

پژوهشی در تعمیم ادله وفای به شرط به شرط ابتدایی

عبدالله بهمن پوری^{۱*}، مهناز بی‌نیاز^۲

۱. استادیار؛ دانشگاه یاسوج، ایران

۲. کارشناسی ارشد؛ دانشگاه یاسوج، ایران

(تاریخ دریافت: ۹۵/۷/۱۰؛ تاریخ پذیرش: ۹۷/۱/۱۹)

چکیده

یکی از اقسام شروط، شرط ابتدایی است که در مورد لازم‌الوفاء بودن یا نبودن آن در میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. اکثر فقها این‌گونه شروط را لازم‌الوفاء نمی‌دانند، ولی برخی فقهای معاصر برخلاف مشهور فقها قائل به لازم‌الوفاء بودن این شروط هستند. برای شرط معانی متعددی در عرف، لغت، اصول و فقه و حقوق ... ذکر شده ولی به علت عدم بیان معنای شرط از طرف شارع، به معنای عرفی آن اکتفا می‌شود. شرط در عرف در دو معنا استعمال شده است: التزام و التزام در ضمن عقد و مطلق التزام و التزام و همین دو معنا، مبنای شکل‌گیری دو دیدگاه موافق و مخالف وفای به شرط ابتدایی شده است. در پژوهش پیش‌رو با روش توصیفی - تحلیلی پس از مفهوم‌شناسی شرط ابتدایی، به بررسی ادله موافقان و مخالفان شرط ابتدایی می‌پردازیم و در ادامه با ناکافی دانستن ادله مخالفان وفای به شرط ابتدایی و نقد آنها از یک طرف، و با استدلال به عموم و اطلاق ادله عمومی و خصوصی وفای به شرط مانند المؤمنون عند شروطهم و استناد به اعتباری بودن علم فقه از طرف دیگر، در صدد تقویت دیدگاه موافقان وفای به شرط ابتدایی خواهیم بود.

واژگان کلیدی

حاکمیت اراده، شرط، شرط ابتدایی، شرط ضمن عقد.

بیان مسئله

از دیرباز در فقه امامیه و حقوق موضوعه، یکی از مصادیق حاکمیت اراده، شرط است؛ در واقع طرفین عقد برای تکمیل اراده خود به جعل شرط در ضمن عقد می‌پردازند. یکی از مصادیق شروط که کمتر در عرصه حقوق موضوعه به ماهیت، آثار و احکام آن توجه شده، شروط ابتدایی است. در خصوص ماهیت شروط ابتدایی دو مبنا وجود دارد. یکی مبنای شکلی و دیگری مبنای ماهوی. بر اساس مبنای اول شرط ابتدایی، شرطی است که ضمن عقد شرط نشده باشد؛ اما بر اساس مبنای دوم شرط ابتدایی است که از نظر محتوا و معنا ارتباطی با عقد نداشته باشد. نکته مهم دیگر در خصوص این دسته از شروط لازم‌الوفاء بودن یا نبودن آنهاست. که در این مورد نیز فقها دو مشرب اصلی دارند. مشهور فقها شروط ابتدایی را لازم‌الوفاء نمی‌دانند اما برخی از فقها خصوصاً فقهای معاصر، مانند محقق اصفهانی، محقق یزدی و میرزای نایینی با تمسک به ادله‌ای چون اصل حاکمیت اراده، قائل به لازم‌الوفاء بودن این دسته از شروط هستند. گروه اول شرط ابتدایی را لازم‌الوفاء نمی‌دانند، چون معتقدند در معنای شرط، مفهوم ارتباط و وابستگی وجود دارد و شرط ابتدایی فاقد این ارتباط و وابستگی است؛ از این رو اطلاق واژه شرط را بر این التزامات مجاز دانسته‌اند، لذا عموم ادله وفای به شرط از جمله «المؤمنون عند شروطهم» شامل این دسته از شروط نمی‌شوند. ولی گروه دوم این شروط را لازم‌الوفاء می‌دانند، چون قائلند در معنای شرط مفهوم ارتباط و وابستگی وجود ندارد؛ لذا اطلاق واژه شرط را بر این التزامات حقیقی می‌دانند، بنابراین این دسته از شروط را مانند شروط ضمن عقد لازم‌الوفاء می‌دانند، با این اختلاف نظر، اجماع مطرح شده در خصوص لازم‌الوفاء نبودن شرط ابتدایی زیر سؤال می‌رود و محقق نمی‌شود. علاوه بر این هر کدام از این دو گروه برای اثبات نظریه خود به ادله‌ای استناد کرده‌اند که پس از بررسی به نظر می‌رسد نظریه گروه دوم به حقیقت نزدیک‌تر باشد. در حقوق مدنی که برگرفته از فقه امامیه است، به صورت صریح به شرط ابتدایی اشاره نشده، ولی ماده ۱۰ قانون مدنی را می‌توان به گونه‌ای حمایت از این شرط دانست.

هرچند در این زمینه برخی فقها و حقوقدانان (رک: محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۶۶ به بعد) اقداماتی انجام داده‌اند، اما پژوهش پیش‌رو با بررسی جامعی، عمده ادله مخالفان وفای به

شرط ابتدایی را بیان کرده‌اند و علاوه بر اشکالات و پاسخ‌های سنتی و معهود، به مبانی و ملاک‌های نوینی در جرح و تعدیل مسئله و نهایتاً دفاع همه‌جانبه از لازم‌الوفاء بودن شروط ابتدایی پرداخته است.

معنای لغوی شرط

لغت‌دانان برای شرط معانی متعددی را ذکر کرده‌اند، از جمله اینکه آن را به معنای علامت و نشانه دانسته‌اند (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۳: ۲۶۰). در قاموس آمده است که شرط، الزام و التزام در ضمن عقد بیع و مانند آن است (فیروزآبادی، ۱۳۷۶، ج ۳: ۲۶۸). بسیاری از لغت‌دانان مانند ابن منظور در لسان العرب نیز از ایشان تبعیت کرده‌اند (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۷: ۳۲۹). و در المنجد آمده است شرط، مطلق الزام و التزام است (لویس، ۲۰۰۵: ۳۸۲) و نیز گفته‌اند شرط در لغت به معنای عهد، پیمان و تعلیق چیزی به چیز دیگر آمده است (تهانوی، بی‌تا، ج ۳: ۷۵۳). شیخ انصاری در مبحث شروط مکاسب برای واژه شرط دو معنا ذکر کرده است:

۱. معنای حدی: که منظور از این معنا همان معنای مصدری است که جمع آن شروط و کلماتی مثل شارط (اسم فاعل) و مشروط (اسم مفعول) از آن مشتق می‌شود. در این معنا گاهی به خود مشروط، شرط گفته می‌شود، مانند خلق خدا به معنای مخلوق خدا.
۲. معنای اسم جامدی: شرط در این معنا چیزی است که از نبود آن نبود دیگری لازم می‌آید، اعم از اینکه وجود او علت وجود باشد یا نباشد. در این معنا واژه شرط اشتقاق‌ناپذیر است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۱۴).

معنای اصلاحی شرط

سید محمدکاظم طباطبایی یزدی شرط را به معنای مطلق الزام و التزام می‌داند و می‌گوید: بهتر است از این معنا به جعل و تقریر تعبیر شود و ظاهر امر در این است که مطلق جعل، مراد نیست؛ بلکه مقصود جعلی است که التزام را در پی دارد و موجب در تنگنا قرار گرفتن مشروط‌علیه می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۱۰۵).

امام خمینی (ره) کلمه شرط را مشترک لفظی بین دو معنا می‌داند:

۱. به معنای الزام و التزام در ضمن عقد و افزون بر اهل لغت و عرف، عقلاً نیز این معنا را برای شرط پذیرفته‌اند، البته به نحو ظرف و مظروف، نه به طریق تقييد و تعليق.
۲. به معنای تعليق شيء بر شيء به این معنا که آنچه تکویناً و تشریحاً چیز دیگری بر او معلق شده باشد. البته این معنا را عقلاً اعتبار کرده‌اند، نه اینکه از کتاب لغت آن را به دست آورده باشد (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۱۳۴).

معنای شرط ابتدایی

هرچند اصطلاح شرط ابتدایی بیشتر در دو سده اخیر به کار رفته است و قدمت چندانی ندارد، در طول قرن‌های متوالی فقهای شیعه برای اشاره به این مفهوم، از اصطلاحات گوناگونی استفاده کرده‌اند که همگی به یک مفهوم اشاره دارد، مانند «وعد» یا «وعده» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۲۱۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰: ۲۵۸ و ج ۱۳: ۴۲ و ج ۱۴: ۲۸۴) «الزام مستقل» (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۷۴)، «الزام ابتدایی» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۱۱) «شرط استقلالی» (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱: ۵۳) «التزام ابتدایی» (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۲۸۵) و عهد.

در تعریف‌هایی که فقها از شرط ابتدایی ارائه داده‌اند، یکی از این دو ملاک نقش عمده و اساسی را دارد:

۱. ضمن عقد نبودن.

۲. مرتبط نبودن با عقد.

البته برخی از فقها هر دو ملاک را در تعریف خود از شرط ابتدایی لحاظ و برخی دیگر به یکی از دو ملاک بسنده کرده‌اند. مثلاً در تعریف‌های ذکر شده در بالا، طباطبایی یزدی «ضمن عقد نبودن» را ملاک دانسته است و محقق اصفهانی و محقق خوبی ارتباط نداشتن با عقد را ملاک قرار داده‌اند و صاحب جواهر به هر دو ملاک توجه داشته‌اند. به عبارت دیگر اختلاف آنها ناشی از اختلاف در ماهیت شرط ابتدایی است.

به عبارت دیگر در تعریف‌های متعدد ارائه شده از شرط ابتدایی، دو مبنای اصلی نقش

مؤثری داشته است:

الف) مبنای شکلی.

ب) مبنای ماهوی.

بر اساس مبنای اول، شرط ابتدایی التزامی است که ضمن عقد ذکر نشده باشد. البته در همین نظر میان فقها در خصوص مفهوم ضمن عقد اختلاف نظر وجود دارد. به ویژه در خصوص شرط تبانی که برخی آن را قید معنوی دانسته‌اند و به نوعی چنین شرطی را شرط ضمن عقد می‌دانند یا از باب العقود تابعه للقصود وارد بحث شده‌اند و از این جنبه آن را که صراحتاً ضمن عقد ذکر نشده است، شرط ابتدایی می‌دانند.

برخی دیگر نیز شکل محض مورد نظرشان بوده و حتی چنین شرطی را چون صراحتاً ضمن عقد ذکر نشده‌اند، شرط ابتدایی می‌دانند (در این زمینه به تفصیل بحث خواهیم کرد).

مطلب دیگری که وجود دارد، در خصوص مفهوم کلمه «شرط» است که طبق نظر قائلان به این دیدگاه، قدر متیقن از مفهوم شرط مطلق التزام است. صرف نظر از آنکه با امر دیگری مرتبط باشد یا نباشد.

نکته: در خصوص اینکه التزامات (تعهدات یک‌جانبه) مانند عهد، نذر و وعد مشمول تعریف «شرط» می‌شود، میان فقها اختلاف دیدگاه وجود دارد.
اما بر اساس مبنای دوم:

شرط ابتدایی، التزامی است که از نظر محتوا و معنا هیچ‌گونه ارتباطی با هیچ عقدی نداشته باشد. به عبارت دیگر چنین شرطی دارای قصد و اراده مجزا از هر عقدی باشد. لذا بر اساس این نظر، متصور است که شرطی ضمن عقد صراحتاً ذکر شود، اما به آن جهت که هیچ ارتباط معنایی با اصل عقد ندارد، در عین حال شرط ابتدایی محسوب می‌شود. مانند اینکه دوختن لباس در ضمن عقد بیع شرط شود.

اما اگر شرطی به نحوی از انحا با محتوای عقد اصلی مرتبط باشد و با عقد اصلی در ذیل یک قصد و اراده بگنجد، اگر چه از نظر زمانی با هم متفاوت باشند، مانند وصفی برای عوضین یا فعلی که مضمّن به یکی از عوضین شده باشد، چنین شرطی ابتدایی نخواهد بود.

قائلان به این نظر معتقدند که در مفهوم شرط، نوعی ارتباط و وابستگی به چیزی وجود دارد و این معنای متبادر به ذهن از واژه شرط است. لذا معتقدند استعمال شرط در خصوص تعهدات ابتدایی حقیقی نیست، چرا که اساساً شرط ابتدایی فاقد مفهوم وابستگی و ارتباط است. همان‌طور که محمد حسن بجنوردی (القواعد الفقهیه بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۲۵۵ به بعد) تصریح می‌کند که: شکی وجود ندارد که فهم عرفی از لفظ شرط معنای مصدری آن خواهد بود، که عبارت است از الزام یا التزام مشروط‌علیه، مشروط‌له را به امری در ضمن عقد یا عهد یا امری.

در میان قائلان به این دیدگاه، در خصوص مفهوم شرط که آیا صرف ارتباط یک شیء به شیء دیگر است یا اینکه علاوه بر این ارتباط، باید رابطه لازم و ملزومی نیز میان آنها برقرار باشد؛ اختلاف دیدگاه وجود دارد. به‌عنوان مثال امام خمینی در نقد نظر محقق اصفهانی که فرموده‌اند حتی اگر شرط ضمن عقد با محتوای عقد اصلی ارتباط معنایی نداشته باشد، شرط ابتدایی محسوب می‌شود، می‌فرمایند مفهوم شرط صرفاً وابستگی یک شیء به شیء دیگر را می‌رساند، نه اینکه علاوه بر این وابستگی بین آن دو شیء که یکی ذیل دیگری قرار گرفته، از نظر محتوا و معنا رابطه برقرار باشد و چنین تعبیری نیازمند جعل و قرینه است؛ در حالی که واژه شرط به‌صورت مطلق وابستگی یک شیء به شیء دیگر است که در این صورت صدق شرط ضمنی بر آن شده و نمی‌توان شرط ابتدایی را به آن اطلاق کرد. لذا با وجود نظر محقق اصفهانی، اگر ضمن بیع حماری، شرط رفتن به زیارت بیت‌الله شده باشد، با اینکه بین شرط رابطه لازم و ملزومی نیست، اما چنین شرطی لازم‌الوفاء بوده و در صورت تخلف از آن برای دیگری خیار تخلف از شرط متصور خواهد بود (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۱۴۰).

در نهایت به‌نظر می‌رسد که برای تشخیص شرط ابتدایی، هر دو ملاک نقش اساسی و مهم دارند و توجه به هر دو ملاک لازم و ضروری است، زیرا ملاک ضمن عقد نبودن سبب تمایز این شرط با شرط صریح و ملاک ارتباط نداشتن با عقد موجب تمایز این شرط با شرط تبانی یا بنائی خواهد شد؛ لذا شرط ابتدایی، الزام و التزامی است که ضمن عقد نباشد و در عین حال، با عقد هم ارتباطی نداشته باشد.

لازم‌الوفاء بودن یا نبودن شرط ابتدایی

در اینکه آیا تعهدات ابتدایی لازم‌الوفاء است یا خیر، چهار دیدگاه وجود دارد:

اطلاق عنوان شرط بر شروط ابتدایی صحیح نیست، لذا لازم‌الوفاء نیست.

این قول، قول مشهور فقهاست که بر این مدعا دو دلیل دارند:

دلیل اول: مبنایی است به این بیان که می‌گویند چون تعهدات ابتدایی که در ضمن عقدی نیامده‌اند، در حقیقت مصداق شرط نیستند و عمومات وفای به شرط از جمله «المؤمنون عند شروطهم» شامل این‌گونه تعهدات نمی‌شود.

دلیل دوم: اجماع است (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۷: ۲۲۵).

اطلاق عنوان شرط بر شروط ابتدایی صادق نیست، ولی لازم‌الوفاء است.

مطابق این دیدگاه برای لزوم وفا به شرط ابتدایی، لازم نیست مفهوم شرط شامل آن شود؛ بلکه حتی اگر مفهوم شرط را شامل تعهدات ابتدایی ندانیم، باز هم شرط ابتدایی لازم‌الوفاء است؛ به دو دلیل:

دلیل اول: عمومات وفای به عهد

عده‌ای بر این باورند که وفای به وعده، مطلقاً واجب است و یکی از مصادیق آن، التزامات ابتدایی است. مرحوم نراقی این نظر را به عده‌ای از فقها نسبت می‌دهد و می‌فرماید: عده‌ای به وجوب وفا به هر وعده‌ای تصریح کرده‌اند و خلف وعده را معصیت دانسته‌اند و شکی نیست که مجموعه التزامات، مصداق وعده هستند (نراقی، ۱۴۱۷، عائده: ۱۵: ۱۴۲).

دلیل دوم: الغای خصوصیت

امام خمینی (ره) با اینکه تعهدات غیر ضمن عقدی را شرط نمی‌داند، در مقام استدلال بر وجوب وفا به تعهدات ابتدایی، می‌فرماید: با الغای خصوصیت از شروط ضمن عقد، می‌توان شروط ابتدایی را هم مصداق عمومات وفای به شرط از جمله «المؤمنون عند شروطهم» قرار داد؛ به این بیان که: بنا بر قول به عدم صدق شرط بر التزامات ابتدایی، می‌توان وجوب عمل به آنها را از طریق الغای خصوصیت از شرط ضمنی پذیرفت؛ به دلیل

فهم عرف از «المؤمنون عند شروطهم». زیرا عرف از این حدیث چنین می‌فهمد که آنچه ملاک وجوب وفا خواهد بود، قرار و تعهد مؤمن است و اینکه مؤمنان به تعهدات و قراردادهای خود پایبندند و برای بودن قرار و تعهد در ضمن قرار و تعهد دیگر، خصوصیتی نمی‌بینند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۳۰۴).

بنابراین برای وجوب وفا به تعهدات ابتدایی، لازم نیست حتماً مفهوم شرط شامل آن شود؛ زیرا غیر از عمومات وفای به شرط، راه‌های دیگری هم برای اثبات وجوب وفا وجود دارد.

اطلاق شرط بر شروط ابتدایی صحیح است، اما لازم‌الوفاء نیست

شیخ انصاری با اینکه التزامات ابتدایی را شرط می‌داند، به دلیل اجماعی که از سید علی طباطبایی صاحب ریاض نقل می‌کند، معتقد است وجوب وفا به آن دسته از شروطی اختصاص دارد که در ضمن عقد آورده شوند و شروط ابتدایی با اینکه شرط هستند، لازم‌الوفاء نیستند. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۵۶).

اطلاق عنوان شرط بر شروط ابتدایی صادق است و لازم‌الوفاء هم هست

مطابق این دیدگاه تعهد ابتدایی، هم شرط و هم لازم‌الوفاء است.

این دیدگاه تعهدات ابتدایی را شرط می‌داند، بنابراین دو قول قبلی را پذیرفتنی نمی‌داند. این قول سوم، همان قولی است که ما در این تحقیق در صدد اثبات آن هستیم و برای اثبات آن دلایل مختلفی آورده شده که تحت عنوان دلایل قائلان وفای به شرط ابتدایی به آن پرداخته می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۳: ۲۹۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۷۳).

ادله مخالفان وفای به شرط ابتدایی

این گروه، فقط شروط ضمن عقد را به معنای حقیقی کلمه شرط دانسته‌اند، زیرا معتقدند در معنای شرط «مفهوم ربط» نهفته است و واژه شرط بر «تعهد مستقل» اطلاق نمی‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۸۰). شرط، التزام و تعهدی است که مرتبط با عقد و معامله‌ای باشد و به تعبیر دیگر التزامی است که تابع التزام دیگری خواهد بود و از این رو، واژه شرط فقط بر «تعهد فرعی و تابع» صدق می‌کند. پس تعهد مستقل و شرط ابتدایی از حدود و ادله اعتبار

و نفوذ شرط، همانند روایت «المؤمنون عند شروطهم» تخصصاً خارج است و وفا به آن الزامی نیست.

این گروه همچنین برای اثبات ادعای خویش، به ادله زیر استناد کرده‌اند:

قول و وعده محض بودن شرط ابتدایی

این شرط وعده محض و به علت فقدان قصد انشا - با این توضیح که شخص قصد نداشته خودش را از لحاظ حقوقی ملتزم کند - الزام آور نیست (خویی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۴۳) و میرزای قمی در این زمینه آورده است که هر الزامی که مکلف بکند، وفای به آن واجب است و التزام مکلف یا به نذر و عهد و یمین است یا آنکه شرط را در ضمن عقد لازمی بکند، به همان صورتی که در مقوله شرط ضمن عقد بیان کرده‌ام و هر گاه به غیر این صورت‌ها باشد، داخل در مطلق وعده است و مشهور علما، وفای به وعده را واجب نمی‌دانند و وجه دیگری برای لزوم آن نمی‌دانم (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۲۸۵).

نقد و بررسی: تحلیل فوق توسط برخی از فقیهان رد شده و «شرط» و «وعده» را ماهیتاً متفاوت دانسته‌اند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱: ۵۳). به نظر اینان «وعده»، خبر دادن از امری در آینده و «شرط» التزام و بر عهده گرفتن چیزی است. «وعده» از مقوله اخبار و «شرط» از مقوله انشاست و نمی‌توان آن را وعده صرف تلقی کرد. به هر حال، اگر مقصود از شرط ابتدایی، وعده صرف باشد، مسلماً از نظر حقوقی الزام آور نیست؛ اگر چه از لحاظ اخلاقی شخص را پایبند می‌کند و تخلف از آن جایز نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۱۱۷) و میرزای قمی در ادامه نظر خود (که در بالا آورده شد) توضیح می‌دهد که وعده اگر متضمن بر معاوضه یا شبیه معاوضه باشد، مقرون به الزام و التزام است؛ برخلاف وعده محض که در آن هیچ نوع الزام و التزامی متصور نیست و شرط ابتدایی صرفاً یک وعده اخلاقی نیست، بلکه متضمن یک معاوضه طرفینی است (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۲۸۸). علاوه بر این نراقی در عوائدالایام وفا به هر نوع وعده‌ای را واجب می‌داند و معتقد است وعده دیگری از فقها نیز بر این مطلب تصریح دارند (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۴). بنابراین در صورتی که توافق طرفین شرط ابتدایی متضمن تعهد باشد، هر چند خارج از عقد لازم صورت پذیرد، به موجب ادله وفای به شرط و عقد، لازم‌الوفاء خواهد بود.

لزوم در قالب ایقاع یا قالب شبیه عقد بودن شرط ابتدایی

شرط ابتدایی به ناچار یا باید در قالب ایقاع یا در قالب شبیه به عقد باشد، اگر شرط ابتدایی به صورت ایقاع باشد، دلیل الزام آور نبودنش این خواهد بود که در حقوق اسلامی این نظر که ایقاع از منابع عام تعهدات و اسباب التزام باشد، پذیرفته نشده است و فرد نمی‌تواند صرفاً با اراده خود، خویشتن را در برابر دیگران ملتزم کند، هر چند که این تعهد او ناشی از قصد انشا باشد. و اگر در قالب عقد و مبتنی بر توافق طرفین باشد، علت الزام آور نبودن آن این است که در فقه امامیه اصولاً عقود بی‌نام و غیرمتداول، شرط ابتدایی تلقی می‌شوند و الزام آور نیستند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۶۹).

نقد و بررسی: اگر شرط ابتدایی به صورت ایقاع باشد، در حقوق اسلامی، ایقاعات منحصر به موارد معین و با نام است و ایقاع بی‌نام و غیرمعین پیش‌بینی نشده است و در همین موارد خاص نیز به جز موارد نادری نظیر اخذ به شفعه، نوعاً تعهدآور نیستند. و اگر در قالبی شبیه عقد باشد، باز دلیلشان درست نیست؛ زیرا بسیاری از فقیهان عقود جدیدی را که شرایط اصلی صحت و اعتبار عقد در آنها موجود است و ویژگی‌های لازم عقد را به عنوان «منبع التزام و تعهد» دارند، معتبر و لازم‌الوفاء می‌دانند؛ با اینکه همین فقها شرط ابتدایی را الزام آور نمی‌دانند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۷۰).

مجانی و بدون عوض بودن شرط ابتدایی

علت الزام آور نبودن شرط ابتدایی، مجانی بودن و نداشتن عوض است؛ زیرا در مصادیق این شرط، در برابر التزام و تعهد متعهد عوضی قرار ندارد و از حکم شارع و قانونگذار اسلامی بر جواز عقود مجانی همانند هبه و عاریه، این قاعده کلی استخراج می‌شود که مطلق عقود مجانی لازم‌الوفاء نیستند. پس دلیل عدم لزوم شرط ابتدایی که طرف مقابل قبول کرده، مجانی بودن آن و نداشتن عوض است و صرفاً به دلیل ابتدایی بودن شرط نیست. از این رو اگر شخص در مقابل عوض، ملتزم و متعهد به مالی اعم از عین یا منفعت شود، لزوم وفا به آن بعید نیست (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۳۳).

نقد و بررسی: نظریه مذکور با این ایراد روبه‌رو است که در حقوق اسلامی عقود همانند صلح بلاعوض، ضمان تبرعی و کفالت تبرعی وجود دارد که بدون عوض و مجانی هستند و با وجود این لازم‌الوفایند و تخلف از آنها جایز نیست (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۷۱).

مفقود بودن یکی از عناصر اصلی عقد در شرط ابتدایی

طرح این مطلب را با یک مثال شروع می‌کنیم. ممکن است در مقابل تعهد و التزام یک طرف، دیگری نیز خود را به امری متعهد کند و توافق، صورت عقدی بیابد. مصداق بارز این امر قرارداد تشکیل بیع است که به قولنامه و وعده متقابل بیع معروف است. در این موارد بایع و مشتری، بیع و مبادله عوضین را انجام نمی‌دهند، بلکه قراردادی می‌بندند که در آن دو طرف تعهد می‌کنند، بیع را با شرایط معین و ظرف مهلت خاص انجام دهند. همچنین شاید تعهد و التزام از سوی یک طرف باشد. مثلاً همراه با توافق برای معامله آتی بایع تعهد کند که اگر ملکش را در تاریخ معینی به طرف دیگر نفروشد، مبلغی را به‌عنوان خسارت یا وجه التزام بپردازد. در این موارد، بعضی از فقیهان معتقدند که اگر بیع تمام شده باشد، قرارداد معتبر و صحیح است، اما مجرد قول و قرار بر انجام دادن بیع اثر ندارد و شرط ابتدایی محسوب می‌شود و نافذ نیست (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۱۰۲).

در این دیدگاه، خود عقد بیع در صورت وقوع، معتبر و الزام‌آور است، اما وعده بیع یا قرارداد تشکیل بیع، عقد و معامله کامل محسوب نمی‌شود، بلکه شرط ابتدایی است و الزام‌آور نیست. به عبارت دیگر هر قول و قرار دوطرفه، حتی اگر متضمن تعهد از جانب یکی از طرفین یا هر دو بوده، با قصد التزام همراه باشد و مورد رضای طرف مقابل قرار گیرد، عقد محسوب نمی‌شود؛ بلکه فقط اگر دارای شرایط اصلی انعقاد و اعتبار عقد باشد، عقد است و همانند دیگر عقود، مشمول «اصل لزوم وفا به عهد» خواهد شد. پس فقدان بعضی عناصر اساسی سبب می‌شود که توافق و قول و قرار طرفینی، عقد تلقی نشود و شرط ابتدایی محسوب شود. از این رو، در همین فتوا در تعلیل حکم آمده است که معامله موضوع ندارد. ظاهراً از این دیدگاه، فرض مزبور اگر چه صورت عقد دارد، موضوع معلوم و معینی را که عقد بر مبنای آن تشکیل شده باشد، دارا نبوده است.

نقد و بررسی: نقدی که می‌توان بر این تحلیل وارد کرد این است که توافق انجام‌گرفته در مثال فوق، به یقین بیع نیست و با چنین توافقی، انتقال عوضین انجام نگرفته است، ولی چه مانعی دارد که آن را «عقد عهدی» بدانیم؛ به این معنا که التزام طرفین، نتیجه‌اش تعهد بر انجام دادن عقد بیع در آینده باشد، نه بیع الفعل و به عبارت دیگر، تفاوت میان چنین عقدی

با عقد بیع عیناً تفاوت میان شرط فعل است با شرط نتیجه. در عقد بیع، ملکیت همراه با عقد تحقق می‌یابد و در عقد عهدی مورد بحث که شرط ابتدایی نامیده می‌شود، التزام و تعهد بر انجام دادن فعلی که عبارت است از عقد بیع، در آینده صورت می‌گیرد و نتیجه این است که یک طرف متعهد بر فروش می‌شود و نمی‌تواند سر باز بزند و دیگری ملتزم به خرید است و نمی‌تواند از تعهد خود تخلف بورزد و از طرف دیگر فقهایی که چنین التزامی را شرط ابتدایی می‌نامند و به علت فقدان یکی از شروط اساسی عقد، از عقد دانستن آن امتناع می‌ورزند، معلوم نیست که کدام شرط اساسی را منظور می‌کنند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۷۲).

شروط ابتدایی از عنوان «شرط» «خروج موضوعی» دارند

مفهوم شرط، التزام طرفینی و تعلیق امر بر امر دیگری است و این معنا محقق نمی‌شود مگر زمانی که التزام در ضمن عقدی از عقود واقع شود، چه آن عقد لازم یا جایز باشد (معروف حسنی، بی تا: ۴۱۰). اهل لغت در مقام معنای لفظ شرط، آن را مقید به التزام در ضمن بیع و مانند آن کرده‌اند و عرف عقلاً نیز از لفظ شرط تعهد ضمن معامله را می‌فهمد، نه مطلق الزام و التزام را، بنابراین این گونه تعهدات ابتدایی را نمی‌توان از مصادیق شرط دانست (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۱۳۴). لذا استعمال شرط بر این گونه التزامات مجازی است.

نقد و بررسی: آنچه از واژه شرط متبادر می‌شود، مطلق الزام و التزام بوده و تبادر نشانه حقیقت است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۱۲). استعمال مجازی به قرینه نیاز دارد، ولی کاربرد شرط در معنای مورد نظر توسط عرف - مطلق الزام و التزام - همراه قرینه نیست (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲: ۵۰). به همین دلیل است که بعضی از فقها برای اثبات لزوم عقد به «المؤمنون عند شروطهم» استدلال کرده‌اند. بدیهی است که اگر مراد از شرط، شرط تبعی بودن باشد، استدلال به این حدیث صحیح نیست، چنانکه شهید ثانی در مسالک الافهام در لزوم عقد مسابقه به این حدیث استناد کرده‌اند؛ زیرا هر الزام و التزامی از مصادیق عقود می‌شود و تعریف عقود شامل آن نیز می‌شود؛ بنابراین، عموم «أوفوا بالعقود» به آنها تسری می‌یابد؛ زیرا «الف و لام» در کلمه عقود، افاده عموم می‌کند و به عقود شناخته شده در زمان

شارع محدود نمی‌شود، بلکه هر عهد موثق عقلایی را شامل می‌شود؛ زیرا عقد به معنای عهد موثق است (نایینی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۱۱۲) بنابراین اگر ادله شروط شامل شرط ابتدایی نشود، ما شرط ابتدایی را چنانچه دارای دو طرف باشد، یک عقد مستقل محسوب می‌کنیم. در این صورت عموم ادله عقود از جمله «اوفوا بالعقود» شامل آن می‌شود و عمل به آن واجب است. به علاوه برخی فقها استناد به کلام لغویین برای اثبات مدعای قائلان به عدم لزوم شرط ابتدایی را صحیح نمی‌دانند؛ زیرا به واسطه اختلاف نظر بین لغویین در این باب، معنای لغوی قابل استناد نیست (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۱۳۳). لذا برخی فقها سخن صاحب قاموس - که شرط را تعهد ضمن عقد دانسته بود - بر مسامحه حمل کرده‌اند (تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۳: ۵۶۰). حتی برخی طرفداران عدم لزوم شرط ابتدایی، وقتی در خصوص روایت المؤمنون عند شروطهم و شمول آن بر شروط ابتدایی سخن می‌گویند، تصریح کرده‌اند که: «برای تعیین معنای حدیث راهی جز دریافت معنای عرفی آن نیست، زیرا آنچه عقلا آن را در محاورات روزمره برای تعیین معنای کلام حجت می‌دانند، صرفاً ظهور کلام است و منظور از ظهور، متفاهم عرفی است؛ لذا ذکر سایر معانی و اصطلاحات تزیین عمر و اتلاف وقت است» (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۲۵۵).

اجماع بر عدم صحت شرط ابتدایی

شاید بتوان گفت مهم‌ترین مستمسک قائلان به لازم‌الوفاء نبودن شرط ابتدایی ادعای «اجماع» فقهاست، حتی اگر عمومات شرط شامل شروط مستقل هم بشود، عمومیت آن به واسطه این اجماع تخصیص می‌خورد. صاحب ریاض اجماع را از برخی فقها نقل و سپس خودش بر این مطلب ادعای اجماع کرده است و این اجماع را برگرفته از روایاتی می‌داند که شروط قبل از عقد نکاح را که در هنگام عقد فراموش می‌شوند، لازم‌الوفاء نمی‌دانند (طباطبایی، بی‌تا، ج ۲: ۱۱۶). حتی یکی از موافقان اعتبار شروط ابتدایی، با پذیرش نسبی اجماع می‌فرماید: «در امامیه قریب به اجماع است که چنین شروط ابتدایی لازم‌الوفاء نیستند. شرط به این نحو وعد است که وفای به آن مستحب است. لذا اگر اجماع بر این امر محقق شود، تعبداً آن را می‌پذیریم؛ اما در صورت عدم تحقق اجماع، حکم فوق قابل مناقشه است» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۱: ۱۹۳).

نقد و بررسی: عده‌ای از فقها مانند نراقی شرط ابتدایی را لازم‌الوفاء می‌دانند (نراقی، ۱۴۱۷، عانده ۱۵: ۱۳۲) و همچنین شیخ طوسی شرط قبل از عقد را لازم‌الوفاء می‌داند: «اگر بایع با مشتری قبل از عقد، شرط عدم خیار کند؛ بعد از عقد خیار بین آنها ثابت نمی‌شود و شرط صحیح است» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۱) و محقق اصفهانی و محقق یزدی در حاشیه بر مکاسب نیز چنین شرطی را صحیح و لازم‌الوفاء می‌دانند. بنابراین با وجود این اختلاف نظر، اجماع زیر سؤال می‌رود و محقق نمی‌شود. در همین زمینه امام خمینی (ره) گفته‌اند: «ثبوت شهرت واجد اعتبار یا اجماع در این مسئله مورد اشکال، بلکه ممنوع است؛ زیرا احتمال قوی دارد که مبنای فتوای کثیر یا اکثر به عدم صدق شرط به التزام ابتدایی باشد و لذا از ادله شروط موضوعاً خارج است و چنانچه مبنا را بر صدق شرط بر التزام ابتدایی بگذاریم، چاره‌ای جز اخذ به عموم نداریم (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۰۲). علاوه بر این، اجماع مطرح شده در خصوص شروط قبل از نکاح است، نه شروط قبل از هر عقدی و در مورد شروط قبل از نکاح نیز آرای فقها غیر واضح و مضطرب است و محقق سبزواری نیز با اینکه در مواضع متعدد از اثر خویش (کفایه‌الأحكام) بارها به نقل اجماعات و مشهورات می‌پردازد که گاه مورد تردید برخی از فقها قرار گرفته است، در خصوص این موضوع صرفاً می‌فرماید که فقها «گفته‌اند» شروط قبل و بعد از عقد الزام‌آور نیستند، اما بر این سخن اشکال وارد کرده است و شروط قبل و بعد عقد را نیز مشمول عمومات لزوم وفا به شرط می‌داند (سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۷۱). حتی صاحب جواهر می‌گوید که ظاهر کلام محقق اردبیلی در بحث جواز اخذ برائت پزشک از بیمار، این است که به درج شرط برائت ضمن عقد اجاره پزشک نیازی نیست، بلکه شرط به‌تنهایی (یعنی شرط مستقل) در برائت پزشک کفایت می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳: ۴۸).

رکن بودن شرط در عقد مشروط

شرط، نه تنها از ارکان عقد مشروط است، بلکه مانند جزئی از عوضین بوده و ذکر آن در ضمن ایجاب و قبول لازم است. به این ترتیب شرط نیز همانند عوضین اگر در عقد ذکر نشود، عقد محقق نمی‌شود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۵۷).

نقد و بررسی: استدلال به رکن بودن شرط در عقد مشروط نیز صحیح نیست، زیرا

لازمه رکن بودن شرط این است که:

۱. مشروطاً بتواند در صورت تخلف شرط، ثمن را تقسیط کند و یا نه جزء حقیقی ثمن، بلکه چیزی همچون ارزش را (که در خیار عیب گفته می‌شود) مطالبه کند. این لازمه است که مشهور با آن مخالفند. به نظر مشهور تنها حقی که برای مشروطاً وجود دارد «خیار فسخ» است.

۲. اگر شرط به انجام نرسید، بر مشروطاً علیه لازم است قسمتی از ثمن را که در برابر شرط قرار گرفته است، به طرف خویش بازگرداند، هر چند که آن را مطالبه نکرده باشد؛ همان‌طور که در مبیع مثلی فروشنده در صورت ناقص بودن آن ضامن است، هر چند که مشتری آن را مطالبه نکرده باشد. ولی در تخلف شرط کسی قائل به این نظر نشده و حتی در صورت معیوب درآمدن مبیع (که نوعی تخلف شرط ارتكازی محسوب می‌شود) نیز پرداخت ارزش فقط با مطالبه متضرر بر عهده بایع مستقر می‌شود.

به‌علاوه، این نظریه اصولاً برخلاف فهم عرفی از مفاد عقد است. عرف به‌وضوح میان جزء و شرط تفاوت می‌گذارد. درست است که شرط در ازدیاد و نقصان مؤثر است، ولی این به آن معنا نیست که دو طرف در قرار معاملی خویش، بخشی از ثمن را در برابر شرط قرار داده باشند. در حقیقت معاوضه فقط میان عوضین برقرار شده، بدون آنکه در برابر عوض چیزی به‌جز معوض قرار گرفته باشد. این است که نظریه یادشده از سوی دیگر فقیهان مورد انتقاد قرار گرفته است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۳۱).

به فرض هم اگر شرط از ارکان باشد، ذکر آن لازم نیست، چون ارکان وقتی به خاطر قرینه معلوم باشند، نیازی به ذکر ندارند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۱۱۸).

عدم صحت دلیل بودن بنای عقلا بر صحت و اعتبار تعهد یک طرفه

بر مبنای اینکه برخی شرط ابتدایی را تعهد یک‌طرفه می‌دانند، زیرا اعتبار تعهد یک‌طرفه مورد قبول اشخاص منظم جامعه نیست یا لاقلاً دلیلی بر اعتبار آن نزد ایشان وجود ندارد (شهیدی، ۱۳۷۷: ۲۱۳ و ۲۱۴).

نقد و بررسی: بنای عقلا را نیز می‌توان به‌عنوان یکی از ادله اعتبار تعهد یک‌طرفه لحاظ کرد. اینکه گفته شده است اشخاص منظم جامعه، تعهد یک‌جانبه را نمی‌پذیرند، صحیح نیست؛ زیرا چنین ادعایی اثبات نشده است و حتی می‌توان با بررسی عرف، خلاف آن را

اثبات کرد. برخی فقها با استناد به عرف، بعید ندانسته‌اند که بتوان با القای خصوصیت از شروط ضمن عقد، دلیل المؤمنون عند شروطهم را شامل تعهدات ابتدایی هم دانست (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۲۰۷). به نظر می‌رسد عقلای جامعه در روابط خود به وعده‌های یکدیگر اعتماد و بر مبنای آن عمل می‌کنند. البته این به آن معنا نیست که وعده بالجمله ایجاد التزام می‌کند، بلکه با توجه به قراین و به صورت موردی باید به بررسی آن پرداخت، اما می‌توان گفت که وعده فی الجمله تعهد ایجاد می‌کند، یعنی گاه وعده تعهد می‌آورد و فرض متیقن آنجاست که طرف مقابل با اعتماد بر این وعده، اقداماتی انجام می‌دهد و هزینه‌هایی را متحمل می‌شود؛ مثلاً به ارزیابی ایجاب و شرایط آن با کمک کارشناسان می‌پردازد.

به علاوه، اعتبار عقود، امضایی است نه تأسیسی و شارع آنچه عقلاً در روابط معاملی داشته‌اند یا بعداً نیاز داشته باشند را با عموماتی از قبیل «أوفوا بالعقود»، «المؤمنون عند شروطهم» و «ان العهد كان مستولاً» مورد امضا و تأیید قرار داده است و آنچه ممنوع است را صریحاً بیان و چارچوب منع را تعیین کرده است؛ نظیر منع رابطه قراردادی ربوی. لذا اگر کسی ادعا کند که برخی روابط مالی و تعهدات مردم فاقد اعتبار هستند، باید ادعای خود را با استناد به دلایل ثابت کند. از این رو اگر عقلاً تعهدات یک‌جانبه را در برخی موارد لازم‌الوفاء ببینند، ادعای عدم اعتبار این روابط به دلیل نیاز دارد و نه اعتبار آنها.

مستلزم تملیک قهری بودن پذیرش اعتبار یا لزوم شرط ابتدایی

نظر مشهور در امامیه این است که کسی نمی‌تواند مالی را بدون رضای دیگری به وی تملیک کند یا تعهدی به نفع وی پدید آورد. لذا از آنجا که تعهد ناشی از شرط ابتدایی، مستلزم تملیک یا ایجاد حق قهری است، باطل خواهد بود (امامی، ۱۳۷۷، ج ۱: ۳۵۳؛ شهیدی، ۱۳۷۷: ۲۰۹).

نقد و بررسی: در پاسخ به این استدلال سید یزدی، صاحب عروه معتقد است که مانع عقلی در برابر تملیک قهری وجود ندارد و وصیت تملیکی و وقف را از مصادیق تملیک قهری می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۸۷۸). به علاوه این که گفته شود یک طرف بدون قبول طرف مقابل، نمی‌تواند برای خود ایجاد تعهد کند «مصادره به مطلوب است زیرا

بحث در این است که بدون قصد متعهدانه و به صرف قصد متعهد آیا تعهد به وجود می‌آید یا نه. به علاوه، قصد یک طرف برای اثبات بعضی از تعهدات کفایت می‌کند، مانند جعله» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۲۳).

ادله موافقان وفای به شرط ابتدایی

این گروه، شرط را به معنای مطلق الزام و التزام یا مطلق جعل و قرار می‌دانند، بنابراین معتقدند واژه شرط بر شروط و تعهدات ابتدایی نیز صدق می‌کند و بدون تردید در نصوص و روایات، واژه شرط بر تعهدات ابتدایی نیز اطلاق شده است. پس مقتضای عمومات و ادله‌ای همانند روایات یادشده، وجوب وفا به تعهدات و التزاماتی خواهد بود که انسان در مقابل دیگری بر عهده می‌گیرد و شروط ابتدایی نیز بر این اساس، معتبر و الزام‌آورند.

این عده از فقها برای اثبات نظر خود علاوه بر نقد ادله مخالفان وفای به شرط ابتدایی (که در بالا آورده شد) به ادله ذیل نیز استناد کرده‌اند.

شرط همیشه به معنای التزام ضمن بیع و مانند آن نیست

محقق یزدی به استناد قول بعضی از اهل لغت که شرط را «تعهد» معنا کرده‌اند، می‌نویسد: شرط، جعل و قرار خاصی است که به موجب التزام می‌شود. به همین دلیل استعمال شرط در شروط ابتدایی را استعمال حقیقی می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۱۰۵ - ۱۰۶).

صاحب عوائد الایام نیز معتقد است که منظور از «شروطهم» در حدیث آن چیز است که طرفین به آن ملتزم می‌شوند و معنای شرط در لغت بیش از این نیست. اما معنای دیگر که عبارت است از «ماینتفی المشروط بانتفائه» معنایی است که صرفاً در عرف استعمال شده است و حتی چنانچه بپذیریم در این معنا حقیقت اراده شده باشد، حقیقت عرفی است (نه شرعی) (نراقی، ۱۴۱۷، عانده ۱۵: ۱۲۸).

دلیل دیگر نراقی این است که در روایات، شرط به مفهوم مجرد التزام آمده است و از هیچ‌کدام معنای انتفای مشروط که عقد باشد، در صورت انتفای شرط فهمیده نمی‌شود. بلکه در موارد استشهاد به روایات اغلب، عدم انتفای عقد وجود دارد (نراقی، ۱۴۱۷، عانده ۱۵: ۱۲۸).

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

تبادر مطلق التزام از واژه شرط

متبادر از واژه شرط مطلق التزام است نه الزام و التزام ضمن عقد بیع و مانند آن. البته در علم اصول، استعمال را به حقیقی و مجازی تقسیم می‌کنند، ولی بدیهی است که استعمال مجازی به قرینه نیاز 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، ۱۴۰۶، ج ۲: ۵۰).

به اعتقاد برخی از محققان، عقل در تشخیص مراد متکلم، به «ظهور کلام» تمسک می‌کند که ملاک آن جز فهم عرف نیست. به نظر می‌رسد عرف از ظاهر احادیث، مطلق تعهد و التزام را می‌فهمد و تفکیکی که فقها یا حقوقدانان از معنای لفظ شرط به عمل می‌آوردند، به ذهن عرف متبادر نمی‌شود. به همین دلیل در مورد عهد با خداوند مبنی بر فعل یا ترک عملی، گفته می‌شود که با خدای خود شرط کردم (حائری، ۱۳۷۳: ۱۹۷).

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

وی سپس اشکال مقدری را طرح می‌کند که اگر شرط مطلق التزام باشد، لازمه‌اش وجوب وفای به هر وعده‌ای است، هرچند ضمن عقد نباشد. همچنین التزام به شروط ضمن عقود جایز است. در پاسخ می‌گوید هر نوع وعده‌ای وجوب وفا دارد و جماعتی از اصحاب به جز شیخ انصاری به این امر تصریح کرده‌اند. پس لازمه نخست را می‌پذیرد، اما در ارتباط با لازمه دوم پاسخ می‌دهد که شرط ضمن عقد جایز، التزام مطلق نیست؛ بلکه بر فرض باقی ماندن مقتضای عقد التزام دارد (نراقی، ۱۴۱۷، عانده ۱۵: ۱۳۴ و ۱۳۵).

شمول عموم ادله در مورد شرط ابتدایی

برخی به حق تأکید کرده‌اند که حدیث «المسلمون (المؤمنون) عند شروطهم» عام است و هم شامل شروط ضمن عقد و هم شامل هر نوع التزام و تعهد حلالی می‌شود. دو دلیل بر دلالت حدیث بر عموم لفظ اقامه شده است: الف) قرینه استثنا. در ادامه حدیث، تنها مواردی (شرطی) استثنا شده است که حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند. پس به قرینه استثنا درمی‌یابیم هر شرطی که این ویژگی را داشته باشد، خواه ضمنی و خواه ابتدایی شامل عموم لفظ می‌شود.

ب) موارد استشهاد در سایر احادیث (مدرسی، ۱۳۹۳: ۱۹۴) که در گذشته بیان شد. ضابطه مهم در لازم‌الوفاء بودن شرط این است که غرضی معتدبه و عقلایی در آن نهفته باشد. زیرا در غیر این صورت، شرط لغو است و ادله وفای به شروط از آن انصراف دارد. این ضابطه هم شامل شروط ضمن عقد و هم شروط مستقل می‌شود. پس چنانچه شرط ابتدایی، مشتمل بر غرض عقلایی باشد، مشمول عموم ادله «المسلمون عند شروطهم» و لازم‌الوفاء خواهد بود.

عدم تحقق اجماع در مورد بطلان شرط ابتدایی

این اجماع از صاحب ریاض (آن هم در مورد شروط قبل از نکاح) نقل شده است که در آن تشکیک کردیم. صاحب عواید الایام تمامی الزام و التزامات خارج از عقود را لازم‌الوفاء می‌دانست (نراقی، ۱۴۱۷، عائده ۱۵: ۱۳۳). طباطبایی یزدی معتقد است: شیخ طوسی در نهایت، شروط بیرون از عقد نکاح را لازم‌الوفاء می‌داند (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۸۶).

الغای خصوصیت از شرط ضمن عقد به شرط ابتدایی

به فرض که معنای 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 (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۳۰۴). به این معنا که چون حکم وجوب وفا به «مؤمنین یا مسلمین» تعلق گرفته، همین صفت (مسلم یا مؤمن بودن) اقتضا دارد که آنان به تمامی تعهدشان عمل کنند، بدون اینکه ایفای تعهد به شروط ضمن عقد منحصر باشد (حائری، ۱۳۷۳: ۱۹۷).

اقتضای آزادی اراده به ایجاد تعهد برای شخص به صرف قصد

وقتی شخص نتواند به وسیله قصد خود را متعهد کند، چگونه به کمک قصد طرف خود را که یک انشای اجنبی است می‌تواند برای خود ایجاد تعهد کند. در پاسخ به این استدلال، گفته شده است که هر چند نفس، قدرت خلق موجودات اعتباری در ظرف اعتبار را دارد، «جزء دوم استدلال مزبور مشتمل بر سفسطه است چه... قصد انشای عاقد،... به‌تنهایی نمی‌تواند اثر حقوقی را به وجود آورد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۲۳). به علاوه، اصل آزادی اراده به‌طور مطلق در ایقاعات پذیرفته نشده و اعتقاد اکثر فقها و حقوقدانان بر این است که ایقاع همانند عقد نیست تا بتواند منشأ تعهد شود. «تنها زمینه‌ای که اصل آزادی ایقاع از احکام آن استنباط می‌شود، اسقاط حق است» (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۴۲). روشن است که هر دو پاسخ فوق، مصادره به مطلوب است. تمام بحث در این است که آیا نفس، به‌طور یک‌جانبه قدرت خلاق دارد؟ اینکه اکثر فقها قدرت خلاق نفس را به‌طور مطلق نپذیرفته‌اند، خود ابتدای سخن است و باید بررسی کنیم که چرا نپذیرفته‌اند و آیا ادله ایشان معتبر است؟ اگر برای نفس، در عقود و ایقاعات خاصی قدرت خلاق پذیرفته شده، آیا به این معناست که در سایر موارد پذیرفته نشده است؟ به‌عنوان مثال چه ویژگی خاصی در حیازت یا ابراء یا طلاق وجود دارد که در سایر ایقاعات نامعین وجود ندارد و حکم اعتبار را باید منحصر به ایقاعات معین دانست؟ از دیگر سو، غالب فقها اعتقاد دارند عقود نامعین نیز که شارع نام و احکام آنها را بیان نکرده است، اگر در چارچوب عقلایی و برخلاف احکام شارع نباشند، معتبر هستند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۷۰) و مشمول قاعده العقود تابعه للقصود و اوفوا بالعقود هستند. به‌نظر می‌رسد تعهدات یک‌جانبه مانند شرط ابتدایی نیز تا جایی که مخالف شرع نباشند، مشمول عموماتی نظیر المؤمنون عند شروطهم و انما الاعمال بالنیات و اوفوا بالعهد هستند. همچنین، قدرت خلاق نفس نه تنها در اسقاط حق پذیرفته شده، بلکه خود از ایجاد اسباب ایجاد حق است نظیر حیازت.

جریان اصل لزوم در ایقاعات

بر این اساس «اصل در هر عقد و ایقاعی، عدم جواز رفع آثار و فسخ آن مگر با وجود دلیل است» (حسینی مراغی، ۱۴۲۵، ج ۲: ۳۸) حتی مشهور اعتقاد دارند که در ایقاعات خیار شرط راه ندارد و برخی ایقاعات مانند عتق و طلاق و ابراء بر عدم تحقق خیار ادعای

اجماع شده است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۹۱ و ۳۹۲). پس از پذیرش اصل لزوم ایقاعات می‌گوییم که این اصل دارای مبانی متعددی است، از جمله دلالت حال متعاقدين بر اینکه ایشان لزوم را از آن اراده کرده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۲۵، ج ۲: ۳۸). می‌توان گفت در سایر تعهدات یک طرفی از جمله شرط ابتدایی نیز چنین وضعیتی وجود دارد و اراده انشاکننده بر این است که با قصد خود، در برابر دیگری متعهد شود. از دیگر مبانی اصل لزوم، این است که هر سبب حقوقی بعد از تحقق، آثاری را ایجاد می‌کند و برای رفع این آثار، به دلیل نیاز داریم و در صورت نبود دلیل، اصل بر عدم امکان رجوع از آن سبب است. در ما نحن فیه نیز بعد از انشای تعهد یک‌جانبه به نفع غیر، در صورت نبود دلیل نمی‌توان به متعهد اجازه رجوع از تعهد را داد. لذا اصل در این تعهدات، لزوم است.

آمدن شرط به معنای مطلق التزام بدون آنکه مفهوم ربط در آن وجود داشته باشد، در جاهای مختلفی از جمله ادعیه

مثلاً در دعای توبه از قول معصوم (ع) آمده است: «لک یارب شرطی أن لا أعود فی مکروهک و عهدی أن أہجر بجمیع معاصیک» یا در دعای ندبه: «بعد أن شرطت علیهم الزهد فی درجات هذه الدنيا ...» که در دعای توبه شرط و عهد به یک معنا آمده و در هر دو مورد، شرط و تعهد، مرتبط به تعهد دیگری نیست (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۵: ۲۱؛ نجفی گیلانی، ۱۴۰۷: ۲۱؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۱۰۶).

بهره بردن از نصوص قانونی علاوه بر ادله فقهی برای لزوم شرط ابتدایی

از نصوص قانونی نیز برای صحت و لزوم تعهد یک‌جانبه در حقوق داخلی می‌توان بهره برد. از جمله نصوص قانونی مهم در این زمینه ماده (۱۰) قانون مدنی است که مقرر کرده است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». حداقل نتیجه قطعی که از این ماده قابل حصول است، اعتبار شروط ابتدایی است که قالب عقدی دارند. اما اگر شرط ابتدایی در قالب ایقاع باشد، در نگاه اول نمی‌توان از این ماده برای اثبات صحت یا لزوم آن بهره برد، زیرا در این ماده صریحاً از نفوذ «قراردادها» سخن گفته شده است. اما برخی حقوقدانان با اخذ ملاک از این ماده آن را در خصوص ایقاعات نیز مجری دانسته و گفته‌اند: «چون ملاک ماده ۱۰ احترام به اراده افراد است،

لذا ملاک آن ماده شامل ایقاعات هم می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۳۳). همچنین با تنقیح مناط از برخی مقررات نظیر ماده (۲۴۸) قانون امور حسبی راجع به قبول ترکه از سوی ورثه و ماده (۲۹۰) قانون مدنی راجع به ابراء که در هر دو مورد تعهد یک طرفی لازم حاصل می‌شود، به تقویت دیدگاه اعتبار شرط ابتدایی پرداخته‌اند.

استدلال به اعتباری بودن علم فقه

علم فقه و اصول از جمله علوم است که با مفاهیم اعتباری سروکار دارد و اعتباریات نیز قلمرو خاص خود را دارند چنانکه حیثیت وجودیشان بید المعبر است و معتبر با توجه به نیازها و شرایط هرگونه که خواست آنها را اعتبار می‌کند. اما در این میان عده‌ای از فقها و اصولیین بدون توجه به این خاصیت مفاهیم اعتباری، احکام و آثار مفاهیم حقیقی را در مورد آنها جاری می‌کنند. مثلاً در جاهایی آخوند خراسانی به قاعده الواحد استناد کرده یا به امتناع تأخر شرط از مشروط یا امتناع اجتماع ضدین و مثلین استناد می‌کند. در حالی که این قواعد عقلی مربوط به عالم تکوین است، نه عالم تشریح و در عالم تشریح امکان دارد که شرط بعد از مشروط محقق شود یا سبب بعد از مسبب بیاید، چون اعتباری است و بید المعبر است و هیچ محذور عقلی در پی ندارد (بهمن پوری، ۱۳۹۳: ۲۱۰).

علامه طباطبایی که از شاگردان محقق اصفهانی بوده‌اند، مانند ایشان در این زمینه مطلبی را ذکر کرده‌اند که این اشکال را از ریشه حل می‌کند: ایشان تلاش‌های اصولیان برای حل قضایایی چون تقدم مشروط بر شرط و شرط متأخر در مسئله مقدمه واجب را تعسف می‌خواند؛ چرا که عمده این‌ها به‌خاطر خلط مقام حقیقت و اعتبار است. وی می‌گوید آنچه برهان بر محالیت آن قائم شده است، توقف موجود بر معدوم در امور حقیقی است، نه در امور اعتباری. به‌عبارت دیگر وجود شرط متأخر و تقدم مشروط بر شرط در وجود حقیقی ناممکن است، نه در احکام و امور فرضی و اعتباری و همه آنچه در فقه و حقوق، علت، شرط، جزء و امثال آن خوانده می‌شود علت، جزء و شرط اعتباری است نه حقیقی و فقط در ظرف اعتبار معنا و هویت دارد، نه خارج از آن و از این‌رو احکام و اوصاف این وجودات را حقیقی بر آنها مترتب نیست و از تقدم و تأخرشان هم هیچ محال عقلی و فلسفی به‌وجود نمی‌آید (طباطبایی، بی‌تا: ۱۰۷).

از این مطلب مهم و مبنایی می‌توان در جهت لازم‌الوفاء بودن شروط ابتدایی نیز بهره جست. چرا که شروط ابتدایی نیز تابع اعتبار معتبر بوده و در عرصه اعتباری فقه و حقوق چنین اعتباری، به اعتبار معتبر هم شرط است و تبعاً لازم‌الوفاء خواهد بود.

نتیجه‌گیری

آنچه در تشخیص شروط ابتدایی از دیگر شروط ملاک است، ارتباط نداشتن و ضمن عقد نبودن است. بنابراین شروط ابتدایی با شروط قبل از عقد (که با عقد در ارتباطند یا عقد بر مبنای آنهاست) تفاوت دارد و آنچه از لفظ شرط متبادر است و ادله و روایات هم آن را تأیید می‌کند، مطلق الزام و التزام است؛ بنابراین اطلاق لفظ شرط، بر التزامات ابتدایی حقیقت است، لذا عموم ادله وفای به شرط از جمله «المؤمنون عند شروطهم» شامل این دسته از شروط هم می‌شود و ادعای اجماع بر لازم‌الوفاء نبودن شروط ابتدایی محقق نیست؛ زیرا بسیاری از فقها قائل به لازم‌الوفاء بودن این شروط هستند و همان‌گونه که گفتیم این گروه از فقها علاوه بر نقد ادله گروه مخالف، ادله‌ای بر اثبات نظر خود ارائه داده‌اند که بعد از بررسی به نظر می‌رسد ادله این گروه به حقیقت نزدیک‌تر باشد و در نتیجه شروط خواه قبل از عقد باشند و خواه بعد از عقد و خواه اصلاً عقدی در بین نباشد، لازم‌الوفاء هستند. در حقوق نیز ماده ۱۰ قانون مدنی را می‌توان به نوعی حمایت از شروط ابتدایی دانست، بلکه می‌توان گفت ماده ۱۰ قانون مدنی به کمک ادله لزوم وفای به عهد و شرط به وجود آمده است و آزادی و حاکمیت اراده مستفاد از ماده ۱۰، از نظر مجوز و مشروعیت، وابسته به مبنای شروط ابتدایی است و از طرفی هم به شروط ابتدایی کمک می‌کند و ضمانت اجرایی آنها را در جوامع بشری (که به ظاهر تحت حاکمیت حقوق عرفی هستند) فراهم می‌کند و در حد یک مسئله فقهی و حکم شرعی و ارزش اخلاقی باقی نمی‌ماند، بلکه به وسیله ماده ۱۰ قانون مدنی از پشتوانه اجرایی قوی نیز برخوردار می‌شود.

کتابنامه

- قرآن کریم.

۱. اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۸ ق). *حاشیه المکاسب، ج اول، قم: انوار الهدی.*
۲. امامی، حسن (۱۳۷۷). *حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی.*
۳. انصاری، مرتضی بن محمد (۱۴۱۵ ق). *المکاسب المحرمه و البیع و الخيارات (ط - الحدیثه)، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.*
۴. بجنوردی، حسن بن آقابزرگ (۱۴۱۹ ق). *القواعد الفقهیه، قم: نشر الهادی.*
۵. بهمن پوری، عبدالله (۱۳۹۵). *بررسی جریان خیار شرط در معاملات از منظر فقه و حقوق، چ دوم، تهران: نشر خرسندی.*
۶. تبریزی، جواد (۱۴۱۶ ق). *ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، چ سوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.*
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش.*
۸. _____ (۱۳۸۷). *تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: کتابخانه گنج دانش.*
۹. _____ (۱۳۷۸). *مجموعه محشی قانون مدنی، تهران: بی نا.*
۱۰. حائری، مسعود (۱۳۷۳). *اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، تهران: کیهان.*
۱۱. حسینی مراغی، عبدالفتاح (۱۴۱۷ ق). *العناوین الفقهیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.*
۱۲. خمینی، روح الله (۱۴۲۱ ق). *کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.*
۱۳. خویی، ابوالقاسم موسوی (۱۴۰۹ ق). *مبانی العروه الوثقی، قم: منشورات مدرسه دارالعلم.*

۱۴. سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ ق). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، چ چهارم، قم: مؤسسه المنار.
۱۵. سبزواری، محمد باقر بن محمد (۱۴۲۳ ق). *کفایه الأحکام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: نشر حقوقدان.
۱۷. طباطبایی، علی بن محمد (بی تا). *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم: مؤسسه آل بیت علیهم السلام
۱۸. _____ (بی تا). *حاشیه الکفایه*، قم: بنیاد علمی و فکری طباطبایی.
۱۹. طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۲۱ ق). *حاشیه المکاسب*، چ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۰. _____ (۱۴۲۱ ق). *حاشیه المکاسب*، چ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۱. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق). *المبسوط فی فقه الإمامیه*، چ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
۲۲. _____ (۱۴۰۷ ق). *الخلاف*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۳. _____ (۱۴۰۰ ق). *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، چ دوم، بیروت: دارالکتاب العربی.
۲۴. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۲ ق). *تذکره الفقها (ط - الحدیثه)*، قم: مؤسسه آل بیت علیهم السلام.
۲۵. غروی نایینی، محمد حسین (۱۳۷۳ ق). *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، تهران: المکتبه المحمدیه.
۲۶. _____ (۱۴۱۳ ق). *المکاسب و البیع*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). *یقاع*، چ سوم، تهران: انتشارات میزان.
۲۸. کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹ ق). *تحریرالمجله*، نجف اشرف: المکتبه المرتضویه.
۲۹. گیلانی قمی، ابوالقاسم بن محمد (۱۴۱۳ ق). *جامع الشتات فی أجوبه السؤالات*، تهران: مؤسسه کیهان.
۳۰. _____ (۱۴۲۷ ق). *رسائل الميرزا القمی*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۱. محقق ثانی، علی بن حسین (۱۴۱۴ ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل بیت علیهم السلام.
۳۲. محقق داماد، مصطفی یزدی (۱۴۰۶ ق). *قواعد فقه*، چ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۳. _____ (۱۳۸۸). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، چ سوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۴. مدرسی، محمد تقی (۱۳۹۳). *الفقه الاسلامی قسم المعاملات*، بیروت: دارالصادق.
۳۵. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ ق). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام*، چ هفتم، بیروت: دارالاحیاء التراث.
۳۶. نجفی گیلانی، حبیب الله (۱۴۰۷ ق). *فقه الإمامیه (قسم الخیارات)*، قم: کتابفروشی داوری.
۳۷. نراقی، مولی احمد بن محمد (۱۴۱۷ ق). *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.