

## شرط تبانی از دیدگاه فقه امامیه و حقوق مدنی ایران<sup>۱</sup>

محمد علی حیدری<sup>۲</sup>

میترا شریعت‌زاده<sup>۳</sup>

### چکیده

در فقه امامیه و حقوق ایران شرط ضمن عقد از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و اهمیت خاص نهاد شرط ضمن عقد در فقه امامیه، تا حدود زیادی به گرایش غالب فقیهان به بی اعتباری شرط ابتدایی مربوط می‌شود. در این مقاله به بررسی شرط تبانی از دیدگاه فقه امامیه و حقوق مدنی ایران پرداخته شده است. با وجود اینکه قریب به اتفاق فقیهان شرط مذکور در قرارداد (شرط صریح) و شرط ضمنی عرفی را الزام آور می‌دانند، ولی راجع به نفوذ شرط تبانی تردیدهایی ابراز شده است. با توجه به منابع فقهی و قوانین یافته محقق در این مقاله با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی و مراجعه به عرف این است که شرط تبانی لازم الاجرا می‌باشد و با شروط دیگر هیچ تفاوتی ندارد و شرط ابتدایی مفهومی اعم از قرارداد خصوصی ماده ۱۰ ق.م.د دارد چرا که شامل تعهدات یک طرفه نیز خواهد بود که قطعاً خارج از مفهوم قرارداد خصوصی است.

واژگان کلیدی: شرط، شرط ضمن عقد، شرط ابتدایی، شرط صریح، شرط ضمنی.

<sup>۱</sup> - دریافت مقاله: ۱۳۹۴/۰۲/۱۵ پذیرش مقاله: ۱۳۹۴/۰۵/۱۵

<sup>۲</sup> - استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف آباد. m1.heidari@yahoo.com

<sup>۳</sup> - دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف آباد

## ۱ - مقدمه

یکی از مهمترین امور مربوط به قراردادها، شرط ضمن عقد است. اشخاص در زندگی برای رفع نیازهای خود به انعقاد عقود معین روی می‌آورند و در بسیاری از موارد که نمی‌توانند به خواسته‌های خود در قالب عقود دست یابند از نهاد حقوقی شرط ضمن عقد به عنوان وسیله‌ای برای رسیدن به خواسته‌ها و نیازهای خود استفاده می‌کنند.

شالوده اصلی هر قرارداد، ایجاب، قبول و مورد معامله است و بیشتر محتویات یک قرارداد، غالباً شروطی هستند که طرفین عقد بر آن توافق کرده‌اند، از این جهت قرارداد هر چند ممکن است ساده و کم اهمیت باشد ولی در برگیرنده شروط بسیار مهمی است که مطلوب متعاقدین می‌باشد.

وقتی میان طرفین یک قرارداد نسبت به شروط مورد توافقشان اختلاف به وجود می‌آید، با شرطی مواجه می‌شویم که متعاقدین قبل از عقد در مذاکرات مقدماتی بر آن توافق نموده‌اند و عقد را مبتنی بر آن منعقد کرده‌اند، ولی در متن عقد به آن تصریح نشده است که به آن «شرط تبانی یا بنایی» می‌گویند.

باتوجه به اینکه در دعاوی خصوصی مربوط به قرارداد، وجود و عدم شرط تبانی مورد اختلاف اصحاب دعوی است و یک طرف مدعی وجود چنین شرطی و طرف دیگر منکر وجود آن می‌باشد، لازم است با مطالعه دقیق کتب فقهی و حقوقی و متون قانونی مربوطه، ماهیت، اعتبار و مصداق شرط تبانی بررسی شود تا ابزار مناسب برای صاحبان مشاغل قضایی و حقوقدانان جهت تفسیر صحیح قراردادی که در برگیرنده شرط تبانی هست، برای حل و فصل دعاوی مربوطه و جلوگیری از ضایع شدن حقوق اصحاب دعوی فراهم شود.

## ۲ - بیان مسئله

شروطی وجود دارد که هنگام انعقاد قرارداد، در متن عقد یا میان ایجاب و قبول به صراحت درج نمی‌شود ولی عقد با توافق ذهنی طرفین قرارداد، مبتنی بر آن

شروط منعقد می‌گردد که به آنها شروط تبانی گفته می‌شود، البته اگر هنگام انعقاد قرارداد شرط تبانی فراموش شود یا به دلیلی مورد اعراض طرفین قرار داد قرار گیرد و عقد مبتنی بر آن واقع نشود عنوان شرط تبانی بر آن صدق نمی‌کند و اعتبار این گونه شرط تابع، اعتبار شرط ابتدایی است. کلمه تبانی در عرف، به توافق پنهانی برای انجام کار قبیح گفته می‌شود، ولی تبانی در ترکیب شرط تبانی به این معنا نیست.

شرط تبانی دارای دو مفهوم عام و خاص است. شرط تبانی در معنای عام شرطی است که عقد یا قرارداد از نظر متعاملین یا از نظر عرف، مبتنی بر آن منعقد شده باشد که این مفهوم عام و وسیع شرط تبانی، هم شامل شروط ضمنی عرفی شود و هم شامل شرط تبانی در معنای خاص است. وجه اشتراک شرط تبانی در معنای خاص با شرط ضمنی عرفی در این است که توافق مربوط به هر یک از این دو شرط، در متن قرارداد ذکر نمی‌شود، وجه افتراق آن‌ها در این است که توافق مربوطه به شرط ضمنی عرفی نه در متن عقد ذکر می‌شود و در نه در مذاکرات پیش از عقد، ولی در مورد شرط تبانی در معنای خاص توافق مربوط به آن در متن عقد ذکر نمی‌شود ولی در گفتگوهای مقدماتی پیش از عقد مورد بیان و تفاهم قرار می‌گیرد و قرارداد مبتنی بر آن واقع می‌شود. لازم به ذکر است در تحقیق حاضر معنی خاص شرط تبانی مورد نظر و راجع به اعتبار آن میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد.

شرط از جهت ارتباط با عقد به دو قسم تقسیم می‌شود:

۱- شرط ابتدایی

۲- شرط ضمن عقد که دارای معنای عام است و شامل شرط صریح، شرط

ضمنی عرفی و شرط تبانی می‌شود.

۳- تعریف شرط و وجوب وفای به آن

۱- ۳- تعریف شرط

کلمه شرط معانی لغوی و اصطلاحی زیادی دارد و در علوم مختلف مانند؛

ادبیات، منطق، فلسفه، اصول فقه، فقه و حقوق معنای خاص خود را دارد. در این تحقیق معنای فقهی و حقوقی شرط مورد نظر است.

«کلمه شرط در متون شرعی و قانونی به وفور استفاده می‌شود، اما باید گفت قانون مدنی از شرط تعریفی بیان نکرده و فقط به بیان اقسام، احکام و آثار شرط در مواد ۲۳۲ الی ۲۴۶ ق. م پرداخته است. باین حال فقها و حقوقدانان با توجه به معنای لغوی شرط و کاربردهای متنوع آن، جهت ارائه تعریفی از شرط کوشش کرده‌اند». (امامی، ۱۳۶۸، ۴۷۰)

#### ۲-۳- معنای شرط در لغت

کلمه شرط واژه‌ای عربی است که جمع آن «شروط» و «شرایط» می‌باشد، شرایط و اشراط جمع شرط نیست، شرایط جمع شریطه به معنی نوار پارچه‌ای (روبان) و اشراط جمع شرط به معنی علامت است.

«شرط در لغت گاه به معنی مصدری استعمال می‌شود و گاه به معنای اسمی و در هر حال معانی مختلفی دارد. در معنای مصدری، شرط به معنی پاره کردن، خراش دادن، تیغ زدن، شکافتن، عهد بستن و ملزم و متعهد ساختن است و در معنای اسمی، شرط به معنی زخم، بریدگی، شکاف، آنچه به آن ملتزم می‌شوند؛ عهد و پیمان می‌باشد. (ابن منظور، ۱۴۰۸، ۲۹۸)

در میان معانی لغوی شرط، مناسب‌ترین معنا که با کاربرد فقهی و حقوقی آن سنخیت دارد، الزام و التزام است، اما عده‌ای از لغت‌شناسان شرط را به معنی مطلق الزام و التزام تفسیر نموده‌اند، اعم از آنکه در ضمن قرارداد باشد یا مستقل از قرارداد و برخی دیگر فقط معنای الزام و التزام مندرج در عقد بیع و مانند آن را برای شرط مد نظر قرارداده‌اند «شرط در لغت گاه به معنای حدثی و مصدری بکار می‌رود و گاه به معنای اسمی و در هر حال معانی مختلفی دارد: در معنای مصدری و حدثی، شرط به معنی پاره کردن، خراش دادن، شکافتن، عهد بستن و در معنای اسمی، شرط به معنی زخم، بریدگی شکاف، درز و عهد و پیمان آمده است». (فیروزآبادی، ۱۳۴۱، ۳۸۶)

### ۳-۳- معنای شرط در اصطلاح فقه و حقوق

همان گونه که قبلاً بیان شد، شرط در لغت معانی متعددی دارد در کلام فقها شرط به دو معنای «الزام و التزام» و امری که از عدم آن عدم شروط لازم می‌آید، اطلاق می‌شود لکن مشهور و اکثر علما بر این عقیده‌اند که معنای اول مقید به این است که الزام و التزام در ضمن عقد باشد و دلیل آن را تبادر این معنا به ذهن از شرط می‌دانسته و به علاوه استناد به قول اهل لغت کرده‌اند و برخی از طرفداران همین نظریه معتقدند که از شرط نوعی ربط، تعلیق و اناطه فهمیده می‌شود که سایر معانی نیز به همین معنی باز می‌گردد. (میرفتاح، ۱۲۹۷، ۲۹۴)

شرط در اصطلاح فقه و حقوق در موارد زیادی استعمال می‌شود که در ذیل به سه مورد مهم آن اشاره می‌شود:

#### ۱- شرط صحت و نفوذ

گاهی درستی عقد به وجود شرطی وابسته است، مثل قصد متعاملین که بدون آن عقد تشکیل نمی‌شود و قبض در عقد بیع صرف که شرط صحت آن می‌باشد، و گاه نفوذ عقد به تحقق امری وابسته است مانند رضای متعاملین، مهمترین شرایط صحت و نفوذ عقد در ماده ۱۹۰ قانون مدنی بیان شده است که در آن موارد منتفی شدن شرط باعث منتفی شدن مشروط یعنی صحت و نفوذ عقد خواهد شد.

#### ۲- شرط تعلیقی

امری که احتمال وقوع آن در آینده می‌رود و تحقق عقد یا اثر آن، بر آن موکول شده است. به اعتقاد اکثر فقهاء عقد معلق باطل است. شرط تعلیقی که به آن معلق علیه گفته می‌شود در برابر شرط ضمن عقد قرار دارد. در فقه اسلام و حقوق هرگاه شرط به طور مطلق به کار رود از شرط تعلیقی انصراف داشته و ظهور در شرط ضمن عقد دارد. برعکس، در حقوق برخی از کشورها مانند فرانسه مراد از شرط همان معلق علیه در عقد معلق است.

#### ۳- شرط ضمن العقد

تعهد یا التزامی است فرعی یا تبعی که با توافق طرفین به عقد اصلی وابسته است و پای بندی مشروطه له به تعهد اصلی ناشی از عقد، به انجام آن موکول می‌شود. بعضی از نویسندگان کتب حقوقی در برابر شرط ضمن عقد، شرط تعلیقی را قرار داده‌اند و از آنجا که شرط ضمن عقد، آثار حقوقی عقد را مقید می‌کند به آن شرط تقییدی می‌گویند. بعضی از فقهاء برای آنکه شرط ضمن عقد با شرط تعلیقی اشتباه نشود، نوع خاص شرط ضمن عقد را چنین تعریف کرده‌اند: امری است علاوه بر ثمن و مبیع، به صورت تعهد اضافی و تبعی نه به صورت تعلیق در انعقاد قرار داد، که در عقد بیع امری برآورده می‌شود. (نجفی، ۱۴۰۰، ۱۹۸)

حقوقدانان هم به تبعیت از فقهاء به تعریف شرط پرداخته‌اند که اکنون به بیان نظرات آنها پرداخته می‌شود:

دکتر جعفری لنگرودی در تعریف شرط بیان می‌دارد:

«الف - امری است محتمل الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع‌کننده، حدوث اثر حقوقی عقد یا ایقاع را (کلاً یا بعضاً) متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع نماید.

ب - وصفی که یکی از طرفین، وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده باشد بدون اینکه آن وصف، محتملاً لوقوع در آینده باشد (ماده ۲۳۵ قانون مدنی).

در فقه به معنی مطلق تعهد (اعم از ضمن عقد یا بطور مستقل و جدای از عقد) است به همین جهت، شرط را به دو قسم تقسیم می‌کنند: شرط ضمن عقد و شرط ابتدائی (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۳۸۵)

عبارت دکتر شهیدی در تعریف شرط:

«تعهد مستقیم یا غیر مستقیم به عقد مشروط». (شهیدی، ۱۳۸۷، ۱۸)

نظر دکتر کاتوزیان در تعریف شرط:

شرط در اصطلاح حقوقی یکی از این دو مفهوم را بیان می‌کند:

۱- امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد. برای مثال، در ماده ۱۹۰ قانون مدنی که شرایط اساسی صحت معامله را بیان می‌کند،

مقصود همین معنی است. پس، وجود قصد و رضا و اهلیت و موضوع و جهت مشروع هر کدام شرط صحت معامله است، بدون اینکه هیچ کدام ملازمه بادرستی و نفوذ عقد داشته باشد از میان این شروط، آنچه با ایجاد مفهوم عقد رابطی عرفیاً حقوقی دارد، سبب عقد نامیده می‌شود (مانند تراضی) و دیگر عوامل که زمینه ساز نفوذ سبب است «شرط» نام دارد.

۲. توافقی است که بر حسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگریدر آمده است. چنان که ملاحظه می‌شود، شرط بدین مفهوم خود نیزذ و قسم است :

گروهی که بر حسب طبیعت موضوع آن خود التزامی مستقل نیست و ناچار باید در زمره توابع عقد دیگر باشد: مانند شرطی که مربوط به اوصاف مورد معامله اصلی است (شرط صفت) گروهی دیگر، که می‌تواند به عنوان قرارداد مستقل مورد توافق باشد، ولی دو طرف به ملاحظاتی آن را تابع عقد دیگر ساختهند تا نام شرط بر آن نهاده شود: مانند وکالتی که ضمن عقد نکاح شرط می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۱۲)

#### ۴ - وجوب وفای به شرط

شرط ضمن عقد اهمیت بسیار زیادی در روابط میان متعاقدين دارد، بنابراین لازم است اهمیت وجوب وفای به شرط که در آیات قرآن و روایات بیان شده را بررسی نمود. در این قسمت ابتدا وجوب وفای به شرط در آیات قرآن و سپس وجوب وفای به شرط در روایات مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

##### ۱ - ۴ - وجوب وفای به شرط در آیات قرآن

وجوب وفای به عقد، عهد و شرط را می‌توان از آیات قرآن که در این رابطه نازل شده استنباط کرد در ذیل به آن اشاره می‌کنیم :

الف: بقره (۴۰ و ۱۷۷)

در آیه ۴۰ خداوند می‌فرماید: (یا بنی اسرائیل اذکروا نعمتی الّتی انعمت علیکم و اوفوا بعهدی اوف بعهدکم و ایای فارهبون) این آیه خطاب به فرزندان حضرت

یعقوب است که بیان می‌کند: نعمت‌هایم را بر شما انعام نمودم یاد کنید و به عهد من وفا کنید تا به عهد شما وفا کنم و تنها از من بترسید.

خداوند در آیه ۱۷۷ می‌فرماید (... وَالْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا ...) یعنی با هر کسی که عهدی بستید در موقع آن وفا کنید.

باید دانست که لزوم وفای به عهد به حکم عقل نیز ثابت شده است، زیرا هر انسان عاقلی وفای به عهد را عمل پسندیده و در مقابل نقض عهد را عملی نا پسند می‌شمارد.

ب: مائده (۱)

خداوند متعال در این آیه بیان می‌کند: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) یعنی ای اهل ایمان به عهد و پیمان خود وفا کنید.

از مجموع آیات فوق استنباط می‌شود که خداوند متعال وفای به شرط را واجب دانسته و مشروط علیه باید به آن وفا کند، زیرا شرط نوعی تعهد است و تعهد در آیات فوق لازم الوفاء می‌باشد.

۲ - ۴ - وجوب وفای به شرط در روایات

در روایات بر لزوم وفای به شرط تأکید زیادی شده است که در ذیل به چند نمونه آن اشاره می‌کنیم:

پیامبر اکرم ۹ فرمودند: «المؤمنون عند شروطهم» یعنی مومنین پای بند و متعهد به شروط خود هستند که در این روایت قول معصوم دلالت بر وجوب وفای به شرط دارد. (علامه، ۱۳۷۵، ۱۲)

وفای به عهد به اندازه‌ای اهمیت دارد که حضرت علی ۷ در فرمان خود به مالک اشتر در کتاب نهج البلاغه می‌فرماید:

اگر میان خود و دشمنت پیمان بستنی و او را در جامه آرامش ایمن دادی هیچ وقت پیمان خود مشکن، در امر پناهندگی رعایت همه چیز را بکن، خود را سپر عهد و پیمان خویش قرار بده، برای اینکه باتمام اختلاف آرا و گوناگون بودن عقاید بر مردم اسلام، هیچ چیز لازم تر و واجب تر از وفای به عهد نمی‌باشد. حتی قبل



از پیدایش اسلام، بت پرستان هم چون از سرانجام شوم عهد شکنی آگاه بودند بر حفظ عهد و پیمان خویش پایدار می ماندند... (علامه، ۱۳۷۵، ۱۲)

باتوجه به روایاتی که بیان شد استنباط می شود در زمان پیامبر ۹ وائمه: تعهدات تبعی (شرط) میان مردم رواج داشته و اساساً این امر عقلایی است که طرفین یک عقد علاوه بر تعهدات ناشی از قرارداد اصلی، تعهدات تبعی دیگری را برعلیه یا له خود می پذیرند و در صورتی که آن تعهدات تبعی صحیح و مشروع باشند وفای به آنها واجب است.

واژه شرط در اخبار رسیده از پیشوایان معصوم: استعمال فراوان داشته و در ابواب مختلفی ذکر گردیده است، آنچه بطور مسلم می توان گفت این است که این واژه در دو معنی عرفی شرط بکار رفته است و به عنوان نمونه روایاتی که در صحت و لزوم شرط وجود دارد حدیث نبوی ۹ «المؤمنون عند شروطهم» مومنین پای بند و متعهد به شروط خود هستند. (طوسی، ۱۳۶۵، ۳۷۱) شرط به معنی عرفی مورد نظر است. بر همین اساس برخی شرط را در روایات به معنای حکم، خیار فسخ، نذر، عهد، وعده... تفسیر کرده اند. مانند موارد ذیل:

الف. در سوالی که از امام صادق ۷ شده است. «ما الشرط فی الحيوان؟ قال: ثلاثه ایام». برخی گفته اند منظور از واژه شرط در این روایت، خیار است.

ب. در سوال هایی که درباره شروط ضمن عقد نکاح یا تحقق از پیشوایان معصوم: شده است ایشان فرموده اند.

شرط الله قبل شرطکم، در این عبارت نیز گفته شده که منظور از شرط عهد و پیمان یا حکم است. (انصاری، ۱۳۷۵، ۲۷۵)

آنچه به مشهور فقهاء نسبت داده می‌شود اعتقاد به بی اعتباری شرط تبانی است، که از سوی برخی دانشمندان براین نظریه ادعای اجماع شده است. اکنون گفته‌هایی از فقیهان را که ممکن است بر نظریه فوق حمل شود، بیان می‌شود:

۱- شیخ طوسی در مبحث نکاح از کتاب «النهایه» می‌نویسد: «در عقد هر گونه شرطی که مرد بر زن می‌کند تنها در صورتی اثر دارد که بعد از عقد باشد. پس اگر شروطی ذکر شود و بعد از آن عقد نکاح منعقد شود، هیچ گونه اثری بر آن شروط مقدم مترتب نیست». (شیخ طوسی، ۱۴۱۰، ۱۲۰) آن طور که از ظاهر این عبارت بر می‌آید شرط مقدم بر عقد بی اعتبار است اگر چه در عبارت فوق به شرط تبانی تصریح نشده است ولی از آنجا که شرط تبانی توافقی است که پیش از عقد مورد گفتگو قرار گرفته، نوعی شرط مقدم بر عقد محسوب می‌شود که از این عبارت بی اعتباری آن استفاده می‌شود.

۲- مرحوم محقق حلی در مبحث نکاح از کتاب «شرایع السلام» می‌گوید: «هر شرطی که در عقد نکاح می‌شود باید همراه ایجاب و قبول باشد و شرطی که پیش از عقد ذکر شود حکم لزوم و فاء ندارد». (محقق حلی، ۱۴۰۳، ۳۰۶) فقیه مذکور شرط لازم الوفاء را منحصر به شرطی می‌داند که در متن عقد قرار گیرد و برای شرط مقدم که نظیر آن شرط تبانی است. اعتباری قائل نیست.

۳- فرزند علامه حلی معروف به فخرالمحققین در کتاب «ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات قواعد» می‌نویسد: «متن عقد همان فاصله بین ایجاب و قبول است پس هر شرطی که مشروع بوده و با مقتضای عقد منافات نداشته باشد و بین ایجاب و قبول قرار گیرد الزام آور است. ولی شرطی که پیش از ایجاب و بعد از قبول بیاید لازم الوفاء نیست. زیرا علت لزوم وفای به شرط، خود عقد است و پیدایش معلول پیش از علت غیر ممکن است». (فخرالمحققین، ۱۳۶۳، ۱۳۰)

۴- عبارت شیخ انصاری در کتاب «المکاسب»: شرط هشتم از شرایط صحت شرط این است که در متن عقد بدان ملتزم گردند. بنابراین اگر پیش از اجرای عقد

توافق نمایند تبانی ایشان در واجب بودن آنچه شرط گردیده کافی نخواهد بود (انصاری، ۱۳۷۵، ۵۳).

#### ۶- بررسی مواردی از نظریه‌های اعتبار شرط تبانی در فقه امامیه

اگر چه قبل از شیخ انصاری مسأله شروط تبانی، به عنوان موضوع مستقل، مورد بحث واقع نشده است اما با مراجعه به متون فقهی می‌توان نظریه اعتبار شرط تبانی را به گروهی از پیشینیان نسبت داد. در دوره بعد از شیخ انصاری تاکنون عده‌ای دیگر از فقهاء بحث شرط تبانی را به طور مستقل مورد توجه قرار داده و ضمن بررسی مفهوم دقیق آن، به صراحت به الزام آور بودن آن نظر داده‌اند. اکنون به نقل مواردی از آراء فقیهان امامیه در مورد اعتبار شرط تبانی پرداخته می‌شود:

۱- مرحوم شیخ طوسی در مباحث مربوطه به خیار مجلس و موارد سقوط آن، مانند دیگر فقیهان، معتقد است، اگر طرفین توافق کنند که در عقد بیع، خیار مجلس وجود نداشته باشد، این توافق نافذ بوده و خیار مجلس ساقط می‌شود. ایشان در این مورد فرقی بین شرط مذکور در متن عقد و توافق قبلی بر عدم پیدایش خیار مجلس (شرط تبانی) نمی‌گذارد و می‌نویسد:

«هرگاه دو طرف، پیش از عقد، شرط کنند که پس از عقد خیار به وجود نیاید، چنین شرطی صحیح است و عقد بیع تنها با انشاء ایجاب و قبول لازم خواهد شد. دلیل ما آن است که مانعی بر صحت و نفوذ این شرط نیست و اصل بر جواز است. بعلاوه اخبار دلالت بر نفوذ چنین شرطی می‌کند.» (شیخ طوسی، ۱۴۱۱، ۲۱)

۲- قاضی ابن براج در کتاب «جواهر الفقه» ضمن طرح یک سوال و جواب در مورد شرط سقوط خیار قبل از وقوع عقد، بر صحت آن که یک نوع شرط تبانی است تأکید می‌کنند:

«سؤال ج چنانچه فروشنده، پیش از عقد، بر خریدار شرط کند که پس از عقد خیار بین آن دو نباشد، آیا چنین شرطی صحیح و نافذ است؟»

جواب ج این شرط صحیح است و عقد به صرف ایجاب و قبول لازم می‌شود. زیرا اولاً، اصل بر جواز چنین شرطی است و مانعی که از آن منع کند وجود ندارد. ثانیاً، عموم اخبار و جواب و فاء به شرط، این شرط را شامل می‌شود. پس هر کسی که مدعی ممنوع بودن چنین شرطی است باید دلیل بیاورد». (ابن براج، ۱۴۱۰، ۱۲۰)

بنابراین مطابق اظهار نظر این فقیه، شرط سقوط خیار قبل از عقد که خود نوعی شرط تبانی است الزام آور می‌باشد و استدلال ایشان شامل تمام انواع شرط تبانی می‌شود.

۳- شهید اول، در کتاب «قواعد والفوائد» برای اولین بار، در قالب یک قاعده کلی می‌گوید:

«هر شرطی که پیش از عقد یا پس از انعقاد آن بیاید، بی اثر است». (مکی عاملی، بی تا، ۲۵۹) ممکن است ابتدا از این عبارت، نظریه عدم اعتبار شرط تبانی، به ذهن متبادر شود. اما باید توجه کرد که منظور از بی اثر بودن شرط مقدم، شرطی است که عقد مبتنی بر آن منعقد نشده باشد و چنین شرطی، در واقع شرط ابتدایی است نه شرط تبانی. شهید اول در ادامه به عنوان یکی از نتایج قاعده مذکور در فوق می‌نویسد: «اگر طرفین قرارداد، پیش از عقد، بر شرطی توافق کنند، ولی هنگام عقد شرط مذکور را فراموش کنند، قول نزدیک تر به صواب بطلان عقد است». (مکی عاملی؛ همان، ۲۵۹)

۴- مرحوم محمد جواد مغنیه، ضمن گزارش اختلاف نظر فقیهان امامیه در مورد شرط تبانی، در باره الزام آور بودن شرط تبانی می‌گوید:

«فقهای امامیه در مورد اعتبار شرطی که پیش از عقد مطرح شده و متعاملین بر آن توافق می‌نمایند بدون آن که در متن عقد به آن تصریح کنند، اختلاف نظر دارند. اما دیدگاه درست، آن طور که گروهی از فقهاء از جمله صاحب جواهر و سید یزدی معتقد به آن هستند، آن است که هر شرطی که عقد به آن وابسته شده باشد، لازم

الوفاست و تخلف از آن موجب خیار فسخ است، خواه همراه عقد ذکر شود یا پیش از عقد بیاید و سپس قرارداد بر مبنای آن منعقد شود». (مغنیه، ۱۴۰۴، ۱۷۸)

#### ۷ - اعتبار شرط تبانی در قانون مدنی

قانون مدنی هماهنگ با گروه فراوانی از فقیهان امامیه و براساس اصل حاکمیت اراده و قاعده تبعیت عقد از قصد مشترک متعاملین، علاوه بر شرط ابتدایی، شرط تبانی را نیز معتبر و لازم الوفاء دانسته است. مواد زیادی از قانون مدنی با توجه به نهاد شرط تبانی قابل تحلیل و توجیه می‌باشد. نکته قابل توجه آن است که ماده ۱۱۲۸ ق.م. به تبانی بر نوعی شرط صفت اشاره می‌کند و ماده ۱۱۱۳ ق.م. به تبانی به نوعی شرط فعل توجه داشته است. پس از نظر امکان تبانی بر شرط، تفاوتی میان شرط فعل و صفت نیست.

نتیجه این که قانون مدنی در ارتباط با شرط تبانی، از نظر ماهوی از عقیده فقهای متأخر پیروی کرده و اعتبار شرط تبانی را پذیرفته است ولی از نظر شکلی از فقیهان متقدم متابعت نموده و حکم شرط تبانی را به طور ضمنی در مبحث نکاح ذکر کرده است.

#### ۸ - نتیجه گیری

۱ - شرط تبانی دارای دو معنای خاص و عام است:

الف: شرط تبانی در معنای خاص به شرطی گفته می‌شود که پیش از وقوع عقد، متعاقدین نسبت به آن توافق کرده‌اند.

ب: شرط تبانی در معنای عام به تعهدی می‌گویند که به وسیله قصد مشترک متعاملین میان آن و عقد ارتباط برقرار شده است که این معنای عام و وسیع شرط ضمن عقد در مقابل شرط ابتدایی قرار می‌گیرد، زیرا شرط ابتدایی پیوند و ارتباط با عقد ندارد و مستقل از آن است.

۲ - شرط تبانی نمی‌تواند ضمن قرارداد شمول ماده ۱۰ قانون مدنی باشد.

- ۳- شرط تبانی از مصادیق ماده ۱۰ ق.م. نیست و نمی‌توان جهت اعتبار بخشیدن به شرط تبانی به ماده ۱۰ ق.م. استناد کرد.
- ۴- اختلاف نظر فقها در مورد اعتبار و عدم اعتبار شرط تبانی ناظر بر معنای خاص شرط تبانی است یعنی تعهدی که پیش از وقوع عقد متعاملین راجع به آن توافق می‌کنند و سپس عقد را مبتنی بر آن واقع می‌سازند بدون آنکه در متن عقد ذکر شود.
- ۵- در مورد اعتبار شرط تبانی در فقه امامیه دو نظریه اصلی و مهم وجود دارد. نظریه اول که دایر بر بی اعتباری شرط تبانی است. نظریه دوم معتبر بودن شرط تبانی است.
- ۶- قانون مدنی همانند عده زیادی از فقهای امامیه، با توجه به اصل حاکمیت اراده و قاعده تبعیت عقد از قصد مشترک متعاملین، شرط تبانی را معتبر می‌داند.
- ۷- شرط نمودن در قالب شرط تبانی با توجه به مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ ق.م. اختصاص به عقد نکاح ندارد، بلکه در تمام عقود می‌توان به صورت شرط تبانی، شرط نمود.

#### فهرست منابع

- قرآن کریم

#### الف) کتب فارسی :

- ۱- امامی، حسن. ۱۳۶۸. حقوق مدنی، ج ۴، ج ۴، تهران: کتابفروشی اسلامی.
- ۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ۱۳۷۸. حقوق تعهدات، ج ۱، ج ۳، تهران: انتشارات گنج دانش
- ۳- علامه، سیدمهدی. ۱۳۷۵. شروط باطل و تأثیر آن در عقود، اصفهان، انتشارات مانی، چاپ اول.
- ۴- فیروز آبادی، مجدالدین محمد، ۱۳۴۱، القاموس المحيط، ۴ جلدی، بیروت: انتشارات عالم الکتب، ج ۲.

۵ - کاتوزیان، ناصر. ۱۳۸۷. *قواعد عمومی قراردادها*، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ پنجم.

### الف) کتب عربی :

- ۱ - ابن براج، عبدالعزيز. ۱۴۱۰. *جواهر الفقه*، ج ۱۳، چ ۱، بیروت: انتشارات موسسه فقه الشيعه.
  - ۲ - ابن منظور، ابوالفضل جمال الدين محمد. ۱۴۰۸. *لسان العرب*، ۱۸ جلدی، بیروت: انتشارات دار احیاء التراث العربی، ج ۲.
  - ۳ - اصفهانی، شیخ بهاءالدين. ۱۴۱۶. *كشف اللثام*، ج ۷، چ ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی.
  - ۴ - خراسانی، محمدکاظم. ۱۴۰۹. *کفایة الاصول*، چ ۱، قم: انتشارات مطبعه مهر.
  - ۵ - طباطبایی، سیدعلی. ۱۴۱۲. *ریاض المسائل*، ج ۱۰، چ ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی.
  - ۶ - طوسی، شیخ ابی جعفر محمد. ۱۴۱۰، *النهايه فی مجرد فقه و الفتوی*، ج ۱۸، چ ۱، بیروت: انتشارات موسسه فقه الشيعه.
  - ۷ - فخرالمحققین، ابوبالب. ۱۳۶۳ ه. ش، *ایضاح الفوائد فی شرح الاشکالات القواعد*، ۴ جلدی، چ ۲، قم: انتشارات موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ج ۳.
  - ۸ - کرکی، شیخ علی. ۱۴۱۱. *جامع المقاصد*، ۱۳ جلدی، چ ۱، بیروت: انتشارات موسسه آل البيت الاحیاء التراث، ج ۱۳.
  - ۹ - محقق حلی، ابوالقاسم نجمالدين جعفر. ۱۴۰۳، *شرايع الاسلام*، ۴ جلدی، چ ۱، بیروت: انتشارات دارالضواء، ج ۲.
  - ۱۰ - مغنیه، محمدجواد. ۱۴۰۴، *فقه الامام جعفر الصادق*، ۶ جلدی، قم: انتشارات قدس محمدی، ج ۴.
  - ۱۱ - نجفی، محمدحسن. ۱۴۰۰. *جواهر الکلام*، ۴۳ جلدی، چ ۷، تهران: انتشارات دارالکتب الاسلامیه، ج ۲۳.
  - ۱۲ - هاشمی شاهرودی، سید محمود. ۱۴۰۵. *بحوث فی علم الاصول*، ۷ جلدی، چ ۲، قم: انتشارات مکتب الاعلام الاسلامی، ج ۴.
- ### مقاله ها
- ۱ - شکاری، روشن علی. «شرط ابتدایی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)*، بهار ۱۳۷۷، شماره ۳۹.
  - ۲ - منتی نژاد، صادق. «شیوه‌ها و زمینه‌های تبانی در معاملات دولتی»، *مجله حقوقی دادگستری*، زمستان ۱۳۸۶، شماره ۶۱.
  - ۳ - واتقی، محسن. «بررسی تطبیقی صحت و بطلان شرط بنایی در حقوق اسلام و حقوق ایران»، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، پاییز ۹۱، سال هشتم، شماره ۲۹.

## بررسی فقهی - حقوقی وظایف و اختیارات متولی در موقوفات عام<sup>۴</sup>

حسین عندلیب<sup>۵</sup>

عابدین سیاحت اسفندیاری<sup>۶</sup>

### چکیده

در طول تاریخ، واقفان بر اساس یک سنت مقبول و مطلوب ضمن انشای صیغه وقف یک یا چند نفر را به عنوان متولی وقف تعیین می‌کردند که رسیدگی و اداره امور موقوفات توسط این افراد صورت می‌پذیرفت. بخشی از وظایف و اختیارات متولی تا حدودی در متن وقف نامه توسط واقفان تعیین می‌شد و اکنون هم بر مبنای همان رسم انجام می‌شود. لکن سایر اختیارات و وظایف متولیان وقف مساله مهمی بوده و هست که باید در عرصه‌های فقه و حقوق پیگیری و تبیین شود. لذا این سؤال پیش آمده و می‌آید که از منظر فقه و حقوق، متولیان وقف عام، چه وظایف و اختیاراتی دارند بنابر پژوهش صورت گرفته، متولی، وظیفه حفظ و نگهداری از موقوفات و متعلقات آن را دارد. همچنین موظف است، املاکی را که برای نگهداری و مرمت موقوفات وقف شده به قیمت عادلانه اجاره دهد و در صورت مستهلک شدن اموال موقوفه آنها را تبدیل به احسن کند و... اما تعیین امام جماعت در مساجد به نظر اکثر فقها از محدوده اختیارات متولی خارج است. همچنین وی حق کنارگیری از سمت خود را ندارد و فقط می‌تواند وکیل بگیرد، به شرطی که واقف، مباشرت شخص او را شرط نکرده باشد! روش این نوشتار توصیفی - تحلیلی و در برخی موارد انتقادی است. یکی از یافته‌های نوشتار حاضر این است که اداره اوقاف و امور خیریه در موقوفات عام که متولی خاص دارد،

<sup>۴</sup> - دریافت مقاله: ۱۳۹۴/۰۲/۲۵ پذیرش مقاله: ۱۳۹۴/۰۵/۲۵

<sup>۵</sup> - مدرس دانشگاه بین المللی المصطفی (ص) hoseinandalib@yahoo.com

<sup>۶</sup> - مدرس دانشگاه بین المللی المصطفی (ص).