

نگرشی جدید به شرط ابتدائی از منظر قرآن و روایات و دیدگاه‌های فقهی

سیدمصطفی ملیحی^۱، مرتضی صغری تبار^۲

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۴/۰۵/۰۴ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۴/۰۵/۲۹)

چکیده

این مقاله به بررسی و تحلیل مفهوم "شرط ابتدائی" در روابط انسانی، به ویژه در چارچوب آموزه‌های قرآن کریم می‌پردازد. مقاله با استناد به آیات متعدد قرآن کریم، روایات و دیدگاه‌های فقهی فقهاء نشان می‌دهد که مفهوم شرط و پایبندی به عهد، از اصول بنیادین در شکل‌دهی روابط اجتماعی و فردی در اسلام است. آیاتی که بر وفای به عهد، اهمیت نیت، و لزوم عمل به پیمان‌ها تأکید دارند، به عنوان مبنایی برای درک شرط ابتدائی مورد بحث قرار می‌گیرند که شرط ابتدائی را نه تنها به عنوان یک الزام حقوقی، بلکه به عنوان ابزاری برای شفاف‌سازی روابط، پیشگیری از اختلافات، و تضمین حقوق طرفین در تعاملات روزمره، از جمله روابط خانوادگی، تجاری و اجتماعی معرفی می‌کند. با توجه به مباحث فقهی، مقاله به شروطی که از منظر اسلام باطل شمرده می‌شوند (مانند شروط نامشروع یا شروطی که موجب جهالت شدید یا ضرر غیرقابل تحمل می‌شوند) اشاره کرده و شرط ابتدائی صحیح را از آن‌ها متمایز می‌سازد و تلاش دارد تا اهمیت شرط ابتدائی را به عنوان عنصری سازنده و تنظیم‌گر در روابط انسانی، مطابق با آموزه‌های جامع و مترقی قرآن کریم، برجسته سازد.

کلید واژه‌ها: شرط ابتدایی در قرآن، وفای به عهد در آیات و روایات، عقد، ایقاع، حاکمیت اراده، اذن ابتدایی.

۱. استادیار دانشگاه علوم و معارف قرآن کریم، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)؛ s.mostafa.malihi@gmail.com
۲. پژوهشگر پژوهشکده فقه نظام و استادیار جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران؛ safaritamorteza@gmail.com

۱. بیان مسئله

مبحث "شرط ابتدایی" در فقه اسلامی، همواره یکی از موضوعات مهم و در عین حال محل تأمل بوده است. با این حال، به نظر می‌رسد که کاوش عمیق‌تر و نظام‌مندتری در مبانی اصیل این شرط از منظر "قرآن" کریم و "روایات" معتبر معصومان(ع) ضروری است. اگرچه فقهای عظام در طول تاریخ به این موضوع پرداخته‌اند، اما رویکردی که به صورت مستقیم و با "نگرشی جدید"، تمام توجه خود را بر استخراج مبانی و حدود "شرط ابتدایی" از بطن آیات وحی و سخنان نورانی اهل بیت(ع) معطوف کند، می‌تواند زوایای پنهانی از این مبحث را روشن سازد. نکته‌ای که وجود دارد این است که آیا می‌توان مؤیدات محکم و براهین قاطعی برای مشروعیت یا عدم مشروعیت، نفوذ و گستره "شرط ابتدایی" در شریعت یافت؟ و مطالب بیان شده تا چه میزان انطباق و سازگاری با مبانی قرآنی و روایی دارد؟

۲. مقدمه

قبل از پرداختن به اصل مقاله ذکر چند نکته مقدماتی لازم است:

۲-۱. جایگاه شرط ابتدایی

از تقسیمات مباحث شرط، شرط ابتدایی در مقابل شرط ضمنی بوده که با استفاده از برخی از آیات وفای به عهد (سوره توبه ۱۱۱، سوره بقره ۸۰، سوره رعد ۸۰، سوره مائده ۱، سوره انعام ۱۵۲، سوره بقره ۱۷۷، سوره اسراء ۳۴ و سوره صف ۲ و ۳). می‌توان بر صحت آن استناد نمود و با اثبات صحت آن به این نکته می‌رسیم که این شرط مبتنی بر حاکمیت اراده و آزادی قراردادها می‌باشد.

اما با توجه به تفوق نظریه مشهور محققان با استناد به آیات قرآن و منابع دینی در

غیرلازم بودن این شرط، سایه این تفوق حتی در برخی محافل قانونی کشور، برخی آثار را بدنبال داشته است:

«در ایران در دفاتر اسناد رسمی تعهداتی را که ناشی از عقود معینه نباشد به صورت شرط ضمن عقد قرار می‌دهند و حتی اگر عقدی در خارج نباشد که شرط در ضمن آن قرار گیرد در اسناد تنظیمی می‌نویسند: «در ضمن عقد خارج لازم شرط گردید» (طاهری، ۸۸/۲) با اینکه به لحاظ قانونی با تصویب ماده فوق‌الذکر، راه برای تعهد خارج از این قالب نیز باز شده و مشروع بوده است و در حقیقت قانونگذار به تبعیت از حقوق اروپا، با تصویب این ماده همه تعهدات را لازم‌الوفا دانسته و فرقی بین تعهدات اصلی و تبعی و یا به تعبیر ما، شرط ابتدایی و ضمن عقد، نگذاشته است.

طبق این ماده تنها شرطی که برای نفوذ و عدم نفوذ یک تعهد است آن است که مخالف صریح قانون نباشد و در هیچ جای قانون برای تعهد شرط نشده است که حتما باید در ضمن عقد دیگری انجام گیرد، لذا تعهدات ابتدایی در نظر قانون مدنی هم لزوم وفا داشته و متعهد باید آن را انجام دهد و هم در صورت تخلف می‌توان از طریق مراجعه به دادگاه او را ملزم به انجام تعهدش کرد. (طاهری، ۹۳/۲)

اما آنچه این نوشتار به دنبال آن است این نکته می‌باشد که بر فرض وجوب تکلیفی فوق، آیا شرط ابتدایی موجد تعهد و آثار وضعی ناشی از تعهدات می‌باشد بطوری که مشروط له حق داشته باشد از مشروط علیه مطالبه حق خود کرده و در دادگاه بتواند شکایت کند و به عبارتی ایجاد دین و مانند آن کند؟ گرچه نسبت به این سوال، فرصت بررسی آن دست نداد.

۲-۲. پیشنهاد بحث و نوآوری

اصطلاحی با نام شرط ابتدایی اصولاً در سده‌های پیشین غیر از صد و اندی سال قبل، دیده نشده و به عبارتی جعل اصطلاح بابت آن نشده است بلکه این اصطلاح از شیخ

انصاری به بعد شائع شده است (از باب نمونه: در میان کلمات، المکاسب، ۵۳/۵ و ۵۴ و نیز در کلمات شاگرد شیخ، مرحوم میرزا حبیب‌الله رشتی ره برمی‌خوریم (رشتی، ۱۰۰)) گرچه حقیقت مساله وجود داشته و مفاد ناظر به این معنا مورد استعمال بوده است. اما بعد از ایشان پرداختن به شرط ابتدائی جدی‌تر شد و نزاعی که به طور لفافه مطرح می‌بود به یکی از نزاعات معروف تبدیل شد که آیا شرط ابتدائی لازم الوفاء است یا خیر؟ (آخوند خراسانی، ۲۴۴؛ یزدی، ۱۱۷/۲؛ نائینی، ۱۲۳/۲).

۲-۳. مفهوم‌شناسی شرط ابتدائی

شرط ابتدائی در آیه و یا روایتی به صورت صریح نیامده است، بلکه این تعبیر در دوره معاصر یعنی حدود صد و پنجاه سال اخیر در کلمات محققان با استناد به آیات قرآن و منابع دینی شکل گرفته است به گونه‌ای که امروزه برای خود اصطلاحی پرکاربرد شده است. اما واقعیت و مسمی این شرط حتی در زمان شارع وجود داشته است. بنابراین بحث مفهومی از این شرط جهت تعیین حدود و مرزهای منطبق با آن واقعیت است، و اینکه بتوانیم با محققان با استناد به آیات قرآن و منابع دینی و حقوقدانان به تفاهمی برسیم. بنابراین مفهوم‌شناسی این تعبیر برای کشف از حقیقت شرعی یا فهم لغت وارد در کتاب و سنت نمی‌باشد. در هر صورت این عبارت متشکل از دو واژه می‌باشد؛ مفهوم شرط طبق برخی اقوال، اناطه و ربط است (خوئی، ۲۹۷/۷) و طبق برخی دیگر از اقوال، جعل و قرار است اما نکته کلیدی برای فهم شرط ابتدائی، تقابل این شرط با شرط مقارن است که همه اذعان به نفوذ آن دارند.

شرطی که به هر دلیل مورد اناطه و ربط با عقد واقع نشده است ابتدائی محسوب می‌شود بنابراین می‌توان چنین گفت:

«شروط ابتدایی، الزام و التزامهایی است که در ضمن عقد مندرج نشده و به عقد مرتبط

نیست». (محقق داماد، ۵۰/۲)

نتیجه منطقی حاصل از این تعریف این می‌شود:

اولاً: بنابر اینکه نکته نکتہ شرط ابتدائی عدم ارتباط آن با عقد باشد فرقی ندارد که این شرط قبل از عقد یا بعد از آن بلکه حین آن (که البته غیرمرتبط معنوی با آن باشد) ذکر شده باشد. و ثانیاً: اگر فرضاً ارتباط بین عقد و شرط برقرار بود به بهانه عدم ذکر در عقد نمی‌توان آن را شرط ابتدائی دانست.

آنچه از مجموعه کلمات محققان با استناد به آیات قرآن و منابع دینی با توجه به اطلاق شائعی که از آن وجود دارد اینست: هر جا که اولاً اشکالی فی حد نفسه در شرط نباشد و ثانیاً به هر جهتی از عقد کسب لزوم نتوانسته بکند به چنین شرطی شرط ابتدائی می‌گویند. اما برای اینکه حق این بحث اداء گردد باید به بحث اساسی‌تری در این زمینه منتقل شویم که ریشه بحث فعلی ما محسوب می‌شود و آن بحث پیرامون مقوم شرط یعنی مفهوم ارتباط است، گرچه جای این بحث در در کلیت بحث شرط است اما به جهت ارتباط وثیق با این بحث ناچار به بحث از آن می‌باشیم:

سوالاتی وجود دارد که شاید از مهمترین آنها این باشد:

ملاک ارتباط چیست؟

برای این منظور چند معیار قابل تصویر است که به نوعی دخیل در تحقق شرط ابتدائی باشد و البته باید در جای خود بحث شود و فعلاً بنا بر بحث تفصیلی آن نیست:

اول: معیار زمانی ارتباط؛ ارتباط به هنگام عقد یا به هنگام شرط؟

به‌عنوان مثال اگر بعد از عقد بیع، طرفین بناء بگذارند فروشنده متعهد به رنگ‌آمیزی خانه خریدار شود و این را به عنوان یکی از تعهدات مرتبط با عقد سابق قلمداد کنند آیا این شرط ابتدائی محسوب می‌شود یا شرط مقارن؟

اگر ملاک، ارتباط حین العقد باشد، این شرط ابتدائی است چرا که در زمان عقد، این شرط مطرح نبوده است و اما اگر ملاک را حین الشرط بدانیم، شرط مقارن است چرا که زمان اشتراط، با لحاظ عقد این شرط بسته شده است لذا ارتباط برقرار بوده و شرط مقارن

است بر این اساس حتی شرط قبل از عقد هم می‌تواند ابتدائی نباشد اگر عقد آینده را بعنوان پایه شرط لحاظ کنند و تنها موردی که بعنوان شرط ابتدائی باقی می‌ماند شرطی است که هیچ ارتباطی با عقدی نداشته باشد.

اما ظاهر ارتباط این نیست که مطلق ارتباط یا ارتباط حین‌الشرط کفایت کند بلکه ارتباط حین‌العقد قدرمتیقن از ارتباط است چون اساساً صدق شرط در غیر فرض اخیر روشن نیست بنابراین اگر کسی شرط خارج عقد کند، طبق مبنای اعتبار حین‌عقد، شرط ابتدائی محسوب می‌شود.

دوم: معیار در ارتباط؛ تسانخ محتوایی یا ربط انشائی

توضیح اینکه بنابراین نظر که اساس شرط ارتباط آن با عقد است، در مورد حقیقت ارتباط، ابعاد جدیدی مطرح می‌شود مبنی بر این که آیا مراد از ارتباط این است که شرط باید ناظر به شئونات موضوع عقد باشد به گونه‌ای که اگر هم ارتباط انشائی داشته باشند اما با محتوای عقد غیرمرتبط باشد حقیقت ارتباط اتفاق نیافتده و لذا معتبر نیست یا اینکه این مقدار ارتباط لازم نیست بلکه همین مقدار که در هنگام انشاء عقد، با لحاظ شرط و تعهد ضمنی، انشاء صورت گیرد کفایت در ارتباط می‌کند.

در این رابطه برخی از محققان نوشته‌اند: «شروطی را که در ضمن عقد گنجانده می‌شوند شروط ضمن عقد می‌نامند. شروط ضمن عقد گاهی مرتبط با محتوای عقدند، مثل شرط تسلیم مبیع در محل خاص یا شرط بیمه مبیع و امثال آن و گاه مفاد شرط هیچ ارتباطی با محتوای عقد ندارند، مثل آنکه در ضمن عقد بیع منزل شرط شود که بائع یا مشتری یک دست لباس برای دیگری بدوزد.

به عبارتی ما در ناحیه شرط، چه در ناحیه مفهوم آن و چه در ناحیه دلیل اعتبار آن، بیش از این مقدار ارتباط نیاز نداریم.

اما در هر صورت، اگر قائل به لزوم این ارتباط خاص باشیم، چنانچه شرطی مربوط به شئونات موضوع نبود شرط ابتدائی خواهد بود.

سوم: ارتباط یعنی رابطه ظرف و مظروف یا اخص از آن

در این مورد عده‌ای بر این عقیده‌اند که رابطه مشروط (عقد) و شرط رابطه ظرف و مظروف نیست (قمی، ۷۴/۴؛ خوئی، سیدمحمدتقی، ۳۱/۱) بر این اساس اگر هم شرطی در ضمن عقدی آورده شود اما رابطه صرفاً ظرف و مظروف باشد طبق این مبنا، داخل در شرط ابتدائی است و کفایت برای الزام نمی‌کند. در عین حال برخی از محققان با استناد به آیات قران و منابع دینی همین مقدار از ارتباط یعنی ارتباط ظرفیت را کافی برای تحقق شرط و آثار آن می‌دانند (امام خمینی، ۱۳۱/۱؛ زنجانی، ۲۴/۵۹؛ ۶۱۳۸/۱۹).

بنابراین اگر شرطی ارتباط معنائی با انشاء عقدی نداشت یعنی صرفاً رابطه ظرف و مظروفی بین اینها حاکم بود، بنا بر مبنایی که قائل به ارتباط اخص از ظرفیت است این شرط ابتدائی خواهد بود.

چهارم: آیا ارتباط حدوثی کفایت می‌کند یا باید این ارتباط مستمر نیز باشد؟

به این معنا: اگر شرطی در ضمن عقدی منعقد شد، سپس عقد به عللی زائل شد و از بین رفت، آیا شرط نیز غیر معتبر می‌شود؟ (برخی از محققان با استناد به آیات قرآن و منابع دینی در تقریب نظریه کفایه حدوث چنین آورده‌اند. (فاضل لنکرانی، ۵۷۴) اما در ادامه این نظر را رد کرده است.

در اینجا گرچه قانون مدنی نظر خود را در ماده ۲۴۶ (ماده ۲۴۶- در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض او را از مشروط‌له بگیرد.) در قالب انتهاء اعتبار شرط به تبع انتهاء عقد ابراز داشته است، اما این امر مانع از مباحث تحقیقی پیرامون آن نمی‌باشد.

از این رو این مساله مورد بحث واقع شده است و حتی برخی از فقیهان قائل به این

نظریه شده‌اند که با فسخ عقد، اعتبار شرط باقی خواهد بود (طباطبائی قمی، ۳۲).

در هر صورت بنابر عدم کفایت حدوث انعقاد شرط، در ادامه و بعد از فسخ عقد، شرط،

ابتدائی می‌گردد و احکام آن را خواهد داشت و الا شرط ضمنی بوده و احکام شرط بر آن مترتب می‌شود.

اما ابهامات موجود در گستره مصداقی شرط ابتدائی: این بحث به جهت تلاقی با برخی مفاهیم دیگر مانند عقد و ایقاع بحثی چند بعدی پیدا کرده است، که بدون لحاظ موارد تلاقی حل نمی‌شود.

توضیح اینکه در مورد عقد این ابهام وجود دارد که آیا مطلق مواردی که طرفین بر امری توافق می‌کنند عقد و قرارداد محسوب می‌شود یعنی در نزد عقلاء، مطلق توافق موضوع الزام و التزام است یا خیر، مثلاً توجه به نقش موضوع مورد وفاق در تحقق عقد، و اینکه صرف توافق کفایت نمی‌کند مثلاً توافق بر امری که نه مال است و نه فعل دارای مالیت و مانند آن. لذا عده‌ای را بر این نظریه واداشت که موضوع عقد نقش تعیین‌کننده‌ای در شکل‌گیری عقد دارد بنابراین باید از امور اعتباری باشد مانند حق عینی یا شخصی (شاهرودی؛ ۲/۲۷۵ در این زمینه برخی از محققان با استناد به آیات قران و منابع دینی در مورد تراضی بعد از عقد نکاح در مورد مهریه ذکر کرده‌اند: اگر آیه و روایتی نداشته باشیم قاعده اقتضا می‌کند صحّت تراضی بعد از عقد را، چون زنی که بدون مهر عقد می‌شود معنایش عقد بلا مهر نیست بلکه معنایش بدون ذکر مهر است و لذا بعد از عقد زن حق دارد مطالبه کند و تا مهرش را نگرفته تمکین نکند و این مانند تراضی بعد از عقد است نه این که از شرایط ابتدایی باشد، چون حقّی در میان است که بر آن مصالحه می‌کنند و شرط ابتدایی نیست که از ابتدا باطل باشد. (مکارم شیرازی، ۵۰/۶).

بنابراین نظریه، توافق طرفین بر موضوع غیر صلاحیت‌دار موجب تحقق عقد نمی‌شود و در نتیجه، این مورد داخل در شرط ابتدائی می‌شود. و از آنجا که می‌تواند مرز مفهوم عقد خود امر مشخصی نیست این خود تاثیرگذار در محدوده شرط ابتدائی شده و به ابهام در گستره مصداقی آن می‌افزاید.

این ابهام در ناحیه تلاقی شرط ابتدائی با ایقاع نیز وجود دارد، به این معنا که در ناحیه

ایقاع معتبر، برخی اشکالات وجود دارد، حال اگر به هر دلیلی در برخی موارد ايقاع ابهام وجود داشته باشد محدوده مصداقی شرط ابتدائی نیز دچار ابهام می‌گردد.

در نتیجه این سخن باید گفت: به لحاظ مصداقی انصافاً گسترده موارد مبهم کم نیست، برای روشن شدن این امر به ذکر چند مورد بسنده می‌کنیم:

از جمله:

اگر در ضمن عقدی، بعد از ایجاب، بدون هیچ مقدمه‌ای (فی البداهه) قابل در مقام بیان قبول، چنین متعهد شود که حقوق یکماه خود را بابت سیل زدگان هزینه می‌کنم، این در حالی است که طرفین قبلاً یا حین عقد هیچ توافقی در این زمینه نداشته‌اند، حال آیا این مورد شرط ابتدائی محسوب می‌شود یا خیر؟

و نیز:

اگر حسین به حسن که به صورت تبرعی ضامن حسین شده است بگوید: آنچه که از جانب من ضامن شدی را پرداز و آن مبلغ را از من بگیر.

در این مورد نیز مورد اختلاف واقع شده است که آیا از قبیل شرط ابتدائی و وعده محسوب می‌شود که لازم‌الوفاء نیست یا ضمان به سبب امر است که وعده نمی‌باشد (یزدی، ۷۶۷/۲).

و نیز:

اگر کسی به فروشنده‌ای بگوید این کالا را به فلانی بفروش و اگر ثمن آن را نداد من می‌دهم، حال اگر خریدار ثمن را نداد آیا اینجا از قبیل وعده و شرط ابتدائی است یا خیر (کاشف الغطاء، ۵۴/۱؛ علامه حلی، ۴۰۹/۲).

و نیز:

در مواردی که عقدی همراه با تعلیق باشد بنابر بطلان شرط، طبق تصریح برخی از فقهاء، این از قبیل وعده یعنی شرط ابتدائی است (بهبهانی، ۴۰۶).

در نتیجه این موارد از ابهامات در ناحیه شرط ابتدائی نیز دچار ابهام می‌شویم حال تکلیف ما در این موارد چیست؟

به این خاطر شایسته است برخی موارد و جهات از بحث را مورد تحقیق قرارداد که عمدتاً این نوع مباحثه صبغه فقهی نه حقوقی دارد:

در موارد شک در ابتدائی بودن شرط چه باید کرد؟ (اعم از: شبهه مفهومی، شبهه مصداقیه، شبهه معنائیه) که فعلاً مجال بحث از این مساله را نداریم.

۲-۴. اقسام شرط ابتدائی

۱. شرط ابتدائی وقوعی یا استدامه‌ای

مراد از شرط وقوعی آنست که به لحاظ مرحله وقوع، در ضمن عقد نیامده باشد اما در شرط استدامه‌ای به لحاظ مرحله وقوع و انعقاد در ضمن عقدی واقع شد اما در ادامه بخاطر فساد یا انفساخ عقد خارج از عقد شمرده می‌شود و ابتدائی محسوب می‌شود.

۲. شرط ابتدائی موضوعی یا حکمی

شرط ابتدائی اگر واقعا مرتبط با عقد نباشد موضوعی است اما اگر شرطی در عین ارتباط با عقد، بخاطر اختلال در عدم کفایت منشا الزام، این شرط در حکم شرط ابتدائی محسوب می‌گردد یعنی در حکم شرط غیرمقارن با عقد می‌شود حال عدم کفایت یا بخاطر جائز بودن عقد است که در نگاه عده ای کفایت برای لزوم شرط نمی‌کند (حکیم، ۳۴/۹). یا مثلاً چون در مرحله استدامه این عقد فاسد می‌شود وجود اعتباری نخواهد داشت.

۳. شرط ابتدائی یک جانبه یا شرط ابتدائی چند جانبه

اگر شرطی که صرفاً یک شخص، متعهد به آن می‌شود به این معنا که اراده طرف مقابل در کار نباشد، شرط یک جانبه یا عبارتی شرط با قالب ایقاع صورت می‌گیرد اما اگر این طور باشد که همراه با ابراز اراده از طرفین باشد، این شرط چند جانبه است و به عبارتی شرط با قالب عقدی رخ داده است.

یعنی علی‌القاعده این قسم باید شرط ابتدائی باشد بنابر اینکه عقد - که موجب الزام

است - حصه خاصی از عهد است و مطلق عهد نیز معتبر نمی‌باشد لاجرم باید این موارد داخل در شرط ابتدائی باشد چنانچه در استعمالات محققان با استناد به آیات قرآن و منابع دینی نیز این امر دیده می‌شود (نراقی، ۲۲۵) در برخی از موارد که ایشان به عنوان عمل به وعده مطرح نموده است و در حقیقت شرط ابتدائی محسوب می‌شود با اینکه متضمن توافق و تراضی می‌باشد: ... نظیر این مسأله است که بعضی متعزّض شده اند که هرگاه کسی به دیگری گوید: امشب مرا مهمان کن و من فردا شب تو را مهمان می‌کنم و بعد از مهمانی شب اول می‌تواند آن کس شب بعد را مهمانی نکند ولیکن باید از عهده وجه مهمانی اول برآید.

و از این قبیل است هرگاه زید خانه‌ای به عمرو اجاره دهد به مدت سه سال مثلا و در سال سوم زید خواهش کند از عمرو که اذن بده امسال من در خانه بنشینم و در سال چهارم باز تو بنشین و عمرو راضی شود و زید در سال سوم آنجا سکنی کند و بعد از انقضای امتناع کند از نشستن عمرو در سال چهارم در این صورت می‌تواند امتناع کند و عمرو را اجرة‌المثل سال سوم می‌رسد؛ (زنجانی، ۷۱۴۲/۲۱)؛ مانند شرط ابتدائی دانستن شرط در ضمن عقد جائز بنا بر اینکه عقد جائز کفایت نمی‌کند با اینکه اینجا شرط دوجانبه و با توافق طرفین است. (مکارم، ۵۰/۶) بقی هنا شیء: گاهی زوج و زوجه با هم اختلاف پیدا می‌کنند و زوجه به خانه پدر می‌رود و وقتی زوج می‌خواهد او را به خانه برگرداند، زوجه مهریه را اضافه می‌کند و یا چیزهای دیگری می‌خواهد که زاید بر نفقه است. اینها از شروط ابتدایی و بالاجماع باطل است.

البته اگر بخواهند مهریه را اضافه کنند و زوج هم قبول کند این داخل در بحث ما و تراضی بعد از عقد است و قرآن می‌فرماید مانعی ندارد؛ پس در مواردی که به کم و زیاد مهر برمی‌گردد، مؤثر است و آنها که به شرط ابتدایی برمی‌گردد، زوج الزامی ندارد.

۳. دیدگاه‌های فقیهان درباره شرط ابتدایی باتوجه به آیات و روایات

۳-۱. نظر اول: عدم وجوب وفاء

در نظر شیخ طوسی اگر بعد از اینکه عقد به پایان رسید و بعد از مدتی شرطی آورده

شود صحیح است. لذا به ایشان خرده گرفته‌اند (ابن ادریس، ۶۲۵/۲)، اما به نظر می‌رسد مراد ایشان از بعد، بعد منفصل از عقد نیست بلکه مراد همان حین عقد است به عبارتی بعدیت اضافی مراد است. و همین معنا را مرحوم محقق حلی در نکت النهایه استظهار نموده است (حلی، ۳۸۳/۲؛ ابن ادریس، ۶۲۵/۲؛ محقق حلی، ۲۵۰/۲؛ محقق ۵۳/۳) نیز این موضوع را مورد تأیید و تأکید قرار داده است.

مرحوم صاحب جواهر در ضمن بحثی به عدم وجوب وفاء به شرط ابتدائی تأکید دارند (صاحب جواهر، ۴۳۰/۴۲) و همچنین مشهور در میان معاصرین عدم وجوب وفاء به شرط ابتدائی است. فقهای چون: (سیداحمد خوانساری، ۲۰۱/۳-۲۰۲؛ امام خمینی، ۱۰۳/۲؛ سیدمحمدصادق روحانی، ۱۰۹/۹).

ادله:

با توجه به مطرح بودن سه دلیل اول در کلمات دیگران، بخاطر پرهیز از تکرار، فهرست گونه از آنها عبور می‌کنیم.

اول - اجماع

مرحوم خوانساری به اجماع استناد کرده است (خوانساری، ۳۰۴/۴) البته در مورد اجماع قدامت مشکل است و اگر هم باشد با توجه به احتمال مدرکی بودن آن، قابلیت استدلال نخواهد داشت.

دوم - عدم صدق شرط

با توجه به اینکه مفهوم شرط اناطه و ربط است حقیقت اناطه و ربط بین دو شیء تصویر می‌شود، اما در شرط ابتدائی به توجه به اینکه شرط مزبور منقطع از عقد است بنابراین اناطه و ربط تحقق نمی‌یابد، پس باید گفت که خروج شرط ابتدائی از دلیل لزوم وفاء به شرط، خروج تخصصی است نه تخصیصی. به عبارتی اساساً شرط ابتدائی شرط نیست مفهوماً تا از لزوم و عدم لزوم آن بحث شود. (خوئی، ۱۴۲/۲؛ و نیز، ۱۹۰/۲؛ ۱۳۵/۶).

البته تتمیم راجع به این بحث، در قسمت ادله بر وجوب وفاء، دلیل اول پیگیری می‌شود.

سوم - لزوم تخصیص اکثر

اگر ادله وجوب وفاء به شرط به آیاتی مانند المومنون عند شروطهم شامل همه نوع التزامات حتی التزام ابتدائی نیز گردد موجب تخصیص اکثر می‌شود چرا که بسیاری از این موارد لازم‌الوفاء نیست (سیدحسن بجنوردی، ۲۵۶/۳؛ همو، ۱۲۷/۱).

البته شاید مراد گوینده، این باشد که این استهجان کشف از این می‌کند که دلیل شروط، مقید به یک قیدی است که التزام ابتدائی را شامل نشود، در این صورت این دلیل تمام خواهد بود.

اما مهم، احراز صغرای این دلیل است یعنی تخصیص اکثر در صورت لازم بودن التزامات ابتدائی، البته این نکته دور از ذهن نیست و به لحاظ موارد خارجی، بعید نیست. اشکال مشترکی که بر این سه دلیل مطرح است: اینکه این ادله، یا شامل شرط ابتدائی چند جانبه نمی‌شوند و یا شمول آن روشن نیست، به عبارتی قدرمتیقن از شمول موارد شرط ابتدائی یک جانبه است.

چهارم - برخی روایات

روایاتی در باب شرط قبل از عقد نکاح وارد شده است، که برخی محققان با استناد به آیات قران و منابع دینی هم چون شیخ طوسی (طوسی، ۲۶۳/۷) ایشان قبل از این روایات در کتاب شریف تهذیب چنین فرموده‌اند: وَ شُرُوطُ النِّكَاحِ تَكُونُ بَعْدَ الْعَقْدِ لِأَنَّ مَا يَكُونُ قَبْلَ الْعَقْدِ لَا اِعْتِبَارَ بِهِ وَإِنَّمَا اِلَاعْتِبَارُ بِمَا يَحْضُلُ بَعْدَهُ فَإِنْ قَبِلْتَ الشَّرْطَ الَّذِي وَقَعَ قَبْلَ الْعَقْدِ مَضَى الْعَقْدُ وَالشَّرْطُ وَإِلَّا فَكَانَ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الشُّرُوطِ بَاطِلًا وَالْعَقْدُ غَيْرَ صَحِيحٍ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ مَا رَوَاهُ^۱، صاحب جواهر (۱۸۳/۳۰)، جامع المدارک (سبزواری ۳۰۳/۴). حتی ایشان در ص: ۳۰۴ در مورد شروط ابتدائی فرموده: و علی تقدیر القول بوجوب الوفاء فی سائر الموارد لا مجال للقول به فی المقام للأخبار المذكورة) و... به این روایات در مورد لازم

۱. شروط ازدواج مربوط به بعد از عقد است، زیرا آنچه قبل از عقد است، مورد توجه قرار نمی‌گیرد، بلکه آنچه بعد از آن اتفاق می‌افتد، مورد توجه است. اگر او شرطی را که قبل از عقد بوده بپذیرد، عقد و شرط محقق می‌شوند. در غیر این صورت، شروط قبلی باطل هستند و عقد صحیح نیست.

نبودن وفاء به این شروط خارج از عقد نکاح استدلال کرده‌اند،

از جمله این روایات:

ابن‌اعین از امام صادق (ع) نقل کرده که فرمود: «إِذَا اشْتَرَطْتَ عَلَى الْمَرْأَةِ شُرُوطَ الْمُتَعَةِ فَرَضِيَّتُ بِهَا وَ أَوْجَبَتْ عَلَيْهَا التَّزْوِيجَ فَارْدُدْ عَلَيْهَا شَرْطَكَ الْأَوَّلَ بَعْدَ النِّكَاحِ فَإِنْ أَجَازْتَهُ جَازَ وَإِنْ لَمْ تُجْزِهِ فَلَا يَجُوزُ عَلَيْهَا مَا كَانَ مِنَ الشُّرُوطِ قَبْلَ النِّكَاحِ» (کلینی، ۴۵۷/۵)

طبق این روایت، شروطی که قبل از عقد نکاح مطرح شده مادامی که در خود عقد اشاره نشود بی‌ارزش بوده و لازم الوفاء نیست.

این دلیل با ضمیمه این مقدمه کامل می‌شود که: وقتی در عقد نکاح شرط ابتدائی اعتبار ندارد عرفاً فرقی نیست بین اینکه شرط ابتدائی مربوط به عقد نکاح باشد و یا غیر آن، به عبارتی عرف از این‌گونه روایات چنین می‌فهمد که مهم ارتباط بین عقد و شرط است بنابراین حتی اگر در عقد بیع یا اجاره نیز اگر شرط به نحو مقارن نباشد واجد مشروعیت لازم می‌باشد. بررسی این دلیل نشان می‌دهد با وجود ورود این روایات در باب نکاح، نمی‌توان از آن به سایر موارد تعدی کرد چون این احتمال وجود دارد که اهمیت امر نکاح ممکن است منشا این نکته شده باشد لذا نمی‌توان احراز کرد که نکته عدم لزوم وفاء در شروط ابتدائی در مورد نکاح در سایر موارد نیز وجود دارد.

دلیل پنجم - دیدگاه محققان قرآنی و حقوقدانان

همانطور که در کلمات برخی محققان براساس استناد به آیات دیده می‌شود (یزدی، ۷۰۲/۲، مساله ۵؛ حکیم، ۳۷۴/۱۲) و نیز در ماده ۲۴۶ قانون مدنی و نیز در کلمات حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۲۸۳). تصریح شده است (ماده ۲۴۶-۲) در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ بهم بخورد شرطی که در ضمن آن شده باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض او را از مشروط

۱. اگر برای ازدواج موقت با زنی شرایطی را تعیین کردید و او آنها را پذیرفت و ازدواج را بر او واجب کردید، پس از ازدواج شرط اول خود را به او برگردانید. اگر آن را پذیرفت، جایز است. و اگر نپذیرفت، شروطی که قبل از ازدواج بر او گذاشته شده بود، برای او جایز نیست.

له بگیرد.): با زوال عقد بخاطر فسخ یا اقاله، شرط در ضمن آن نیز دیگر لازم الوفاء نخواهد بود، این امر نشان گر آن است که شرط به خودی خود نمی‌تواند منشا الزام باشد. البته مراد از بیان این امر، قیاس بین دو حالت (نبود عقد در حال انشاء شرط و نبود عقد در حال وجود شرط در ادامه) نیست تا مورد اشکال قرار گیرد، بلکه مراد از آن بیان این نکته است که: طبق مدعای قائلین به الزام آور بودن شرط ابتدائی، برای ایجاد الزام نیاز به عقد نیست بلکه انشاء نفس شرط ولو بدون توافق، کفایت در الزام‌آوری آن می‌کند، بنابر این اگر این امر صحیح می‌بود نمی‌بایست به هنگام فسخ یا اقاله عقد، شرط غیر لازم الوفاء می‌گردید، لذا از این عدم لزوم وفاء کشف می‌شود که اساساً شرط به تنهایی نمی‌تواند منشا الزام باشد. البته در مورد این دلیل، این تعلیقه قابل ذکر است که دلیل فوق شامل شرط ابتدائی دوجانبه نمی‌شود چرا که در این نوع شرط، عنوان دیگری مانند عقد نیز می‌تواند صادق باشد که لزوم وفاء به عقد دائر مدار صدق شرط نیست.

۳-۲. نظر دوم: وجوب وفاء به شرط ابتدائی (ولو در قالب احتیاط وجوبی)

از جمله قائلین به آن: مرحومین: (نراقی، ۱۴۲؛ سید یزدی، ۱۱۷/۲، مرحوم سبزواری، ۲۳۶/۱۷؛ منتظری، ۳۱۱/۲) ایشان در مورد تخلف از وعده و شرط ابتدائی گفته‌اند: از امثال این روایات استفاده می‌شود که تخلف از وعده شرعاً حرام است، و بعید نیست که روایت: «المؤمنون عند شروطهم» شروط ابتدایی و قراردادهای ابتدایی را نیز شامل شود؛ و بالاخره بنابر احتیاط واجب نباید تخلف نمود. (زنجانی، ۷۱۴۳/۲۲).

ادله:

همانطور که در بخش ادله عدم وجوب وفاء متذکر شدیم چون عموماً ادله وجوب، از آن بحث شده بصورت فهرست‌وار از آن رد می‌شویم و نکات را در پاورقی اشاره می‌کنیم و در متن سعی بر این داریم که به جهات کمتر بحث شده بپردازیم:

دلیل اول: صدق حقیقی عنوان «شرط» بر اساس قاعده المومنون عند شروطهم

در اثبات مقتضی برای اطلاق شرط بر موارد شرط ابتدائی باید گفت: استعمال و اطلاق شرط بر هر الزام و التزامی، چه در روایات (مانند فرمایش رسول الله (ص) در قضیه بریره: «شرط الله أحق و أوثق، و الولاء لمن أعتق» که اطلاق شرط بر حکم الهی «الولاء لمن أعتق» نموده‌اند.

ابن محبوب در روایتی از امام باقر (ع) نقل می‌کند: «فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَ شَرَطَ لَهَا إِنْ هُوَ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا امْرَأَةً أَوْ هَجَّرَهَا أَوْ اتَّخَذَ عَلَيْهَا سُرِّيَّةً فَهِيَ طَالِقٌ فَقَضَى فِي ذَلِكَ أَنْ شَرَطَ اللَّهُ قَبْلَ شَرْطِكُمْ فَإِنْ شَاءَ وَفَى لَهَا بِمَا شَرَطَ وَ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَ اتَّخَذَ عَلَيْهَا وَ نَكَحَ عَلَيْهَا» (طوسی، ۲۳۱/۳) که اطلاق شرط شده بر حکم الهی، با اینکه حکم الهی الزام فی الزام نیست؛ یا در روایت ما الشرط فی الحيوان؟ قال: ثلاثة أيامٍ للمشتري. قلت: و فی غیره؟ قال: هما بالخيار حتى يفترقا» اطلاق شرط بر خیار که حکم مجعول الهی شده است.

در روایتی دیگر منصور بزرگ از امام کاظم (ع) نقل می‌کند: «قَالَ قُلْتُ لَهُ إِنْ رَجُلًا مِنْ مَوَالِيكَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا فَبَانَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ أَنْ يُرَاجِعَهَا فَأَبَتْ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ لِلَّهِ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُطَلِّقَهَا وَلَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَأَعْطَاهَا ذَلِكَ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ فِي التَّزْوِيجِ بَعْدَ ذَلِكَ فَكَيْفَ يَصْنَعُ قَالَ بَسْ مَا صَنَعَ وَ مَا كَانَ يُدْرِيهِ مَا يَفْعُ فِي قَلْبِهِ بِاللَّيْلِ وَ النَّهَارِ قُلْ لَهُ فَلَيْفَ لِلْمَرْأَةِ بِشَرْطِهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ص قَالَ الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (طوسی، ۲۳۲/۳) که در آن به نذر اطلاق شرط شده است با اینکه نذر التزام ضمنی نیست) و چه کلمات لغویین فراوان است به طوری که استعمال مزبور هیچ حزازتی ندارد و از طرف دیگر نسبت به دفع مانع نیز بیان می‌دارد: عبارت قاموس و مانند آن که گفته: «الزام و التزام فی العقد»؛

۱. درباره مردی که با زنی ازدواج کرد و با او شرط کرد که اگر با زن دیگری ازدواج کند، یا او را ترک کند، یا کنیزی بگیرد، او را طلاق خواهد داد. پس در این مورد حکم کرد که شرط خدا مقدم بر شرط تو بوده است، پس اگر بخواهد می‌تواند شرط او را اجرا کند و اگر بخواهد می‌تواند او را ننگه دارد و زن دیگری بگیرد و با زن دیگری ازدواج کند.
۲. گفت: به او گفتم: مردی از موکلان شما با زنی ازدواج کرد، سپس او را طلاق داد و آن زن از او جدا شد. مرد می‌خواست او را پس بگیرد، اما زن از او امتناع کرد، مگر اینکه با خدا نذر کند که او را طلاق ندهد یا با زن دیگری ازدواج نکند. پس به او نذرش را پذیرفت. سپس تصمیم گرفت دوباره ازدواج کند، پس چه باید بکند؟ گفت: چه کار بدی انجام داد! و او نمی‌دانست که در دل او شب و روز چه می‌گذرد. به او بگو: پس بگذار شرط زن را انجام دهد، زیرا رسول خدا (ص) فرمود: مؤمنان به شرط‌های خود پایبندند.

اولاً اجتهاد ایشان بوده و سندیتی ندارد (انصاری، ۱۲/۶). بیان شیخ: و مع ذلك فلا حجة فيما في القاموس مع تفرده به، و لعله لم يلتفت إلى الاستعمالات التي ذكرناها، و إنما لذكرها و لو بعنوان يشعر بمجازيتها). به خاطر مخالفت آن با استعمالات فوق‌الذکر و ثانیاً مراد ایشان این نیست که مشهور به دنبال آن هستند یعنی الزام و التزامی که در مثل بیع واقع می‌شود [شرط] است بلکه مراد ایشان این است که: شرط الزام و التزامی است که در مثل بیع محقق است چرا که بیع نیز یک الزام و التزام است (رفع مانع) (زنجانی؛ ۷۱۴۳/۲۲) نتیجه سخن اخیر این می‌شود: در میان کلمات لغویین نیز مخالفی را نمی‌یابیم حتی از عبارت قاموس.

در بررسی دلیل فوق چند نکته وجود دارد:

اما ادعا وجود مقتضی در اطلاق شرط بر شروط ابتدائی:

طرفداران نظریه مقابل از این اطلاقات جوابهایی داده‌اند که بخاطر تکراری بودن صرفاً به اشاره در ذیل اکتفاء می‌کنیم (مانند اینکه: استعمال اعم از حقیقت است) اما باید توجه داشت که با وجود کثرت استعمالات در اطلاق شرط بر این معنا، این امر حکایت از حقیقی بودن این استعمال دارد.

و نیز نسبت به برخی از این موارد مانند اطلاق شرط بر حکم مانند قصه بریره، برخی این استعمال را حقیقی دانسته‌اند اما با این التفات که این احکام الهی در ضمن میثاق و عهد الهی با انسانها در مورد تبعیت نکردن از شیطان آمده است: «أَلَمْ أَعْهَدْ لَكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ». (یس، ۶۰؛ بجنوردی، ۲۵۶/۳)

چنانچه برخی دیگر برخی از این استعمالات مانند قصه بریره را از باب مشکله و صنعت ازدواج دانسته که در نتیجه با وجود مجاز بودن امر لطیفی نیز به شمار می‌آید مرحوم آقای خوانساری در توضیح آن فرموده‌اند: گاهی اطلاق لفظی بر معنایی ابتداء صحیح نیست اما به سبب مسبوقیت اطلاق صحیح دیگر در عبارت، آن استعمال و اطلاق ناصحیح موجه می‌شود مانند آیه شریفه: «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا وَ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ

فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى^۱» (الشوری، ۴۰) با اینکه جزاء سیئه نیست (حلی، ۲۰۱/۳) به علاوه اینکه در روایت منصور بزرج، که فلیف للمرأة شرطها آمده اینطور نیست که اطلاق شرط بر نذر شده باشد بلکه ممکن است به اعتبار شرط ضمن عقدی بوده که در همان عقد با آن زن متعهد شده است. لذا با همه این اوصاف استظهار شمول عموماتی چون المومنون عند شروطهم^۲ نسبت به شرط ابتدائی جدا دچار اشکال بوده و لااقل اجمال آن قابل انکار نیست و در حدی نیست که اطمینان عرفی ایجاد کند که زمینه‌ساز ظهور مثل این عبارت باشد.

اما تفسیر ایشان از کلام قاموس که مراد از «الزام و التزام فی البیع و نحوه» نظیر کارکرد شرط به کارکرد بیع و مانند بیع است خلاف ظاهر عبارت قاموس است چرا که «فی» ظاهر در ظرفیت است یعنی شرط الزام و التزامی است که در ظرف بیع و مانند آن محقق می‌شود. چنانچه این دعوا که صاحب قاموس در این اجتهاد شخصی تنها است، ظاهراً این طور نباشد چرا که صاحب لسان العرب (ابن منظور، ۳۲۹/۷)، و نیز صاحب «المخصص» (ابن سیده، ۳۵۲/۱۲) و «ابن سیده، ۱۳/۸». و صاحب تاج العروس (زبیدی، ۳۰۵/۱۰).

دلیل دوم: صدق عنوان «عقد»

راه اثبات لزوم وفاء به شرط ابتدائی، منحصر در دلیل لزوم شرط نیست بلکه راه‌های دیگری نیز وجود دارد مانند صدق عقد بر شرط، وقتی چنین شد ادله لزوم عقد شامل شروط ابتدائی می‌شود (زنجانی، ۷۱۴۴/۲۲؛ ۶۲۲۹/۲۰).

شاید آنچه که قائل محترم مد نظر داشته اند شرط ابتدائی دوجانبه بوده است که در این صورت دلیل فوق اخص از مدعا می‌شود، اما اصل این دعوا که هر توافقی آیا عقد شمرده می‌شود جای سخن دارد ولی با توجه به تعریفی که برخی بزرگان از عقد ارائه نموده‌اند (شاهرودی؛ ۲۷۵/۲) در این زمینه برخی از محققان با استناد به آیات قران و منابع دینی

۱. و انتقام بدی (مردم) به مانند آن بد رواست (نه بیشتر) و باز اگر کسی عفو کرده و (بین خود و خصم خود را به عفو) اصلاح نمود اجر او بر خداست، که خدا ستمکاران را هیچ دوست نمی‌دارد.

ذکر کرده‌اند: اگر آیه و روایتی نداشته باشیم قاعده اقتضا می‌کند صحّت تراضی بعد از عقد را، چون زنی که بدون مهر عقد می‌شود معنایش عقد بلا مهر نیست بلکه معنایش بدون ذکر مهر است و لذا بعد از عقد زن حق دارد مطالبه کند و تا مهرش را نگرفته تمکین نکند و این مانند تراضی بعد از عقد است نه این‌که از شرایط ابتدایی باشد، چون حقّی در میان است که بر آن مصالحه می‌کنند و شرط ابتدایی نیست که از ابتدا باطل باشد. (مکارم شیرازی؛ ۵۰/۶) چنانچه در بخش تعریف شرط ابتدایی و ایهامات پیرامون آن اشاره رفت، لذا با وجود این نظریه‌ها، لاقلاً احراز عرفی عقد بر مطلق موارد التزام مشکل گشته و اطمینان یا ظهور عرفی شکل نمی‌گیرد.

دلیل سوم: صدق عنوان «وعده»

الزام و التزامی که در ضمن عقد دیگری نباشد خود وعده شمرده می‌شود چنانچه در اطلاقات محققان با استناد به آیات قران و منابع دینی نیز فراوان این اطلاق دیده شده است (خوئی، ۳۸۹/۷؛ انصاری، ۱۱۷/۲؛ الخوئی، ۲۹/۳۱؛ أنّ الشرط الابتدائی لیس شرطاً فی الحقیقه، و إنما هو وعد محض؛ زنجانی، ۷۱۴۲/۲۱؛ خوئی، ۳۲/۱؛ تسخیری، محمدعلی، شرط جزائی، ۷۴/۴۴).

از طرفی ادله‌ای وجود دارد که دلالت بر وجوب وفاء به وعده می‌کنند؛ در برخی از منابع غیردسته اول مثلاً وارد شده است: «وعد الحر دین» یعنی با وعده معامله دین می‌شود و سبب دین است (کاشف الغطاء، ۵۴/۱؛ بحرانی، ۲۷۱/۱۴). نتیجه اینکه شرط ابتدایی واجب الوفاء می‌باشد. بررسی این دلیل را در دو سطح صورت می‌دهیم:

سطح اول: تمامیت این دلیل مبتنی بر قبول دو مقدمه است:

مقدمه اول: این که وعده به لحاظ عرف و لغت منطبق بر شرط ابتدایی باشد اما اگر چنانچه گفتیم شرط ابتدایی غیر از وعده است نتیجه اثبات نمی‌شود.

روشن است که شرط امری انشاء است اما آیا وعده نیز از اقسام اخبار (اخبار از آینده) محسوب می‌شود یا انشاء و یا برزخ بین این دو می‌باشد؟

و عده نسبت به تعهد خود در آینده می‌باشد مانند وعده به هدیه دادن کتاب به زید نه غیر آن، مثل اخبار از آمدن باران در فردا، بنابراین وصیت تملیکی حسین در مورد خانه‌اش به حسن، وعده محسوب نمی‌شود چون انجام یا ترک فعلی را به لحاظ آینده وعده نداده است گرچه فعلیت این وصیت در آینده است اما متعلق وعده فعل در آینده نیست. نتیجه اینکه اگر قبل از وصیت خانه را به ثالثی بفروشد نمی‌گویند خلف وعده کرده است. با این توضیحات روشن می‌شود که وعده گرچه در نگاه بدوی انشاء بودن آن خیلی واضح نیست، اما با تامل می‌توان دریافت که برگشت به تعهد می‌کند و لذا انشاء می‌باشد. چنانچه بگوید فردا شما را به رستوران می‌برم، این نیز بعید نیست که وعده انشائی باشد چرا که نوعی تعهد است. وانگهی همانطور که اشاره کردیم در موارد زیادی محققان با استناد به آیات قرآن و منابع دینی نیز وعده را بر شرط ابتدائی اطلاق نموده‌اند بلکه از مسلمات بوده است (مجلسی، ۲۵/۱۱).

مقدمه دوم: دلیل بر وجوب وعده چه به لحاظ سند و چه به لحاظ دلالت تمام باشد. روشن است که حتی با خدشه در یک مقدمه از این دو مقدمه نیز این دلیل قاصر خواهد بود، لذا با فرض صحت مقدمه اول، اما مقدمه دوم یعنی وجوب وفاء به وعده، مورد انکار مشهور محققان با استناد به آیات قرآن و منابع دینیدر تاریخ فقه امامیه بوده است (مجلسی، ۲۵/۱۱؛ میرزا قمی، ۱۶۳/۴ سید یزدی، ۷۶۷/۲، مساله ۱۲). مرحوم مجلسی در این مورد بحث مستوفی و خوبی را ارائه نموده‌اند: از جمله مباحثی دال بر این مساله، بحث جواز رجوع از بذل در حج می‌باشد که این بذل موجب استطاعت مبذول له می‌گردد، در ذیل این مساله که عمل نکردن به وعده است محققان با استناد به آیات قرآن و منابع دینی بحث کرده‌اند: (یزدی، ۴۱:۴۴۷/۲) (مسألة یجوز للبازل الرجوع عن بذله قبل الدخول فی الإحرام و فی جواز رجوعه عنه بعده وجها) گرچه برخی ادله بر لزوم رعایت وعده وجود دارد اما در بین خود ادله روایات مخالفی نیز وجود دارد که علاوه بر وجود شهرت در عدم وجوب، دلالت بر جواز خلف وعده دارد. (مجلسی، همان، ۲۷).

اما به لحاظ سطح دوم:

این سوال مطرح می‌شود - بر فرض تمامیت این دلیل چه به لحاظ سند و چه به لحاظ دلالت - آیا صرف اثبات وجوب تکلیفی وفاء به شرط ابتدائی، مقتضی ترتیب آثار وضعی بر شرط ابتدائی می‌شود؟ چون فرض این است که وفاء به وعده واجب است اما آیا این مقدار را هم ثابت می‌کند که شرط ابتدائی در قواره تعهد بتواند آثار تعهد مانند ایجاد دین را نیز بدنبال داشته باشد؟

در این قسمت از بررسی شاهد قصور این دلیل - حداقل با این تقریب - نسبت به ترتیب این اثر می‌باشیم و در صورت اثبات این اثر باید تقریب دیگری ارائه کرد.

دلیل چهارم: از باب وجوب وفاء به عهد

روشن است که این دلیل مبتنی بر صغرای صدق عهد بر شرط ابتدائی و کبری وجوب وفاء به عهد می‌باشد.

اما در بررسی این دلیل ذکر چند نکته لازم است:

به لحاظ لغوی چند معنی برای عهد ذکر شده است؛ برخی برای آن: وصیت و موثق (میتاق) (صاحب، ۱/۱۱۱) و برخی دیگر علاوه بر موارد سابق: یمین، ذمه، حفاظ، (جوهری، ۲/۵۱۵) را نیز اضافه نموده‌اند برخی نیز برای عهد صرفاً میتاق و پیمان را ذکر نموده‌اند (زمخشری، ۱۵۶) و یا برخی از معاصرین گفته‌اند (مصطفوی، ۸/۲۴۶: هو التزام خاص فی مقابل شخص علی أمر. و أمّا الاحتفاظ: فهو من آثار ذلک الالتزام کالأمّن و المعرفة و الوثوق. كما أنّ القسم و العقد و الوصیّة: من أسباب التّعهد): التزام خاص در مقابل شخصی بر امر خاص می‌باشد.

در هر صورت، گرچه عهد بر وصیت که صرفاً یکطرفه است اطلاق شده است اما استفاده تعمیم از آن نمی‌توان نمود به طوری که شامل شرط یک جانبه نیز شود، لذا این گفته برخی از محققان قریب به واقع شمرده می‌شود که عهد همان میتاق است (حائری، ۱/۱۸۶). ولو بخاطر استعمال شایع آن و انصراف آن و یا لاقلاً از باب قدر متیقن از موارد اطلاقات آن.

نکته دوم در مورد نسبت وعده با عهد است که ظاهراً نسبتشان اعم و اخص مطلق است به این معنا که هر جا تعهد باشد وعده نیز هست (لذا در استعمال محققان با استناد به آیات قران و منابع دینی حتی بر توافق طرفین نیز اطلاق وعده شده است از باب نمونه نک: نراقی، ۱/۲۲۴) اما هر جا وعده است چنین نیست که تعهد نیز باشد چون همانطور که گفتیم قدر متیقن از موارد صدق تعهد، تعهد متقابل و چند جانبه می‌باشد. بنابراین اگر کبری وجوب وفاء به عهد عنوان مستقلی بوده و برگشت به وجوب وفاء به عقد نکند می‌توان مستند این دلیل را تمام دانست.

اما در بررسی این دلیل و برخی ادله دیگر، جهت مشترکی برای بحث وجود دارد که در قسمت دلیل سوم متعرض آن شده‌ایم یعنی آیا وجوب تکلیفی مترتب بر عنوان عهد یا وعده آیا نسبت به متعهد له موجد حق است به طوری که باعث حدوث امر وضعی برای طرف مقابل شده و بتواند از او مطالبه حق نماید؟

توجه: برخی از قرائن نیز وجود دارند که می‌توان در حد قرینه نه دلیل به آن نگاه کرد که در پاروقی به آن اشاره می‌کنیم.
قرینه اول: لازمه حرمت کذب

با شرط ابتدائی اگر کسی متعهد به انجام کاری شد حتی با وجود انشائی بودن اصل شرط، اما لازمه آن اخبار از وجود اراده و عزم قائل به انجام آن فعل است و چنانچه بنا بر آن نداشته باشد کذب بوده و حرام است و لازمه پرهیز از حرمت کذب، بناء بر انجام شرط است، بنابراین صحیح است گفته شود که شرط ابتدائی لازم الوفاء است. اما اشکال آن نیز واضح است چرا که برای پرهیز از کذب از همان اول بناء بر انجام داشته باشد کفایت می‌کند اما در ادامه انصراف از آن طبق این دلیل نباید اشکالی داشته باشد. بعلاوه اینکه حرمت کذب شامل لازم انشاء نیز شود روشن نیست.

قرینه دوم: طبق آیه شریفه «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا

لَهُنَّ فَرِيضَةٌ وَمَتَّعُوهُنَّ^۱» (البقره، ۲۳۶). در مورد زنانی که در عقد نکاح برای اینها مهری ذکر نشده است می‌توانند بعد از عقد نکاح و قبل از مجامعت، با هم توافق بر مقدار مهر کرده و طبق آیه، این مهر بر اینها لازم می‌شود. (مکارم شیرازی، ۳۲/۶)

شاهد ما در این آیه شریفه، در این قسمت است، با اینکه مهر در ضمن عقد نکاح ذکر نشده است اما توافق بعد از عقد با اینکه از وصف ضمن عقد برخوردار نیست معتبر شناخته شده است. حتی برخی از استدلال‌کنندگان به آیه شریفه، که از قضاء قائل به بطلان شرط ابتدائی است با قبول ابتدائی بودن این شرط آن را استثناء از حکم شرط ابتدائی دانسته است. (راوندی، ۱۰۳/۲؛ فاضل، ۲۴۷/۳؛ مکارم، ۳۲/۶).

موضوع آیه شریفه گرچه ناظر به خصوص مهر است، اما استظهار عرفی حکم می‌کند که فرقی بین این مورد و موارد مشابه دیگر وجود ندارد.

نتیجه اینکه با اینکه مورد فوق از موارد شرط ابتدائی محسوب می‌شود اما طبق مضمون آیه معتبر و لازم است.

در بررسی این استدلال چند نکته وجود دارد؛

اینکه دلالت آیه شریفه بر این مدعا، متوقف بر این است که «أو» در این آیه به معنای «و» است یعنی اگر دخول حاصل نشود و فرض فریضه هم نشود، (مکارم، همان، البته عجیب از ایشان است که در صفحاتی بعد این را شرط ابتدائی ندانسته و ظاهراً عقد محسوب کرده‌اند. همان، ۵۰/۶). در حالیکه مورد ایراد برخی از مفسران و محققان با استناد به آیات قران و منابع دینی قرار گرفته است که این امر خلاف ظاهر است و نیازی هم به آن نیست (طبرسی، ۱۵۶/۱؛ زنجانی، ۷۰۹۰/۲۲).

و حتی اگر این اشکال مطرح نباشد، دلیل اخص از مدعا است چرا که صرفاً ناظر به شرط ابتدائی دو جانبه می‌باشد نه شرط ابتدائی یک جانبه، وانگهی اینجا انصافاً اینکه

۱. اگر زنان را پیش از آمیزش جنسی یا تعیین مهریه طلاق دادید [در این طلاق] بر شما گناهی نیست؛ و [در چنین موقعیتی بر شما واجب است] آنان را [از مال خود] بهره‌ای شایسته و متعارف دهید؛ توانگر به اندازه خویش، و تنگدست به اندازه خویش که این حقی لازم بر عهده نیکوکاران است.

ترازی بعد از عقد بر تعیین مهر خود عقد جداگانه‌ای محسوب شود احتمالی قوی محسوب می‌شود همانطور که برخی از محققان با استناد به آیات قران و منابع دینی بر این نکته تاکید کرده‌اند. (مکارم، کتاب النکاح، ۵۰/۶: اگر آیه و روایتی نداشته باشیم قاعده اقتضا می‌کند صحّت ترازی بعد از عقد را، چون زنی که بدون مهر عقد می‌شود معنایش عقد بلا مهر نیست بلکه معنایش بدون ذکر مهر است و لذا بعد از عقد زن حق دارد مطالبه کند و تا مهرش را نگرفته تمکین نکند و این مانند ترازی بعد از عقد است نه این که از شرایط ابتدایی باشد، چون حقی در میان است که بر آن مصالحه می‌کنند و شرط ابتدایی نیست که از ابتدا باطل باشد.))

نتیجه مقاله

با عنایت به اینکه اصل حاکم در معاملات بالمعنی الاعم اصل فساد و اصل عدم ترتب اثر به لحاظ شبهه حکمی می‌باشد، می‌توان چارچوب بحث را چنین مطرح نمود: اگر نفوذ و مشروعیت شرط ابتدائی تحت یکی از عناوین مطرح شده اثبات شد که این اصل حاکم جاری نخواهد بود اما اگر اثبات نشد و یا به نتیجه نرسیدم اصل مزبور جاری بوده و در نتیجه این شرط نامشروع و باطل خواهد بود.

اما شرط ابتدائی در قالبی که انشا می‌شود از دو حال خارج نیست:

یا قالب تعهد طرفینی یعنی عقدی دارد و یا صرفاً یکطرفه یعنی ایقاعی؛

اگر دوجانبه بود ولو به این صورت که تعهد از یک طرف بوده و طرف دیگر فقط قبول بگوید طبق فقه اسلامی، چنانچه بتوان بر آن اطلاق عقد کرد مسلماً موجب آثار تکلیفی و وضعی خواهد بود و بحثی در آن نیست گرچه عقد بی‌نامی باشد.

اما اگر صدق عقد نکند و صدق عهد بر آن شود مطلق تعهد امر مورد توافق بین محققان نمی‌باشد و در نتیجه موضوعی که مستند ما در ترتیب آثار بر عنوان قرارداد باشد محرز نبوده و در نتیجه مبراً از تکالیف آن خواهیم بود، گرچه در دیدگاه بسیاری از فقهاء موجب آثار خواهد بود.

اما اگر شرط صرفاً یک طرفی و بعبارتی قالب آن ایقاعی بود نفوذ و جواز آن مشکل‌تر

از قسم سابق است.

کتابشناسی

۱. قرآن کریم
۲. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، اول، ۱۴۱۵ ه.ق.
۳. بجنوردی، سیدحسن موسوی، القواعد الفقهية، نشر الهادی، قم - ایران، اول، ۱۴۱۹ ه.ق.
۴. تبریزی، جعفر سبحانی، نظام النکاح فی الشريعة الإسلامية الغراء، قم - ایران، اول.
۵. زنجانی، سیدموسی شبیری، کتاب نکاح، مؤسسه پژوهشی رای‌پرداز، قم - ایران، اول، ۱۴۱۹ ه.ق.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، قانون مدنی محشی، تهران، گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۹۷ ش.
۷. حائری، سیدکاظم حسینی، فقه العقود، مجمع اندیشه اسلامی، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۳ ه.ق.
۸. حکیم، سیدمحسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، مؤسسة دارالتفسیر، قم، اول، ۱۴۱۶ ه.ق.
۹. حلّی، ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، دفتر انتشارات اسلامی، قم، دوم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۰. حلّی، علامه، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، دفتر انتشارات اسلامی، قم، اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۱. حلّی، محقق، نکت النهاية، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی، قم - ایران، اول، ۱۴۱۲ ه.ق.
۱۲. همو، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، قم، دوم، ۱۴۰۸ ه.ق.
۱۳. خمینی سیدروح الله، تحریر الوسیلة، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۹ ه.ش.
۱۴. همو، استفتاءات، دفتر انتشارات اسلامی، قم - ایران، پنجم، ۱۴۲۲ ه.ق.
۱۵. همو، کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، اول.
۱۶. خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، مؤسسه اسماعیلیان، قم، دوم، ۱۴۰۵ ه.ق.
۱۷. خویی، سیدابوالقاسم، موسوعة الإمام الخوئی، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی، قم، اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۱۸. همو، مصباح الفقاهة، تقریرات توحیدی بی‌جا، بی‌تا.
۱۹. خویی، سیدمحمدتقی، الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود، دار المؤرخ العربی، بیروت، اول، ۱۴۱۴ ق.
۲۰. زمخشری، محمود بن عمر، مقدمة الأدب - تهران، چاپ: اول، ۱۳۸۶.
۲۱. شاهرودی، سیدمحمود هاشمی، قراءات فقهية معاصرة، دو جلد، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۳ ه.ق.
۲۲. طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، دفتر انتشارات اسلامی، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۸ ه.ق.
۲۳. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، دار الکتب الإسلامية، تهران - ایران، اول، ۱۳۹۰ ه.ق.
۲۴. همو، تهذیب الأحکام، دارالکتب الإسلامية، تهران، چهارم، ۱۴۰۷ ق.
۲۵. همو، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، دارالکتب العربی، بیروت، دوم، ۱۴۰۰ ه.ق.
۲۶. قانون مدنی ایران.
۲۷. قمی، سیدتقی طباطبایی، الغایة القصوی فی التعليق علی العروة الوثقی - کتاب المضاربة، انتشارات محلاتی، قم - ایران، اول، ۱۴۲۳ ه.ق.
۲۸. قمی، سیدتقی طباطبایی، دراساتنا من الفقه الجعفری، مطبعة الخيام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۰ ه.ق.
۲۹. کاتوزیان، اعمال حقوقی، گنج دانش، تهران، چاپ دوم، این انتشارات، ۱۳۹۷.
۳۰. کاشف الغطاء، محمدحسین، تحریرالمجلة، المكتبة المرتضوية، نجف اشرف - عراق، اول، ۱۳۵۹ ه.ق.
۳۱. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب الکافی، ناشر: دارالکتب الإسلامية تاریخ نشر: ۱۴۰۷ ه.ق نوبت چاپ: چهارم مکان چاپ: تهران - ایران.

۳۲. گیلانی، نجفی، میرزا حبیب‌الله رشتی، فقه الإمامیه، قسم الخیارات، کتابفروشی داوری، قم، اول، ۱۴۰۷ ه.ق.
۳۳. مجلسی، محمدباقر، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول دارالکتب الإسلامیه، تهران، دوم، ۱۴۰۴ ق.
۳۴. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران - ایران، دوازدهم، ۱۴۰۶ ه.ق.
۳۵. مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم، اول، ۱۴۲۴ ق.
۳۶. مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم - بیروت - قاهره - لندن، چاپ: سوم.
۳۷. میرزای قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، مؤسسه کیهان، تهران، اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۳۸. منتظری نجف‌آبادی، حسین علی، رساله استفتاءات، قم - ایران، اول.
۳۹. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، بیروت، هفتم، بی‌تا.
۴۰. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزة علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۷ ه.ق.
۴۱. همو، رسائل و مسائل، کنگره نراقیین ملامهدی و ملا احمد، قم - ایران، اول، ۱۴۲۲ ه.ق.
۴۲. یزدی، سیدمحمد کاظم طباطبایی، العروة الوثقی، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، بیروت، دوم، ۱۴۰۹ ه.