



Condition of collusion in economic contracts and agreements with emphasis on Imam Khomeini's jurisprudential views

Abdolkarim Najaf Dokht¹, Yaghoub Pourjamal^{2*}, Saeed Hassanzadeh³

1. PhD Student, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran.
2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran.
3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 221-237

Article history:

Received: 11 Dec 2021

Edition: 15 Jan 2022

Accepted: 17 Feb 2022

Published online: 26 Mar 2022

Keywords:

Economic Contract, Condition, Convention Condition, Obligation and Commitment, Condition During the Contract

Corresponding Author:

Yaghoub Pourjamal

Address:

Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran.

Orchid Code:

0000-0002-1171-5111

Tel:

09143037225

Email:

yraz.pourjamal@gmail.com

ABSTRACT

Background and Aim: Today, due to the advancement of technology and in order to comply with the two principles of speed and convenience, in domestic and international contracts, many terms and conditions of the contract and economic transactions are not mentioned in the text of the contract. The purpose of this research is to prove the validity of the collusion condition and the guarantee of its implementation.

Materials and Methods: The method used in this research is descriptive-analytical.

Ethical considerations: Preservation of the originality of texts and fidelity in speech quotation are among the ethical considerations of this research.

Results: The findings of a study that examined the views of one of the most prominent Imami jurists; Imam Khomeini (rah), and after explaining the concept of the condition and its relationship with the contract

Conclusion: The main reasons for the invalidity of the collusion condition documented in the narrations are consensus and the difficulty of proving it. citation narrations based on the invalidity of the collusion condition are contrary to the principles and rules of jurisprudence and assuming the authenticity of the document and the meaning should be narrowly interpreted and should not be extended to all contracts as a general rule.

Cite this article as:

Najaf Dokht A, Pourjamal Y, Hassanzadeh S. Condition of collusion in economic contracts and agreements with emphasis on Imam Khomeini's jurisprudential views. *Economic Jurisprudence Studies*. 2022; 4(1):221-237.



شرط تبانی در عقود و قراردادهای اقتصادی با تأکید بر نظرات فقهی امام خمینی (ره)

عبدالکریم نجف‌دخت^۱، یعقوب پورجمال^{۲*}، سعید حسن‌زاده^۳

۱. دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، هیات و علوم سیاسی واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.
۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، هیات و علوم سیاسی واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.
۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، هیات و علوم سیاسی واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: امروزه با پیشرفت تکنولوژی و به منظور رعایت دو اصل سرعت و سهولت، در قراردادهای داخلی و بین‌المللی، بسیاری از شروط و لوازم قرارداد و معاملات اقتصادی در متن عقد ذکر نمی‌شود با این حال تردیدی در ملتزم بودن طرفین به رعایت این شروط وجود ندارد از این رو، اثبات اعتبار شرط تبانی و ضمانت اجرای آن مبتنی بر ثبوت خیار فسخ در صورت تخلف یا تعذر شرط، هدف این پژوهش می‌باشد.

مواد و روش‌ها: روش بکار گرفته شده در این پژوهش، توصیفی - تحلیلی می‌باشد.

ملاحظات اخلاقی: حفظ اصالت متون و امانت‌داری در نقل گفتار، از ملاحظات اخلاقی، این پژوهش است.

یافته‌ها: یافته‌های پژوهش حاکی از آن است که اگرچه در میزان تأثیرگذاری شروط تبانی اختلاف نظر وجود دارد اما منشأ اختلاف در زمینه اعتبار و عدم اعتبار این شروط به تبادر ناشی از معنای لغوی شرط و برخی روایات، بازمی‌گردد.

نتیجه: روایات استنادی مبنی بر عدم اعتبار شرط تبانی با اصول و قواعد فقهی مخالفت داشته و بر فرض صحت سند و دلالت باید تفسیر مضیق شود. اجماعی که ادعا شده اجماع منقول است و فاقد حجیت است: با وجود پیشرفت تکنولوژی و فناوری اطلاعات و استفاده از ابزارهای مکاتباتی و امکان ضبط مکالمات و مکاتبات تقریباً بحث دشواری اثبات شرط تبانی، منتفی است.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۲۳۷-۲۲۱

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۲۰

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰/۱۰/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۱/۲۸

تاریخ انتشار: ۱۴۰۰/۱۰/۰۶

واژگان کلیدی:

قرارداد اقتصادی، شرط تبانی، الزام و التزام، شرط ضمن عقد.

نویسنده مسوول:

یعقوب پورجمال

آدرس پستی:

ایران، تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تبریز، دانشکده حقوق، هیات و علوم سیاسی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی.

تلفن:

۰۹۱۴۳۰۳۷۲۲۵

کد ارکید:

0000-0002-1171-5111

پست الکترونیک:

yraz.pourjamal@gmail.com

۱. مقدمه

مراعات شروطی که در گفتگوهای مقدماتی پیش از عقد و قرارداد، مورد توافق طرفین قرار گرفته و عقد مبتنی بر آن واقع شده ولی در متن عقد ذکر نشده، لازم است؟ تخلف از شروط مزبور چه صورتی دارد؟ این پرسش‌ها، سوالات اصلی و شالوده اساسی این تحقیق را تشکیل می‌دهد. با توجه به این که در دعاوی مربوط به معاملات اقتصادی، وجود و عدم شرط تبانی مورد اختلاف اصحاب دعوی است و یک طرف مدعی وجود و لزوم عمل به چنین شرطی و طرف دیگر منکر وجود آن است؛ فرضیه این تحقیق بر این مبنا شکل گرفته است که شرط تبانی حکم شرط مذکور در عقد را دارد و ضمانت اجرای آن، امکان اجبار مشروط بر انجام شرط و ثبوت خیار فسخ در صورت تخلف یا تعذر شرط می‌باشد.

مشهور فقیهان متقدم امامیه و فقیهان بعد از آنها تا زمان شیخ انصاری بر این باور بودند که به طور مطلق، شروط تبانی، همان شروط مورد توافق طرفین عقد، قبل از عقد که عقد لاحق بر مبنای آن منعقد می‌گردد، تأثیری بر عقد ندارد. نظریه آن‌ها به نصوصی از معصومان و تبادر ناشی از معنای لغوی مستند بود. به نظر ایشان شرطی الزام‌آور است که در متن عقد ذکر شود. این فقیهان، برای این ادعای خود ادله‌ای اقامه می‌کنند که مهم‌ترین آن وجود شهرت و بلکه اجماع (طباطبایی، ۱۴۰۴، ۱۱، ۳۳۷) بر عدم اعتبار شرط تبانی، لزوم تقدم معلول بر علت در فرض اعتبار شرط بنایی (حلی، ۱۳۸۷، ۳، ۱۳۰)، روایات وارده

در باب عقد نکاح (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۷، ۲۴۳) است. همچنین این شرط را در زمره‌ی شروط ابتدایی تلقی می‌کنند که بالاجماع الزام‌آور نمی‌باشد.

در مقابل، گروهی از فقها شرط بنایی را الزام‌آور دانسته و بعد از نقد دلایل فوق به ادله‌ی دیگری استناد می‌کنند. برای مثال، شروط فوق را قید معنوی عقد لحاظ می‌کنند (انصاری، ۱۴۱۵، ۶، ۵۵)، یا به روایت «المؤمنون عند شروطهم» متمسک می‌شوند (طوسی، ۱۴۰۷، ۲۲)، که البته این دلایل نیز خالی از اشکال نیست؛ بنابراین در فقه امامیه اتفاق نظر در این زمینه وجود ندارد.

با توجه به الزام‌آور بودن مذاکرات پیش از عقد در معاملات مدرن اقتصادی در عصر حاضر به دلیل این که نمی‌توان همه گفتگوها و توافقات منظور را در متن عقد ذکر کرد و از طرفی انجام یک معامله مبتنی بر چندین جلسه بحث و گفتگو است؛ اگر قائل به عدم تأثیر شروط بنایی باشیم منجر به اختلال نظام و عسر و حرج می‌گردد. این مقاله که مشابه آن و با این عنوان خاص در پیشینه مقالات و تحقیقات علمی جدید می‌باشد به روش توصیفی-تحلیلی انجام پذیرفته و نگارنده تلاش نموده است با رویکرد به آراء فقیه عالی مقام شیعه؛ آیه الله سید روح الله خمینی (ره)، پس از طرح نظرات و بررسی آن، فرضیه اعتبار شرط تبانی و ضمانت اجرای آن مبتنی بر ثبوت خیار فسخ در صورت تخلف یا تعذر شرط را اثبات نماید لذا این تحقیق، از این منظر دارای نوآوری است.

۲. مواد و روش‌ها

این تحقیق از نوع نظری بوده روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی می‌باشد و روش جمع‌آوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

۳. ملاحظات اخلاقی

در این پژوهش، حفظ اصالت متون و امانت‌داری در نقل گفتار، به عنوان مهم‌ترین بایسته اخلاقی، مورد نظر نویسندگان بوده است.

۴. یافته‌ها

یافته‌های پژوهش که از مذاقه در نظرات یکی از برجسته‌ترین فقیهان امامیه؛ امام خمینی (ره)، و پس از تبیین مفهوم شرط و رابطه آن با عقد صورت گرفته حاکی از آن است که اگرچه در میزان تأثیرگذاری شروط تبانی اختلاف نظر وجود دارد اما منشأ اختلاف در زمینه‌ی اعتبار و عدم اعتبار این شروط به تبادر ناشی از معنای لغوی شرط و برخی روایات، بازمی‌گردد.

۵. بحث

در این قسمت به عنوان بدنه اصلی پژوهش، پس از بیان اختصاری مفاهیم کلیدی همچون شرط و رابطه عقد و شرط، نظریات مختلف فقیهان امامیه مورد بررسی و تحلیل واقع شده است و سپس با استناد به نظریات امام خمینی فرضیه تحقیق اثبات گردیده است.

۵-۱. مفاهیم

شناسایی مفاهیم عمده در یک پژوهش، امری است که ممکن است در بدو نظر واجد اهمیت چندانی نباشد؛ اما واقعیت این است که بدون درک درست از مفاهیم یک نوشتار و رها نمودن مفاهیم از تردید و دوپهلویی با مفهوم‌شناسی جامع، ورود در مباحث ماهوی پژوهش با اشکالاتی همراه خواهد بود. تأکید نگارنده بر مفهوم‌شناسی، نه صرفاً به منظور گردآوری برخی مفاهیم آشنا و در دسترس، بلکه گذر به یک مفهوم‌شناسی کاربردی است.

۵-۱-۱. قرارداد اقتصادی

قرارداد یا عقد به موجب ماده ۱۸۳ قانون مدنی، عبارت است از این که یک یا چند نفر، در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد. از نظر حقوق اقتصادی، قرارداد یک توافقی است که تحت آن دو طرف در مقابل یکدیگر تعهداتی را از لحاظ رفتاری در چارچوب یک توافق هماهنگ دوجانبه برقرار می‌کنند. با امعان نظر در بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی و عبارت «جهت معامله»، می‌توان گفت قرارداد و معامله‌ای که جهت (هدف) آن ناظر بر مؤلفه‌های مالی و اقتصادی باشد؛ قرارداد اقتصادی نامیده می‌شود بر این اساس، اکثر قراردادهای منعقد شده میان اشخاص (اعم از عقود معین و غیرمعین)، تحت عنوان قرارداد اقتصادی، تبیین و تحلیل می‌شود که از حیث حجم معامله یا قرارداد (خرد و کلان بودن) تفاوتی نمی‌کند و قرارداد اقتصادی محسوب می‌گردد.

۵-۱-۲. شرط

نهاد شرط از جمله مباحث مهم فقهی است که فهم دقیق آن در تحلیل احکام مترتب بر آن بسیار حائز اهمیت است. با وجود آن که در بادی رأی، مفهوم شرط به نظر بدیهی می‌آید اما؛ از آن جایی که اختلاف نظر فقیهان درباره اعتبار یا عدم اعتبار شرط تبانی از مبانی فکری آنان در معنای شرط نشأت گرفته توجه به ماهیت و حقیقت واژه «شرط»، بسیار ضروری است.

۵-۱-۲-۱. مفهوم لغوی شرط

«شرط» واژه‌ای عربی و جمع آن «شروط» است. در لغت به معنای «لازم گردانیدن چیزی و لازم گرفتن آن»، «پیمان»، «تعلق کردن چیزی را به چیزی» به کار رفته است (سیاح، ۱۳۶۵، ۱، ۷۱۸). در مورد معنای لغوی شرط اتفاق نظر نیست اما به طور کلی دو معنا ذکر گردیده است:

الف. معنای اول؛ الزام و التزامی در ضمن یک عقد دیگر

در اکثر کتب لغوی از جمله؛ لسان العرب (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۷، ۳۲۹)، تاج العروس (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴، ۱۰، ۳۰۵)، لاروس (جر، ۱۳۸۳، ۲، ۱۶۰)؛ شرط به معنای الزام و التزام ضمن عقد دیگر آمده است. در لغت‌نامه دهخدا شرط به «گرو بستن» تعریف شده است (دهخدا، ۱۳۲۹، ۳۱۳). در فرهنگ معین نیز شرط را «لازم گردانیدن امری یا چیزی در بیع یا در هر عقد و پیمانی و ملزم ساختن یا ملزم شدن به چیزی در هنگام معامله تعریف کرده است (معین، ۱۳۷۱، ۲، ۲۰۳۷).

معنای دوم؛ مطلق الزام و التزام

برخی از لغویون شرط را مطلق الزام و التزام می‌دانند و قید تبعیت برای شرط لازم نمی‌شمارند، یعنی شرط صرفاً مجرد الزام و التزام است و لازم نیست در عقد دیگری مندرج شود (معلوف، ۱۳۸۲، ۱، ۸۳۶).

۵-۱-۲-۱-۲. مفهوم اصطلاحی شرط

فقیهان در تعریف اصطلاحی، شرط را در معانی مختلف تأویل نموده‌اند. فقهای متقدم صرفاً به بیان مسائل و فروع شرط پرداخته و تعریفی از شرط و ماهیت آن بیان نکرده‌اند. اولین فقیهی که به تعریف واژه‌ی شرط پرداخته است، شهید اول در القواعد و الفوائد است که البته به صورت بسیط و در حد اشاره می‌فرماید: «شرط در لغت به معنی علامت و نشانه است و در عرف، چیزی است که تأثیرگذاری مؤثر بر وجود آن متوقف است به وجود خود مؤثر. از عدم آن، عدم مشروط لازم می‌آید ولی از وجود آن، وجود مشروط حتمی نیست؛ مانند شرط طهارت برای نماز و سال برای زکات (شهید اول، ۱۴۱۰، ۱، ۶۴). بعد از ایشان، شیخ انصاری نخستین فقیهی است که مستقلاً و به تفصیل در کتاب خود به مبحث شروط پرداخته است. برای جمع‌بندی مطالب و پرهیز از اطاله کلام و خلط مباحث؛ دو نظریه کلی در مورد مفهوم اصطلاحی شرط استنتاج می‌شود:

الف- شرط در معنای مطلق الزام و التزام

سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، شرط را به معنای مطلق الزام و التزام می‌داند: «بهتر است از

۵-۱-۲-۳. شرط در آراء امام خمینی

امام خمینی به در تعریف شرط دیدگاه خاصی دارد و کلمه «شرط» را مشترک لفظی بین دو معنی می‌داند:

الف- به معنای الزام و التزام در ضمن عقد. افزون بر اهل لغت، عقلاً نیز این معنی را برای شرط پذیرفته‌اند، البته به نحو ظرف و مظروف نه به طریق تقييد یا تعليق.

ب- به معنای تعليق شيء بر شيء، بدین معنی که آن چه 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 (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ۱، ۸۶).

امام خمینی (ره) برخلاف بیش‌تر فقیهان، و همانند شیخ انصاری، شرط را اشتراک لفظی می‌دانند؛ به همان معنایی که مرحوم شیخ فرمودند، با این تفاوت که معنای اول را که الزام و التزام است، مطلق الزام و التزام؛ آن‌گونه که شیخ می‌فرماید، نمی‌دانند؛ بلکه الزام و التزامی می‌دانند که در ضمن معامله آمده باشد. ایشان هم ارجاع معنای دوم را به معنای اول، چنان‌که صاحب عروه قائل بود و هم ارجاع تمامی معانی را به معنای واحد، مانند مرحوم ایروانی و خویی، نوعی تکلف می‌داند و می‌فرماید: بعضی از حاشیه نویسان خود را به زحمت انداخته‌اند تا معنی دوم را به اولی برگردانند و از مشتقات آن بدانند و بعضی دیگر خواسته‌اند تمامی معانی را به یک معنا ارجاع دهند (موسوی خمینی، همان، ۱، ۸۵).

این معنی 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 مشروط علیه می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ۱، ۱۰۵).

ب- شرط به معنای الزام و التزام وابسته مطابق این نظریه، «شرط» الزام و التزامی وابسته است و باید در ضمن عقد دیگری مطرح گردد. «شرط در عرف معنای واحدی دارد و آن هم وابستگی و تقييد یک امر به امر دیگر است چه به صورت واقعی و چه با جعل جاعل، تقييد صورت اول؛ مثل تقييد معلول به علت است و تقييد صورت دوم؛ در شرط ضمن عقد وجود دارد چون عاقد معامله‌اش را به امر دیگری ارتباط می‌دهد که آن امر، شرط نامیده می‌شود» (ایروانی غروی، ۱۴۲۱، ۲، ۶۱). فقیهانی که در تعریف شرط معنی ربط و تقييد را لحاظ نموده‌اند می‌گویند حقیقت شرط چیزی غیر از ربط و تقييد نیست. این تقييد گاهی تکوینی و واقعی است مثل تقييد معلول به علت آن و به همین دلیل، علت، شرط وجود معلول است. گاهی هم تقييد و ارتباط، اعتباری و تشریحی است مثل شرط بودن طهارت برای نماز و بلوغ متعاملین برای صحت یا نفوذ عقد. و سرانجام گاهی ربط و تقييد، اعتباری و ناشی از جعل طرفین معامله است مثل شرط ضمن عقد (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۴، ۴۳؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲، ۱۰، ۱۸).

ابتدایی، حقیقتاً شرط است؛ ولی به نظر حضرت امام، شرط بر آن اطلاق نمی‌شود.

۵-۱-۳. شرط تبانی

۵-۱-۳-۱. مفهوم لغوی شرط تبانی

محقق با مذاقه در آثار و کتب علمای لغت به این نتیجه رسیده است که واژه «شرط بنایی» یا «شرط تبانی» در متون علمای لغت و فقهای متقدم وجود نداشته است؛ بنابراین در هیچ‌کدام از آثار، مفهوم این واژه به دست نیامد. می‌توان گفت؛ معنی لغوی این واژه از معنای اصطلاحی آن تبعیت می‌کند.

۵-۱-۳-۲. مفهوم اصطلاحی شرط تبانی

مفهوم شرط تبانی از زمان شیخ طوسی در کتاب الخلاف (طوسی، ۱۴۰۷، ۳، ۲۱)، مطرح شد و بعد از ایشان نیز فقهای دیگر به آن پرداخته‌اند. اصطلاح «شرط تبانی» توسط میرزای نائینی به کار رفته است (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ۱، ۴۰۷). مفهوم این اصطلاح در آثار برخی از فقهای امامیه مثل شیخ طوسی، علامه حلی، شهید اول، شهید ثانی، شیخ انصاری به وضوح دیده می‌شود اما این بزرگواران تعریف خاص و دقیقی از شرط بنایی بیان نکرده، بلکه صرفاً مصادیق و احکام آن را تبیین نموده‌اند. برخی از فقیهان من جمله آیه الله بجنوردی در تعریف شرطی تبانی می‌فرمایند: شرط تبانی (بنایی) شروطی هستند که قبل از عقد بر آن تبانی صورت گرفته، ولی به هنگام عقد ذکری از آن‌ها نشده است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳، ۲۵۲؛ نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ۲،

تعریف امام؛ به حسب ظاهر با تعریف شیخ انصاری مشابهت دارد اما به واقع متفاوت است زیرا؛ از ظاهر کلام شیخ پیداست که شرط را به معنای مطلق الزام و التزام می‌داند، اما امام خمینی، شرط را به معنای الزام و التزام در ضمن عقد تعریف می‌کند که البته ثمره این تفاوت، در شرط ابتدایی آشکار می‌شود. ایشان نظر خویش را در تبیین دو معنای عرفی شرط، چنین بیان می‌فرماید: «بی‌تردید شرط بر الزام و التزام در ضمن معاملات هم از نظر عرف و هم از نظر لغت، صادق است (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ۱، ۸۵). چنان‌که مشاهده می‌شود، قید «ضمن معاملات» را که ایشان تصریح نموده‌اند، محل تفاوت نظر ایشان با مرحوم شیخ است. از آن جایی که ایشان، شرط را به معنای الزام و التزام در ضمن عقد می‌داند خواه در بیع باشد یا در غیربیع (موسوی خمینی، همان، ۵، ۳۰۷). لذا؛ به طور حقیقی شرط ابتدایی را شامل نمی‌شود. ایشان معتقد است معامله بر شرط معلق نشده به طوری که موجب تقیید عوضین گردد. امام ضمن انکار رابطه تعلیق و توقف بین عقد و شرط، با صراحت ابراز می‌دارند که شرط و عقد در مقام انشا از یکدیگر جدا و مستقل هستند. اگر غرض و هدف متبایعین تلازم و پیوستگی بین عقد و شرط باشد به طوری که به حسب عرف قابل انحلال به دو چیز نباشد، نمی‌توان عقد بدون شرط را پذیرفت (موسوی خمینی، همان، ۱، ۱۳۵).

خلاصه این‌که تفاوت دیدگاه حضرت امام با مرحوم شیخ، در صدق شرط بر الزامات ابتدایی (شرط ابتدایی) است. به نظر مرحوم شیخ، الزامات

۵-۱-۴-۱. نظریه تقیید

برخی از فقها معتقدند که رابطه شرط و عقد مانند قید و مقید است. استمرار عقد معلق بر تحقق شرط است که با انتقای شرط بقای عقد نیز منتفی شده و برای صاحب شرط خیار فسخ پدید می‌آید (نراقی، ۱۴۱۷، ۴۱). نظریه تقیید می‌خواهد بیان کند که معاوضه بین ثمن و مثن واقع شده است پس اگر شرط باطلی ضمن عقد درج شود ثمنی در برابر آن در نظر گرفته نمی‌شود بلکه در صورت تخلف از شرط برای جبران، حق خیار فسخ برای مشروط‌اله باقی می‌ماند.

۵-۱-۴-۲. نظریه تعلیق

این نظریه قائل است به این که انجام شرط، به عنوان یکی از التزامات قراردادی، بر مشروط‌علیه لازم است و تأثیری که شرط در عقد می‌گذارد آن است که موجب تعلیق عقد می‌شود. آیت‌الله خویی از قائلین این نظریه است به عقیده‌ی ایشان تعلیقی که از نظر فقیهان موجب بطلان عقد می‌شود مربوط به جایی است که ذات عقد بر امری محتمل الوقوع معلق شود. بنابراین ممکن نیست که شرط ضمن عقد موجب تعلیق ذات شود (بروجردی، ۱۳۶۵، ۹۴).

۵-۱-۴-۳. نظریه جزئیت شرط

عده‌ای از فقها برای شرط معنای مستقلی قائل نمی‌شوند بلکه همراه با عقد ذکر می‌کنند یعنی؛ شرط را جزء محتوای عقد می‌دانند ولی با این حال شرط را به طور کلی نفی نمی‌کنند، یعنی شرط

۱۲۳؛ توحیدی، ۱۴۱۷، ۷، ۳۵۲). ایشان در کتاب قواعد فقهیه، شرط تبانی را دو قسم می‌دانند: شروطی که تبانی و توافق بر آن‌ها در خارج از عقد صورت گرفته و عقد بر آن بنا شده بدون آن که این شرط را در ضمن عقد بیان کنند. به این شروط، شروط تبانی گویند. آن قسمتی که تبانی و توافق بر آن قبلاً صورت گرفته و عقد بر آن‌ها نهاده نشده و در هنگام عقد از آن غافل بوده‌اند، در واقع این قسم از جهت عدم ارتباطش به عقد؛ به شروط ابتدایی برمی‌گردد؛ زیرا که انشا با لفظ را شامل نمی‌شود بلکه تنها یک تبانی و توافقی در خارج صورت گرفته است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳، ۲۵۱).

۵-۱-۴. رابطه شرط و عقد

فقها و اندیشمندان امامیه نگرش خاصی نسبت به شروط و ذکر آن در عقود و آثار ناشی از آن و همچنین مباحث مرتبط با آن داشته‌اند. در فقه امامیه و به تبع آن در حقوق مدنی، اصل بر جواز و صحت شرط گذاشته شده و با استناد به روایت «المؤمنون عند شروطهم» (کلینی، ۱۴۱۰، ۵، ۱۹۶) و آیه «أوفوا بالعقود» (مائده/۱)، عمل کردن به شرط را واجب می‌دانند. با تعمق در نظرات فقیهان روشن می‌شود که در مورد ارتباط میان شرط و عقد فرضیه‌های مختلفی وجود دارد که در قالب پنج نظریه ارائه شده است که در این تحقیق، مبنا نظرات حضرت امام (ره) است:

۵-۴-۱-۵. ظرفیت؛ نظریه منتخب امام خمینی (ره)

امام خمینی با توجه به تعریف بیشتر لغت‌شناسان از شرط (التزام فی التزام) رابطه‌ی شرط و عقد را به رابطه‌ی ظرف و مظلوف تشبیه کرده، معتقدند عقد و شرط دو التزام مستقلند که یکی در ضمن دیگری قرار گرفته است. ایشان ضمن قبول لازم الوفا بودن شرط ضمن عقد، دو نظریه تقیید و تعلیق را رد نموده با استناد به قاموس و اقرب الموارد می‌گویند: «ظاهر تفسیر اهل لغت از شرط آن است که شرط التزامی است که در ظرف عقد بیع قرار می‌گیرد نه این‌که عقد بیع بدان معلق یا مقید باشد، چه در صورت تعلیق یا تقیید شرط «در» عقد بیع نیست. ایشان با صراحت ابراز می‌دارند، شرط و عقد در مقام انشاء، استقلال دارند. اگر در هدف متبایعین بین این دو تلازم و پیوستگی باشد به گونه‌ای که بر حسب عرف قابل انحلال به دو چیز نباشد، قبول عقد بدون شرط، توجیه‌ناپذیر خواهد بود (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ۱، ۸۶). بر اساس این نظریه، شرط یک قرار مستقل در برابر قرار اصلی محسوب می‌گردد که عقد را تشکیل داده است لکن در صورتی عنوان «شرط» محقق می‌شود که این قرار مستقل در ضمن عقد درج شود. ولی این بدان معنی نیست که شرط، قید دو عوض یا قید انشا یا قید منشا باشد. دلیل این گفته آن است که با مراجعه به عرف لغت درمی‌یابیم که در عقد مشروط، معامله معلق بر چیزی نیست، زیرا وجود عقد وابسته به وجود «شرط» نگشته و به طور منجز انشا گردیده، بلکه

جزئی از عوضین است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ۲، ۱۴۵؛ نراقی، ۱۴۱۷، ۱، ۴۴). امام خمینی (ره) می‌فرماید: این‌که در کلام شیخ، شرط مثل جزء در عوضین، معرفی شده، سخن ممنوع و باطلی بوده و استدلال وی بر مبنای نادرست و غیروجیهی مبتنی شده است (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ۵، ۳۱۰).

۵-۴-۱-۴. نظریه تفصیل

پاره‌ای از فقیهان در توجیه رابطه‌ی بین شرط و عقد، میان شرط فعل و شرط صفت، تفصیل گذاشته و در مورد شرط فعل به نظریه‌ی التزام و در مورد شرط صفت به نظریه‌ی تقیید گرایش پیدا کرده‌اند. «شرط یعنی الزام و التزام و از طرفی در شرط صفت، تعهد و التزام قابل تصور نیست. توضیح این‌که التزام و متعهد شدن در جایی صحیح است که التزام باعث حصول شیء مورد التزام بشود یا این‌که شخص را متعهد و ملتزم به تحصیل آن شیء نماید. اما جایی که التزام، نه در حصول و نه در تحصیل شیء مورد التزام اثری ندارد، این التزام و تعهد، غیرمعقول است. از طرفی در شرط صفت، تحقق و عدم تحقق وصف، متوقف بر حصول و عدم حصول اسباب خارجی آن است و ربطی به التزام متعهد ندارد (اصفهان‌ی، ۱۴۱۸، ۱۷۶). محقق یزدی پس از رد نظریه‌ی شهید اول (نظریه تقیید محض) این تفصیل را بنیاد نهاده و به تحکیم و دفاع از آن پرداخته است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ۳، ۲۴۹).

مشروط نمی‌فهمد (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ۵، ۲۴۴).

به نظر می‌رسد با توجه به رعایت دو اصل سرعت و سهولت که از مقتضیات زمانی و مکانی تعاملات اقتصادی عصر حاضر است؛ اگرچه بسیاری از شروط و لوازم قراردادهای اقتصادی در متن عقد ذکر نمی‌شود اما از نظر تمام عقلای عالم احترام به تعهدات و شروط، امری مطلوب و ضروری است و این در صورتی است که عقد و شرط را دو التزام مستقل دانسته که یکی در ضمن دیگری قرار گرفته است.

۵-۱-۵. حکم شرط تبانی در آراء فقیهان

در مورد حکم شرط تبانی، اتفاق نظر وجود ندارد؛ مشهور فقیهان چنین شرطی را الزام‌آور ندانسته و ذکر شرط را در متن عقد ضروری می‌دانند. این دیدگاه که متأثر از عقیده مشهور در خصوص تعهدات و شروط ابتدایی است؛ شرط تبانی را باطل و بلاثر می‌داند. دلایل این نظریه؛ اجماع، نصوص معصومین (ع) و تبادل ناشی از معنای لغوی است. برخلاف نظر مشهور، گروه دیگری از فقیهان عقیده دارند که شرط تبانی نوعی شرط ضمن عقد و جزء مفاد قرارداد بوده و با استناد به دلایل لزوم وفاء به شرط، تخلف از آن را موجب پیدایش خیار فسخ برای مشروط‌له می‌دانند. این گروه به حکم عمومیت حدیث شریف المسلمون عند شروطهم و ادله دیگر همچون اصل حاکمیت اراده و قاعده تبعیت عقد از قصد؛ قائل به مشروعیت شروط

در ضمن معامله، چیزی بر یکی از دو طرف شرط شده است (محقق داماد، ۱۳۹۰، ۱۱۳). بر این نظریه آثاری مترتب است که عبارت است از:

الف- سرایت بطلان از شرط به عقد وجهی ندارد؛ چون طبق تصریح ایشان، آنچه واقع شده امری مطلق است (موسوی خمینی، همان، ۵، ۲۴۴).

ب- سرایت بطلان حتی در جایی که بطلان شرط موجب اختلال در شرایط صحت عقد باشد، وجهی ندارد و خود ایشان هم به این امر تصریح دارند و گفته‌اند که طبق مبنای ما، شرط در هیچ زمانی مفسد نیست. از طرفی می‌دانیم که بعضی از شروط باطل به طور قطع موجب اختلال در ارکان عقد است.

ج- تقسیط شرط بر عوضین و سرایت غرر و جهالت از شرط به عوضین، درست نیست.

د- در صورتی که مشتری عقد را مجرد از شرط قبول کند مطابقت بین ایجاب و قبول حاصل است. این نتیجه آن قدر مستبعد است که خود ایشان نیز آن را با تردید پذیرفته‌اند (موسوی خمینی، همان، ۱، ۳۵۴). موارد مذکور لوازمی است که خود ایشان نیز به آن‌ها اقرار و تصریح دارند و الا لوازم این نظریه منحصر در آنچه ذکر شد نیست؛ مثل عدم سرایت تعلیق و عدم مشروعیت و عدم مقدوریت از شرط به عقد (عاملی، ۱۳۸۹، ۵۰). ایشان در اقامه دلیل بر مدعای خود به لغت، عرف و وجدان تمسک می‌کنند و اعتقاد دارند که به حکم عرف و وجدان، متفاهم از عقد مشروط، عقد معلق نیست. عرف هیچ‌گونه توقف و تعلیق و تقییدی را از عقد

تبانی شده‌اند. قانون‌گذار نیز از این دیدگاه پیروی کرده است.

۵-۱-۶. استدلال امام خمینی (ره) در صحت

شرط تبانی

امام خمینی قائل به وجوب عمل به شرط تبانی می‌باشند. به نظر ایشان تفاوتی بین شرط و سایر قیود نیست در این‌که تبانی در آن‌ها باشد، در وقوعش بر مقید وجود قرینه عرفیه کافی است. حکم شرط تبانی در استفتائی که از ایشان شده است، مبتنی بر صحت و مشروعیت اعلام نموده‌اند. ایشان در پاسخ این سوال؛ اگر معامله‌ای مبنی بر امری بوده، ولی در ضمن عقد ذکر نشود، آیا مراعات این امر لازم است و در صورت تخلف چه صورتی دارد؟ می‌فرمایند: شرط بنایی حکم شرط مذکور در عقد را دارد و تخلف جایز نیست و موجب خیار است (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ۶، ۷۵) از دیدگاه فقهی امام، این‌گونه شرط را معتبر و لازم‌الاجرا می‌دانند، البته در صورتی که شرط به گونه‌ای در قیمت مورد معامله یا هدف از معامله مؤثر باشد (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ۵، ۳۳۰). ایشان در باب بیع فرموده‌اند: جایگاه شرط به منزله اوصاف و قیود مبیع به شمار می‌آید، چنانچه از نظر عرف عقد بر مقید واقع شده باشد، آن شرط و قید لازم‌الاجرا خواهد بود؛ زیرا یکی از قرائن تبانی قبل از عقد است (همان، ۳۰۵).

۵-۱-۶-۱. اجماع

امام خمینی در رد استدلال به اجماع می‌فرماید: در مورد اجماع نیز تردید وجود دارد بلکه اساساً در مسئله فوق ممنوع است، به خاطر این‌که احتمال قوی وجود دارد که مبنای فتوای بسیار یا اکثر فقها این باشد که شروط ضمن عقد مبتنی بر شرط ابتدایی نیست. آن‌چه که آن‌ها اجماع بر نفی و عدم درستی‌اش کرده‌اند، همان التزامات اولیه است در واقع آنان نفی التزامات اولیه و ابتدایی را از شروط ضمن عقد، کرده‌اند نه این‌که بخواهند شروط تبانی را ذکر کرده باشند (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ۵، ۲۰۲).

۵-۱-۶-۲. بنای عقلا

بنای عقلاء عبارت است از استمرار عمل و روش عمومی توده‌ی عقلاء در محاورات، معاملات و سایر روابط اجتماعی، بدون توجه و در نظر گرفتن کیش، آیین و ملت آن‌ها. به دیگر سخن مراد از بنای عقلاء همان استمرار عمل عقلاء بما هم عقلاء است، روش و عملی که همیشگی و همه‌جایی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۴۴۸). در استناد به سیره خردمندان وجود دو عنصر اساسی ضروری است. که عبارت است از عنصر مادی؛ یعنی همان وجود رویه جاری است که تمام شروط تصریح نمی‌شوند و عنصر معنوی؛ یعنی الزام و التزامی که عامه مردم به چنین شروطی داشته و عمل می‌کنند. در مورد شرط تبانی این دو عنصر کاملاً مشهود است. برای اثبات صحت اسناد آن به شارع و حجیت مشروعیت این سیره عقلایی، کافی است که مورد منع و ردع

است (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ۲، ۹۴۲). شیخ انصاری به عنوان یکی از قائلین جزئیت شرط برای عوض و معوض و مخالف شرط بنایی، گفته است: اگر عقد بر مبنای شرط ذکر شده در قبل از عقد منعقد گردد ولیکن شرط در متن عقد ذکر نگردد، به دلیل عدم ذکر جزئی از عقد که شرط باشد، عقد باطل می‌گردد (انصاری، ۱۴۱۵، ۶، ۵۷).

امام خمینی (ره) این استدلال شیخ انصاری را با ملاحظه به توضیح و تفسیری که برای آن ارائه می‌دهند؛ خالی از وجه ندانسته اما؛ در نهایت اعلام می‌دارند: قائل گشتن به این سخن: «شرط، شبیه جزء در یکی از عوضین باشد»، سخن غیرقابل پذیرشی است و سخن شیخ انصاری بر مبنای وجیه و درستی استوار نگردیده است (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ۵، ۳۰۵).

به نظر امام خمینی، اگر همه ثمن قبل از عقد ذکر گردد و طرفین عقد، بر مقدار ثمن توافق کنند و سپس در حین عقد، به طور کلی ثمن ذکر نگردد، بر صحت عقد بیع، خللی ایجاد نمی‌شود و هر مقدار برای ثمن معامله با هم توافق نموده باشند، کافی و معتبر است ولیکن اگر در حین عقد به بخشی از ثمن اشاره بشود، ذکر بخشی از ثمن معامله، توافق حاصل شده در قبل از عقد را منهدم می‌سازد و توافق قبل از عقد از اعتبار ساقط می‌گردد.

شارع قرار نگرفته باشد. زیرا؛ با توجه به پاره‌ای از مبانی در حجیت سیره‌ی عقلاء، حتی اگر اتصال این روش به زمان حضور معصومین محرز نشود، استقرار چنین امری در بین عقلاء، به ضمیمه‌ی عدم ردع شارع، برای اثبات حجیت و مشروعیت آن کافی است (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ۱۳۲؛ کاظمی خراسانی، ۱۴۰۴، ۳، ۱۹۳؛ بروجردی، ۱۳۶۴، ۳، ۱۸۳).

بنابر نظر امام خمینی بی‌شک حق مشروط‌له نسبت به مشروط‌علیه در خصوص تحقق شرط ثابت است، اما نه به خاطر فرمایش حضرت رسول (ص) که فرموده‌اند: المؤمنون عند شروطهم، زیرا؛ «عند شرط» بودن مستلزم این نیست که شرط بر عهده او باشد، یا حقی ثابت بر او، و نه به خاطر این که شرط عمل، مانند اجاره است؛ زیرا چنین چیزی قیاس مع‌الفارق است و اعتبار اجاره با اعتبار شرط متفاوت است، بلکه به این خاطر که استحقاق و ثبوت حق مشروط‌له نسبت به تعهد مشروط‌علیه یک امر عقلایی است که در مورد شروط عقلایی جریان دارد و شارع مقدس امری مخالف نظر عقلا ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ۵، ۳۲۷).

۵-۱-۶-۳. جزئیت شرط

قائلین به بطلان و عدم مشروعیت شرط تبانی برای مدعای خود به جزئیت شرط استناد نموده، می‌گویند: شرط، شبیه جزئی از یکی از عوضین شمرده می‌شود. بر این اساس همان طور که اجزای عوضین، ذکرشان در ایجاب و قبول واجب است، ذکر شرط نیز در میان ایجاب و قبول، امر واجبی

۵-۱-۶-۴. شرط به معنای الزام و التزام در**متن عقد**

شیخ انصاری (۱۴۱۵، ۶، ۵۶)، محقق قمی (۱۴۱۳، ۳۴۴)، میرزای نائینی (۱۳۷۳، ۱۵۱)، شهید اول (۱۴۱۰، ۲۵۹) و بعضی دیگر از فقها به نحو صریح اظهار داشته‌اند که شرط غیرمذکور در متن عقد، تأثیری ندارد. این فقیهان می‌گویند: شرطی که در زمان سابق متحقق می‌شود هر چند، عقد لاحق بر مبنای آن واقع گردد؛ یا از نوع وعده به التزام و یا از نوع التزام تبرعی است که هیچ یک از آن دو واجب الوفاء نمی‌باشد بلکه شرط لازم الوفاء شرطی است که در خلال ایجاب و قبول ذکر گردد.

امام خمینی در پاسخ به این استدلال می‌فرماید: هرگاه توافق بر شرطی در قبل از عقد، صورت بگیرد و سپس عقد، بر مبنای همان شرط توافق شده واقع گردد، کافیست به خاطر «قرینه عرفیه» گفته شود: عقد به نحو مقید واقع شده است (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ۵، ۳۰۹). ایشان ضمن یک مثال، به تشریح نقد خود پرداخته و سپس می‌فرمایند: مستفاد از این مثال آن است که ارتباط بین عقد و شرط عرفی است. حاصل این‌که؛ شرط، قرار مستقلى در قراریتش، در مقابل قرار بیع است. ولیکن در تحقق عنوان قرار و در تحقق قرار، بدون این‌که به طور مطلق باعث تقييد شود؛ لازم است قرار در ضمن عقد قرار بگیرد. نتیجه این‌که بین عقد و شرط، غالباً، ارتباط پیدا می‌شود به دلیل این‌که شرط در ایجاد رغبت در طرفین معامله موثر است و وجود شرط در معامله، موجب ازدیاد ثمن

می‌گردد، ولیکن این امر، دائمی نیست (همان، ۵، ۳۰۷).

۵-۱-۶-۵. قیاس شرط تبانی با اوصاف**عوضین**

امام خمینی در نقد این استدلال می‌فرماید: شرط مذکور در قبل از عقد را بر اوصاف عوضین، مثل آن‌جا که شرط شده باشد، گندم به رنگ قرمز باشد نمی‌توان قیاس نمود. زیرا در اوصافی که برای عوضین شرط می‌شود، اگر با وصف شرط شده، مخالفت حاصل آید، خیار متحقق نمی‌شود بلکه مشروط علیه را وادار می‌کنند آن عین را عوض نموده و عینی با صفت شرط شده تدارک کند ولی اگر شرط، امری در خارج از ذات عوضین باشد، در صورت مخالفت با شرط، خیار متحقق می‌گردد. پس قیاس شرط بنایی به اوصاف عوضین صحیح نیست (همان، ۵، ۳۰۵).

۵-۱-۶-۶. دلالت نصوص بر لزوم ذکر شرط در**متن عقد**

در باب نکاح موقت روایاتی وجود دارد که بر لزوم مقارنت شروط با عقد نکاح صراحت دارد که مخالفین به آن به عنوان ادله عدم اعتبار شروط تبانی استناد می‌کنند. این روایات (طوسی، ۱۴۰۷، ۷، ۲۶۳) می‌گویند که شرط باید مقارن با عقد باشد و شروط سابق و لاحق بی‌اثر هستند. در این باب چهار روایت موجود است که از جهت سند یا دلالت قابل مناقشه‌اند و استناد به آن‌ها در این بحث محل اشکال است. مشهور قریب به اتفاق فقها

در باب نکاح این‌گونه شروط را بی‌اعتبار می‌دانند؛ به‌طوری که حتی ادعای اجماع بر بطلان شروط پیشین در عقد نکاح شده است. اما، می‌توان در عبارات برخی از فقهای عظام، اعتبار شروط بنایی را یافت. از باب نمونه، امام خمینی؛ در بحث عیوب نکاح، صحت چنین شروطی را می‌پذیرند. تدلیس در سایر اقسام نقص و همچنین در صفت کمال موجب خیار فسخ است، مشروط به این که عدم نقص یا وجود صفت کمال در متن عقد شرط شوند. توصیف به این شروط به نحو اشتراط هم ملحق به اشتراط آن است. مانند این که وکیل زوجه بگوید: این دختر باکره، یا این دختر غیر ثیب را به ازدواج تو درآوردم. بلکه ظاهراً چنین است که اگر قبل از عقد در هنگام خواستگاری و چانه‌زنی (قباله بُران) هم زوجه را با صفات کمال و عدم نقص توصیف کنند و سپس عقد را مبنی بر این توصیفات انجام دهند، صحیح، در حکم اشتراط و موجب خیار (در صورت عدم وجود این اوصاف در زوجه) است.

۶. نتیجه

قائلین به عدم اعتبار شرط تبانی با پیروی از تعریف لغوی، شرط را در معنای الزام و التزام قرار داده‌اند که به این تعریف اشکالاتی وارد است: اولاً این تعریف با واقع امر و عرف حاکم بر قراردادها به معنای اعم همخوانی ندارد زیرا در اکثر قراردادها و معاملات اقتصادی، تاریخچه و توافقات قبل از عقد، مورد نظر می‌باشد. ثانیاً این تعریف از ناحیه بسیاری از فقیهان مورد اشکال واقع شده است و

ثالثاً این تعریف با قاعده «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع» در تعارض قرار می‌گیرد.

امروزه با توجه به پیشرفت تکنولوژی و به منظور رعایت دو اصل سرعت و سهولت، در قراردادهای داخلی و بین‌المللی، بسیاری از شروط و لوازم قرارداد و معاملات اقتصادی در متن عقد ذکر نمی‌شود با این حال تردیدی در ملتزم بودن طرفین به رعایت این شروط وجود ندارد لذا؛ مستند به آراء و اقوال فقیهان و بررسی ادله به نظر می‌رسد، احترام به تعهدات و شروط، از نظر همه عقلای عالم از هر دین و مذهب و فرقه؛ امری مطلوب و برای حفظ نظم، تأمین امنیت و اعتماد جامعه، لازم و ضروری است. چنین صورتی از بنای عقلا از طریق ادله لفظی که از ناحیه شارع مقدس وارد شده نیز، مورد تأیید و امضاء قرار گرفته است. اجماعی که در عدم اعتبار شرط تبانی از آن یاد می‌شود؛ اجماعی است که یکی از فقیهان ادعا نموده؛ سپس دیگران از ایشان نقل نموده‌اند. چنین اجماعی، اجماع منقول است. به اعتقاد بیشتر اصولی‌ها، بر فرض که اجماع محصل حجت باشد؛ اجماع منقول دلیل اعتبار ندارد.

اجماع ذکر شده در باب شرط تبانی؛ با استناد به دلایل دیگر به ویژه روایات شکل گرفته است و چنین اجماعی که منشأ آن، مدرک و دلیلی باشد که موجود است؛ مدرکی بوده و اجماع مدرکی مورد قبول نیست.

روایاتی که به آن استناد شده در بی‌اعتباری شرط تبانی، از سوی صاحب‌نظران، مورد اشکال قرار گرفته است. روایات مورد استناد، با اصول و قواعد

فقهی مخالفت داشته و بر فرض صحت سند و دلالت، باید آن‌ها را تفسیر مضیق نمود. بنابراین، بر فرض که سند این روایات خالی از اشکال بوده و دلالت آن‌ها بر بی‌اعتباری شرط تبانی تمام باشد، این امر ویژه‌ی عقد نکاح خواهد بود و نباید حکم آن را به صورت یک قاعده‌ی کلی به تمام عقود تسری داد. از آن جایی که برخی مخالفت‌ها در خصوص شرط تبانی به دشواری اثبات آن بازمی‌گردد زیرا نه در قرارداد ذکر شده و نه از طریق ضابطه‌های عرفی و نوعی قابل اثبات است لذا؛ بار اثباتی شرط تبانی به عهده ذی‌نفع است و اگر دلایل کافی بر وجود آن اقامه نشود به عدم آن حکم خواهد شد. البته با توجه به پیشرفت تکنولوژی و فناوری اطلاعات و استفاده از ابزارهای مکاتباتی و امکان ضبط مکالمات، مکاتبات تقریباً بحث دشواری اثبات آن نیز منتفی است.

۷. سهم نویسندگان

کلیه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این پژوهش هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

منابع

- قرآن کریم.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴.
- اصفهانی، محمدحسین، حاشیه مکاسب، چاپ اول، قم، دارالمصطفی، ۱۴۱۸.
- انصاری، مرتضی، مکاسب، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵.
- ایروانی غروی، علی، حاشیه مکاسب، چاپ اول، قم: دارذوی القربی، ۱۴۲۱.
- بروجردی، محمدتقی، نهاییه الافکار (تقریرات درس اصول محقق عراقی)، چاپ اول، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۴.
- بروجردی، مرتضی، مستند العروه الوثقی الزکاه، چاپ اول، قم، مطبعه العلمیه، ۱۳۶۵.
- توحیدی، محمدعلی، مصباح الفقاهه (تقریرات سیدابوالقاسم خویی)، چاپ اول، قم، انتشارات وجدانی، ۱۴۱۷.
- جر، خلیل، فرهنگ لاروس، ترجمه سید حمید طبیبیان، چاپ دوازدهم، تهران، امیر کبیر، ۱۳۸۳.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ دهم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳.
- حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، چاپ اول، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷.
- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، چاپ خانه‌ی مجلس، ۱۳۲۹.
- روحانی قمی، صادق، فقه الصادق، چاپ اول، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۲.
- سیاح، احمد، لغت نامه فرهنگ سیاح، چاپ دهم، تهران، انتشارات اسلام، ۱۳۶۵.
- شهید اول، مکی عاملی، القوائد و الفوائد، قم، کتابفروشی مفید، ۱۴۱۰.
- شهید اول، مکی عاملی، اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه، چاپ اول، بیروت، دارالتراث، ۱۴۱۰.
- طباطبایی، علی بن محمد، ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت، ۱۴۰۴.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم، حاشیه مکاسب، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱.
- طوسی، محمدبن حسن، الخلاف، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷.
- عاملی، حسن، «رابطه عقد و شرط»، مجله فقه اهل بیت، دوره شانزدهم، شماره شصت و دو، ۱۳۸۹.
- کاظمی خراسانی، محمدعلی، فوائد الاصول، چاپ اول، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۴.

- کلینی، محمد بن یعقوب، اصول کافی، چاپ اول، تهران، دفتر مطالعات و معارف اسلامی، ۱۴۱۰.
- محقق داماد، مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ دوم تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
- معلوف، لويس، المنجد، ترجمه محمد بندر ریگی، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۸۲.
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، چاپ هشتم، تهران، امیر کبیر، ۱۳۷۱.
- موسوی بجنوردی، حسن، القوائد الفقهیه، چاپ اول، قم، انتشارات هادی، ۱۴۱۹.
- موسوی خمینی، روح الله، استفتانات، چاپ سوم، تهران، موسسه نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲.
- موسوی خمینی، روح الله، رسائل، چاپ اول قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۵.
- موسوی خمینی، روح الله، کتاب البیع، چاپ چهارم، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰.
- میرزای قمی، ابوالقاسم، رسائل، چاپ اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، شعبه خراسان، ۱۴۲۷.
- میرزای قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، چاپ اول، تهران، موسسه کیهان، ۱۴۱۳.
- میرزای نائینی، محمدحسین، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، چاپ اول، تهران، مکتب محمدیه، ۱۳۷۳.
- نجفی خوانساری، موسی، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، چاپ اول، تهران، مکتب محمدیه، ۱۳۷۳.
- نراقی، مولی احمد، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، چاپ اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷.
- واسطی زبیدی، محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، چاپ سوم، ۱۴۱۴.