

مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره بیست و پنج، بهار و تابستان ۱۳۹۹، ص ۳۵-۶۰

بازشناسی موضوعی و جامع اقسام شرط در فقه امامیه^۱

احمد باقری

استاد فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

سید محمود هل اتایی^۲

دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

چکیده

نهاد شرط از جمله مباحث مهم فقهی است که فهم دقیق آن در تحلیل احکام مترتب بر آن بسیار حایز اهمیت است. یکی از راه‌های مجرب در شناخت مفهوم الفاظ، بررسی اقسام مُعرّف است که ضرورت تحقیق پیرامون اقسام شرط را ایجاب می‌نماید. در این پژوهش با نگاهی جامع و بررسی گسترده منابع فقهی، تمام جهات مؤثر در تقسیم شرط (ملاکات تقسیم) استقصاء گردیده و تلاش شده است حدود و ثغور این اقسام با پرداختن به مفهوم اصطلاحی و بیان ممیزات، پیشینه و آثار پذیرش آن‌ها به‌طور دقیق تبیین شود. بر پایه یافته‌های این پژوهش، اقسام مهم و پرکاربرد شرط عبارت‌اند از: شرط موافق مقتضای عقد، شرط مخالف ماهیت عقد، شرط مخالف منشأ، شرط مخالف اثر عرفی عقد، شرط مخالف اطلاق عقد، شرط لغوی، عرفی (عادی)، شرعی و عقلی، شرط فعل، وصف و غایت فعل، ضمنی، ابتدایی، تبانی و صریح که در هر یک بر اساس موضوع، نوع حاکم اعتبار، لزوم وفا و ذکر و عدم ذکر در متن عقد اقدام به تقسیم شرط شده است.

کلیدواژه‌ها: شرط، اقسام شرط، شرط ضمنی، شرط صریح، شرط تبانی، شرط ابتدایی.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۱۱/۷؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۹/۶/۲۴

۲. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): smhalatae21@gmail.com

طرح مسأله

تقسیم از مفاهیم بدیهی است که نیازی به تعریف ندارد و در عین حال، بر اساس یک تعریف لفظی، جداسازی یک چیز به امور متباین را تقسیم می‌نامند (مظفر، ۱۳۸۸ق، ج ۱، ص ۱۲۱) و نام چیزی را که تقسیم می‌شود و نیز هر یک از اموری که آن چیز بدان تجزیه می‌شود را به ترتیب مقسم و قسم می‌گذارند.

حیات انسان بر اساس تقسیم پایه‌گذاری گردیده است و اگر تقسیم نبود، هرگز الفاظ و معانی تکرر پیدا نمی‌کرد. یکی از مهم‌ترین فواید تقسیم، دستیابی به حدود و رسوم اشیاء است به طوری که یکی از اقسام تعریف، تعریف از راه قسمت است که نام آن را «تعریف به رسم ناقص» می‌گذارند (مظفر، ۱۳۸۸ق، بی تا، ص ۱۳۴).

هم‌چنین تقسیم می‌تواند در تدوین علوم مؤثر واقع شود، زیرا می‌توان بر اساس اقسام مطروحه، ابواب، فصول و مسائل متمایزی را طراحی کرد و تعیین کرد که قسم کذا، موضوع کدام قضیه از قضایای علم است و بلکه تنها راه رسیدن به این مهم تقسیم است.

واژه شرط در آثار منتشرشده هرگز به‌طور جامع، مورد مطالعه مفهومی قرار نگرفته است و در آثار فقیهان امامیه نیز نسبت به برخی از اقسام پرکاربرد نظیر شرط ضمنی، شرط تبانی و شرط ابتدایی تحدید مشخصی ارائه نشده است و برای رسیدن به این مهم و دریافت ضابطه برای این اقسام باید مجموع کلمات ایشان مورد مطالعه قرار بگیرد.

در عین حال، از مطالعه آثار منتشرشده بر می‌آید که در شناخت مفهوم اقسام شرط دچار خطا شده‌اند از جمله این که در مورد شرط تبانی و ضمنی گفته‌اند:

اول: در شرط تبانی هیچ بیانی صورت نمی‌گیرد، لکن داعی یا خواست باطنی طرفین بدان دلالت دارد (علی آبادی، مجله دادرسی، ش ۳۵، ص ۲۸).

دوم: شرط تبانی یعنی شرطی که متعاقدین قبل از اجرای عقد پیرامون آن صحبت کرده باشند، لیکن هنگام انشای عقد آن را ذکر نمی‌کنند، حال یا به خاطر فراموشی آن را ذکر نکرده و یا فکر کرده‌اند ذکر آن در متن عقد لازم نیست (شکاری، دانشکده حقوق و علوم

سیاسی، ش ۳۹، ص ۷۳).

سوم: برای شرط ضمنی تنها یک مفهوم و یک ویژگی ذکر کرده‌اند مبنی بر این که شرط ضمنی برای اشاره به اموری به کار می‌رود که مدلول التزامی الفاظ مستعمل در الفاظ قرارداد است (علی آبادی، مجله دادرسی، ش ۳۵، ص ۲۷؛ شکاری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۳۹، ص ۷۳).

اقسام شرط در منابع فقهی

شرط در منابع فقهی به چند شیوه تقسیم شده است:

شیوه اول) تقسیم به شیوه ثنائی و بر اساس موضوع شرط

از میان فقیهان قدیمی نخستین بار شیخ طوسی (۴۶۰-۳۸۵ق) اقدام به تقسیم شرط نموده و در این زمینه گفته است: «شرط در بیع بر چهار قسم است: قسم اول: شرطی که موافق با مقتضای عقد است و اثر این اشتراط، تأکید مفاد عقد است؛

قسم دوم: شرطی که متعلق مصلحت متعاقدان فرض می‌شود؛ مانند اشتراط أجل، اشتراط خیار، اشتراط رهن، اشتراط ضمان و اشتراط شهادت... .

قسم سوم: شرطی که متعلق مصلحت متعاقدان فرض نمی‌شود ولی مبتنی بر تغلیب و سرایت است؛ مانند اشتراط عتق... .

قسم چهارم: شرطی که نه بر پایه تغلیب و سرایت است و نه این که مصلحت متعاقدان بدان تعلق دارد... (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۴۹)».

به نظر می‌رسد شیخ طوسی در این تقسیم، شیوه تقسیم ثنائی را پیش گرفته است و در نتیجه حقیقت بیان او این است که شرط یا موافق مقتضای عقد است یا این که موافق مقتضای عقد نیست، در صورتی که شرط موافق مقتضای عقد نباشد یا با آن مصلحتی از

مصلحت متعاقدان تأمین می‌گردد و یا این‌که چنین ویژگی ندارد، در صورتی که شرط، مصلحت متعاقدان را تأمین نکند یا مبتنی بر تغلیب است و یا این‌که بر اساس تغلیب نیست.

او در باب رهن هم در مقام تقسیم شرط عقد، همین شیوه را دنبال نموده است جز این‌که در این بیان، اساس تقسیم خود را بر موافقت و عدم موافقت با مقتضای عقد قرار داده است. او در این باب گفته است: «شرطی که مقترن با عقد رهن است بر دو نوع است: نوع اول: شرطی که موافق با مقتضای عقد است؛ برای مثال راهن در عقد رهن شرط می‌کند که مرتهن، عین مرهونه را در صورت پرداخت دین به او تحویل نماید، یا راهن با اشتراط، به مرتهن اجازه دهد که در صورت حلول دین، عین مرهونه را بفروشد، یا شرط شود که منافع عین مرهونه برای راهن باشد... . نوع دوم: شرطی که برخلاف اقتضای عقد است... (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ص ۲۴۴)».

پس از شیخ طوسی، علامه حلی (۷۲۶-۶۴۸ق) هم روش شیخ طوسی را مورد تبعیت قرار داده و اقسام شرط را چهار قسم ذکر کرده است که عبارت‌اند از: شرط موافق مقتضای عقد، شرطی که متعلق مصلحت متعاقدان است، شرط مبتنی بر تغلیب، شرطی که هیچ‌یک از این ویژگی‌ها را ندارد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، صص ۲۵۱-۲۴۵). ابن حمزه (م ۵۶۶ق) نیز افزون بر شرط موافق مقتضای عقد و شرط ناظر به مصلحت متعاقدان، چهار مورد دیگر را به این اقسام افزوده است که عبارت‌اند از:

اول: شرط غیر مقدور

دوم: شرطی که از احکام مبیع است مثل خیار حیوان.

سوم: شرطی که شریعت الهی نسبت به آن ترغیب نموده است مثل شرط عتق.

چهارم: شرطی که شارع مقدس از آن نهی نموده است مثل اشتراط عدم تصرف در

مبیع (ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، صص ۲۳۹-۲۴۰).

شهید اول (م ۷۸۶ق) هم چون فقیهان سلف، در یک تقسیم ثنائی با اضافه نمودن

معیار غرض از انشای شرط، پنج مورد را به عنوان اقسام شرط بیان نموده است. او در این باره گفته است: «قاعده ۲۵۱- مفاد شرط یا از اقتضای عقد است یا این که عقد، چنین اقتضایی ندارد، ... شرطی که مفید اقتضای عقد نیست، یا در جهت مصلحت بایع، مشتری یا هر دوی آنهاست مثل اشتراط رهن، اشتراط ضامن برای ثمن، اشتراط شاهد گرفتن، اشتراط ضمان درک، اشتراط خیار برای هر دو، یا این که مفاد شرط در جهت مصلحت هیچ یک از آنان نیست، در این صورت یا هیچ غرضی به آن تعلق نمی گیرد مثل اشتراط این که جامه خزّی نپوشد، یا نافله بخواند، یا گوشت نخورد...، یا این که غرضی از متعاقدان به آن تعلق دارد، در این صورت شرط یا با مقتضای عقد منافات دارد که هم شرط فاسد است و هم موجب فساد عقد می شود مثل اشتراط این که مبیع را نفروشد، یا با آن آمیزش نکند یا مبیع را به قبضه او درنیاورد، ...، یا این که منافاتی با مقتضای عقد ندارد مثل اشتراط دوختن لباس، قرض دادن مال (شهید اول، بی تا، ج ۲، صص ۲۵۸-۲۵۹)».

اقسام شرط مخالف مقتضای عقد

شرطی که مخالف مقتضای عقد است به چهار قسم تقسیم می شود:

قسم اول: شرطی که مخالف ماهیت عقد است؛ برای مثال بیع، اجاره، صلح و... به طور ذاتی مقتضی معاوضه و تملیک اند، از این رو بیعی که در آن عوضی وجود ندارد با ماهیت عقد تنافی دارد. هم چنین اگر بگوید: «بعثتک بشرط أن لا تستوفی المنفعة أصلاً لا مباشرة ولا تسبیحاً» این اشتراط فاسد است.

قسم دوم: شرطی که مخالف مُنشأ است؛ برای مثال زمانی که گفته می شود: «بعثت هذا بهذا» ملکیت مَثمن برای کسی که ثمن از ملک او خارج گردیده انشاء می شود، در نتیجه اگر شرط شود که مَثمن وقف مسجد باشد، این اشتراط با مُنشأ منافات دارد.

قسم سوم: شرطی که مخالف اثر عرفی عقد است؛ برای مثال زمانی که گفته می شود: «بعثت هذا بهذا» و شرط شود که مبیع به مشتری تحویل داده نشود، این شرط هر چند با

ماهیت و مقتضای عقد منافات ندارد ولی از آنجایی که هدف از انجام بیع ایجاد سیطره بر مبیع است، اشتراط عدم تسلیم آن از نظر عرف مساوی با عدم حصول ملکیت برای مشتری است، زیرا سلطنت بر مبیع از لوازم عرفی است که نفی آن به مفهوم نفی مقتضای بیع است. قسم چهارم: شرطی که مخالف اطلاق عقد است (سبحانی، ۱۴۲۳ق، صص ۱۴۷-۱۴۹).

شیوه دوم) تقسیم شرط به ملاک صحت و فساد

ابن زهره (۵۸۵-۵۱۱ق) شرط را به ملاک صحت و فساد و اثری که ممکن است از این جهت بر عقد وارد شود تقسیم نموده است:

قسم اول: شرطی که به اتفاق همگان فاسد و مفسد عقد است نظیر شروطی که مشروط علیه نسبت به انجام آن‌ها توان لازم را ندارد.

قسم دوم: شرطی که هم خود آن صحیح است و هم عقد همراه آن و در صحت آن اختلافی وجود ندارد مثل اشتراط چیزی که از اقتضاءات عقد است یا متعلق مصلحت متعاقدان است نظیر اشتراط قبض.

قسم سوم: شرطی که هم خود آن صحیح است و هم عقد همراه آن که البته در صحت آن اختلاف نظر وجود دارد مثل اشتراط چیزی که تسلیم آن ممکن است؛ برای مثال جامه‌ای را خریداری کند به شرط آن که فروشنده آن را برای او بدوزد.

قسم چهارم: شرطی که به اتفاق همگان فاسد است، ولی موجب فساد عقد نمی‌شود و البته برخی آن را مفسد عقد هم می‌دانند مثل اشتراط چیزی که برخلاف مقتضای عقد است و نیز مثل اشتراط چیزی که برخلاف سنت است (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، صص ۲۱۴-۲۱۶).

بیهقی (ق ۶ هجری) نیز در بیان مشابهی، اقسام شرط را سه قسم بیان کرده است و البته تقلیل اقسام در بیان او از بابت این است که او قسم دوم و سوم از اقسام شرط در بیان ابن زهره را در هم آمیخته و در یک قسم گنجانده است (بیهقی کیدری، ۱۴۱۶ق،

صص ۱۹۸-۱۹۹).

شیوه سوم) تقسیم شرط به ملاک حاکم اعتبار

شهید اول (م ۷۸۶ق) شرط را در یک بیان نوینی به چهار قسم لغوی، عرفی (عادی)، شرعی و عقلی تقسیم نموده است؛

شرط لغوی عبارت است از تعلیق مانند تعلیق ظهار بر دخول و از آنجایی که این نحوه از اشتراط همانند سبب در وجود و عدم با مشروط تلازم دارد، به نوعی سبب معنوی به شمار می‌رود. شرط عرفی (عادی) مانند نردبان برای صعود به بام و شرط شرعی مانند طهارت برای نماز و شرط عقلی مانند حیات برای علم است.

در تمام این اقسام به جز شرط لغوی، وجود شرط، وجود مشروط را در پی ندارد، اگرچه تأثیر مشروط، بر وجود شرط متوقف است؛ برای مثال هرگز از حیات علم لازم نمی‌آید، یا از طهارت نماز و یا از قرار دادن نردبام، صعود تحقق پیدا نمی‌کند، آری، شرط و مشروط در عدم با یکدیگر تلازم دارند (شهید اول، بی تا، ج ۲، ص ۳۱).

شهید اول معتقد است اطلاق عنوان شرط بر اقسام یادشده یا از باب اشتراک لفظی یا حقیقت و مجاز و یا اشتراک معنوی است (شهید اول، بی تا، ج ۱، ص ۲۵۶).

شیوه چهارم) تقسیم شرط از حیث حکم (لزوم وفا)

شهید اول (م ۷۸۶ق) در برخی از تحقیقات خود شرط ضمن عقد را از جهت حکم لزوم به دو قسم تقسیم نموده است:

قسم اول: شرطی که در عقد لازم واقع می‌شود و عقد به تنهایی در تحقق آن کافی است به طوری که بعد از انشای صیغه عقد، احتیاج به امر دیگری نمی‌باشد.

برای مثال بایع شرط می‌کند که از طرف مشتری در مورد خاصی وکالت داشته باشد که در این صورت وکالت به مجرد ایقاع عقد و انشای اشتراط برای بایع حاصل شود و تحقق آن

نیازمند انشای عقد وکالت به صورت جداگانه نیست و نیز مثل این که متاع خود را به زید بفروشد و بر او شرط کند که همسرش مطلقه باشد یا دختر او همسر قانونی و شرعی او باشد.

قسم دوم: شرطی که به مجرد این که در متن عقد ذکر شود محقق نمی شود بلکه تحقق آن نیازمند انشای جدیدی است مثل اشتراط عتق (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، صص ۵۰۷-۵۰۸) یا این که بایع شرط می کند مشتری، او را وکیل خود قرار دهد که در این صورت مشتری باید بعد از اتمام عقد بیع، عقد وکالت را به سود بایع انشاء نماید. حاصل این که در قسم اول، شرط به مجرد اجرای عقد بیع تحقق پیدا می کند، ولی در قسم دوم، تحقق شرط نیاز به اقدام مشتری و انشای جدید از سوی او دارد که ممکن است از انجام آن سرباز زند و در این صورت برای بایع خیار تخلف شرط ثابت می شود (کلانتر، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۵۰۷).

شیوه پنجم) تقسیم شرط بر اساس موضوع

شیخ انصاری (۱۲۱۴-۱۲۸۱ق) در مقام تقسیم شرط گفته است: «شرط یا به صفتی از صفات مبیع شخصی تعلق می گیرد مثل این که عبد، کاتب باشد یا جاریه، آبستن باشد،... یا این که به فعلی از افعال متعاقدان یا شخص ثالثی تعلق پیدا می کند مثل اشتراط آزاد کردن عبد یا دوختن جامه و یا این که به چیزی که از سنخ غایت فعل است تعلق می گیرد مثل اشتراط تملک عین خاص یا آزاد شدن مملوک خاص،... (شیخ انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۳۴)».

شرط فعل به شرطی می گویند که متعلق آن فعلی از افعال مکلفین است، مثل این که چیزی را بفروشد و بر مشتری شرط کند که برای او پیراهنی بدوزد یا قرآن را به او آموزش دهد. این شرط در بیع کلی نیز قابل تصویر است، مثل این که مشتری گندم را به صورت بیع سلم از بایع خریداری کند و سپس بر بایع شرط کند که گندم را از صنف خاصی تحویل

نماید.

تقسیم شرط به شرط فعل، وصف و غایت فعل در واقع ریشه در بیان شهید اول دارد، آنجا که او شرط را از جهت حکم لزوم مورد بررسی قرار داده و سپس اقدام به تقسیم شرط نموده است که البته بیان او در بخش قبلی گذشت، هرچند او در تقسیم خود از شرط وصف ذکری نکرده است.

شهید اول بر خلاف شیخ انصاری از شرط غایت فعل به «ما كان العقد كافيًا في تحققه ولا يحتاج بعده إلى صيغة» و از «شرط فعل» به «ما يحتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد» تعبیر نموده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، صص ۵۰۷-۵۰۸).

این تقسیم‌بندی پس از شیخ انصاری نیز طرح و مورد بحث و مطالعه فقیهان متأخر قرار گرفته است (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، صص ۳۱۳-۳۱۴؛ خویی، بی تا، ج ۷، صص ۳۵۹-۳۶۱) که البته آنان برای این اقسام، عناوین شرط فعل، شرط وصف و شرط نتیجه را برگزیده‌اند (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ص ۳۱۴؛ خویی، همانجا؛ طباطبایی، ۱۴۰۰ق، ج ۴، ص ۳۹۲).

شرط نتیجه را از این جهت شرط نتیجه گویند که مفاد آن حاصل از سبب و نتیجه عقد و ایقاع است مانند ملکیت، زوجیت، طلاق،... (مشکینی، بی تا، ص ۳۱۳).

شرط نتیجه خود دارای سه قسم است:

قسم اول: شرطی که تحقق غایت، منوط به اسباب خاص شرعی است و مجرد اشتراط آن در عقد کافی نیست مثل زوجیت و عتق.

قسم دوم: شرطی که حصول غایت، متوقف بر سبب خاص شرعی نیست و مجرد شرط نمودن آن در عقد موجب تحقق غایت می‌شود مثل وکالت، وصایت.

قسم سوم: شرطی که از این حیث مجهول است یعنی معلوم نیست سبب خاص نیاز دارد یا این که مجرد ذکر شرطی در تحقق آن کفایت می‌کند مثل این که شرط کند مال خاصی که تابع هیچ یک از عوضین نیست ملک یکی از متعاقدان باشد یا عنوان صدقه برای فقراء

داشته باشد (سبحانی، ۱۴۲۳ق، صص ۱۲۱-۱۲۲).

برخی از فقیهان متأخر شیوه‌ای دیگر را در تبیین این اقسام برگزیده‌اند و گفته‌اند با توجه به این‌که در شرط نتیجه چیزی که شرط می‌شود اعتبار نفسانی متعاقد است که در حیطه اختیار او قرار دارد نه اعتبار صادر از سوی شارع که از توان او بیرون است، شرط نتیجه از سنخ شرط فعل است.

در نتیجه شرط به دو قسم تقسیم می‌شود: شرط وصف و شرط فعل و شرط فعل خود بر دو قسم است:

اول: اعتبار نفسانی که به مجرد شرط و التزام ایجاد می‌شود.

دوم: اعتبار نفسانی که به مجرد شرط و التزام ایجاد نمی‌شود مانند خیاطی لباس (روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۶، ص ۲۸۷).

پیش از شهید اول گرچه اصطلاح شرط فعل و شرط وصف به عنوان اقسام شرط سابقه ندارد ولی در مقام ذکر مثال همواره به مواردی تمثیل زده شده است که از سنخ شرط فعل و وصف می‌باشند.

برای مثال ابو الصلاح حلبی (۴۴۷-۳۷۴ق) در بحث اشتراط گفته: «فروشنده و مشتری، هر یک می‌توانند در عقد، امر معلومی را که امکان تسلیم آن وجود دارد شرط نمایند مثل این‌که جامه ای را به فروش رساند، مشروط بر این‌که آن را برای مشتری بدوزد یا آن را رنگ نماید یا الیافی را بفروشد منوط به این‌که آن را ببافد یا پوستی را بفروشد به شرط آن‌که از آن کفش تهیه کند، یا هر یک از متبایعان وصف و ویژگی خاصی نظیر طول، عرض یا عمق کذایی را بر دیگری شرط نمایند... (ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۳۵۴)».

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود او در بیان خود به فروش جامه و نظیر آن مثال زده است که به‌طور مشخص از قبیل شرط فعل است و در بخش پایانی کلام خود نیز سخن از اشتراط وصف و ویژگی خاص نموده است که مقصود شرط وصف است.

هم‌چنین علامه حلی (۷۲۶-۶۴۸ق) گفته است: «...اگر مفاد شرط متعلق مصلحت

متعاقدان باشد مانند اشتراط أجل، اشتراط خيار، اشتراط ضمین، اشتراط رهن، اشتراط وصف مقصودی مانند کتابت... (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۳۵۴)». او نیز در مقام تمثیل، اشتراط وصف مقصود را ذکر کرده است که همان شرط وصف مصطلح است.

شیوه ششم) تقسیم شرط بر اساس ذکر و عدم ذکر در متن عقد

شرط در عقد به طور کلی بر دو قسم می‌باشند:

قسم اول: شروطی که در متن عقد ذکر نمی‌شوند و خود دارای پنج قسم است:

اول: شرط ضمن عقد

در این بخش لازم است به تناسب این قسم، شرط ضمنی از جهت مفهوم اصطلاحی،

پیشینه و آثار فقهی احتمالی مورد بررسی قرار بگیرد:

مفهوم شرط ضمنی

شرط ضمنی در فقه امامیه دارای سه اصطلاح است: اصطلاح اول: شرط ضمنی به شرطی می‌گویند که در متن عقد و بین ایجاب و قبول ذکر می‌شود (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۷۱).

مقصود از التزام ضمنی تنها این نیست که بین ایجاب و قبول واقع شود. بنابراین اگر بایع بگوید: «بعث الكتاب بدینار و التزمتم بخیاطة ثوبک» و سپس مشتری بگوید: «قبلت»، نام این التزام را نمی‌توان شرط ضمنی گذارد، زیرا گرچه التزام مذکور در ضمن بیع واقع شده است اما بیع مترتب بر این التزام نیست و تقیدی به آن ندارد و نیز مثل این که گفته شود: «بعثک الدار و آجرتک البستان» (محقق اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، صص ۲۹ و ۱۷۰؛ سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۷۸؛ حسنی، بی تا، ص ۴۱۰).

برخی گفته‌اند اگر بایع در مقام انشاء بگوید: «بعثک هذه الدار بكذا علی أن تقرأ سورة

البقرة» اشتراط مذکور شرط ضمنی است، ولی اگر بگوید: «بعثک هذه بكذا و شرطت عليك كذا» شرط ضمنی نیست و مصداق شرط بدوی خواهد بود، زیرا حرف عطف واو که در مثال دوم آمده بین دو جمله ایجاد فاصله می‌کند (خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، صص ۱۳۳ و ۱۳۵).

برخی معتقدند در صدق این عنوان، ذکر الفاظ شرط در متن عقد ضرورتی ندارد و فقط لازم است مفاد شرط با مضمون عقد مرتبط باشد که در این صورت تقارن زمانی شرط با عقد اهمیتی ندارد و این عنوان بر التزام مربوطی که پیش از عقد انشاء می‌شود هم صدق می‌کند (روحانی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۱۵۰) زیرا گاهی طرفین ابتدا توافق می‌کنند و سپس عقد را با در نظر گرفتن خصوصیتی که پیش از این در مورد آن صحبت کرده‌اند واقع می‌سازند ولی شرط را با اتکال به ذکر سابق، در ضمن عقد ذکر نمی‌کنند.

برای مثال مشتری به بایع می‌گوید: «هل أنت مُقدم علی أن تبیع دارک بشرط الخیاطة بمائة درهم؟» و بایع پاسخ می‌دهد: «نعم» و بعد مشتری خطاب به بایع می‌گوید: «بع» و بایع نیز می‌گوید: «بعث» و مشتری هم ایجاب را پاسخ گفته و می‌گوید: «اشتریت» (اراکي، ۱۴۱۴ق، ص ۴۸۹).

مطابق این اصطلاح، شرط ضمنی در مقابل التزام ابتدایی استعمال می‌شود (مامقانی، ۱۳۵۰ق، صص ۱۵۹ و ۱۸۰؛ امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۵۲؛ روحانی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۱۵۰؛ حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۲۳۹).

اصطلاح دوم: این نوع اشتراط ضمنی که در تقسیم فوق مورد نظر است دارای چند ویژگی است:

اول: طبیعت معاوضه آن را اقتضا دارد؛ برای مثال از مقام تجارت بر می‌آید که اگر مشتری اقدام به پرداخت عوض می‌کند از این بابت است که او می‌پندارد کالا با مبلغ پرداختی برابری می‌کند و دو عوض از حیث قیمت با یکدیگر برابرند و گویی مساوات در عقد شرط شده است، زیرا اگر مشتری بداند که کالا ارزش این مبلغ را ندارد، هرگز اقدام به

خرید نمی‌کند (محقق یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۳۸).

هم‌چنین مقام معاوضه گویای این است که غرض از پرداخت ثمن، معاوضه با شیء صحیح است (محقق یزدی، همانجا)؛ برای مثال لفظ حنطه (گندم) در: «بعتک هذه الحنطة» یا «بعتک الحنطة الموجودة فی المكان الفلانی» با توجه به این قرینه، انصراف به گندم صحیح دارد و گویی گفته شده است: «بعتک هذه الحنطة الصحيحة» (محقق یزدی، ۱۴۲۱ق، صص ۶۵-۶۶) و نیز خریدار و فروشنده در خرید و فروش خود همواره نظر به تملیک و تملک تمام مبیع نه بخشی از آن و وجود وصف در مبیع به صورت ذاتی دارند نه به‌طور عرضی و در قالب تدلیس (شیخ الشریعة، ۱۴۱۰ق، ص ۳۰).

نتیجه این‌که شرط ضمنی شرطی است که عرف در مقامات معاوضی بر اساس آن حکم می‌کند.

دوم: در مقام اطلاق لفظی تصور می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۵۱۳)؛ برای مثال فوریت در پرداخت ثمن از احکامی است که در مقام اطلاق عقد بیع استفاده می‌شود، از این رو اگر این حکم در متن عقد شرط شود به موجب اشتراط، اثر جدیدی پدیدار نمی‌شود و صرفاً این حکم یعنی فوریت در پرداخت مورد تأکید قرار می‌گیرد.

آری، اگر شتاب در پرداخت ثمن مقید به زمان معینی شود، در صورتی که ثمن در وقت مقرر پرداخت نشود بایع خیار فسخ دارد، ولی اگر در اشتراط مذکور، زمانی برای پرداخت تعیین نشود، اثر اشتراط مزبور مطابق نظر مشهور تأکید صرف است.

هرچند اگر در فرض اطلاق اشتراط هم در صورتی که مشتری در پرداخت ثمن تعلل کند و آن را بیش از مقدار متعارف به تأخیر اندازد، حکم به ثبوت خیار فسخ به استناد تخلف شرط نظر نیکویی است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۵۱۳).

سوم: مستند به ارتکاز عرفی و عادت عموم است (شهید ثانی، همانجا؛ میرزای نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، صص ۹۸ و ج ۲، ص ۵۷؛ خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، صص ۵۴۸ و ۵۶۱؛ همو، بی تا، ج ۲، ص ۲۱۹ و ج ۶، ص ۲۹۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۸، صص ۵۰ و ۲۶۴ و

ج ۱۹، ص ۹۱؛ کاشانی، ۱۴۰۴ق، ص ۲۵).

بنابراین اگر ثابت شود که ارتکاز عرفی در بیع این است که همواره زمانی اقدام به خرید و فروش می شود که مورد کذا واجد جزء کذا، صفت کذا و یا قیمت کذا باشد، تخلف از آن شرط مقضیّ موجب ثبوت خیار می شود (شیخ الشریعة، ۱۴۱۰ق، ص ۳۱)، زیرا تفاهم عرف بر الزام و التزام یک چیز ایجاب می کند که عقد بر اساس آن منعقد شود و التزام عقدی به آن گره بخورد (میرزای نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، صص ۱۲۳-۱۲۴).

برای مثال لزوم تسلیم و تسلّم ثمن و مثنی، صحت کالا یا أصالة السلامة فی العوضین، تسویه بین عوضین، این که ثمن مسمی مطابق نقد بلد باشد، ... از امور ارتکازی در نزد عرف محسوب می شوند (میرزای نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۲۴ و ج ۱، ص ۱۶۳؛ خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، صص ۵۴۸ و ۵۶۱؛ همو، بی تا، ج ۲، ص ۲۱۹ و ج ۶، ص ۲۹۲).

عرف معاملی بدون دخالت قرینه و از باب اشتراط ضمنی ظهور در مورد عرفی دارد و هرگز اراده آن نیازی به ذکر لفظی ندارد و تنها با وجود صارف می توان از آن صرف نظر نمود (مظفر، بی تا، ج ۲، صص ۱۴۵-۱۴۶ و ۱۵۶).

این شرط با توجه به این که عرف آن را تحدید می کند در ادوار مختلف تفاوت می کند، بنابراین ممکن است یک چیز در دوره ای شرط ضمنی محسوب شود ولی در دوره دیگری از آن به عنوان شرط ضمنی یاد نشود (شهید صدر، ۱۴۰۳ق، ص ۹۷؛ همو، ۱۴۲۰ق، ص ۳۱۵).

چهارم: جزوی از مدلول التزامی الفاظ عقد از نوع لازم اخص است حتی اگر مورد التفات نباشد و یا متعاقدان آن را فراموش کرده و یا نسبت به آن جهل داشته باشند، زیرا خود عقد آن را در بردارد (میرزای نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۲۴) و در باب انشاء، دلالت التزامی نیز هم چون دلالت مطابقی از اعتبار لازم برخوردار است و یکی از راه های افاده و استفاده به شمار می رود (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۸۶).

پنجم: مفاد این شرط یک غرض نوعی و عقلایی است (محقق اصفهانی، ۱۴۰۹ق،

ص ۱۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۷، ص ۲۸۵).

برای مثال خانه مسکونی باید شرایط سکونت را دارا باشد یا از مرکب بتوان برای سواری بهره برد یا عین، منافی را که در مرحله خرید از آن مورد انتظار است دارا باشد (محقق اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۳).

ششم: به نحو تعدد مطلوب اعتبار می‌شود (محقق یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۴۳)؛ یعنی اعتبار این شرط از باب تقييد و داعی نیست، زیرا اگر از باب تقييد باشد، تخلف آن موجب بطلان عقد می‌شود و در صورتی که از باب داعی باشد، اشکال این است که تخلف از داعی اثری ندارد، بنابراین شرط ضمنی به مفهوم تعدد مطلوب است که تخلف آن سبب ثبوت خیار می‌شود همانند سایر شروط (محقق یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۳۴؛ مامقانی، ۱۳۵۰ق، صص ۷۲-۷۳).

برای مثال در خیار عیب تعدد مطلوب به مفهوم تعدد التزام و ملتزم به است به طوری که یکی از آن دو به ملکیت عین خریداری شده تعلق دارد و التزام دیگر به وصف صحت و مشتری به استناد این شرط ضمنی حق دارد وصف صحت را از بايع مطالبه کند و در صورت تخلف می‌تواند با فسخ کامل معامله از التزام اول نیز صرف نظر کند (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، صص ۲۷۶-۲۷۷).

هفتم: تبادل انشائی مبتنی بر آن است (عراقی، ۱۴۲۱ق، صص ۵۵۱-۵۵۲؛ امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۴۹۵؛ خویی، بی تا، صص ۱۱۷، ۱۴۷، ۱۵۸؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۹، ص ۴۱۸) و وضوح این شرط به حدی است که مشروط له را از ذکر صریح آن در متن عقد بی نیاز می‌کند (خویی، همانجا؛ همو، بی تا، ج ۷، ص ۳۵۱).

پیشینه این اصطلاح

ورود این اصطلاح به دامنه ادبیات فقهی به سه سده اخیر باز می‌گردد و به نظر می‌رسد نخستین بار توسط میرزای قمی (۱۱۵۰-۱۲۳۱ق) مطرح شده است.

گاهی این نوع اشتراط به شهید ثانی (۹۱۱-۹۵۵ یا ۹۶۵ق) نسبت داده می‌شود: زیرا او گفته فوریت در پرداخت ثمن از احکامی است که در مقام اطلاق عقد بیع استفاده می‌شود، از این رو اگر این حکم در متن عقد شرط شود به موجب اشتراط، اثر تازه‌ای پدیدار نمی‌شود و صرفاً این حکم با اشتراط مورد تأکید قرار می‌گیرد.

و اگر در فرض اطلاق در صورتی که مشتری در پرداخت ثمن تعلل کند و آن را بیش از مقدار متعارف به تأخیر اندازد، حکم به ثبوت خیار فسخ به استناد تخلف شرط نظر نیکویی است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۵۱۳)».

آیت الله سید محمد موسوی کلانتر (۱۴۲۰-۱۳۳۵ق) در تعلیقه خود شرطی را که شهید ثانی در فرض اطلاق از آن سخن نموده و به موجب تخلف از آن ثبوت خیار فسخ را موجه دانسته است، به شرط ضمنی که مستند به ارتکاز عرفی و مقام اطلاق است تفسیر نموده است (همانجا)».

اما ایشان در تحلیل خود دچار اشتباه شده‌اند، زیرا اولاً شهید ثانی نامی از شرط ضمنی نبرده‌اند و ثانیاً این تفسیر گرچه ممکن است بر پایه ظاهر عبارت شهید ثانی در روضه به ذهن متبادر شود، ولی به استناد سایر آثار فقهی متعلق به شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۴۳؛ همو، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۲۳) مطمئناً درست نیست، زیرا مقصود ایشان از اطلاق، اطلاق در ناحیه اشتراط تعجیل است، یعنی بر خلاف فرضی که برای فوریت در پرداخت ثمن زمان تعیین می‌شود، در این فرض فقط اصل تعجیل شرط می‌شود.

اسامی دیگر این اشتراط

از این شرط ضمنی در منابع فقهی به توصیف لبی، ارتکاز عقلانی عام، شرط ارتکازی، شرط ضمنی ارتکازی، قرار معاملی، شرط ضمنی معاملی، شرط ضمنی بنائی عقلانی، شرط بنائی نوعی، وصف لبی ارتکازی، توصیف مفهومی، شرط مبنی علیه العقد، شرط غیر المصرح به، شرط بنائی ارتکازی عقلانی و شرط بنائی معاملی نیز تعبیر می‌شود (محقق

اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۳).

این شرط در مقابل شرط ذکری یا شرط لفظی یا مذکور در عقد یا صریح و یا مصرح است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۹، ص ۸۳؛ ج ۲۰، ص ۹۲، ۱۸۱؛ سیستانی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۰۱؛ صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص ۳۰۸).

آثار فقهی شرط ضمنی نوع دوم

اثر اول: مشروعیت بخشی به خيارات غبن، عیب، تبعض صفتقه، شرکت، تأخیر.

خيار غبن: زمانی که مغبون اقدام به معامله می‌کند، در نظر او این است که مبیع با مالی که پرداخت می‌کند از حیث قیمت برابر است و گویی مساوات را در عقد شرط نموده است، بنابراین در صورتی که ارزش مالی مبیع کمتر باشد، شرط ضمنی مذکور تخلف پیدا می‌کند که موجب ثبوت خيار غبن می‌شود (محقق یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۳۴؛ مظفر، بی تا، ج ۲، ص ۱۵۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۲۰۵؛ ج ۷، صص ۸۵-۸۶).

خيار عیب: طرفین عقد، نظر به ملاک بودن قیمت متعادل و نزدیک به آن دارند و تخلف از آن را موجب ثبوت خيار عیب می‌دانند (شیخ الشریعة، ۱۴۱۰ق، ص ۳۰؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۳۵).

خيار شرکت و تبعض صفتقه: در معاملات، تمیلک و تملک تمام کالا مقصود است نه بخشی از آن که از بخش دیگر جدا است (شیخ الشریعة، ۱۴۱۰ق، ص ۳۰؛ خوانساری، بی تا، ص ۲۹۳؛ میرزای نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۴۰۸؛ ج ۲، ص ۱۶۹).

خيار تأخیر: اطلاق عقد، انصراف به تعجیل در پرداخت ثمن دارد و گویی این حکم در عقد شرط شده است و در نتیجه موضوع احکام شرط در نظر گرفته می‌شود و از آن جایی که تأخیر در پرداخت، مخالف این شرط است، با تخلف از آن برای بایع خيار تأخیر ثابت می‌شود (میرزا حبیب الله رشتی، ۱۴۰۷ق، ص ۵۴۱).

اثر دوم: تضییق دایره ثمن و مثنی مثل انصراف ثمن به نقد بلد بدین ترتیب که اگر ثمن

معامله پنج دینار در نظر گرفته شود و معامله در عراق انجام شود، ثمن مسمی بر پایه دینار عراقی محاسبه می‌شود و مشتری نمی‌تواند ادعا کند که مقصودم از دینار، دینار ایرانی بوده است.

هم‌چنین محل تحویل کالا به بلدی که در آن بیع صورت گرفته است انصراف دارد و در نتیجه اگر بایع یا مشتری بگوید: «إني أريد أن أسلم الثمن أو المبيع في بلد آخر»، برای طرف دیگر خیار فسخ ثابت می‌شود (خویی، بی تا، ج ۷، صص ۳۵۱-۳۵۲).

اثر سوم: الزام در تسلیم و تسلیم عوضان

گاهی شرط ضمنی در ابتدا هیچ تضمینی در دایره منشأ، ثمن و مثن ایجاد نمی‌کند مانند اصل لزوم تسلیم ثمن و مثن که گرچه یک شرط ضمنی است ولی هرگز از ابتدا موجب تضییق نمی‌شود و تنها در فرض تخلف موجب ثبوت خیار می‌شود (میرزای نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۳۸۸؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۶۶).

اصطلاح سوم:

مقصود از شرط ضمنی التزامی است که با التزام دیگر تقابل دارد؛ برای مثال ایجاب عقدی که در نهان خود واجد التزامی است که در تقابل با التزام موجود در قبول است، مصداقی از شرط ضمنی است (حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، صص ۲۳۹-۲۴۰).

در مقابل به التزامی که در طرف دیگر خود التزامی ندارد، شرط ابتدایی گفته می‌شود (حائری، همانجا).

دوم: دومین قسم از اقسام پنج گانه شروطی که در متن عقد ذکر نمی‌شوند عبارت از شرطی است که صحت عقد متوقف بر آن است و به شرطی از عوضین باز می‌گردد و عقد بر مبنای آن واقع می‌شود. این التزام شرطی اگر بالاتر از التزام نوعی نباشد، دست کم در تراز آن قرار دارد (میرزای نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۴۰۷).

سوم: شرطی که پیش از عقد به صراحت و تفصیل بیان می‌شود ولی از آن در زمان عقد تنها به صورت اشاره ذکر می‌شود؛ برای مثال بایع می‌گوید: «بعتك المتاع الفلانی

بدینار علی ما عَلِمَ» و سپس مشتری آن را قبول می‌نماید. چهارم: شرط، پیش از عقد ذکر می‌شود ولی هنگام اجرای عقد مورد غفلت و فرموشی قرار می‌گیرد. این قسم در حقیقت به شرط ابتدایی باز می‌گردد، زیرا نقطه اشتراک هر دو در این است که هیچ‌یک به عقدی مربوط نمی‌باشند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، صص ۲۸۵-۲۸۶). در این بخش لازم است شرط ابتدایی از جهت پیشینه و مفهوم اصطلاحی مورد ارزیابی قرار گیرد:

شرط ابتدایی

پیشینه

این عنوان پیش از این در فقه امامیه سابقه نداشته است و به استناد منابع فقهی شاید نخستین بار توسط شیخ انصاری (۱۲۱۴-۱۲۸۱ق) در ادبیات فقه وارد شده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۵۳) و در مقایسه با تعابیر دیگری که از این مفهوم حکایت دارند بیش‌تر در آثار فقهی مورد استفاده قرار می‌گیرد (رشتی، ۱۴۰۷ق، ص ۱۰۰؛ میرزای آشتیانی، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۲۲۸).

گاهی در تعبیر از شرط ابتدایی از عناوین الزام ابتدایی (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۱۱؛ مامقانی، ۱۳۵۰ق، ص ۱۲)، التزام ابتدایی استفاده می‌شود (شیخ الشریعه، ۱۳۹۸ق، ص ۴۵؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، صص ۸۱، ۸۶؛ رشتی، ۱۴۰۷ق، ص ۲۱). هم‌چنین در موارد محدودی از تعابیری نظیر شرط یا التزام بدوی بهره برده می‌شود (سید یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ۴ و ۱۱۷؛ امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۳۱۶).

مفهوم شرط ابتدایی

شرط ابتدایی تعهد صرف است که یک طرف در قبال طرف دیگر ملتزم می‌شود بدون آن‌که عقد و معاوضه ای در بین باشد (میرزای نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۲۳؛ مظفر، بی تا، ج ۲،

ص ۱۳۲؛ بهجت، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۵۸۲؛ سبحانی، بی تا، ج ۲، ص ۸۳) نظیر این که گفته شود: «شرطت علی نفسی آن اُدفع لک مائة دینار».

این شرط و نیز شرطی که در متن عقد ذکر نمی شود و بدان مرتبط نیست، شرط ابتدائی محض (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۲۱۸) یا شرط بدوی غیر معاوضی نامیده می شود (خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۱۳۴) حتی اگر اثر این التزام در نفس مُلزم تا زمان انجام عقد و یا تا زمان حصول وفای به عقد ادامه پیدا کند، همانند طلب که زمانی انشاء می شود اما اثر آن تا زمان حصول متعلق طلب ادامه دار است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۵۵).

هم چنین اگر مشروط علیه پس از التزام به شرط وعده دهد که عقد را منوط به الزام شرطی واقع می سازد ولی از آن در عقد ذکری نشود، باز هم اشتراط مزبور مصداق الزام و التزام ابتدایی است (شیخ انصاری، همانجا).

گاهی گفته می شود شرط ابتدایی فاقد مفهوم محصلی است، زیرا قوام اشتراط به ارتباط است و در نتیجه اجتماع اشتراط و ابتدائیت، جمع بین دو امر متنافی است (طباطبایی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۴).

گاهی نیز اظهار می شود که شرط ابتدایی، مصداقی حقیقی شرط نیست (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۹، ص ۱۰۹) و محض وعده است (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۴۳) و از دلیل شرط به طور موضوعی خارج است، زیرا در آن ربط که در موضوع شرط اخذ شده است منتفی است (شهیدی، ۱۳۷۵ق، ج ۳، ص ۴۱۹؛ روحانی، همانجا).

التزام در ضمن عقد جایز (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۸۵)، تمام شروط تکوینی مانند علت و اجزای آن نسبت به معلول (خویی، بی تا، ج ۷، ص ۲۹۸) و نیز شرط در ضمن عقد فاسد به مثابه شرط ابتدایی می باشند (خویی، بی تا، ص ۲۳۳).

در مقابل شرط ابتدایی، شرط تبعی یا شرط ضمنی از نوع اول قرار دارد (کلانتر، ۱۴۱۰ق، ج ۱۳، ص ۵۱؛ آخوند خراسانی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۴)، زیرا شرط ابتدایی بر خلاف شرط تبعی التزام مستقلی است که در وجود خود، تابع عقد نیست و تبعیت یعنی این که

شرط از قیود و فروع منشأ باشد (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۷۹؛ امامی، بی تا، ص ۲۶؛ لاری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۹۳).

پنجم: شرط پیش از عقد ذکر می‌شود و بدون آن که در متن عقد ذکر شود عقد بر پایه شرط سابق واقع می‌شود (خویی، بی تا، ج ۷، صص ۳۵۱-۳۵۲).
در این بخش لازم است شرط تبانی از جهت پیشینه و مفهوم مورد مطالعه قرار گیرد.

شرط تبانی

پیشینه

اصطلاح شرط تبانی در گذشته در فقه امامیه سابقه نداشته است و این تعبیر در سده اخیر مورد توجه قرار گرفته است و نخستین بار از سوی میرزای نائینی (۱۲۴۰-۱۳۱۵ش) وارد ادبیات فقهی گردیده است (میرزای نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۲۴).

مفهوم شرط تبانی

شرط تبانی همان‌گونه که در بیان قسم پنجم آمد، شرطی است که پیش از عقد معاوضی نسبت به آن توافق می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۸، ص ۲۳) و از آن هرگز در متن عقد ذکری نشده و عقد بر مبنای آن واقع می‌شود (میرزای نائینی، همان، ج ۱، صص ۱۰۵، ۱۲۰؛ ج ۲، ص ۱۲۳).

قسم دوم: دومین قسم از شروط در عقد شروطی که اساس اعتبار آن‌ها بیان صریح است و در صورتی که در متن عقد ذکر نشوند، عقد نسبت به آن‌ها مطلق خواهد بود، زیرا در باب عقود و ایقاعات مجرد نیت اثری ندارد و باید آن چیزی که مورد نظر متعاقدان است با سبب مخصوص انشاء شود.

این قسم خود دارای اقسامی است:

اول: شرط نمودن امر جایز، خارجی و شخصی نظیر کتابت، خیاطی، ...

دوم: شرط فعل یا ترک فعل؛ شرط اعتبار نیز از مصادیق شرط فعل است مثل شرط نمودن اعتبار ملکیت مال مخصوص.

سوم: شرط نتیجه (خویی، بی تا، ج ۷، صص ۳۴۳-۳۳۷، ۳۴۵ و ۳۴۷). در این بخش ضروری است که شرط صریح از لحاظ پیشینه و مفهوم اصطلاحی بررسی شود:

شرط صریح

پیشینه

این تعبیر از ابتدای قرن سیزدهم هجری وارد حوزه مباحث فقهی گردیده است و گاهی از آن به شرط مُصرِّح تعبیر می‌شود (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، صص ۱۰۶ و ۱۴۱).

مفهوم شرط صریح

شرطی است که صراحتاً در متن عقد ذکر می‌شود (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص ۱۷۰). اگر برای مثال پیش از عقد وصف کتابت در مورد عبدی که مبیع است شرط شود و سپس بر اساس آن بیع انجام شود، این شرط همانند شرط صریح است حتی اگر لفظی که دلالت بر شرط کند در متن عقد ذکر نشود (کاشانی، ۱۴۰۹ق، ص ۳۴). شرط مصرح یا صریح در مقابل شرط ضمنی نوع دوم از کارکرد های آن است (میرزا حبیب الله رشتی، ۱۴۰۷ق، ص ۴۵۱).

نتیجه

نتایج مهم این تحقیق عبارتند از: الف) ملاک تقسیم شرط به ضمنی، ابتدایی و تبانی، ذکر و عدم ذکر آن در متن عقد است و نسبت میان این اقسام، تباین است. ب) شرط ضمنی دارای سه مفهوم است:

مفهوم اول) شرطی که در متن عقد و بین ایجاب و قبول ذکر می‌شود.

مفهوم دوم) که از آن در منابع فقهی به شرط ضمنی بنائی هم یاد می‌شود دارای هفت ویژگی و ملاک است که عبارتند از: مقتضای طبیعت معاوضه است، در مقام اطلاق لفظی تصویر می‌شود، مستند به ارتکاز عرفی و عادت عموم است، مدلول التزامی الفاظ عقد از نوع لازم اخص است، غرض نوعی است، به نحو تعدد مطلوب اعتبار می‌شود و بالأخره این‌که تبادل انشائی مبتنی بر آن است.

مفهوم سوم) التزام متقابل با التزام دیگر همانند ایجاب که در تقابل با التزام موجود در قبول است.

ج) تعبیر از شرط تبائی به شرط بنائی صحیح نیست و عبارت از شرطی است که پیش از عقد ذکر می‌شود ولی عقد بر مبنای آن واقع می‌شود.

د) شرط ابتدایی عبارت از تعهد صرفی است که یک طرف در قبال طرف دیگر متعهد می‌شود و اگر عقدی هم در بین باشد این شرط هرگز ارتباطی بدان ندارد.

منابع

آخوند خراسانی، محمد کاظم، کتاب فی الوقف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
ابن حمزه، محمد، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره)، چاپ اول، ۱۴۰۸ق.

ابن زهرة، حمزة، غنية النزوع إلى علمی الاصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷ق.

ابو الصلاح حلبی، تقی الدین، الکافی فی الفقه، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین(ع)، چاپ اول، ۱۴۰۳ق.

اراکي، محمد علی، الخيارات، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
امام خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره)، چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

امامی، محمد، الحاشية الأولى على المكاسب، بی جا، بی تا.

همو، الحاشية الثانية على المكاسب، بی جا، بی تا.

- ایروانی، علی، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ق.
- بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهية، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- بهجت، محمد تقی، جامع المسائل، قم، دفتر معظم له، چاپ دوم، ۱۴۲۶ق.
- بیهقی کیدری، محمد، إصباح الشيعة بمصباح الشريعة، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- تبریزی، جواد، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۶ق.
- حائری، سید کاظم، فقه العقود، قم، مجمع اندیشه اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۳ق.
- حسینی، هاشم، نظرية العقد في الفقه الجعفري (ع)، بیروت، منشورات مكتبة هاشم، چاپ اول، بی تا.
- حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، مؤسسه دار التفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- خمینی، شهید سید مصطفی، کتاب البيع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- همو، الخيارات، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- خوبی، سید ابو القاسم، مصباح الفقاهة، بی جا، بی تا.
- همو، القواعد الفقهية والاجتهاد والتقليد (الهداية في الاصول)، قم، مؤسسه صاحب الأمر (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- همو، المستند في شرح العروة الوثقی (تقرير مرتضى بروجردی)، بی جا، بی تا.
- همو، مبانی العروة الوثقی، قم، منشورات مدرسة دار العلم، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- رشتی، میرزا حبیب الله، فقه الإمامية (قسم الخيارات)، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۰۷ق.
- روحانی، سید صادق، منهاج الفقاهة، قم، انوار الهدی، چاپ پنجم، ۱۴۲۹ق.
- همو، فقه الصادق (ع)، قم، دار الكتاب، چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- روحانی، سید محمد، المرتقی إلى الفقه الأرفی (کتاب الخيارات)، تهران، مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافية، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
- سبحانی، جعفر، دراسات موجزة في الخيارات و الشروط، قم، المركز العالمی للدراسات الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۲۳ق.
- همو، المختار في أحكام الخيار، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- همو، نظام النکاح في الشريعة الإسلامية الغراء، بی جا، بی تا.
- سیزوری، سید عبد الأعلى، مهذب الأحام في بيان الحلال و الحرام، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم،

۱۴۱۳ق.

سیستانی، سید علی، قاعده لا ضرر و لا ضرار، قم، دفتر آیت الله سیستانی، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.

شهید اول، محمد، القواعد و الفوائد، قم، کتابفروشی مفید، چاپ اول، بی تا.

شهیدی، میرزا فتاح، هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، تبریز، چاپخانه اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۷۵ق.

شیخ انصاری، مرتضی، کتاب المكاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

شهید ثانی، زین الدین، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول،

۱۴۱۰ق.

همو، حاشية شرايع الإسلام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

همو، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرايع الإسلام، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

شهید صدر، سید محمد باقر، الفتاوى الواضحة وفقا لمذهب أهل البيت (ع)، بیروت، دار التعارف

للمطبوعات، چاپ هشتم، ۱۴۰۳ق.

همو، قاعده لا ضرر و لا ضرار، قم، دار الصادقين للطباعة و النشر، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.

شیخ الشریعة، فتح الله، قاعده لا ضرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

همو، نخبة الأزهار في أحكام الخيار، قم، دار الكتاب، چاپ اول، ۱۳۹۸ق.

شیخ طوسی، محمد، المبسوط في فقه الامامية، تهران، المكتبة المرتضوية، چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.

صدر، سید محمد، ما وراء الفقه، بیروت، دار الأضواء للطباعة و النشر، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.

طباطبایی، سید تقی، عمدة المطالب في التعليق على المكاسب، قم، کتابفروشی محلاتی، چاپ اول،

۱۴۱۳ق.

عراقی، آغا ضیاء، حاشية المكاسب (تقرير ميرزا ابو الفضل نجم آبادی)، قم، انتشارات غفور، چاپ اول،

۱۴۲۱ق.

علامه حلی، حسن، تذكرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.

همو، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الامامية، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.

کاشانی، ملا حبیب الله، تسهيل المسالك إلى المدارك في رؤس القواعد الفقهية، قم، المطبعة العلمية،

چاپ اول، ۱۴۰۴ق.

کاشف الغطاء، حسن، انوار الفقاهة (کتاب البيع)، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول،

۱۴۲۲ق.

کلاتر، سید محمد، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى)، قم، کتابفروشی داوری، چاپ

اول، ۱۴۱۰ق.

لاری، سید عبد الحسین، التعليقة على المكاسب، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
مامقانی، ملا عبدالله، نهاية المقال في تكملة غاية الأمل، قم، مجمع الذخائر الإسلامية، چاپ اول،
۱۳۵۰ق.

محقق اصفهانی، محمد حسین، حاشية كتاب المكاسب، قم، انوار الهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.

همو، الاجارة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.

مشکینی، میرزا علی، مصطلحات الفقه، بی جا، بی تا.

مظفر، محمد رضا، حاشية المظفر على المكاسب، بی جا، بی تا.

همو، المنطق، نجف اشرف، مطبعة النعمان، ۱۳۸۸ق.

مغنیه، محمد جواد، فقه الامام الصادق (ع)، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ق.

میرزای آشتیانی، محمد حسن، القواعد الفقهية، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره)،
چاپ اول، ۱۴۰۳ق.

میرزای نائینی، محد حسین، منية الطالب في حاشية المكاسب، تهران، المكتبة المحمدية، چاپ اول،
۱۳۷۳ق.

همو، المكاسب و البيع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

یزدی، سید محمد کاظم، حاشية المكاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ق.