخست: مفهوم شروط ابتدایی

اصطلاح «شروط ابتدایی» از مصطلحات پیشینه مسلم منبع اساسی حقوق موضوعه ما، یعنی فقه اسلامی است. این اصطلاح نه تنها مورد شناسایی فقهای امامیه می‌باشد بلکه عالمان دیگر مذاهب اسلامی نیز با آن آشنا هستند. مع‌هذا به لحاظ آنکه اکثر علمای حقوق اسلامی به ویژه علمای مذهب امامیه شروط ابتدایی را لازم‌الوفاء نمی‌شمارند بحث و گفت‌وگو در خصوص آن نیز چندان فراوان نیست. در میان کتب فقهی کمتر کتابی می‌توان یافت که بیش از چند خط به این مطلب پرداخته باشد. با این حال در این مبحث سعی نموده‌ایم از میان همین نوشته‌های اندک و کتب محدودی که در دسترس بوده است برای تنویر ذهنی هرچند مختصر از این اصطلاح ایجاد نماییم. به همین منظور و با توجه به اینکه هدف اصلی در این مبحث آشنایی با اصطلاح «شروط ابتدایی» است ارائه تعریفی از شرط ابتدایی را در قالب عبارت یا عباراتی صحیح ندانسته، بلکه شناخت لازم و اشراف نسبتاً کامل را متوقف بر ارائه مقدماتی دانسته‌ایم.

بدین ترتیب در این مبحث ابتداء با ارائه تعاریف به عمل آمده از شرط، البته به نحو اجمالی، جایگاه شرط را در علم حقوق شناسایی نموده و در ادامه آنچه معروف به شروط ابتدایی گردیده را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### گفتار اول: معنا و مفهوم شرط

برای شرط تعاریف مختلفی ذکر کرده‌اند. نگاهی اجمالی به کتاب‌های لغت، کثرت و تعدد این تعاریف را آشکار می‌سازد<sup>۱</sup> مع‌هذا تعاریف ارائه شده در کتب لغت، تعاریفی عرفی و کلی هستند که از دیدگاه علوم مربوطه محلی از اعراب و توجه ندارند و ذکر آنها در اینجا نیز فایده و سودی ندارد؛ همچنین از تعریف شرط در علوم مختلفه از جمله علم نحو،

۱. برای کسب اطلاع از این تعاریف رجوع کنید به: دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه.

فلسفه و کلام فارغ هستیم.<sup>۱</sup>

از میان تعاریف ارائه شده از شرط در علوم مختلف، آنچه به بحث ما مربوط می‌گردد تعاریفی است که از شرط در علم اصول فقه و علم فقه و حقوق به عمل آمده است.

#### الف: شرط در علم اصول:

در اصطلاحات اصول فقه شرط امری است که وجود آن برای تحقق امر دیگری لازم باشد و در تعریف آن گفته شده است «الشرط ما یلزم من عدمه، والیلزم من وجوده، الوجود» یعنی شرط عبارت است از چیزی که اگر نباشد مشروط به وجود نمی‌آید ولی اگر شرط به وجود آید به تنهایی برای ایجاد مشروط کافی نیست.<sup>۲</sup> به تعبیر دیگر شرط عبارت است از وصفی که مشروط خود را به کمالی که اقتضاء دارد می‌رساند. در این معنا شرط یکی از عناصر متشکله علت تامه است که در کنار سبب یا مقتضی و در صورت نبود مانع اثرساز می‌گردد. بدین ترتیب چنانچه عقد بیع را سبب و مقتضی انتقال ملکیت بدانیم بایستی مالیت مبیع و مقدورالتسلیم بودن آن را از جمله شرایط به معنای اصولی آن بشناسیم، بدیهی است در صورت نبود شرایط لازم، عقد بیع، اثر مطلوب را به جا نخواهد گذاشت.

#### ب: معنای شرط در فقه و حقوق:

در اصطلاح فقه و حقوق، شرط یکی از این دو مفهوم را بیان می‌کند:

۱ - امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد برای مثال ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران که شرایط اساسی صحت معامله را بیان می‌کند مؤید همین

۱. برای کسب اطلاع از این تعاریف رجوع کنید به:

انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ج ۲، انتشارات دهقانی، صص ۳۸۹ و ۳۹۰، سیدمحمدتقی خوئی، الشروط و الالتزامات التبعية فی العقود، ج ۲، چاپ سوم، صص ۱۵ الی ۲۲، استاد محمود شهابی، قواعد فقه، چاپ سوم، ص ۴۱.

۲. مظفر، شیخ محمدرضا، اصول الفقه، چاپ سوم، مرکز انتشارات حوزه علمیه قم، صص ۱۱۴ و ۱۱۵، استاد محمود شهابی، قواعد فقه، چاپ سوم، ۱۳۳۳، ص ۴۱، ترمینولوژی حقوق، محمدجعفر جعفری لنگرودی، چاپ پنجم، ص ۱۶۶.

معنا است. پس وجود قصد و رضا و اهلیت و موضوع و جهت مشروع هر کدام شرط صحت معامله است بدون اینکه هیچ کدام با درستی و نفوذ عقد ملازمه داشته باشد.

۲ - توافقی است که برحسب طبیعت موضوع آن، خود التزامی مستقل نیست و ناچار باید در زمره توابع عقد دیگر باشد، مانند شرطی که مربوط به اوصاف مورد معامله اصلی باشد (شرط صفت) یا اینکه برحسب تراضی طرفین در شمار توابع عقد دیگری درآمده است اگرچه می‌تواند به عنوان قرارداد مستقل مورد توافق باشد مانند وکالتی که ضمن عقد نکاح شرط می‌شود.<sup>۱</sup>

معنای اول از شرط در حقوق که به اجمال از آن سخن رفت معنایی است عام که شرط به معنای اصولی را نیز دربرمی‌گیرد. چنانکه بیان شد شرط در اصول صرفاً نقشی مکمل دارد، حال آنکه شرط در معنای مورد بحث در حقوق علاوه بر اینکه گاه نقش مکمل و متمم دارد گاه نقش اصلی را نیز برعهده دارد. براین اساس شرط در این معنا، گاه مترادف است با سبب یا مقتضی که از اصطلاحات آشنای اصولیین می‌باشد و گاه نیز مترادف است با عدم مانع.

در واقع در شرط در دو معنای مذکور، لزوم و ربط و علاقه وجود دارد با این تفاوت که گاهی لزوم چیزی از ناحیه قانونگذار معلوم شده و گاهی از ناحیه معامله‌کننده و گاهی از ناحیه هیچ‌کس مقرر نشده است، بلکه علاقه ذاتی که میان دو چیز است افاده لزوم می‌کند.<sup>۲</sup> علی‌ای حال بایستی گفت که در فقه و حقوق مراد اصلی از شرط، مطلق تعهد است و تقسیم شرط به شرط ضمن عقد و شرط خارج از عقد با التفات به همین معنا از شرط است.

۱. کاتوزیان، امیر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار، ص ۱۲۲.  
 ۲. در عناوین میرفتاح (ص ۲۴۹) می‌خوانیم: «ان الشرط فی العقد انما هو بمعنی الربط و احداث العلاقه بین العقد و ما شرط و هو المعنی اللغوی للشرط...» در قواعد فقه بجنوردی (ج ۳، ص ۲۴۴) نیز آمده است: «فالشرط بالمعنی المصدری عبارة عن جعل شیء مرتبط بامر آخر (نقل از کاتوزیان، امیر ناصر، همان مرجع، ص ۱۲۹) همچنین رجوع کنید به سیدمحمدتقی خوئی، مرجع پیشین، ص ۳۶.

### گفتار دوم: شروط ضمن عقد و شروط خارج از عقد یا «ابتدایی»

چنانکه در گفتار پیشین اشاره شد مراد از شرط در فقه و حقوق، بیشتر به معنای تعهد و آن هم تعهد تبعی و فرعی است. مع هذا بایستی گفت این شروط بعضاً توانایی آن را دارند که به طور مستقل و خارج از یک عقد معین و سنتی، مورد توافق و تراضی قرار گیرند. با این حال اختلاف شده است که کدام یک از شروط، دارای چنین قابلیت است و آیا اساساً با فرض وجود چنین قابلیت، توافق و تراضی بر آن خارج از عقدی معین سائغ و جایز است یا خیر؟ بدین ترتیب، در این گفتار ابتدا شروط ضمن عقد را مورد بررسی اجمالی قرار داده و سپس به آشکار ساختن معنای شروط ابتدایی می‌پردازیم.

#### الف: شروط ضمن عقد

شروط یا به عبارت روشن‌تر تعهداتی که به شکل فرعی در دایره تراضی طرفین قرار می‌گیرند از جهات و زوایای مختلف مورد بررسی واقع گردیده‌اند. تقسیم این شروط به «شروط صحیح و فاسد»؛ «شرط صفت، فعل و نتیجه»، «صریح و ضمنی»، «تعلیقی یا تقییدی»، نمونه‌ای از این تلاش‌هاست.<sup>۱</sup> آنچه از میان این تقسیم‌بندی‌ها مرتبط با بحث از شروط ابتدایی است، تقسیم شروط ضمن عقد، به شروط پیش از عقد، حین‌العقد و بعد از عقد است که نقطه اشتراک همه این شروط، این است که جملگی در محدوده تراضی و توافق طرفین معامله و در قالب عقدی معین قرار می‌گیرند اگرچه هر یک از آنها در مرحله خاصی از مراحل انعقاد و تکوین عقد، به درون قالب و ظرف عقد وارد می‌شوند.

#### ۱ - شروط پیش از عقد یا شروط تبانی یا بنایی:

آن گاه که طرفین عقد و معامله، در خصوص محتوای عقد به گفت‌وگوهای مقدماتی می‌نشینند در ضمن این گفت‌وگوها و مذاکرات بنای اولیه عقد را شکل می‌بخشند و این بنا

۱. برای آگاهی از این تقسیم‌بندی‌ها رجوع کنید به: کاتوزیان، امیرناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، ص ۱۲۰ به بعد، همچنین امامی، سیدحسن، *دوره حقوق مدنی*، ج ۱، چاپ دوازدهم، ص ۲۷۲ به بعد، استاد محمود شهبابی، *قواعد فقه*، همان منبع، ص ۴۱ به بعد و سیدمحمدتقی خویی، *الشروط او الائتزامات التبئیه فی العقود*، ج ۲، ص ۶۹ به بعد.

را مقدمه شروطی اساسی تر در مراحل بعدی قرار می‌دهند. از این رو اینگونه تعهدات مورد توافق را به شروط بنایی یا تبانی تعبیر و تفسیر کرده‌اند. در فقه امامیه برحسب اعتقاد به واقع شدن یا نشدن این شروط در دایره عقد و ورود آن در قصد مشترک طرفین، در لزوم وفاء به آن یا عدم لزوم تبعیت از آن تشکیک‌های فراوان شده است.<sup>۱</sup>

۲ - شروط حین العقد: مظهر اعلی و اجلای شروط ضمن عقد، شروطی هستند که در زمان انشای عقد و به هنگام ایجاب و قبول، به درون قالب عقد راه یافته و جزئی از محتوی را تشکیل می‌دهند. اگر اعتبار شروط تبانی به لحاظ تشکیک و تردید در خصوص ارتباط و پیوند این شروط با عقد و جهل به وقوع یا عدم وقوع آنها در متن عقد، متزلزل گردیده است بالعکس، نظر به قطعی و جزمی بودن پیوند شروط حین العقد با تعهد اصلی، اینگونه شروط از اعتبار ویژه و خاصی برخوردار هستند که در فقه اسلامی، فقها بالاتفاق قائل به اعتبار آن و لزوم رعایت آن می‌باشند.

۳ - شروط بعد از عقد یا الحاقی: شرط الحاقی، شرطی است که پس از بسته شدن عقد ضمیمه آن می‌شود. در این صورت هرگاه موضوع شرط، امری مستقل باشد که در مفاد و چگونگی اجرای تعهدهای ناشی از عقد منعقد تأثیری نداشته باشد، شرط مزبور به لحاظ علقه و ارتباط صوری و تصنعی آن با توافق پیشین، از حیث اعتبار یا عدم اعتبار تابع شروط ابتدایی بوده که به زودی مورد بحث قرار خواهد گرفت. اما آن گاه که شرط لاحق، در مفاد و چگونگی تعهدهای ناشی از عقد تأثیر می‌گذارد می‌توان آن را از شروط توافق پیشین دانست، زیرا بدین وسیله طرفین قرارداد را اصلاح کرده و همین اندازه ارتباط کافی است که نام «شرط» بر آن نهاده شود.<sup>۲</sup>

۱. شیخ انصاری، در مکاسب، ج ۳، انتشارات دهقانی، ص ۲۵ می‌گویند: «فلوتواطئاً علیه قبله لم یکف فی التزام المشروط به علی المشهور» و در جایی دیگر آورده: «الظاهر من کلمات الاکثر عدم لزوم الشرط الغیر المذکور فی متن العقد و ان وقع العقد مبنياً علیه» ولی سید محمد کاظم طباطبایی در هاشیه *المکاسب*، ص ۱۱۸ قولی دیگر اختیار نموده و با ناظر دانستن عموم اوقوا بالعقود، این شروط را معتبر انگاشته است.

۲. کاتوزیان، امیرناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۲۹.

### ب: شروط خارج از عقد یا «شروط ابتدایی»

تعهداتی که در خارج از یک عقد معین مورد توافق و تراضی افراد واقع می‌شوند ماهیتاً تفاوتی با آن دسته از تعهدات فرعی مندرج در عقد ندارند. تنها از حیث صورت و ظاهر است که این قبیل از تعهدات در دسته و مقوله‌ای خاص قرار گرفته‌اند. به تعبیر دیگر تبعی نبودن و استقلال این تعهدات است که به رغم ماهیت آشنای آن، مهجوریت و انزوای آنها را رقم زده است. در میان کتب فقهی، کمتر کتابی می‌توان یافت که بیش از چند خط به این مطلب پرداخته باشد و در غالب آنها، تنها به اجمال سخن از اعتبار یا عدم اعتبار آنها رفته است. از سوی دیگر اگرچه فقهای اسلامی به اتفاق، اصطلاح شروط ابتدایی را ناظر بر توافق خارج از چهارچوب عقدی معین و سنتی می‌دانند، لیکن در شناخت مصادیق آن به اختلاف افتاده‌اند. بر همین اساس ابتداء نظریات وارده در خصوص معنا و مفهوم شروط ابتدایی را مورد بررسی قرار داده و سپس قول منتخب را بیان می‌نماییم.

۱ - برخی از فقها شرط ابتدایی را مرادف تعهد یک‌طرفی دانسته و گفته‌اند تعهدی است که شخص به قصد یک‌طرفی خود علیه خود ایجاد می‌کند.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر برخی از فقها معتقدند که قصد یک طرف منشاء تعهد می‌شود و هر «تعهد یک‌طرفی» مجانی است و تعهد مجانی به ملاک نصوصی که دلالت بر جواز عقود مجانی (مانند هبه و عاریه) دارند جایز است.<sup>۲</sup> لذا دلیل عدم لزوم شرط ابتدایی صرف ابتدایی بودن آن نیست بلکه مجانی بودن آن، سبب عدم لزوم آن است. مثلاً شخصی که تعهد به انجام کاری به طور یک

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، چاپ پنجم، ۱۳۷۰، انتشارات گنج دانش، ش ۱۶۹ و ۳۸۰ و نائینی، *منیة الطالب*، ج ۲، ص ۲۳ (به نقل از جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، ص ۱۳۴).

محمصانی، صبحی، *النظریه العامه للموجبات و العقود*، ترجمه جمال‌الدین جمالی، ج ۲، ص ۳۱.

۲. شیخ موسی نجفی خوانساری در *منیة الطالب*، چاپ سنگی، ص ۱۰۶ می‌نویسد:

«یخرج عن کونه مجاناً اذا المستأنس من حکم الشارع بجواز العقود المجانیه مثل الهبه و العاریه، ان المطلق التعهدات المجانیه لایجب الوفاء بها و لعله المستکشف من الاجماع المحقق ظاهراً علی عدم لزوم الشروط الابدائیة، فالوجه لعدم لزومها معانیتها لا مجرد کونها ابتدائیة و لذا لوالترام بشیء من الاعیان او الامناف بعوض و قلنا لعدم توقف ملکیتها علی لفظ خاص لایبعد القول بلزومها».



طرفه در برابر دیگری می‌کند می‌تواند پیش از انجام تعهد خود، از انجام آن سرباز زند. بدین ترتیب می‌توان این گونه نتیجه‌گیری نمود که در نظر این دسته از فقیهان، شروط ابتدایی شروطی هستند که اولاً خارج از چهارچوب یک عقد معین قرار گرفته، و ثانیاً به قصد یک‌طرفی شخص ایجاد شده و ثالثاً تبرعی و مجانی است.

۲ - مشهور فقها امامیه شرط ابتدایی را شرطی دانسته‌اند که مندرج در متن عقد نبوده خود الزام و التزام مستقلی می‌باشد.<sup>۱</sup> به تعبیر دیگر تعهد ابتدایی تعهدی است که خارج از قلمرو عقود و ایقاعات معین ایجاد می‌گردد و چون این تعهد ابتدائاً و مستقلاً خارج از قالب‌های معین و سستی ایجاد می‌شود و به قالبی ملحق و ملصق نمی‌گردد آن را شرط ابتدایی نامیده‌اند. در این معنا لفظ شرط به معنای مطلق تعهد است خواه آنکه تعهد متقبله یک‌جانبه و یک‌طرفه باشد و خواه با قصد دو شخص ایجاد شود. آنچه ملاک و معیار است استقلال این تعهد و خارج بودن آن از دایره عقود معین و امضایی است.

از توجه به نظریات ارائه شده آنچه سازگاری و موافقت بیشتری با اصطلاح شروط ابتدایی دارد معنا و تعبیر اخیر است. آن دسته از فقهایی که دایره شروط ابتدایی را به تعهدات یک طرفی محدود می‌سازند برای نظر خویش دلیلی ندارند و از این لحاظ این عقیده و قول در فقه اسلامی متروک مانده است.

اما تعبیر دوم از شروط ابتدایی سازگاری و همسویی بیشتری با روح حاکم بر حقوق اسلامی به عنوان یک حقوق مذهبی دارد. همان‌گونه که در مقدمه به آن اشاره کردیم پیروی از حقوق مذهبی، مقتضی عدم صحت اعمال و کرداری است که خارج از نصوص

۱. شیخ انصاری، *مکاسب*، چاپ سنگی، ۱۳۷۵، مؤسسه نشر اسلامی، ص ۲۸۲، سید محمدکاظم طباطبایی، *حاشیه‌الکاسب*، ج ۲، ص ۱۱۷، ملا احمد نراقی، *مستند الشیعه*، المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، چاپ سنگی، ص ۳۸۹، شیخ موسی نجفی خوانساری، *منیه الطالب*، ج ۲، چاپ سنگی، ص ۱۰۶، سیدمحمد بجنوردی، *قواعد فقهیه*، چاپ ۱۳۷۲، ص ۱۲۲ و ۱۲۳ و در میان نویسندگان حقوقی رجوع کنید به: شهابی، محمود، *قواعد فقه*، چاپ سوم، ۱۳۳۳، دانشگاه تهران، ص ۶۵ کاتوزیان، امیرناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، صص ۱۲۸ و ۱۲۹، امامی، سیدحسن، *دوره حقوق مدنی*، ج ۱، چاپ دوازدهم، ص ۲۶۷.

وارد واقع گردد. آنکه سعی در انطباق عمل خویش با قواعد مذهبی دارد رفتاری خارج از چهارچوب‌های امضایی و تأییدی را ناصحیح و ناصواب می‌داند.

بنابراین به پیروی از قول مشهور فقهای اسلامی، شروط ابتدایی را باید به معنای تعهداتی دانست که از تأیید و تکریم شارع برخوردار نیستند و در تعریف آن گفت:

«شروط یا تعهد ابتدایی عبارت است از تعهدی که در متن هیچ یک از عقود معین گنجانیده نشده است خواه اینکه این تعهد به اراده یک‌طرفی و تبرعاً ایجاد گردد و خواه به اراده دو طرف»

### مبحث دوم: اعتبار شروط ابتدایی

تجارت و معاملات بین مردم آن زمان، به نحوی که امروز در میان افراد جامعه مرسوم و متداول است، در قدیم رایج نبوده است. در قدیم، نه تنها دایره معاملات به وسعت امروز نبوده، بلکه عقود و معاملات تابع اشکال و صور معین بوده است. یعنی اینکه تمامیت و لزوم عقد دارای اشکال، صور و الفاظ مخصوص بوده به نحوی که با فقدان آن صور و اشکال عقد باطل بوده است.

پیش از ظهور اسلام، در میان اعراب زمان جاهلیت معاملات و مراوداتی رواج داشته که این معاملات غالباً دارای تشریفات خاصی از جمله ادای الفاظ و صیغ خاصی، بوده است. هنگامی که اسلام ظهور کرد معاملات سابقه را نفی نکرد بلکه غالب آنها را امضاء نمود و از این جهت است که احکام اسلامی در بخش معاملات برخلاف بخش عبادات عموماً امضایی است و نه تأسیسی. شریعت اسلام رضایت را اساس معاملات قرارداد. اصل بنای معاملات بر رضایت مورد قبول جمیع مذاهب و فرق اسلامی است.

با این وجود و به موازات دگرگونی‌های مختلف در جامعه بعد از ظهور اسلام، در میان فقهای اسلامی این اختلاف پیش آمد که آیا تنظیم و تنسيق روابط در بخش معاملات براساس الگوهای غیرامضایی جایز و سائغ است یا اینکه مذهب و پیروی از مذهب اقتضاء می‌نماید که تمامی روابط در چهارچوب قالب‌هایی چند، محصور و محدود ماند.

### گفتار اول: اعتبار شروط ابتدایی در فقه امامیه

در گفتار دوم از مبحث اول اشاره نمودیم به اینکه عده‌ای از فقها امامیه شروط ابتدایی را ناظر بر تعهداتی می‌دانند که با قصد یک‌طرفی شخص ایجاد شده است. در نظر این دسته از فقها به ملاک نصوصی که دلالت بر جواز عقود مجانی دارند، شروط ابتدایی لازم‌الوفاء نمی‌باشند. اگرچه چنین ملاکی چندان مورد اعتناء و اعتماد نمی‌باشد، اما به لحاظ آنکه در نظر این دسته از فقها، دایره شروط ابتدایی به تعهداتی محدود می‌گردد که به قصد یک‌طرفی شخص ایجاد می‌گردد چندان اشکالی پیش نمی‌آید. مشکل آنجاست که شروط ابتدایی اطلاق در همه تعهدات خارج از عقد دارد و بر همین اساس اختلاف شده است که آیا این شروط لازم‌الوفاء می‌باشند یا اینکه به واسطه فقدان دلیلی بر وجوب تبعیت از آن، وفا به آن لازم نبوده و جایز است. بدین ترتیب در این گفتار ابتداء از دلایل معتقدین به عدم لزوم شروط ابتدایی و سپس از دلایل معتقدین به لزوم آن سخن می‌گوییم.

#### الف: دلایل معتقدین به عدم لزوم شروط ابتدایی:

شیخ انصاری می‌گوید: «مشهور فقهای امامیه اعتقاد بر این دارند که شروط ابتدایی لازم‌الوفاء نمی‌باشد و بلکه قول خلافی در این خصوص وجود ندارد مگر آنچه که از کتاب خلاف شیخ طوسی و مختلف الشیعه علامه حلی مستنبط می‌گردد».<sup>۱</sup> مع‌هذا بایستی دانست که موافقین لزوم شروط ابتدایی بعد از زمان شیخ انصاری افزایش یافته‌اند. علی‌ای حال مخالفین لزوم شرط ابتدایی جماعت اکثر را تشکیل داده و برای عقیده خویش دلایلی دارند که ذیلاً بدان می‌پردازیم:

۱ - برخی استدلال کرده‌اند که حرف «لام» در آیه شریفه «اوفوا بالعقود» در سوره مائده به عنوان آخرین سوره نازل بر پیامبر اکرم (ص) صرفاً به معاملات سابق بر نزول این آیه عمومیت دارد و براین اساس آنها را لازم‌الاتباع می‌گرداند.<sup>۲</sup> بنابراین آیه شریفه «اوفوا

۱. شیخ انصاری، مکاسب، چاپ سنگی، مؤسسه نشر اسلامی، ص ۲۸۲.

۲. امام خمینی (ره)، کتاب بیع، مؤسسه طبع و نشر بیع، چاپ اول، ۱۴۰۷ هـ ق ص ۶۲.

بالعقود» منصرف از عقود بعد از عهد رسول (ص) است.

۲ - استدلال شده است که روایت نبوی «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً» منصرف از شروط ابتدایی است. چه اینکه شرط در لغت به معنی ربط بین دو چیز است و به معنای التزامی است که در بیع و سایر عقود معین می‌آید خواه عقد معین مربوطه عقدی لازم باشد و خواه جایز. مآلاً اینکه شرط ابتدایی؛ شرط به معنای حقیقی نیست چه اینکه ربط و علاقه که عنصر اساسی است را فاقد است.<sup>۱</sup> بدین ترتیب؛ یعنی با فرض اینکه شرط به معنای تعهد تبعی باشد نه تنها نمی‌توان به عموم و اطلاق «المؤمنون عندشروطهم» احتجاج نمود بلکه روایات وارده در این خصوص نیز منصرف از شروط ابتدایی است.<sup>۲</sup>

برخی نیز اگر چه معتقدند شرط به معنای مطلق الزام و التزام است، لیکن به لحاظ ثبوت اجماع بر عدم لزوم وفاء به شروط ابتدایی و تخصیص عموم «المؤمنون عند شروطهم»، قائل به عدم لزوم وفاء به شروط ابتدایی گشته‌اند.<sup>۳</sup>

### ب: دلائل معتقدین به لزوم شروط ابتدایی:

اگرچه قول مشهور در فقه امامیه ناظر بر عدم لزوم وفاء به شروط ابتدایی است، لیکن

۱. آیت... خویی(ره)، *مصباح الفقاهه*، ج ۲، ص ۱۴۲ (به نقل از سیدمحمدتقی خوئی، کتاب *شروط*، همان منبع، صص ۳۹ و ۴۰).

سیدمحمد بجنوردی در کتاب *قواعد الفقهیة*، صص ۱۲۲ و ۱۲۳ می‌نویسد: «ایا مقصود از شرط، مطلق الزام و التزام است و یا الزام و التزامی است که در ضمن عقد باشد؟ علی‌الظاهر و به حسب متفاهم عرفی، شرط عبارت است از الزام و التزام در ضمن عقد زیرا شرط به معنای مصدری، قراردادن چیزی است مرتبطاً به امر آخر، لهذا مبدأ برای مشتقات خود می‌شود مثل شرط و مشروط و غیرذلک و به معنای اسم مصدری هم عبارت از مرتبط بودن شیء است به امر آخر، مضافاً اینکه در جای خود ثابت شده است که اگر شرط مطلق الزام و التزام باشد و مرتبط به چیز دیگری نباشد قهراً شامل شروط ابتدایی می‌شود و تخصیص اکثر که مستهجن است بر قاعده المؤمنون عند شروطهم می‌آید».

۲. از جمله این روایات: صحیحہ عبدا... سنان عن ابی عبدا... (ع) قال: «المسلمون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب... عزوجل فلا یجوز...» و مؤثقه اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابیه (ع): قال «ان علی بن ابی طالب (ع) کان یقول: من شرط لامرأته شرطاً فلیف لها به فان المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً» (نقل از سیدمحمدتقی خوئی، *شروط*، همان منبع، ج ۲، ص ۱۳).

۳. شیخ موسی نجفی خوانساری، *منیة الطالب*، ج ۲، چاپ سنگی، ص ۱۲۳.

بایستی گفت که گرایش فقهای متأخر به سمت و سوی شناسایی اعتبار و لزوم شروط ابتدایی بوده است.<sup>۱</sup>

فقهای که اعتقاد به لزوم شروط ابتدایی دارند در مقام احتجاج و استدلال به لزوم این قبیل شروط، به آیات و روایاتی اشاره نموده‌اند که به اجمال از آن سخن می‌گوییم.

۱ - عموم اوفوا بالعقود ناظر بر شروط ابتدایی هم می‌باشد. به تعبیر دیگر دستور شارع تنها منصرف به عقود و معاملات عهد رسول(ص) نمی‌باشد.<sup>۲</sup> علاوه بر آن از اطلاق و عموم آیات دیگری نیز می‌توان استفاده کرد که شروط ابتدایی معتبر می‌باشند، از جمله آیه ۲۷۵ از سوره مبارکه بقره «احل الله البيع و حرم الربوا» و آیه ۱۸۸ از این سوره «لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل» و نیز در آیه ۲۹ سوره مبارکه نساء «الا ان تكون تجارة عن تراض منکم».

۲ - از جمله عموماتی که دلالت بر لزوم شروط ابتدایی می‌کند روایت معروف «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد که جمع کثیری از فقها برای اثبات لزوم عقد به این روایت تمسک جسته‌اند. استدلال مزبور بر این امر مبتنی است که شرط به معنای مطلق الزام و التزام می‌باشد و عرف، شرط را به معنای التزامات ابتدایی نیز می‌داند.<sup>۳</sup> از سوی

۱. شیخ طبرسی، مجمع البیان، ج ۳، ص ۱۵۱، فاضل مقداد، کنز العرفان، ج ۲، ص ۱۷۱، رشیدالدین میبدی، کشف الاسرار، ج ۳، ص ۵، محقق قمی، متاجر جامع الشکات، ص ۵۳۰، سیدمحمدکاظم طباطبایی، عروة الوثقی، ج ۲، صص ۲۸۸ و ۳۱۳ و ۳۱۵ (به نقل از کاتوزیان، امیرناصر، مجله کانون وکلاء، شماره ۱۵۰ - ۱۵۱، بهار و تابستان ۱۳۶۹ - مقاله قولنامه).

۲. امام خمینی(ره) در کتاب بیع ص ۵۲ می‌نویسند: «فلا شبهه فی انه لیس للشارع فی باب المعاملات اصطلاح خاص و وضع مخصوص مقابل عقلاء فما هو المسمى لدى العقلاء هو المسمى لدى الشارع و ان تصرف فی بعضها او کلها بزیده قید او شرط علی المسمى».

۳. سیدمحمدتقی خوئی، شروط، ج ۱، (به نقل از محقق رشتی) سیدمحمدکاظم یزدی، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۷ در جواب این سؤال که: هل شرط الابتدایی واجب العمل اولاً... آورده است: «ان مقتضى القاعدة وجوب الوفاء به و ذلك لصدق الشرط عليه فانه لفه بمعنى الزام و التزام بل مطلق للجعل حساباً سابقاً من ظهور كلام بعض اللغويين فيه كالصراح...» و در ادامه می‌نویسد: «... قد عرفت أنه لاوجه الدعوى القطع به مع ان مقتضى العموم وجوب و لااجماع على خلافه».

دیگر روایت مزبور تنها شروطی را نامعتبر دانسته است که امر حلالی را حرام و حرامی را حلال گرداند و از آنجا که اصل بر عدم مخالفت شرط با شرع قرار گرفته است مادامی که تنافی شروط ابتدایی با شرع انور ثابت و مسلم نگردد بنا به حکم عام روایت مزبور، تبعیت از شروط ابتدایی واجب است.

علاوه بر روایت مذکور، روایات دیگری نیز هستند که بر اعتبار و لزوم شروط ابتدایی دلالت قطعی و مسلم دارند.<sup>۱</sup>

۳- از روایاتی چند که در این زمینه وارد شده قاعده‌ای به این مضمون «هر شرطی که با مشروع (کتاب و سنت) مخالف باشد فاسد است» اصطیاد می‌گردد.

ایراد شده است که اگر چه صحت این قاعده مورد اتفاق همه فقیهان است، لیکن در تحقیق مصادیق و تطبیق آن، نظر قاطعی وجود ندارد چه مواردی هست که تشخیص مخالفت و عدم مخالفت آنها با شرع مشکل می‌باشد.<sup>۲</sup>

شیخ انصاری (ره) با اشاره به اینکه شرط میان مسلمین مادامی که منعی نباشد جایز است می‌نویسد اصل بر عدم مخالفت شرط با شرع است و لذا چنانچه مخالفت با اصل ثابت نشد اصل و عموم، جاری و ساری خواهد بود.<sup>۳</sup> اگرچه میرزای نائینی درباره اصلی که در این گونه موارد باید به آن رجوع شود با عقیده شیخ مخالفت کرده و حتی این قول شیخ را با آنچه که در تنبیهاستصحاب از کتاب فرائد الاصول خود قائل شده مخالف دانسته

۱. از جمله این روایات این است که: ان بریره جاءت عائشه تستعینها فی کتابتها و لم تکن قضت من کتابتها شیئاً، فقالت لها عائشه ارجعی ال اهلک، فان احبوا ان قضی عنک کتابتک و یکون ولاوک لی فعلت فذکرت ذلک بریره لاهلها فابوا و قالوا: ان شامت ان تحتسب علیک فلتفعل و لیکن لنا ولاوک، فذکرت ذلک لرسول... صلی... ابتاعی فاعتقی فانما الولاء لمن اعتق، قالت، ثم قام رسول... فقال: ما باس اناس یشترطون شروطاً لیست فی کتاب... عزوجل، ممن اشترط شرطاً لیس فی کتاب... فلیس له وان شرط مائة، مره شرط... عزوجل احق و اوثق «مسند احمد بن حنبل، ج ۶، ص ۸۱، المکتب الاسلامی، بیروت، (به نقل از سیدمحمدتقی خوئی، شروط، ج ۱، صص ۳۹ و ۴۰).

۲. شهابی، محمود، قواعد فقه، همان منبع، ص ۵۴ و ۵۵.

۳. شیخ انصاری، مکاسب، انتشارات دهقانی، ج ۳، ص ۱۳ که می‌گوید: «... ان البناء علی اصاله عدم المخالفة یکفی فی احراز عدمها واقعاً، کما سائر مجاری الاصول...»

است، چه اینکه در آنجا این اصل را قابل اجراء ندانسته است. و در ادامه عنوان داشته است که در این مسأله که شرطی مخالف با کتاب است یا نه، اصلی که قابل استناد باشد موجود نیست، لیکن چون شک در مخالفت و عدم مخالفت سبب است، برای شک در نفوذ شرط، اصالت عدم نفوذ شرط و عدم لزوم مشروط علیه که اصلی است مسببی، لازم الاجراء و محکم است، لیکن به نظر می‌رسد که عقیده شیخ قوی‌تر است چه اینکه منظور این نیست که در وجود شرط مخالف یا عدم وجود آن شک و تردید حاصل شود چه اینکه شرط یا مخالف زاده می‌شود یا موافق، بلکه شک و تردید در این است که آیا شرطی وجود یافته یا خیر.<sup>۱</sup>

۴ - برخی از فقها برای اثبات لزوم شروط ابتدایی به بناء عقلاء استناد جسته‌اند. امام خمینی (ره) می‌نویسد: محقق است که نفوذ معامله بر دو امر متوقف است همان طور که از عرف و بنای عقلاء در معاملات آشکار می‌شود. اول اینکه متعاملین تصرفشان مجاز باشد و ثانیاً معامله طبق مقررات عقلاء و شرع انجام شود.<sup>۲</sup>

#### گفتار دوم: اعتبار شروط ابتدایی در حقوق ایران

چنانکه در گفتار پیشین بدان اشاره شد شروط خارج از عقد، در نظر غالب فقهای اسلامی اعتباری نداشته، لازم‌الوفاء نمی‌باشد و اشاره شد به اینکه، مشرعین بر این نظر خویش استدلال می‌نمایند که چون شروط ابتدایی تحت شمول هیچ یک از عموماً شرعی واقع نمی‌شوند، لهذا حکم بر الزامی بودن آنها هم از سوی شارع وجود نیافته است و به تعبیر دیگر، مقنن اسلامی هیچ حکمی در خصوص تکلیف به اتباع و اطاعت از این شروط وضع ننموده است.

حقوق موضوعه ایران که مقتبس از حقوق اسلامی و در عین حال حقوق رومی ژرمن، به عنوان حقوقی متأثر از تئوری «قرارداد اجتماعی» است متضمن راهکار دیگری است. اگر در حقوق اسلامی، ملاک و معیار در نفوذ قراردادهای خصوصی، مشمولیت این قراردادها

۱. شهبایی، محمود، قواعد فقه، همان منبع، صص ۶۲ و ۶۳.

۲. امام خمینی (ره)، کتاب بیع، مؤسسه طبع و نشر بیع، چاپ اول، ۱۴۰۷، ص ۲۹.

تحت عنوانی از عناوین و احکام شرعی است در حقوق متأثر از اصل حاکمیت اراده، ملاک و مناط «عدم مخالفت با نظم عمومی» است.

قراردادهای خصوصی به منزله قانونی که افراد میان خویش وضع می‌نمایند از حمایت و پشتیبانی دولت برخوردار می‌شوند مشروط بر اینکه این قوانین خصوصی و این رشته‌های پیوند، رشته‌های اجتماعی بودن و عصاره‌های مقوم نظام اجتماعی را نگسسته، متزلزل نسازد. بدین ترتیب اصل جاری و ساری در حقوق موضوعه ایران را می‌توان در این عبارت خلاصه نمود که «قراردادها اعم از اینکه تحت عنوان عقدی معین منعقد شوند یا اینکه تحت قالبی بی‌نام، تا آن هنگام که به نظم عمومی لطمه و صدمه نزنند نافذ، معتبر و مورد حمایت می‌باشند»<sup>۱</sup> اصل آزادی قراردادها در حقوق موضوعه ما، عمری نزدیک به یک قرن دارد. ماده ۱۰ قانون مدنی اعلام می‌کند: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد نافذ است».

اصل مذکور که مبین حمایت قانونگذار و قوه حاکمه از قراردادهای واقعه میان افراد است هرچند که در قالب عقدی معین نگنجد، رافع هرگونه شک و تردید و بحث و اختلاف در خصوص اعتبار یا عدم اعتبار نهاد شروط ابتدایی در حقوق حاکم بر جامعه ایران است.

با این وجود، اولاً ناآگاهی و ثانیاً انس و الفت با حقوق اسلامی موجب گردیده تردیدهایی در خصوص اعتبار این قبیل شروط و تعهدات حاصل شود. بر همین اساس عده‌ای، از جمله دفاتر اسناد رسمی، به ناچار و با ترس از اینکه مبدا این تردیدها حقوق حقه افراد را مورد تضییع و تفریط قرار دهد جانب حزم و احتیاط پیموده و با وجود صراحت اصل مذکور در ماده ۱۰ قانون مدنی، سعی بر انطباق معاملات با موازین مضبوط در فقه اسلامی نموده‌اند از جمله اینکه مرسوم گردیده دفاتر اسناد رسمی در زمان تنظیم سند قراردادی که با هیچ یک از عقود معینه مطابقت ندارد می‌نویسند: «در ضمن عقد خارج لازم شرط نمود که...» حال آنکه در واقع در غالب موارد، چنین عقد خارج لازمی،

۱. اغلب فقها اصل آزادی قراردادی را در چهارچوب و محدوده شروط ضمن عقد و عقد صلح تبیین و توجیه می‌نمودند.



موجودیت خارجی ندارد.

قولنامه و عقد بیمه از جمله قراردادهایی هستند که وفق ماده ۱۰ قانون مدنی در اعتبار و لزوم آن هیچ شک و شبهه‌ای نیست. با این وجود، بنا به دلایلی که ذکر شد عده‌ای از این جهت که این قراردادها تحت شمول هیچ یک از عقود معینه واقع نمی‌شوند و در کتاب و سنت حکمی بر لزوم آنها وجود ندارد، آنها را مشمول عنوان شروط ابتدایی دانسته، در اعتبار و لزوم آنها تشکیک و تردید نموده‌اند.

۱ - قولنامه: چنانکه از نام آن پیداست سندی است که طرفین به موجب آن وعده و تعهدی می‌نمایند که می‌تواند به نوبه خود یک‌طرفه یا دوطرفه باشد. اما آنچه از واژه قولنامه به ذهن متبادر است، سند متضمن تعهد دو طرفی و متقابل است. قولنامه‌های تنظیمی در معاملات مربوط به املاک و خودرو از رایج‌ترین موارد آن هستند. در قولنامه، طرفین نظر بر این دارند که با گرفتن تعهد از یکدیگر وقوع عقد در آینده را تضمین نمایند.<sup>۱</sup> (نظر مخالف هم وجود دارد).

علی‌ای حال و صرف‌نظر از اختلافات راجع به نوع تأثیرگذاری قولنامه، قولنامه، توافق‌نامه و قراردادی است متضمن تعهد به انجام کار، که از این حیث در قالب هیچ یک از عقود معین نمی‌گنجد. همین امر باعث گردیده به رغم تصریح ماده ۱۰ قانون مدنی بر نفوذ و اعتبار قراردادهای خصوصی، در لزوم یا عدم لزوم پیروی از تعهدات متقلبه به موجب قولنامه، تردیدهایی حاصل شود.<sup>۲</sup>

چندی این نظر قوت گرفت که چون قولنامه به صورت شرط ضمن عقد لازم درنیامده است اعتبار ندارد، چنانکه شورای عالی قضایی در بخشنامه‌ای اعلام نمود: «آنچه صرفاً

۱. کاتوزیان، امیرناصر، عقود معین، ج ۱، چاپ ششم، ص ۶۰.

۲. از فقهای متأخر، آیت‌الله گلپایگانی (ره) می‌گویند: قولنامه وعده‌ای بیش نیست و شرعاً اعتبار ندارد. آیت‌الله خمینی (ره) در کتاب موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی، ترجمه و تدوین از حسین کریمی، جلد اول، انتشارات مشکوری قم، در جواب این سؤال که قراردادی که بین ارباب حاجت و دلالها به نام قولنامه معمول است، آیا اینگونه قراردادها لازم‌الوفاء است یا خیر؟ فرموده‌اند: لازم‌الوفاء نیست. (به نقل از لطفیان، حسین، قولنامه، انتشارات روزنامه رسمی، ص ۳۸).

قولنامه است و ترتیب مقرر در آن در ضمن عقد لازم انجام نگرفته و تعهد نشده اعتبار قانونی؟! و شرعی ندارد و دادگاه نمی‌تواند طرفین را الزام به وفاء نماید». شگفت‌آور اینکه مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان در پیرایشی که در سال‌های ۶۱ و ۷۰ از قانون مدنی شد ماده ۱۰ قانون مدنی را حفظ کرده و بدین‌وسیله بر آن مهر تأیید زده بودند.<sup>۱</sup> با این حال، به تدریج بعضاً دادگاه‌ها تحت تأثیر نوشته‌های حقوقی، و با تکیه به ماده ۱۰ قانون مدنی و با رعایت احتیاطات کامل پذیرفته‌اند که قولنامه نیز تعهدآور بوده، طرفین را به آنچه خواسته و اراده نموده‌اند ملزم می‌سازد.

این گرایش هرچند ضعیف به سوی پذیرش اعتبار قراردادهایی که وفق ماده ۱۰ قانون مدنی تنظیم و تنسیق یافته‌اند، هرچند قابل تقدیس و تحسین است، کافی و وافی به مقصود نیست. آنجا که ماده ۱۰ قانون مدنی حاکم است تردید جایز نیست.

۲- عقد بیمه: <sup>۲</sup> عقد بیمه از جمله آن دسته از قراردادهایی است که در زمره عقود عهد رسول(ص) نمی‌گنجد و در کتاب و سنت اثری از آن نمی‌توان یافت. درست است که پس از ظهور اسلام، قراردادهایی مانند «ضمان جریره» و «نظام عاقله» مورد تأیید و امضاء شارع قرار گرفته است ولی تأسیس‌های مذکور را نمی‌توان بیمه به مفهوم امروزی دانست. بر همین اساس طبق یک نظر، از آنجا که بیمه از عقود مستحدثه و نوظهور می‌باشد که داخل در هیچ یک از عقود شناخته شده فقه اسلامی نمی‌باشد لذا عقد مزبور از حمایت شرع برخوردار نبوده لازم‌الاتباع نمی‌باشد.<sup>۳</sup> اما نظر مخالف بر این تعلق گرفته است که مقایسه و مطابقت قرارداد بیمه با یکی از عقود معین لازم نیست، زیرا شرع انور اسلام مردم را محصور و محدود به عقود مدون و معین ننموده است و براساس ادله‌ای همچون

۱. کاتوزیان، امیرناصر، مجله کانون وکلاء، شماره ۱۵۱ - ۱۵۰، بهار و تابستان ۱۳۶۹.

۲. امام خمینی (ره) در تعریف بیمه می‌گویند: «التأمين عقد واقع بين المومن والمستامن بان يلتزم المؤمن جبر خسارة كذاثيه اذا وردت على المستامن فما مقابل ان يدفع المؤمن له مبلغاً او يتعهد برفع مبلغ عليه الطرفان»، *تحریر الوسيله*، ج ۲، ص ۶۰۸.

۳. آیت ا... محمدی گیلانی، مقاله بیمه، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، سال ششم، شماره ۱۹ و ۲۰، بهار و تابستان ۱۳۷۶. عرفانی، توفیق، *قرارداد بیمه در حقوق اسلام و ایران*، انتشارات کیهان، ص ۱۲۷.

اوفوابالعقود می‌توان قائل به نفوذ و اعتبار عقد بیمه شد.

مطابق با نظر اول عقد بیمه بیشتر از آن جهت نامعتبر و بی‌اثر است که عقد مزبور شرطی ابتدایی است که شرط ابتدایی هم به لحاظ فقدان حکم بر لزوم، لازم‌الاتباع نمی‌باشد.

اما این بحث‌ها در حقوق موضوعه ایران هیچ‌گونه محلی از اعراب و توجه ندارد چه اینکه اولاً قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶، عقد بیمه را به رسمیت شناخته و بر لزوم آن تصریح نموده است، ثانیاً مقنن ایرانی، با اندراج ماده ۱۰ در قانون مدنی، با اعتبار بخشیدن به قراردادهای بی‌نام و ناموجود در قانون مدنی، هرگونه شبهه‌ای را در خصوص اعتبار یا عدم اعتبار عقد بیمه زائل ساخته است.

### نتیجه

آنچه انکارناپذیر است پیوند دیرینه و علقه مستحکم حقوق موضوعه ما، با حقوق اسلامی است. واقعیت دیگر، تأثر این حقوق از مفاهیم و ساختارهای حقوق مغرب زمین به ویژه نظام حقوقی رومی ژرمن است. اقتباسی این چنین، فارغ از دلایل آن و صرفنظر از نقاط مثبت و منفی آن، حقیقتی دیگر را رقم زده است. دوگانگی ساختار حقوقی و اختلاف مفاهیم و سازمان‌های حقوقی، حقیقت چنین امتزاج و ترکیبی است. شاید در هیچ کشوری به اندازه کشور ما، فراگرفتن علم حقوق و آشنایی با مبانی قوانین موضوعه، این چنین سهل و ممتنع نباشد. تشتت آراء قضایی در مسأله‌ای واحد و سردرگمی بعضاً نویسندگان حقوقی، معمولاً نتیجه دوگانگی این مفاهیم و ساختارهاست.

آنان که در حوزه‌های علوم دینی مشغول تحصیل و فراگرفتن قوانین اسلامی هستند از این دغدغه بدورند، چه اینکه ذهنیت آنها نسبت به مسائل، ذهنیتی است یکدست و یکنواخت. حال آنکه تحصیل حقوق در دانشگاه‌ها به لحاظ بافت دوگانه آن در زمره علوم مشکله درآمده است.

بدین ترتیب تنها راه و چاره را بایستی در این دانست که هر مفهومی در موضع خویش و

با عنایت به زادگاه آن مورد تحلیل و بررسی واقع گردیده نهایتاً سعی در ایجاد ارتباط و آشتی میان آنها نمود. بی‌شک سلوکی دیگر، پیامدی جز سردرگمی و اعوجاج نخواهد داشت.

بررسی جایگاه قرارداد و حاکمیت اراده در حقوق اسلامی و مطابقت آن با مفاهیم امروزی حاکم بر حقوق موضوعه کشورمان، بایستی براساس همین دیدگاه صورت پذیرد. ساده‌اندیشی است که نفوذ مفاهیم حقوق مغرب زمین را نادیده انگاشته و براساس تأسیسات حقوق اسلامی به ارائه نظر پردازیم.

شروط ابتدایی یا اراده‌های خارج از قالب‌های معین و امضایی در فقه اسلامی با عنایت به کل ساختار حقوق اسلامی و لحاظ جمیع عناصر موجود، امری است که بنا به نظر مشهور، نفوذ و اعتبار لازم را ندارد. اما همین اراده‌های آزاد آنگاه که در پرتو قوانین موضوعه مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرند طبیعتی دیگر می‌یابند. حقوق موضوعه ایران اصل را بر آزادی قراردادی نهاده است و تنها مانع نفوذ آن را برخورد با نظم عمومی به معنای وسیع کلمه قرار داده است.

بدین‌سان به جرأت می‌توان گفت، در حال حاضر، توافق‌های خارج از عقود معین، مشروط به نبود موانع، دارای اعتبار و نفوذ کامل بوده و آنکه در اعتبار آن تردید می‌کند هنوز با اصول اولیه حقوق موضوعه ما آشنا نشده است.

### فهرست منابع

- ۱ - امامی، سیدحسن، *دوره حقوق مدنی*، ج ۱، چاپ دوازدهم.
- ۲ - انصاری، شیخ مرتضی، *مکاسب*، دوره ۳ جلدی، انتشارات دهقانی.
- ۳ - بجنوردی، سیدمحمد، *قواعد فقهیه*، چاپ ۱۳۷۲.
- ۴ - خمینی، روح‌ا... (ره)، *بیع*، مؤسسه طبع و نشر بیع، چاپ اول، ۱۴۰۷ هـ ق.
- ۵ - خوانساری، شیخ موسی، *منیة الطالب*، ج ۲، چاپ سنگی.

- ۶ - خوئی، سیدمحمدتقی، *الشروط، دوره ۲ جلدی*، چاپ سوم.
- ۷ - دهخدا، علی اکبر، *لغتنامه*.
- ۸ - شهابی، محمود، *قواعد فقه*، چاپ سوم، ۱۳۳۳.
- ۹ - شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ج ۱، چاپ مکتبه بصیرتی، قم.
- ۱۰ - طباطبایی، سیدمحمد کاظم، *حاشیه المکاسب*، ج ۲.
- ۱۱ - عرفانی، توفیق، *قرارداد بیمه در حقوق اسلام و ایران*، انتشارات کیهان.
- ۱۲ - کاتوزیان، امیر ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱ و ۳، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار.
- ۱۳ - کاتوزیان، امیر ناصر، *عقود معین*، ج ۱، چاپ ششم.
- ۱۴ - لطفیان، حسین، *قولنامه*، انتشارات روزنامه رسمی، چاپ ۱۳۷۵.
- ۱۵ - مجله کانون وکلاء، شماره ۱۵۱ - ۱۵۰، بهار و تابستان ۱۳۶۹، مقاله قولنامه.
- ۱۶ - مجله قضایی و حقوقی دادگستری، سال ششم، شماره ۲۰ - ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۷۶.
- ۱۷ - محمصانی، صبحی، *النظریه العامه للموجبات والعقود*، ترجمه جمال الدین جمالی، ج ۲.
- ۱۸ - مظفر، شیخ محمدرضا، *اصول الفقه*، چاپ سوم، مرکز انتشارات حوزه علمیه قم.
- ۱۹ - نراقی، ملا احمد، *مستند الشیعه*، المکتبه المرتضویه لاحیاء و آثار الجعفریه، چاپ سنگی.
- ۲۰ - لنگرودی، جعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، چاپ پنجم.