

شروط ابتدایی از دیدگاه فقه شیعی و قانون جمهوری اسلامی ایران

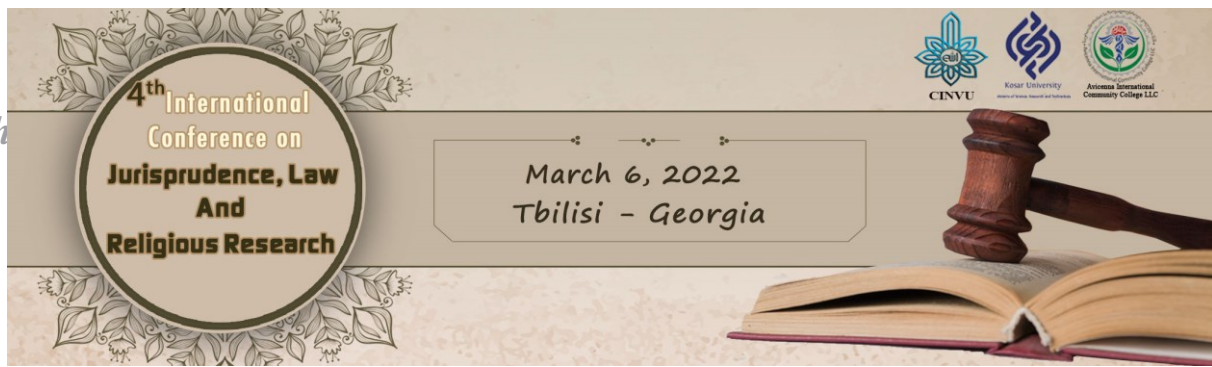
حسین اژ

کارشناس ارشد رشته الهیات و معارف اسلامی، گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی، پیام نور مرکز قم

چکیده

شرط ابتدایی از جمله مباحث «شروط» می باشد که ذیل عناوین مختلفی چون «قاعده المومنون عند شروطهم»، «شروط ضمن عقد» و یا «قاعده شروط» از سوی فقهاء مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. اغلب فقهای امامیه قائل به عدم لزوم وفای به شروط ابتدایی شده اند اما اغلب حقوقدانان با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، تمام قراردادهای خصوصی یا اصطلاحاً قراردادهای آزاد (حتی شروط ابتدایی) را صحیح و لازم دانسته اند و ماده یاد شده را علی رغم مغایرت با رای مشهور فقهاء، به تبعیت از قانون مدنی کشورهای غربی بمنظور تامین اصل آزادی اراده قلمداد نموده اند. در این مقاله پس از بررسی تعاریف ارائه شده از شرط ابتدایی در کتب فقهی جهت کشف میزان انطباق و یا مخالفت ماده ۱۰ قانون مدنی با دیدگاه مشهور فقهاء، اینگونه به نظر می رسد که آنچه اغلب فقهاء به عدم لزوم وفای به آن اتفاق نظر دارند، مطلق وعده و شروط ابتدایی یک جانبه بوده که ماده مذکور دلالتی بر لزوم آنها ندارد اما سایر مصادیق ماده مذکور (عقود جدید و مستحدث) از دیدگاه مشهور فقهاء و حتی فقهای که به عدم لزوم وفای به شروط ابتدایی قائل شده اند، به دلیل عموم سایر ادله لزوم وفای به عقود همچون عموم آیه اوفوا بالعقود، محکوم به صحت می باشند. بنابراین قانون مدنی مطابق با مشهور فقهاء، قراردادهای جدید (مستحدث) را به شرط رعایت شروط عامه صحت عقود، تایید نموده و التزام به آنها را لازم دانسته و همچنین دلیلی بر لزوم عمل به شروط یکطرفه یا همان وعده مطلق در قانون مدنی، بویژه ماده ۱۰، وجود ندارد و تنها مبنای فقهی قابل استناد جهت مشمول واقع شدن شروط ابتدایی ذیل ماده ۱۰، این است که به معنای وسیع مفهوم شرط که شامل همه عقود و تعهدات (چه یکطرفه چه دوطرفه و معین و غیر آن) قائل شویم که این امر حتی از سوی فقهای که عمل به شروط ابتدایی را لازم می دانند مورد قبول واقع نشده است.

واژگان کلیدی: شرط، شروط ابتدایی، ماده ۱۰ قانون مدنی، عقود



مقدمه

امروزه با گسترش نیازهای افراد جامعه، به موازات آن شاهد ظهور و بروز مؤسسات و نهادهای مختلف اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی در عرصه زندگی جامعه بشری هستیم لذا این تغییرات وسیع، حقوق دانان و محققان را وادار به قلم فرسایی در این زمینه نموده و همچنین قانون گذار، با توجه به نیاز مؤسسات و افراد، جهت استیفای حقوق خود در این گونه موارد، قوانین مورد نیاز را در قانون مدنی کشور تدوین و پیش بینی نموده است. که از جمله این مباحث که در سال های اخیر محققان عرصه حقوق مدنی به آن پرداخته و با مطالعه تطبیقی میان فقه امامیه و قانون مدنی کشور، مقالاتی را تدوین نموده اند، موضوع شروط ابتدایی می باشد که به عقیده برخی از این محققان، علی رغم رای مشهور فقهای امامیه مبنی بر عدم لزوم عمل به شروط ابتدایی، قانون مدنی با درج ماده ۱۰ به تبعیت از قوانین کشورهای غربی، شروط ابتدایی را لازم العمل دانسته و قانونگذار با کمک این ماده قانونی راهگشای بسیاری از مشکلات در زمینه قراردادهای خصوصی شده است.

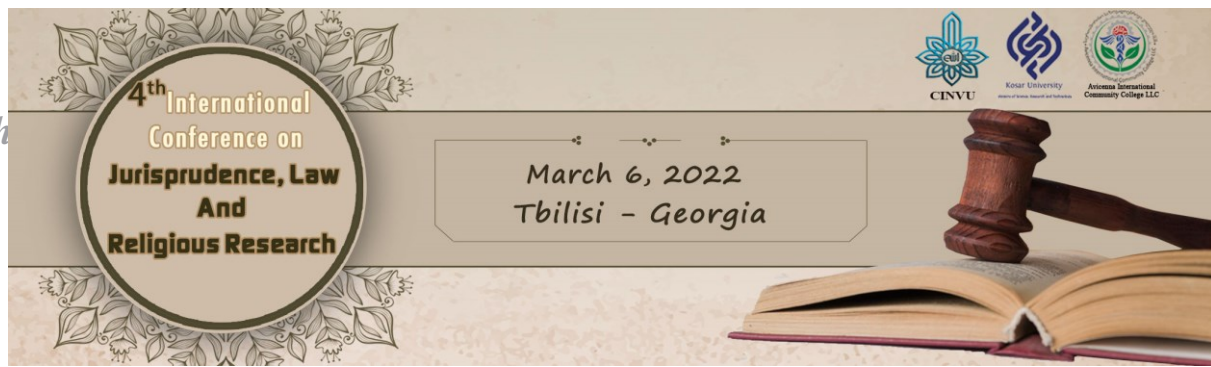
طی بررسی و مطالعه دقیق آراء فقهای متاخر و مقایسه ی آراء متفاوت، در ابتداء ضمن اشاره به تعاریف مختلف شرط که منشاء اختلاف فتاوی در زمینه عمل به شروط ابتدایی می باشد، به این نتیجه می رسیم که لزوم عمل به شروط ابتدایی می تواند از رهگذر دو مبنا و دیدگاه (نظر به تفاوت دیدگاهها در خصوص تعریف شرط) محقق شود؛ یکی، از آن جهت که معنای عرفی شرط شامل هر نوع شرطی می باشد چه شرط ضمن عقد و چه شرط خارج عقد. جهت دیگری که برای لزوم شرط ذکر شده آن است که اگر این شروط به صورت شروط دوطرفه و الزام متقابل باشد، در این صورت به دلیل اینکه مصداقی از عقود نامعین می باشد مستندا به دلیل عموم ادله لزوم وفای به عقود همچون عموم آیه ی او فوا بالعقود (سوره ی مائده آیه ی ۱)، لازم الوفاء می باشند لذا در عمل، مشهور فقهای متاخر رای به لزوم قراردادهای نامعین (چه آنکه مصداقی از شرط ابتدایی تلقی بشوند یا نشوند) داده اند و از این نظر مغایرتی بین ماده ۱۰ قانون مدنی و رای مشهور فقهاء (بویژه فقهای متاخر) وجود ندارد و تنها تعهدات یکطرفه ای که مصداق عقد نباشند بعنوان مصداقی از شروط ابتدایی غیر الزامی در فقه شیعه مطرح می باشند که این گونه تعهدات با دقت در منطوق ماده ۱۰ قانون مدنی، و دیدگاه برخی حقوقدانان، مورد نظر قانون گذار نبوده اند. لذا هم در قانون مدنی و هم در فقه شیعی، اتفاق نظری مبنی بر لزوم تعهدات یکطرفه خارج از عقود معین وجود ندارد.

شرط در لغت

واژه شرط در اغلب کتب مشهور لغوی به معنای الزام و التزام در بیع و مانند آن آمده است. (الزبیدی، ۱۴۱۴-بن منظور، ۱۴۱۴)

شرط در اصطلاح

فقهاء در کتب مبسوط فقهی معانی مختلفی برای مفهوم شرط ذکر نموده اند که همین معانی لغوی، عرفی و یا فلسفی شرط موجب اختلاف نظر در ارائه تعریف واحدی از شرط در اصلاح فقهی بویژه در مبحث شروط و انواع آن در ذیل



حدیث و قاعده المومنون عند شروطهم شده است لذا نظر به دیدگاههای مختلف در خصوص معنای لغوی و یا عرفی شرط، ذیلا به اهم آنها اشاره خواهیم کرد. البته به دلیل معانی مختلف و کاربردهای مختلف مفهوم شرط، به ذکر معانی و تعاریف مربوط به بحث (اینکه مفهوم شرط ابتدایی داخل در تعریف شرط می باشد یا خیر) از سوی بزرگان فقه و حقوق اکتفاء می کنیم.

تعریف شرط از دیدگاه فقهاء:

محقق اردبیلی شرط را مطلق الزام و التزام دانسته و از نگاه ایشان عقد نیز نوعی شرط می باشد. (فاضل هرندی، ۱۳۸۹) شیخ انصاری معنای متبادر از شرط را تعهدات تابع و ضمن عقد تعریف نموده و بنابراین شروط خارج از عقد را (شروط ابتدایی) خارج از مفهوم شرط دانسته اند. (همان)

احمد بن محمد مهدی نراقی ضمن طرح سه معنی اصولی، لغوی و نحوی، مفهوم شرط را شامل هر نوع الزام و التزام می داند چه در ضمن عقد باشد چه خارج عقد و فراتر از آن هر نوع وعده ای را لازم الوفاء دانسته و می نویسد: «... نحن نقول بوجود الوفاء بكل وعد، و قد صرح به جماعة. نعم لما لم یکن وظیفه کتاب المكاسب إلی الشرط فی ضمن العقد، فخصوا الکلام به.» (نراقی، ۱۴۱۷)

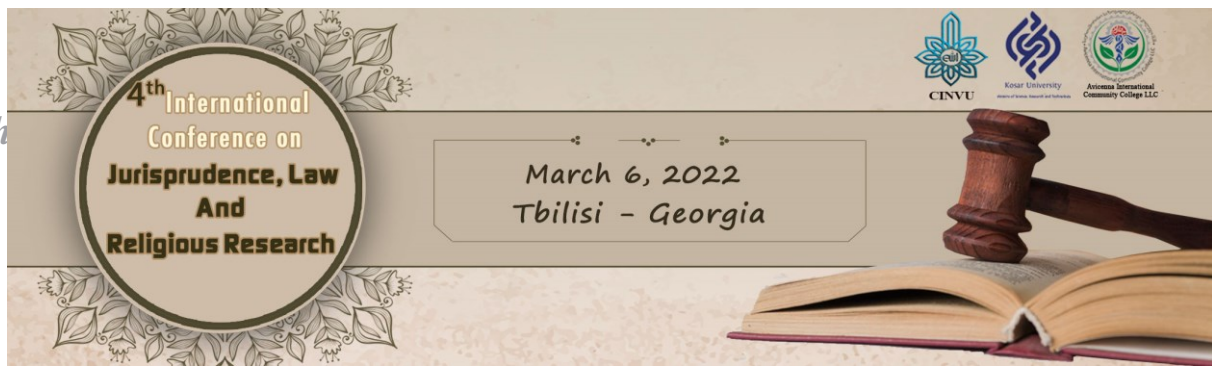
سید محمد کاظم طباطبایی یزدی معنای شرط را مطلق الزام و التزام می داند. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰) امام خمینی (ره) معنای متبادر از شرط را، شرط ضمن عقد می داند نه مطلق شرط. لذا می نویسد: «الظاهر المتبادر من «الشرط» هو الضمنی، و لا یطلق علی الابتدائی بنحو الحقیقه» (خمینی، ۱۴۲۱)

آیت الله خویی (ره): معنای ظاهری شرط را نوعی ارتباط حاصل بین شیئی با شیء دیگر در ضمن عقد و مانند آن می داند. ایشان در توضیح این نوع ارتباط و تعلق، ضمن بیان سه نوع تفسیر از مفهوم شرط، معنای صحیح شرط در عقود را التزام به ابقای عقد در صورت التزام مشروط علیه به وفای به شرط معرفی می کند. (خویی، ۱۳۷۷)

استاد لنگرودی: «شرط در اصطلاحات فقه (وتبعاً در قانون مدنی) معانی گوناگونی دارد، مانند التزام، تعهد (اعم از تعهد اصلی در عقود و تعهد تبعی یعنی شرط ضمن العقد) و نیز به معنی اختیار. نیز در برابر جزء سبب (در اصطلاح فلسفی) به کار رفته است. همچنین در خصوص تعریف شرط ابتدایی می نویسد: تعهد یک جانبی بیرون از عقود است.. در برابر شرط ضمن العقد به کار می رود. التزام یک جانبی مشروع است...» (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰)

سید مصطفی محقق داماد اینگونه شرط را تعریف می کنند: «... از آنچه گفته شد مشخص گردید که همه مفاهیم لغوی و عرفی شرط را می توان در دو معنا خلاصه کرد: جعل شیء در ضمن شیء دیگر (التزام در ضمن عقد)، و تعلق شیئی بر شیء دیگر. (محقق داماد، ۱۴۰۶)

ایشان همچنین در جلد ۲ کتاب قواعد، ضمن بیان معانی مختلف شرط در بیان معنای هفتم از شرط می نویسد: «معنی دیگر شرط مطلق الزام و التزام است؛ بی آنکه در ضمن عقد درج شده باشد. گرچه اهل لغت این قید را افزوده و گفته اند: «الشرط الزام الشئیء و التزامه فی البیع و نحوه»؛ یعنی شرط الزام و التزام در ضمن عقد بیع و امثال آن است؛ ولی به ظاهر



علت افزودن این قید آن است که در اغلب موارد شرط در ضمن عقود درج می‌شود. شاهد این مطلب آن است که واژه شرط در مورد شروط ابتدایی غیر مندرج در عقود و همچنین درباره خود عقد بیع که از مصادیق التزام است و نیز مطلق عهد در روایات به کار رفته است.» (همان)

سید حسن بجنوردی: ایشان ضمن اشکال بر اطلاق شرط بر شروط ابتدایی، شرط را التزام در ضمن معرفی می‌کنند و می‌گویند: «آن اطلاق الشرط علی مطلق الالتزام بشیء لشخص - سواء أ كان فی ضمن عقد، أو كان التزاما ابتدائیا غیر مربوط بشیء - لا یخلو من نظر و تأمل، بل الظاهر حسب المتفاهم العرفی هو أن یكون إلزامه أو التزامه بشیء فی ضمن عقد و معامله، أو أمر آخر، بمعنی أن یكون إلزامه غیره بشیء أو التزامه لغيره بشیء مربوط بامر آخر، و لیس معنی الشرط مطلق الإلزام و الالتزام.» (بجنوردی سید حسن، ۱۴۱۹)

باتوجه به ارتباط نزدیک موضوع بحث با تعریف و جایگاه شروط ابتدایی در کلمات فقهاء و حقوقدانان، به دیدگاه‌های مختلف بزرگان فقه و حقوق در این زمینه اشاره می‌نماییم. فقهاء و حقوقدانان شروط را بلحاظ نوع ارتباط آنها با عقد اصلی به سه دسته تقسیم نموده‌اند؛ شرط ضمن عقد، شروط تبانی، شرط ابتدایی.

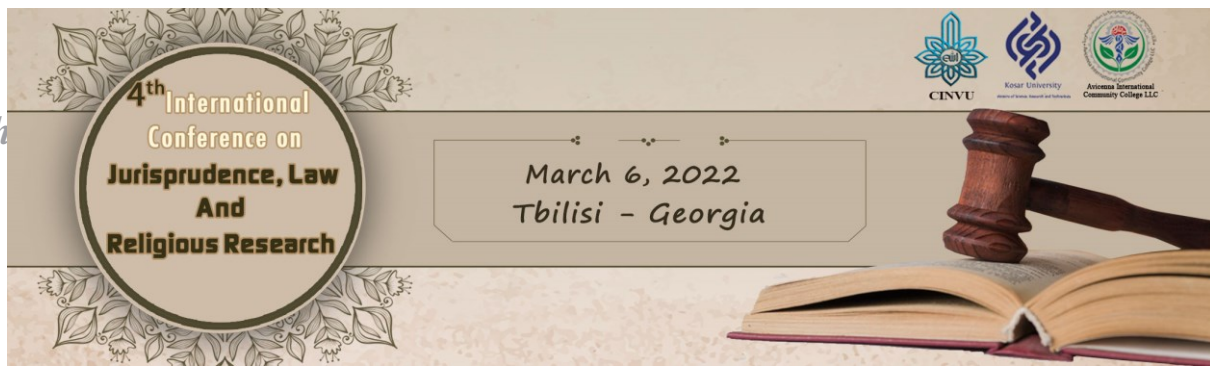
شروط ضمن عقد شروطی هستند که در ضمن عقد گنجانده می‌شوند. (محقق داماد، ۱۴۰۶)

شروط ضمنی (تبانی): تعهداتی که در متن عقد ذکر نمی‌شوند، اعم از اینکه پیش از عقد ذکر شوند و عقد با لحاظ آنها تشکیل گردد (بنایی) و یا هرگز ذکر نشوند و از اوضاع و احوال و سیره‌ی عرفی مفادش استنباط گردد. (همان، ۵۴)

و اما شرط ابتدایی بسته به دیدگاه‌های مختلف فقهاء و حقوقدانان، تعاریف مختلفی دارد بصورتی که دایره مصادیق این شروط باتوجه به تنوع دیدگاه‌ها و تعاریف واژه شرط، گاهی وسیع و گاهی تنگ‌تر خواهد شد. لذا به مهمترین تعاریف و طرفداران آنها در این زمینه می‌پردازیم.

دیدگاه اول: در این دیدگاه هر نوع شرط مستقلی که نیاز به قصد مجزا و تراضی مجزا داشته باشد، شرط ابتدایی نام دارد بنابراین حتی اگر شرطی ضمن عقد دیگری آورده شود و از لحاظ محتوا و قصد ارتباطی به عقد اصلی نداشته باشد و ارتباط میان شرط و عقد اصلی همانند ارتباط فرع با اصل نباشد آن شرط ابتدایی بوده و شرط ضمن عقد نمی‌باشد. (خویی، ۱۳۷۷ - اصفهانی، ۱۴۱۸ - کاتوزیان، ۱۳۸۶)

دیدگاه دوم: در این دیدگاه هر تعهد و شرطی که از نظر زمانی قبل و یا بعد از عقد معینی باشد شرط ابتدایی بوده و الزام آور نیست بنابراین در این دیدگاه ملاک ابتدایی بودن شرط، زمان وقوع آن نسبت به عقد معین می‌باشد. شیخ انصاری در این خصوص در کتاب مکاسب می‌نویسد: شرط در اصطلاح فقهاء به معنای عهد و التزامی است که در ضمن عقد دیگری قرار گرفته است. و دلیل ظهور اصطلاح شرط در این معنی را تبادر ذکر کرده‌اند. (فاضل هندی، ۱۳۸۹) سپس به بیان دیدگاه خویش در این زمینه می‌پردازند و می‌نویسند: «به هر حال اقوا این است که شرطی که در متن عقد ذکر نشود، مؤثر نیست» (همان)



دیدگاه سوم: شروط ابتدایی الزام و الزام‌هایی است که در ضمن عقد مندرج نشده و به عقد مرتبط نیست بنابراین در این تعریف هم بعد زمان و هم بعد ارتباط و وابستگی بین شرط و عقد ملاک می‌باشد و اگر شرطی قبل از عقد باشد که به نوعی مرتبط با عقد باشد (شرط تبانی) ضمن عقد محسوب می‌شود. (خمینی، ۱۴۲۱ - محقق داماد، ۱۴۰۶)

دیدگاه چهارم: دیدگاه مرحوم نراقی است باتوجه به تعریف ایشان از شرط و اینکه شرط مطلق الزام می‌باشد لذا هیچ تفاوتی میان شرط ضمن عقد و خارج عقد و به عبارتی هیچ دلیلی مبنی بر تقسیم شرط به ضمن عقد و ابتدایی وجود ندارد چرا که همه آنها مشمول لفظ شرط می‌باشند و مشمول عموم ادله لزوم وفای به شروط هستند. ایشان در این زمینه می‌نویسد: « نحن نقول بوجود الوفاء بكل وعد، و قد صرح به جماعة . نعم لما لم يكن وظيفة كتاب المكاسب إلّا الشرط في ضمن العقد، فخصّوا الكلام به..... أنه قد ذكرت أنّ الشرط في العرف يطلق على الإلزام والالتزام.... إن مقتضى العمومات المتقدمة: وجوب الوفاء بالشرط مطلقا، سواء كان قبل العقد أو بعده، بل لو لم يكن عقد أيضا (نراقی، ۱۴۱۷)

دیدگاه پنجم: شرط ابتدایی شرطی است که در ضمن عقد نباشد و شامل الزام یک طرفه و دوطرفه نیز می‌باشد در این دیدگاه مفهوم شرط به معنای مطلق الزام و التزام می‌باشد سید محمد کاظم یزدی در حاشیه‌های مکاسب و همچنین محقق اردبیلی از قائلان به این دیدگاه می‌باشند. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰) و (فاضل هرندی، ۱۳۸۹)

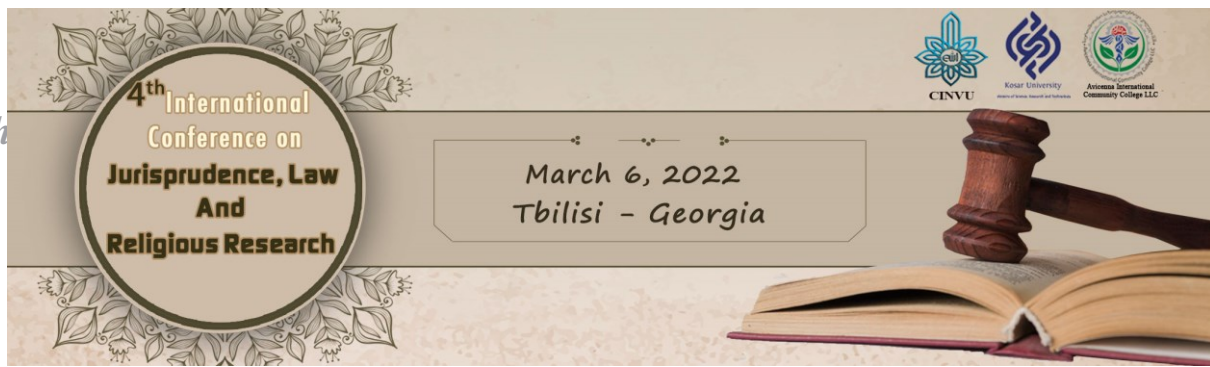
با نگاهی به دیدگاه‌های ذکر شده و علی‌رغم تفاوت دیدگاه‌ها در تعریف شروط ابتدایی می‌توان قدر متیقنی را یافت که با ملاحظه تمامی دیدگاه‌ها بر ابتدایی بودن آن ادعای اجماع نمود و آن شروط و الزامات مستقلی است که هم از نظر شکلی و زمانی و هم از نظر محتوا کاملا مستقل بوده و در ضمن هیچ عقدی نباشند. که این قدر متیقن مطابق با دیدگاه سوم بوده و در ابتدایی بودن مابقی شروط به دلیل تفاوت دیدگاه اختلاف نظر وجود دارد. اینک به بررسی آراء فقهاء در خصوص لزوم عمل به شروط ابتدایی می‌پردازیم.

پر واضح است کسانی که شرط را مطلق الزام و التزام تعریف نموده اند هر نوع شرطی را حتی شرط ابتدایی را داخل در این مفهوم دانسته و به لزوم عمل به آن فتوا داده اند. بزرگانی همچون محقق اردبیلی، احمد نراقی، سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، و سید مصطفی محقق داماد قائل به لزوم وفای به شرط ابتدایی هستند.

شیخ انصاری: شیخ انصاری در ضمن بیان دیدگاه فقهای همچون شیخ طوسی در خصوص شرط تبانی، هر نوع شرطی که در متن عقد ذکر نشود را غیر معتبر می‌داند. (همان)

بجنوردی، در کتاب قواعد فقهی قائل به عدم التزام به شروط ابتدایی می‌باشند. (بجنوردی سید محمد، ۱۴۱۹)

احمد بن محمد مهدی نراقی: بر اساس دیدگاه مولی احمد نراقی مقتضای عموم ادله لزوم وفای به شرط این است که عمل و التزام به تمام شروط واجب است چه قبل از عقد، چه بعد از عقد و چه حین عقد (نراقی، ۱۴۱۷)



سید محمد کاظم طباطبایی یزدی: عبارت ایشان: «ان مقتضی القاعده وجوب الوفاء به (الشرط الابتدایی)». « مطابق با رای مولی احمد نراقی در وجوب عمل به تمام شروط من جمله شروط ابتدایی است. طباطبایی یزدی، (۱۳۷۰)

امام خمینی (ره): ایشان ضمن اشاره به اینکه مفهوم شرط شامل شروط ابتدایی نمی شود لکن در ادامه می نویسد: «... می توانیم از شروط ابتدایی بلکه به مطلق جعل و قرار به قرینه مناسبت حکم و موضوع، الغاء خصوصیت کنیم به این معنی که چون حکم وجوب وفاء به مومنین یا مسلمین تعلق گرفته، همین صفت (مسلم بودن) اقتضاء دارد که آنان به کلیه ی تعهداتشان عمل کنند بدون اینکه ایفاء تعهد به شروط ضمن عقد منحصر باشد. (خمینی، ۱۴۲۱). اما ایشان در نهایت در مقام افتاء قائل به عدم لزوم وفاء به شرط ابتدایی می باشند. (خمینی، ۱۴۲۲)

سید مصطفی محقق داماد در کتاب قواعد فقه خود می نویسد: شرط مطلق الزام و التزام است. (محقق داماد، ۱۴۰۶) لذا از دیدگاه ایشان عمل به این شروط به موجب عموم «المؤمنون عند شروطهم» واجب است.

حال باتوجه به اینکه اغلب فقهای متاخر قائل به عدم لزوم وفای به شروط ابتدایی می باشند، بررسی دیدگاه های فقهی این بزرگان در تصحیح عمل به عقود مستحدث، می تواند آن نوع از تعهدات (چه آنکه مشمول تعریف شرط ابتدایی واقع شوند یا خیر) را که در قالب الزامها و تعهدات دوطرفه واقع می شوند از شمول حکم شروط ابتدایی خارج نموده و آن ها را در زمره عقود و قراردادهای نامعین قرار دهد که این نوع قراردادها بر اساس مبنای فقهی (عموم اوفوا بالعقود) لازم الوفاء می باشند و در نتیجه لزوم اینگونه قراردادها مغایرتی با فتوای مشهور فقهاء مبنی بر غیر معتبر بودن شروط ابتدایی، نخواهد داشت.

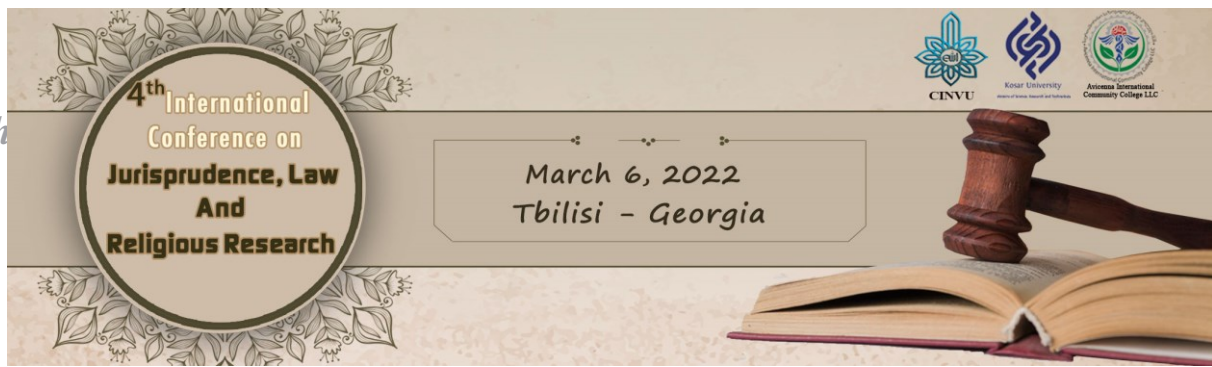
لذا به ذکر چند نمونه از دیدگاههای فقهاء در خصوص عقود نامعین اشاره می نمایم:

۱- محقق نراقی: با ذکر استدلال فقهاء در خصوص لزوم تمام عقود، می نویسد: «... قد اشتهر عند الفقهاء الاستدلال بهذه الآیه الکریمه (یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود) فی تصحیح العقود و لزومها و به يجعلون الاصل فی کل عقد عرفی و کل ایجاب و قبول اللزوم. (نراقی، ۱۴۱۷)

۲- شیخ انصاری:

فمنها: قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ . دلّ علی وجوب الوفاء بكلّ عقد. و المراد بالعقد: مطلق العهد كما فسّر به فی صحیحته ابن سنان المرویه فی تفسیر علی بن ابراهیم أو ما یسمی عقداً لغه و عرفاً (شیخ انصاری، ۱۴۱۵)

۳- امام خمینی (ره): از دیدگاه ایشان شارع در خصوص معاملات اصطلاحات خاصی غیر از اصطلاحات موجود در عرف عامه مردم وضع نکرده و عبارت عقود در آیه کریمه ظاهر در هر نوع معاهده ای است لذا می فرمایند «لا شبهه فی أنّ قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، أوقوله (علیه السلام) الصلح جائز بین المسلمین أو المؤمنون عند شروطهم ظاهر فی لزوم الوفاء بكلّ معاهدة أو صلح أو شرط تصدق علیها تلك العناوین عرفاً، فعدم وجوب الوفاء فی مورد أو موارد، مخالف لهذه العمومات و الإطلاقات. (خمینی، ۱۴۲۱)



۴- آیت الله خویی (ره): مفاد آیه (اوفوا بالعقود): انه يجب الوفاء بكل ما صدق عليه عنوان العقد عرفا. (خویی، ۱۳۷۷)

۵- آیت الله مکارم شیرازی: آیه شریفه اوفوا بالعقود در تمام عقود جدید اعم از آنچه پس از عصر ائمه به وجود آمده یا آنچه در عصر و زمان ما ابداع شده همانند عقد بیمه جریان دارد. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷)

۶- سید محمد تقی مدرس، : بین قراردادهای رایج در عصر نبوت و زمان ائمه علیهم السلام و بین قراردادهای رایج در عصر حاضر « همچون قراردادهای بیمه ، فعالیت های واردات و صادرات نوین، و توافقنامه های تجاری دولتها با یکدیگر» و همچنین بین قراردادهایی که امکان دارد در آینده بوجود آیند، هیچ تفاوتی وجود ندارد. (مدرس، ۱۳۹۰)

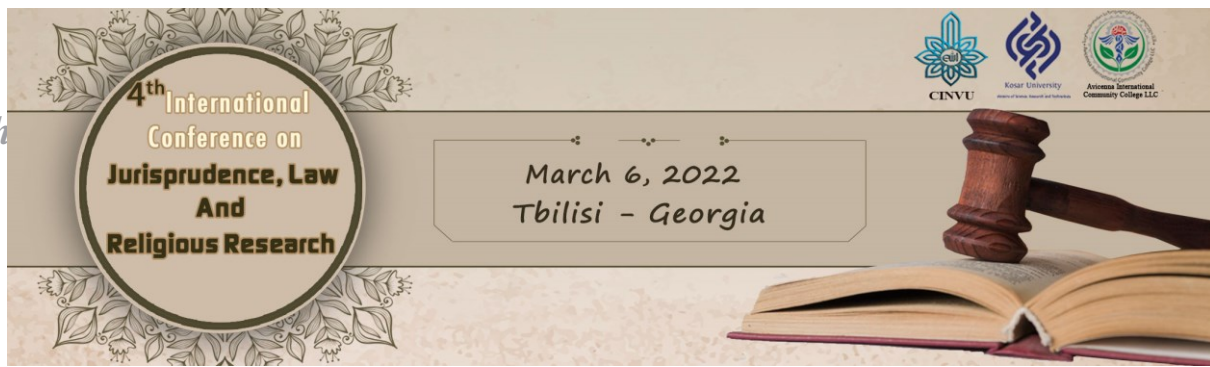
۷- سید میرفتاح: فکل مایسمی عقدا لو شک فی صحته و فسادة لفقده ما یحتمل کونه شرطا او وجود ما یحتمل کونه مانعا او شک فی کون الشیء شرطا او کونه مانعا یحکم بالصحة لدخوله تحت العموم . (حسینی مراغی، ۱۴۱۷)

۸- نائینی: لا وجه لدعوی اختصاصه (یعنی آیه اوفوا بالعقود) بالعقود المتعارفه و المعاملات المتداوله الا اراده العهد من اللام و هو خلاف ظاهر اللام فی کل مکان لاسیما فی مثل هذه الاحکام. (النجفی الخوانساری، ۱۴۱۸)

ارتباط ماده ۱۰ قانون مدنی با مفهوم شروط ابتدایی:

از میان فقهای برجسته متاخر که عموم اوفوا بالعقود را ناظر به تمام انواع شروط دانسته (براین مبنا که شرط به معنای التزام و تعهد می باشد) و عمل به شرط ابتدایی بعنوان یکی از مصادیق عقود را ثابت می داند، سید کاظم طباطبایی یزدی می باشد. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰) اما سایر فقهاء حتی آنانکه قائل به لزوم وفای به شرط ابتدایی می باشند (همچون نراقی)، دلالت آیه شریفه اوفوا بالعقود را بر لزوم عمل به شروط ابتدایی، ناکافی می دانند. (نراقی، ۱۴۱۷-۱۴۲۱) خیمینی (۱۴۲۱) لذا حتی اگر شرط ابتدایی را لازم العمل بدانیم این نظر بر اساس حدیث المومنون عند شروطهم خواهد بود نه از باب عموم اوفوا بالعقود در این صورت شرط ابتدایی بدلیل عدم صحت اطلاق عقد یا قرارداد بر آن بعنوان قراردادی نامعین (آزاد) مصداقی از ماده ۱۰ قانون مدنی نخواهد بود. و این ماده نمی تواند مستند و مبنایی جهت عمل به شرط ابتدایی تلقی شود.

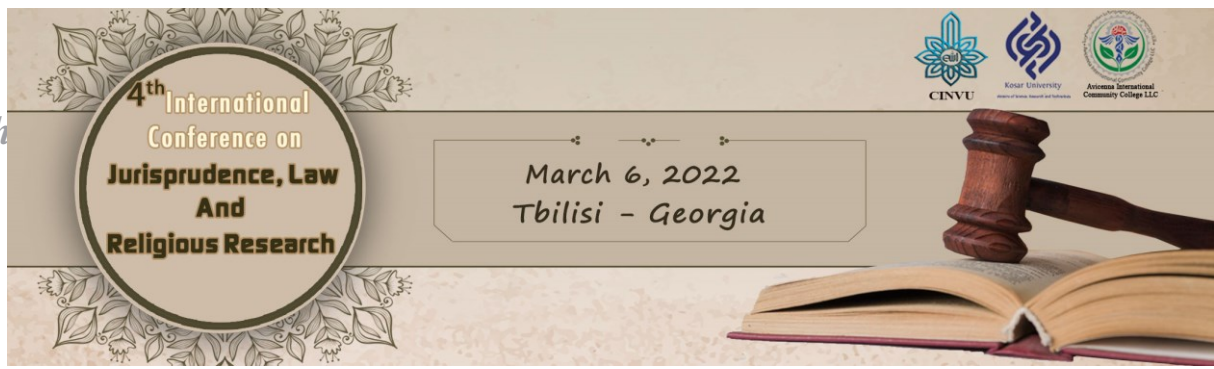
از طرفی باتوجه به رای مشهور فقهای متاخر مبنی بر لزوم تمامی قراردادهای آزاد به استناد عموم آیه اوفوا بالعقود ، بسیاری از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی مطابق با رای مشهور فقهای متاخر ، لازم العمل خواهد بود و تنها مصداق مورد اختلاف بین رای مشهور فقهاء و فهم حقوقدانان از مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی ، تعهدات یکطرفه (شروط ابتدایی) می باشد که بنا به رای مشهور فقهاء غیر لازم الوفاء و بنابر تعریف حقوقدانان از ماده ۱۰ ، لزوم آنها از مفاد این ماده قابل اثبات است. همچنان که از سخن دکتر کاتوزیان در بیان فایده شروط ضمن عقد اینگونه برداشت می شود: «پیش از وضع قانون مدنی چون به نظر مشهور تعهد ابتدایی الزام آور نبود و دوطرف ناچار بودند که اراده خود را در قالب های ویژه (عقود معین) بریزند، شرط ضمن عقد بسیار مفید می نمود... ولی با تدوین ماده ۱۰ قانون مدنی، این فایده از بین رفت. در حقوق کنونی، هیچ ضرورتی ندارد که پیمان ها به صورت یکی از عقود معین یا شرط ضمن آن درآید.» (کاتوزیان ، ۱۳۹۰) ولی ظاهرا مقصود ایشان آن نوع قراردادهای دوطرفه ای است که نام و جایگاه مشخصی در فقه اسلامی ندارند که در این صورت این گونه تعهدات یکجانبه و یکطرفه غیر الزام آور می باشند. سخنان ایشان در کتاب اعمال حقوقی، گویا این



برداشت را تایید می کند « در قانون مدنی ما هیچ ماده ای وجود ندارد که به طور صریح یا ضمنی، ایجاد تعهد را به وسیله ی اراده ی یک تن به طور عام تجویز کند.» همچنین در خصوص اینکه کشورهای اروپایی چنین تعهداتی را لازم العمل دانسته اند تردید نموده و می گوید: در حقوق کنونی آن کشور (آلمان) به نظر غالب نویسندگان، فقط تعهد جاعل و وقف را قانون مبتنی بر اراده ی یک تن نموده است. و بنابراین برخلاف آنچه مشهور شده ، در حقوق آلمان نظریه ی تعهد یک طرفی دارای قلمرو بسیار محدودی است. (همان)

نتیجه گیری

«بادقت در تعاریف عقد و شرط اینگونه به نظر می رسد که شرط ابتدایی از نگاه اغلب فقهاء (حداقل آنچه از عبارات آن ها ظاهراست) در مقابل عقد قرار دارد و اینگونه عبارات که مثلا «شرط ابتدایی آن است که قبل از عقد باشد یا پس از عقد و یا خارج از عقد باشد» این نکته را می رساند که خود شرط عقد و قرارداد نیست بلکه شرط ابتدایی تعهدی یک جانبه و یکطرفه می باشد و به تعبیرایشان مطلق وعده است. و اینکه بسیاری از حقوقدانان عمل به شرط ابتدایی را به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی ، لازم می دانند متوقف بر این است که مفهوم شرط را (بویژه شرط ابتدایی) مصداقی از عقد یا قرارداد بدانیم که این موضوع از سوی مشهور فقهاء و حتی آنانکه به لزوم عمل به شرط ابتدایی قائل اند قابل قبول نیست و به آن تصریح نموده اند. لذا به نظر می رسد که برخی مصداق ماده ۱۰ قانون مدنی (شروط ابتدایی به معنای تعهد یکطرفه) همچنان بنا به رای مشهور فقهاء غیر الزام آور بوده و ماده مذکور حکمی را در باره آنها بیان ننموده و اصلا ناظر به آنها نیست و یا اینکه در بیان دایره مصداق خود بدلیل برداشتهای متفاوت فقهاء و حقوقدانان دچار ابهام و اجمال می باشد لذا نیازمند اصلاح و بازبینی مجدد می باشد.



منابع

- ۱- ابن منظور، ابوالفضل محمد بن مکرم الأفريقي المصرى، ۱۴۱۴ هـ ق، لسان العرب، ج ۷، بیروت. دارالفکر- دارصادر،
- ۲- اصفهانی، محمد حسین کمپانی، ۱۴۱۸ هـ ق، حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحديثه)، چاپ اول، قم - ایران، أنوار الهدی،
- ۳- بجنوردی، السید محمد بن سید حسن موسوی، ۱۴۱۹ هـ ق، القواعد الفقهیه، ج ۳، قم.، نشر الهادی
- ۴- بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی، ۱۴۱۹ هـ ق، القواعد الفقهیه (للجنوردی، السید حسن)، ۷ جلد، اول، قم - ایران، نشر الهادی
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۴۰۰، وسيط در ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم. تهران، گنج دانش
- ۶- حسینی، سید میر عبد الفتاح، ۱۴۱۷، العناوين الفقهیه، ج ۲، قم، موسسه نشر اسلامي
- ۷- خمینی، سید روح الله، ۱۴۲۱ هـ ق، کتاب البيع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- ۸- خمینی، سید روح الله الموسوی، ۱۴۲۲ هـ ق، استفتانات، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- ۹- خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۴۰ هـ، التنقيح في شرح المکاسب، ج ۳۸، چاپ ۷، موسسه الخويي الاسلاميه،
- ۱۰- خویی، سید ابوالقاسم، ۱۳۷۷، مصباح الفقاهه، قم، داوری
- ۱۱- دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، ۱۴۱۵ هـ ق، کتاب المکاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شيخ اعظم انصاری،
- ۱۲- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۳۷۰ حاشیه المکاسب، ج ۲، قم، مؤسسه اسماعيليان
- ۱۳- فاضل هرندي، محي الدين، ۱۳۸۹ ترجمه و شرح مکاسب، چاپ ۴، قم انتشارات بوستان کتاب
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۶. حقوق مدنی- مشارکتها و صلح، تهران، گنج دانش
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۰، دوره مقدماتی حقوق مدنی- اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع، چاپ چهارم. تهران، شرکت سهامی انتشار
- ۱۶- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۴۰۶ هـ ق قواعد فقهی، ج ۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامي
- ۱۷- مدرسی، سید محمد تقی، ۱۳۹۰، احکام معاملات، ج ۱، ص ۲۳۸، قم، انتشارات محبان الحسين (ع)
- ۱۸- مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۷ هـ ق، دائره المعارف فقه مقارن، ج ۱ ص ۴۷۷ قم. مدرسه الامام علی بن ابی طالب
- ۱۹- نجفی خوانساری، الشيخ موسی، ۱۴۱۸، منیه الطالب (تقرير بحث الميرزا النائيني) قم موسسه نشر اسلامي
- ۲۰- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، ۱۴۱۷ هـ ق، عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم
- ۲۱- واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی، ۱۴۱۴، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دارالفکر