

تحلیل حقوقی

اندراج شرط در ضمن ایقاع و آثار آن *

- علیرضا فصیحی زاده^۱
- عباس کیانی^۲

چکیده

از مسائلی که در ایقاعات بما هی ایقاعات شایان بررسی است امکان یا عدم امکان اندراج شرط در ضمن ایقاعات است. این موضوع پیچیده نه تنها در قانون مدنی ایران مسکوت مانده، بلکه از نظر فقهی نیز محل مناقشه است. ایقاعی که شرطی ضمن آن شده است ایقاع مشروط یا ایقاع مقرون به شرط نامیده می‌شود که نباید آن را با ایقاع معلق اشتباه گرفت. جستار حاضر ضمن تبیین مفهوم شرط، به بررسی امکان یا عدم امکان اندراج شرط در ضمن ایقاع و آثار آن پرداخته است و پس از رد دلایل مخالفان ایقاع مشروط، این نتیجه را به دست می‌دهد که بر خلاف نظر برخی فقیهان، شرط ضمن ایقاع امری است ممکن که با طبیعت ایقاع و نفوذ آن هیچ منافاتی ندارد. شرط ضمن ایقاع با توجه به «اصل آزادی شروط» مشمول عموم ادله شرط قرار می‌گیرد و نمی‌توان گفت که ایقاعات امور بسیطی اند که ضمنیت در آنها متصور نیست.

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۷/۱۳ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۵/۳۰.

۱. استادیار دانشگاه اصفهان (fasihizadeh@gmail.com).

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسئول) (kiani_abbas@ymail.com).

واژگان کلیدی: شرط ضمن ایقاع، ایقاع مشروط، مشروطه، مشروطه‌علیه، خیار تخلف از شرط، فسخ.

مقدمه

فقه‌ها به طور معمول مسائل فقهی را در چهارچوب عبادات، عقود، ایقاعات و احکام بررسی و تحلیل می‌کنند. قسم سوم از این مسائل، ایقاعات یا اعمال حقوقی است که با اراده همراه است. در واقع، ایقاع عملی حقوقی است که با قصد انشای یک طرف واقع می‌شود بدون اینکه موافقت طرف دیگر لازم باشد.

بر خلاف قراردادها که اصل توقیفی نبودن آنها (اصل آزادی قراردادها؛ ماده ۱۰ ق.م.م) مقبول همگان است، ایقاعات اعمال حقوقی خلاف قاعده و استثنایی بر اصل عدم ولایت‌اند که قانون‌گذار بر حسب ضرورت قائل به وجود آنها شده است (برای دیدن نظر مخالف ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۲۴). با وجود این، نمی‌توان منکر اهمیت ایقاعات و نیاز جامعه به این دسته از اعمال حقوقی شد؛ چه به وسیله ایقاع می‌توان حقی را ایجاد (مانند تملک در حیازت مباحات موضوع ماده ۱۴۳ ق.م.م و تملک سهم شریک به وسیله اخذ به شفعه موضوع ماده ۸۰۸ ق.م.م) یا اسقاط (مانند ابراء دین موضوع ماده ۲۸۹ ق.م.م) نمود یا موجب اباحه انتفاع (مانند موضوع ماده ۱۲۰ ق.م.م) یا اباحه تملک (مانند اعراض از مالکیت موضوع ماده ۱۷۸ ق.م.م) شد. همچنین ایقاع می‌تواند موجب برهم زدن و انحلال اعمال حقوقی دیگر گردد (مانند «طلاق»، «فسخ نکاح» و یا «بذل مدت در نکاح منقطع») که موجب گسستن پیوند نکاح می‌گردد و یا «فسخ» که عقود را برهم می‌زند).

علی‌رغم اهمیت ایقاعات در روابط حقوقی و زندگی اجتماعی، قانون مدنی ایران بر خلاف مباحث خود در باب عقود و قراردادها که بسیار مفصل است، تقریباً هیچ بایی را به طور مستقل به بیان اصول و قواعد کلی ایقاعات اختصاص نداده و حتی زمانی که از ایقاعاتی مانند حیازت مباحات، تحجیر، ابراء، طلاق و... بحث می‌نماید از واژه «ایقاع» استفاده کرده است. تنها جایی که قانون مدنی کلمه «ایقاعات» را به کار برده است، جلد سوم (در ادله اثبات دعوی) بند ۵، ماده ۱۳۱۲ درباره شهادت است.

برخی حقوق دانان علت بی‌مهری نویسندگان قانون مدنی به مبحث ایقاعات و مهجور ماندن قواعد عمومی را چنین بیان کرده‌اند:

مهم‌ترین دلیل این بی‌اعتنایی را باید در پیشینه قانون مدنی جستجو کرد؛ نه تنها در فقه نیز مبحث ایقاع به مرز تمهید قواعد عمومی آن نزدیک نشده، قانون مدنی فرانسه هم که در تدوین الهام‌بخش نویسندگان آن بوده است، به عمل حقوقی یک‌طرفی یا تک‌اراده‌ای بی‌اعتناست و نویسندگان حقوقی آن کشور نیز سعی دارند تا همه اعمال حقوقی را به عقد بازگردانند. در نتیجه، ادبیات حقوقی ما در این زمینه فقیر مانده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۱).

از جمله مسائلی که در ایقاعات بما هی ایقاعات شایان بررسی است امکان یا عدم امکان اندراج شرط در ضمن ایقاعات است؛ امری پیچیده که نه تنها در قانون مدنی ایران مسکوت مانده است، بلکه از نظر فقهی نیز محل مناقشه است؛ زیرا به علت اختلاف نظر شدید فقها حکم قاطعی درباره آن وجود ندارد.

نویسندگان حقوقی نیز غالباً یا به این مسئله نپرداخته یا صرفاً نسبت به صحت یا عدم صحت شرط ضمن ابراء، به عنوان یکی از مصادیق ایقاعات به اجمال مطالبی را بیان نموده‌اند؛ برای مثال برخی حقوق‌دانان معتقدند که می‌توان در ابراء شرط عوض کرد (صفایی، ۱۳۹۰: ۲۵۳) و از این نظر، احتیاج به قبول می‌یابد و ابراء، حقیقت حقوقی خود (ایقاع) را از دست نمی‌دهد (امامی، بی‌تا: ۳۳۴/۱). لذا نباید چنین پنداشت که بیم تبدیل ابراء به عقد مانع از نفوذ ابراء و شرط می‌شود. در این فرض، ابراء ماهیت اصلی خود را حفظ می‌کند و به عقد تبدیل نمی‌شود. به بیان دیگر، ابراء نیروی کارساز خود را تنها از اراده طلبکار می‌گیرد و تابع شرط (متبوع خود) نمی‌شود. ابراء همراه با شرط عوض، ایقاعی است همراه با پیشنهاد یا ایجاب وقوع شرط. پس اگر شرط پذیرفته شود، عقد و ایقاعی در کنار هم قرار می‌گیرد که نیروی اراده، آن دو را همچون تابع و متبوع به هم پیوند داده است، مانند طلاق خلع که در آن ایقاعی (طلاق) به عقد (بخشش فدیة) پیوند خورده است و ماهیتی مرکب به وجود می‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۸۱).

در مقابل، برخی نویسندگان حقوقی معتقدند که ایقاعات به عکس عقود، تحمل شروط نمی‌نمایند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۷۶۳/۱). در جای دیگر درباره ابراء به عوض می‌گویند: ابراء همیشه به صورت ایقاع و رایگان نیست، ممکن است به صورت عقد معوض درآید؛ مانند تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دین و ابراء شوهر از مهر در طلاق خلع (همو، ۱۳۸۸: ۱۸).

نیز برخی از ایشان، ضمن تصریح به ناسازگاری ابراء مشروط به شرط عوض، با ماده ۲۸۹ ق.م. می‌گویند:

از جهت تحلیلی نیز امکان درج شرط و تحقق آن ضمن ابراء همراه قبول مدیون مشکل به نظر می‌رسد؛ زیرا ابراء ماهیتاً و ذاتاً نوعی ایقاع است که منحصرأً به اراده طلبکار واقع می‌گردد و اراده بدهکار در تحقق آن نقشی ندارد (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۴۰).

برخی این نظر را که شرط عوض در ابراء، آن را از صورت ابراء خارج و به صلح تبدیل می‌کند، قوی دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۲۶۵). برخی نیز ضمن تصریح به باطل و مبطل بودن شرط ضمن ابراء می‌گویند:

البته راهی هست که دائن، چیزی از مدیون دریافت کند، اما نه از طریق شرط ضمن ابراء، بلکه ابتدا «صلحی» بین دائن و مدیون واقع شود؛ مثلاً مدیون، مالی را به دائن مصالحه کند و در ضمن عقد صلح شرط کند که دائن نسبت به دینی که او در ذمه دارد وی را ابراء نماید و یا از باب شرط نتیجه بگوید: من فلان متاع را به شما صلح می‌کنم به شرط اینکه از فلان دین، ذمه‌ام بری باشد و یا زوجه در نکاح منقطع مالی را به زوج مصالحه کند و در ضمن عقد صلح به صورت شرط فعل یا شرط نتیجه، ابراء باقی‌مانده مدت ازدواج را از زوج بخواهد (طاهری، ۱۴۱۸: ۱۷۰/۲).

نیز برخی فقیهان معتقدند که اگر مردی مدت باقی‌مانده را در نکاح منقطع به زن (زوجه) بذل نماید به این شرط که زن با فلان شخص ازدواج نکند، ابراء مدت صحیح است ولی شرط باطل است (حکیم، ۱۴۱۰: ۲۸۹/۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۲: ۲۴۳-۲۴۴).^۱ اما در مقابل، برخی معتقدند که شرط صحیح است و وفای به آن لازم (حکیم، ۱۴۱۰: ۲۸۹/۲؛ روحانی، *فقه الصادق علیه السلام*: بی تا: ۵۱۵/۲).

ناگفته پیداست که دیدگاه‌ها و تحلیل‌های بیان‌شده خالی از اضطراب نیست و حتی برخی محققان ضمن خلط مفاهیم، بعضاً دچار دوگانه‌گویی نیز شده‌اند. به هر حال، تحلیل عقلی و منطقی اندراج شرط در ضمن ایقاعات به صورت یک نظریه منسجم نیاز به دقت عمیق و فراوان دارد؛ چه کمتر موضوعی را می‌توان یافت که از جهت

۱. مرحوم حکیم در کتاب *مستمسک العروة الوثقی* نیز می‌گوید: «... لأن الشرط فی الإیقاع لا یصح» (۱۴۱۶: ۱۳/۱۹۴).

حقوقی تا این حد پیچیده و محل مناقشه و اختلاف باشد.

بنا به مراتب فوق، باید دید که آیا اندراج شرط در ضمن ایقاعات واقعاً شدنی است یا اینکه چنین امری با توجه به مکانیسم حقوقی ایقاعات (یک طرفی بودن) اصلاً متصور نیست؟ نیز پذیرش یا عدم پذیرش شرط ضمن ایقاع، چه تأثیری در سرنوشت ایقاع (از حیث وقوع و استمرار آن) خواهد داشت؟

بی شک، توصیف دقیق مفهوم «شرط» و تبیین ماهیت حقوقی آن، بسیاری از ابهامات مربوط به ایقاع مقرون به شرط را برطرف می کند و آثار حقوقی آن را روشن می سازد. لذا در این جستار برای تحلیل درست و رسیدن به نتیجه منطقی، پس از بیان مقدمه ضروری مفهوم «شرط»، ابتدا دلایل بطلان اندراج شرط در ضمن ایقاعات را بررسی و تحلیل می کنیم و سپس اثر اندراج شرط در ضمن ایقاعات را بیان می نمایم.

مفهوم شرط

«شرط» واژه‌ای عربی است که جمع آن «شروط» و «شرائط» می باشد. شرط از دیدگاه‌های گوناگون لغوی، نحوی، اصولی و فلسفی تعاریف خاصی یافته است. در لغت عرب، شرط به معنای الزام و التزامی است که در ضمن عقد بیع و مانند آن مندرج است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۲۹/۷؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۰/۳۰۵). در فرهنگ عمید نیز شرط در معنای مصدری، به لازم گرداندن امری یا چیزی در بیع یا در هر عقد و پیمانی و نیز ملزم ساختن یا ملزم به چیزی در هنگام معامله آمده است و در معنای اسم مصدر به الزام و تعلیق چیزی به چیز دیگر تعریف شده است (عمید، ۱۳۶۹: ۸۴۳). در ادبیات و علم نحو، واژه «شرط» در مقابل «جزاء» است و به معنای گزاره‌ای که پس از ادوات شرط در جمله قرار می گیرد. در حکمت و علم اصول نیز شرط عبارت است از چیزی که از عدم آن، عدم مشروط لازم آید، بدون اینکه از وجودش وجود مشروط لازم شود.

دیدگاه شیخ انصاری

به نظر شیخ انصاری شرط دو معنای عرفی دارد:

معنای اول: مطلق الزام و التزام؛ اعم از اینکه در ضمن عقد مندرج باشد یا نباشد.

بدین ترتیب، اطلاق شرط بر تعهد ابتدایی نیز حقیقی خواهد بود، نه مجازی؛ زیرا واژه «شرط» در روایات فراوانی برای تعهدات و التزامات ابتدایی به کار رفته است. لذا ادعای مجاز بودن استعمال واژه «شرط» در تعهدات ابتدایی به دو دلیل مردود است: ۱. هر گاه هم «اشتراک معنوی» و هم «استعمال مجازی» محتمل باشد، احتمال اول یعنی اشتراک معنوی ترجیح دارد؛ زیرا در مشترک معنوی استعمال لفظ در موضوع له (ما وُضع له) است، بر خلاف مجاز که استعمال در غیر موضوع له (غیر ما وُضع له) است. ۲. تبادل، دلیل حقیقی بودن استعمال شرط در تعهدات و التزامات ابتدایی است. شرط در این معنا، به معنای حدثی و مصدری است و به عنوان مصدر برای فعل «شَرَطَ» به کار می‌رود و مبدأ اشتقاق «شارط»، «مشروط»، «مشروطه» و «مشروط‌علیه» است.

معنای دوم: چیزی است که از عدمش، عدم چیز دیگری لازم آید، بدون توجه به اینکه از وجود آن (شرط)، وجود چیز دیگر لازم آید یا خیر (مانند خشک بودن چوب که شرط سوختن آن است و اگر چوب، خشک نباشد احتراق صورت نمی‌گیرد، ولی به اینکه خشک بودن چوب، لزوماً موجب سوختن است یا خیر، نظر ندارد). شرط در این معنا، اسم جامد است و مصدر نیست. لذا شرط، عمل شخص نیست (یعنی شرط کردن به گونه‌ای که شارط آن را انجام دهد، نیست) و قهراً اشتقاق دو واژه «مشروط» و «شارط» از شرط در این معنا مطابق قاعده و اصول الفاظ نخواهد بود. بنابراین، بر خلاف معنای اول، واژه‌های «مشروط» و «شارط»، در معنای دوم از نظر فعل و انفعال (کنش و واکنش) متضایف نیستند (یعنی در فعل و انفعال از نظر تصوّر و وجود به یکدیگر وابسته نیستند) بلکه «شارط» به معنای کسی است که شرط را وضع می‌کند و «مشروط» کسی است که شرط برای او قرار داده می‌شود؛ مانند «مَسْبَب» و «مَسْبَب» که از مشتقات واژه «سبب» اند.

بنابراین، واژه «شرط» در دو معنای بالا (معنای حدثی و معنای اسم جامد)، مانند واژه «امر» است که گاه در ساختار مصدری و به معنای «امر کردن» به کار می‌رود که جمع آن «اوامر» است و گاه اسم جامد است و به معنای «شیء، چیز» استعمال می‌شود که جمع آن «امور» است^۱ (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱/۶-۱۳).

۱. شیخ انصاری در پایان، دو معنای اصطلاحی نیز ذکر می‌کند که در علم نحو، فلسفه و اصول کاربرد دارند.

دیدگاه امام خمینی

امام خمینی اگرچه بر خلاف شیخ انصاری التزامات ابتدایی را تخصصاً از مفهوم شرط خارج می‌داند، همانند ایشان شرط را مشترک لفظی بین دو معنا به ترتیب عنوان می‌کند:

اول: شرط به معنای الزام و التزام در ضمن معامله است؛ خواه به عنوان الزام یا به عنوان اشتراط در ضمن معامله مندرج گردد و خواه به حمل شایع عرف. لذا هر گونه قراری در ضمن معامله - اعم از اینکه خود الزام باشد یا مستلزم الزام باشد و یا الزام از احکام آن باشد - در عرف و در لغت، شرط محسوب می‌گردد.

دوم: معنای دیگر شرط در عرف، عبارت است از آنچه چیز دیگری تکویناً یا تشریحاً بر آن معلق شده باشد. پس در این معنا عنوان شرط بر جعله، مسابقه و دیگر شروط متداول بین مردم که در آن‌ها امری به امر دیگر معلق می‌گردد، صادق است. لذا در این معنا شرط عبارت است از معلق علیه نه شرط مصطلح در علم نحو. نیز شرط در این معنا بر هر آنچه وجود امری متوقف بر آن است و از عدم آن، عدم چیز دیگر لازم می‌آید، قابل صدق و انطباق است. لذا بدیهی است که هیچ گونه وجه اشتراکی بین تعلیق و التزام وجود ندارد (موسوی خمینی، بی‌تا: ۱/۱۳۴).

دیدگاه اکثر فقیهان

اکثر فقیهانی که پس از شیخ انصاری در مقام تعریف «شرط» برآمده‌اند، شرط را مشترک لفظی بین دو یا چند معنا ندانسته‌اند، بلکه برای شرط معنای جامع وحدانی با مصادیق گوناگون قائل شده‌اند. در نهایت، نظرها در چیستی معنای جامع، متفاوت است، لکن همگی در انکار تعدد وضع همسویند.

محقق یزدی پس از تصریح به یگانگی معنای شرط و ارجاع معنای دوم یادشده در کلام شیخ انصاری به معنای اول، و ضمن تقسیم شرط به عقلی، شرعی و عرفی می‌گوید: شرط در لغت و عرف به معنای «جعل و تقریر» است، ولی جعل و قرار یا از باب الزام و التزام است یا از باب تقیید. در قسم اول، منظور مطلق جعل نیست، بلکه جعل و تقریری است خاص که التزام‌آور است و موجب ضیق بر مشروط‌علیه می‌گردد. در قسم دوم نیز «تقیید» نوعی از جعل و قرار است، لکن گاهی ممکن است «تقیید» بر نفس قید اطلاق گردد. لذا گفته می‌شود چیزی که از عدمش، عدم چیز دیگر

لازم آید؛ همانند استعمال واژه «خلق»، در حالی که منظور از آن «مخلوق» است، یعنی همان طور که در مثال مزبور ممکن است مصدر به جای اسم مفعول به کار رود، در ما نحن فیه نیز قید به جای تقیید (مصدر) به کار می‌رود لکن از آن، تقیید اراده می‌گردد. همان طور که در معنای اولی که شیخ انصاری اراده نمود نیز «شرط» می‌تواند بر نفس «مشروط» اطلاق گردد، لکن این امر موجب نمی‌شود که قائل به تعدد وضع برای واژه «شرط» گردیم (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۱۰۵/۲-۱۰۶).

محقق اصفهانی پس از ذکر معانی واژه شرط در لغت مبنی بر الزام و التزام در بیع و مانند آن، عهده و مطلق ربط و تعلیق می‌گوید:

شرط به معنای «لزوم» است، ولی گاهی مجعول به جعل تشریحی در غیر معاملات است؛ مانند لازم بودن عمل یا نتیجه‌ای برای یک معامله به لحاظ ارتباط آن عمل یا نتیجه به آن. گاهی مجعول به جعل تشریحی در غیر معاملات است، مانند طهارت که لازمه نماز است به گونه‌ای که وجود آن از وجود طهارت جدایی ناپذیر و مقید به آن است و گاهی تکوینی است، مانند محاذات و نزدیکی به آتش که برای شعله‌ور شدن آتش لازم است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۰۳/۵).

ایشان در ادامه می‌گوید:

لزوم ناشی از شرط به اعتبار جعل و قرار دادن امری لازم بر عهده خویش نیست، بلکه به اعتبار جعل و قرار دادن لزوم چیزی به چیز دیگر است، کما اینکه در شرط غیر فقهی نیز چنین است. اینکه امر لازمی بر «له» یا «علیه» یک شخص است، از لوازم مورد جعل محسوب می‌گردد، نه از مقومات معنای مجعول. مقصود از ضمانت که در برابر مجرد الزام و التزام استعمال می‌گردد نیز لازم بودن امری برای امر دیگر است؛ اعم از اینکه «امر ملزوم» عقد، ایقاع و یا چیز دیگری باشد و خواه «امر لازم» مجعول به جعل شرع و خواه به جعل عرف باشد (همان: ۱۰۴/۵-۱۰۶).

دیدگاه منتخب

آنچه در مقام داوری قابل ذکر است اینکه به اعتقاد ما شرط، مشترک لفظی بین دو یا چند معنا نیست بلکه معنای جامع وحدانی با مصادیق گوناگون دارد و افاده آن در معنای حدی (مصدر) و اسم جامد، هر دو به یک معنا بازگشت می‌کند. «ارتباط و پیوستن چیزی به چیز دیگر» تنها معنایی است که حسب ارتکاز عرفی از واژه «شرط»

به ذهن انسان متبادر می‌شود. با این همه، کیفیت ارتباط و مصادیق آن با توجه به استعمال این واژه مختلف خواهد بود؛ چه ارتباط و پیوند بین دو امر، حسب موارد ممکن است به صورت واقعی و تکوینی باشد و یا به صورت اعتباری اعم از اینکه به سبب جعل و اعتبار شارع باشد یا به سبب اعتبار عرف و یا به اعتبار نفسانی طرفین شرط در امور انشایی. لذا در هر معنایی که از واژه «شرط» افاده گردد باید به ویژگی «ارتباط و علاقه» توجه داشت و لفظ شرط از مفهوم ارتباط جدایی ناپذیر است.

بنابراین، معنای تخصصی حقوقی شرط، بر فرض که به معنای الزام و التزام کردن باشد، هر گونه الزام و التزامی نیست بلکه الزام و التزامی است که در عالم اعتبار با امر انشایی دیگر مرتبط گردد. لذا التزامات ابتدایی تخصصاً خارج از مفهوم شرط قرار می‌گیرند و اگر بعضاً واژه شرط بر الزام و التزام مستقل و ابتدایی اطلاق می‌شود، کاربردی مجازی است نه حقیقی. به بیان دیگر، الزام و التزامی که در ضمن عمل حقوقی صورت نگیرد و با آن مرتبط نباشد خود، نوعی عقد است البته عقدی نامعین و مشمول عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و ماده ۱۰ ق.م.، وجه افتراق عقد و شرط در همین است؛ عقد توافقی است مستقل و شرط توافقی مرتبط با عمل حقوقی دیگر، وگرنه میان این دو عنوان دیگر تفاوتی نمی‌ماند. در تأیید این ادعا همین بس که در عرف نیز نمی‌گویند «بر تو شرط کردم»، مگر اینکه عمل حقوقی دیگری وجود داشته باشد که «شارط» و «مشروط‌علیه» بتوانند به واسطه وابستگی «شرط» با «مشروط‌فیه» آن دو را به یکدیگر مرتبط سازند و تا زمانی که هیچ ارتباطی وجود نداشته باشد نمی‌توان آن را شرط نامید.

دلایل بطلان اندراج شرط در ضمن ایقاعات

تا پیش از تصویب قانون مدنی ایران، مشهور فقها به توقیفی بودن عقود (انحصار عقود معین) قائل بودند. از این رو، اشخاص در روابط معاملاتی خود، ناگزیر قراردادی را که از مصادیق عقود معین نبود و با شرایط و احکام خاص هیچ یک از آن‌ها تطبیق نمی‌کرد به صورت شرط و به عنوان امری تبعی، ضمن یکی از عقود معین می‌آوردند. اگرچه ماده ۱۰ ق.م. طبق نظر فقیهانی همچون صاحب العروة الوثقی (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۵۷/۲) و صاحب تحریر المجله (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ج ۲، قسم ۱/۲۹۸) اصل غیر توقیفی بودن عقود

(اصل آزادی قراردادها) را پذیرفته است شروط ضمن عقد هنوز هم موقعیت حقوقی بااهمیتی دارند. این در حالی است که وضعیت اشتراط در ایقاعات به عنوان اعمال حقوقی یک طرفه هنوز در بررسی‌های نویسندگان حقوقی به طور دقیق روشن نگردیده است. ایقاعی که شرطی ضمن آن شده است ایقاع مشروط یا مقرون به شرط نامیده می‌شود که نباید آن را با ایقاع معلق اشتباه گرفت. برخی فقهای امامیه، اندراج شرط را در ضمن ایقاعات از نظر اصولی صحیح نمی‌دانند. این گروه برای اثبات مدعای خود ادله‌ای را مطرح کرده‌اند که در ذیل بررسی می‌شوند:

دلیل اول: ناسازگاری مفهوم طرفینی شرط با ماهیت یک طرفی ایقاع

آنچه از «شرط» فهمیده می‌شود این است که شرط ماهیتاً به واسطهٔ دو شخص به وجود می‌آید، همان گونه که برخی روایات نیز به این مطلب اشاره دارند، حال آنکه ایقاع با ارادهٔ یک شخص محقق می‌گردد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۱۸/۱۴؛ نجفی، بی‌تا: ۶۴/۲۳).

آنچه در تحلیل و توجیه این دلیل فهمیده می‌شود اینکه شرط ماهیتاً به واسطهٔ تراضی تحقق می‌یابد و برای اینکه مشمول عموماً ادلهٔ شرط قرار گیرد باید مشروط‌علیه آن را قبول نماید وگرنه شرطی که اصطلاحاً واجب الوفاست نخواهد بود. لذا در ایقاع که متکی به ارادهٔ یک طرف است نمی‌تواند صورت خارجی یابد. از سوی دیگر، اگر پذیرفته شود که عمل حقوقی به اعتبار شرط نیاز به قبول دارد، دیگر نباید آن را ایقاع نامید. به بیان دیگر، لازمهٔ ارتباط شرط و عمل حقوقی اصلی این است که شرط نیز با همان ارکان عمل حقوقی واقع شود و نیاز به امر دیگری نداشته باشد. نتیجه اینکه طبیعت قراردادی شرط با ماهیت ایقاع سازگار نیست.

یکی از حاشیه‌نویسان *المکاسب* معتقد است که مرجع دلیل مذکور به دو قیاس برمی‌گردد که نتیجهٔ یکی از آن دو، صغرای دیگری محسوب می‌شود: اول اینکه هر شرطی جز به واسطهٔ دو شخص به وجود نمی‌آید (یعنی به رضای مشتری و مشروط‌علیه؛ رضای مشتری به الزام به آن شرط و رضای مشروط‌علیه به التزام به آن). بنابراین، عنوان و مفهوم شرط محقق نمی‌شود مگر با تراضی دو شخص نسبت به متعلق شرط. دوم اینکه هر آنچه جز به واسطهٔ دو شخص به وجود نمی‌آید در ضمن ایقاع که قائم به ارادهٔ یک

شخص است، محقق نمی‌گردد؛ زیرا شرط، قید مشروط محسوب می‌گردد؛ یعنی رضایت مشروط‌علیه به شرط، در تقیید مشروط نیز معتبر و مؤثر است، به گونه‌ای که اگر رضایت مشروط‌علیه وجود نداشت، مشروط نیز طبیعتاً مقید نمی‌گردید. تردیدی نیست که هر آنچه در «تقیید» چیزی به قید مؤثر است بالضروره در «اطلاق» آن چیز نیز مؤثر است و واضح است که «اطلاق» ایقاع مستلزم اراده شخص دیگری جز ایقاع‌کننده (موقع) نیست. در واقع، هنگامی مشروط‌علیه می‌تواند در تقیید چیزی دخالت داشته باشد که رضایت او در اطلاق آن چیز نیز مؤثر باشد. لذا با توجه به تلازم بین اطلاق و تقیید از این جهت، جمع بین رضایت مشروط‌علیه در صدق مفهوم شرط و بین حفظ صدق مفهوم ایقاع نسبت به زمانی که مقید به شرطی می‌گردد، با نادیده گرفتن رضایت مشروط‌علیه در امر مشروط، جمع بین تقیضین به شمار می‌رود. بنابراین، حفظ مفهوم شرطیت در شروط، مستلزم وقوع آن ضمن ایجاب و قبول (عقد) است (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۴۵۰/۳-۴۵۱).

برخی نویسندگان حقوقی نیز دربارهٔ ابراء مشروط گفته‌اند:

ایجاد و یا مشارکت در ایجاد شرط که یک موجود وابسته است امکان ندارد، مگر از طریق شرکت در ایجاد مشروط و قبول شرط و یا قبول انضمام آن به ابراء اگر با قبول خود ابراء همراه نباشد بی‌اثر است. بنابراین، وقتی با توجه به ماهیت خود ابراء، ارادهٔ مدیون در پیدایش ماهیت مشروط دخالت نداشته باشد چگونه می‌تواند در تحقق شرط پیوسته به مشروط که پیدایش آن در حقیقت متکی به پیدایش مشروط است مؤثر باشد؟ (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۴۱).

اکثر فقیهان دلیل اول را نقد کرده‌اند. صاحب‌المکاسب در رد این دلیل می‌گوید: آنچه از روایات فهمیده می‌شود آن است که «شرط» لزوماً به وسیلهٔ دو شخص یعنی «مشروط‌له» و «مشروط‌علیه» محقق می‌گردد، اما این بدان معنا نیست که شرط متوقف بر ایجاب و قبول است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۹/۵).

به بیان دیگر، اگر منظور مخالفان اشتراط در ایقاعات این است که شرط، ماهیتاً مستلزم وجود دو طرف است نه متکی به ارادهٔ یک طرف، چنین امری مسلم می‌باشد، لیکن این امر ادعای ایشان را ثابت نمی‌کند؛ زیرا شرط ضمن ایقاع نیز قائم به ارادهٔ دو طرف است. اگر منظور این است که محل و مورد شرط (مشروط‌الیهما) مستلزم وجود

دو طرف است، چنین ادعایی بی دلیل است (رشتی، ۱۴۰۷: ۳۷۷).

بنابراین، اگرچه تحقق شرط مستلزم وجود دو طرف مشروطه و مشروط‌علیه است که دو عنوان متضایف محسوب می‌گردند، این امر مقتضی آن نیست که مورد و محل شرط نیز قائم به دو شخص باشد. بر فرض لزوم قبول از جانب مشروط‌علیه، قبول به شرط تعلق می‌گیرد نه به محل و مورد شرط (ایقاع) که مستلزم ناسازگاری با ماهیت یک‌طرفی ایقاع و موجب تغییر و تبدیل آن به عقد باشد. لذا شرط در ایقاع امری است ممکن که با طبیعت ایقاع و نفوذ آن هیچ گونه منافاتی ندارد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۱۸/۴؛ کلانتر، ۱۴۱۰: ۱۰۳/۱۵؛ روحانی، ۱۴۲۹: ۳۸۷/۵).

نکته قابل ذکر اینکه محقق یزدی ضمن انکار ناسازگاری ایقاع و شرط و پذیرش ایقاع مشروط، حتی فراتر از این می‌رود و می‌گوید: اگر شرط ضمن ایقاع، صرفاً موجب التزامی بر عهده شخص ایقاع‌کننده (موقع) گردد - مانند اینکه شوهر ضمن طلاق، مبلغ معینی را به سود همسر مطلقه خود بر ذمه بگیرد و یا مولی ضمن آزاد ساختن برده خود، نکاح دختر خویش را به سود او شرط نماید - چنین شرطی در هر دو فرض بدون احتیاج به قبول نافذ است؛ زیرا مشروط‌علیه آن را بر عهده خویش پذیرفته است، لذا مشمول عموم «المؤمنون عند شروطهم» می‌گردد و دلیلی بر لزوم قبول مشروط‌علیه وجود ندارد. نهایت امر اینکه مشروط‌له می‌تواند چنین شرطی را رد نماید و حقی را که به سود او ایجاد شده است، اسقاط کند، همچون حق خیار که در عقد بیع به سود شخص ثالث شرط می‌گردد و بدون اینکه نیازی به قبول شخص ثالث باشد به او حق فسخ می‌دهد، جز اینکه ثالث می‌تواند حق خیار و سلطنت بر فسخ و ابقای عقد را اسقاط نماید و یا آن را اعمال نکند. مشابه همین موارد، در صورتی است که شرط بر عهده شخصی قرار گیرد که ایقاع‌کننده بر او سلطه دارد و می‌تواند او را به کاری ملزم سازد، همانند اینکه مالکی ضمن آزاد کردن برده خویش، بدون اینکه نیازی به قبول برده باشد، خدمت او را برای مدتی معین به سود خویش شرط نماید؛ زیرا مالک عبد و منافع اوست و ایجاب خدمت عبد در ضمن آزاد کردن (عتق)، به منزله استثنای آن مقدار منفعت مقصود است. ولی هر گاه مفاد شرط بر عهده شخصی قرار گیرد که در سلطه ایقاع‌کننده نیست، مانند اینکه شوهری ضمن طلاق همسر خویش بر علیه او

شرطی نماید یا دائن ضمن ابراء مدیون بر او شرط نماید که لباسی را برای او بدوزد، نفوذ چنین شرطی منوط به قبول مشروط‌علیه است، بدون اینکه با طبیعت ایقاع بودن طلاق و یا ابراء مخالف باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۳۱/۲-۳۲).

با این همه، تحلیل مذکور دفاع‌پذیر نیست؛ چه همان طور که اکثر فقها متذکر شده‌اند مفهوم «شرط» در هر صورت جز به واسطهٔ دو شخص مشروط‌له و مشروط‌علیه که دو عنوان متضایف هستند، تحقق نمی‌یابد و بر التزام و تعهد یک‌طرفی، مفهوم شرط صدق نمی‌کند؛ زیرا شرط نیازمند انشا و قبول انشاست. نکتهٔ قابل ذکر اینکه اگرچه هیچ روایتی بر عدم لزوم ارادهٔ دو شخص برای تحقق مفهوم شرط دلالت نمی‌کند، شرط را باید از جمله مفاهیمی دانست که مرجع آن عرف است نه روایات. برای تحقق شرط ضمن ایقاع، اگرچه ایقاع نیاز به قبول ندارد چنین امری اقتضا نمی‌کند که شرط ضمن ایقاع مستغنی از قبول باشد. بنابراین، با انشای ایقاع متضمن شرط، و الحاق قبول به شرط، در هر حال مفهوم شرط تحقق می‌یابد و مشمول عموم ادلهٔ شرط قرار می‌گیرد. بنابراین، برای تحقق مفهوم شرط صرفاً وجود ارادهٔ دو شخص «مشروط‌له» و «مشروط‌علیه» و امری که شرط در ضمن آن انشا و به آن مرتبط گردد ضروری است که هر دوی آن‌ها در ایقاع مقرون به شرط موجود است.

مؤید مطلب اینکه فقها به استناد عموم روایت «المؤمنون عند شروطهم» اجازه داده‌اند که مولی هنگام آزاد کردن بردهٔ خود شرط کند که او مدتی برای مولی خدمت کند و چنین امری را خالی از مانع دانسته‌اند، در حالی که محل شرط در مانحن‌فیه (عتق) ایقاع است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۹/۵؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۲۶۶/۶). نهایت امر اینکه لزوم چنین شرطی متوقف بر قبول برده (مشروط‌علیه) است و منظور از قبول مشروط‌علیه، قبول شرط است نه آن قبولی که رکنی از ارکان عقد است؛ زیرا عتق از ایقاعات است و قبولی در آن متصوّر نیست (کلانتر، ۱۴۱۰: ۱۵/۱۰۴).

برخی از مخالفان این دیدگاه ایراد نموده‌اند که التزام عبد (بنده) به عمل کردن به سود مالک (معتق) را می‌توان از باب استثنا دانست نه از باب اشتراط؛ زیرا منافع عبد تماماً از آن مالک است و او می‌تواند در زمان آزاد ساختن بردهٔ خویش، قسمتی از آن منافع را استثنا کند (نابینی، ۱۳۷۳: ۵۶-۵۵/۲؛ موسوی خمینی، کتاب الخیارات، بی‌تا: ۳۸۰/۴).

لکن این ایراد تمام نیست؛ چه اینکه اولاً: این تحلیل با تأویل روایات موجود در این زمینه بیان شده است. ثانیاً: استثنای قسمتی از منافع عبد یا اشتراط خدمت کردن به سود مالک حسب قصد انشای مالک (مُعْتَق) در عالم اعتبار محقق می‌گردد. لذا باید دید که معتق در زمان انشای عتق چه چیزی را اراده نموده است؛ اگر استثنای قسمتی از منافع عبد مقصود او باشد، بدون نیاز به قبول عبد، او ملتزم به انجام خدمت مذکور برای مالک است و در صورت اشتراط، لزوم شرط متوقف بر قبول برده است.

دلیل دوم: عدم تصوّر ضمنیت در ایقاعات

آنچه در لغت و عرف از مفهوم شرط به ذهن انسان متبادر می‌شود التزامی است که در ضمن عقد می‌آید و بر ایقاعات انصراف ندارد. لذا اساساً مفهوم شرط در ایقاعات صدق نمی‌کند (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۹/۵).

همان طور که برخی محققان متذکر شده‌اند، این استدلال شیخ انصاری با آنچه ایشان سابقاً در رد دلیل اول مخالفان اشتراط در ایقاعات بیان کرده بود متناقض می‌نماید، مگر اینکه منظور ایشان صرفاً منع صدق شرط در «ضمن» ایقاع باشد نه اینکه ایقاع اصلاً قابلیت پذیرش شرط را نداشته باشد (ایروانی، ۱۴۰۶: ۲۶/۲).

برخی دیگر از مخالفان ایقاع مشروط، ضمن تصریح به عدم صحت مطلق شرط در ایقاعات معتقدند آنچه از تعریف اهل لغت به دست می‌آید اینکه شرط، عبارت است از الزام و التزامی که در ضمن بیع و مانند آن می‌آید. ظاهر این معنا آن است که عقد بیع ظرف، و شرط مطروف آن محسوب می‌شود به گونه‌ای که شرط در ضمن و خلال بیع واقع گردد. حال آنکه معلوم است چنین امری در ایقاع شدن نیست؛ چه اینکه نه تنها الحاق و ارتباط شرط واقع شده بعد از تمامیت ایقاع (عنواناً و تأثراً)، بلکه به طریق اولی شرط کردن در ضمن و متن ایقاع نیز تصوّر شدنی نیست (موسوی خمینی، کتاب البیع، بی‌تا: ۳۷۳/۴).

این دلیل نیز انتقاد بسیاری از محققان را برانگیخته است؛ زیرا آنچه مشمول ادله شرط نمی‌باشد صرفاً شروط ابتدایی است که به نحو تخصیص یا تخصّص خارج گشته است (روحانی، منهاج الصالحین، بی‌تا: ۱۶۳/۱۷). آنچه در تحقق عنوان شرط ضروری است اینکه در ضمن التزامی دیگر باشد نه صرفاً در ضمن دو التزام مرتبط به هم (عقد) تا

مستلزم اختصاص آن به شروط ضمن عقد گردد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۱۸/۴-۲۱۹). لذا با توجه به اینکه نفوذ شرعی و عقلایی شرط غیر ابتدایی منوط به درج آن در ضمن التزام دیگر است و نیز اینکه التزام معتبر شرعی اعم از دو التزام مرتبط به هم یا التزام واحد است (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۱/۱۷) و با توجه به اینکه ایقاع نیز التزام است اگرچه از جانب یک شخص محقق می‌شود، الزام در ضمن التزام دیگر محقق است، چنان که صاحب القاموس المحيط نیز شرط را بدان معنا بیان کرده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۳۱/۲؛ ایروانی، ۱۴۰۶: ۲۶/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۰: ۲۸۲/۱). حداقل اینکه در صورت شک در صدق شرط در ضمن ایقاعات می‌توان به عمومات ادله شرط استناد نمود، همان طور که برای صحت عقد و شرط ضمن آن به عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تمسک می‌گردد؛ زیرا وفای به امر مقید، به صورتی است که قید اقتضا می‌نماید (فشارکی، ۱۴۱۳: ۵۳۳).

حتی چنان که صاحب مبانی منهاج الصالحین نیز گفته است: با توجه به اینکه مفهوم شرط، ارتباط یکی از دو چیز به چیز دیگر است، تفاوتی نیست در اینکه شرط در ضمن عقد صورت بگیرد یا ضمن ایقاع، و انصراف ادعا شده بر فرض پذیرش، ابتدایی است و رجوع به قول اهل لغت مانند کلام القاموس المحيط نیز با توجه به وسعت مفهوم شرط به واسطه تبادل و غیر آن وجهی ندارد. مضافاً اینکه مراد صاحب القاموس المحيط از تعریف شرط به «الزام و التزام فی البیع و غیره» واضح نیست، بلکه ظاهر از اطلاق واژه «غیره» در تعریف، بیانگر آن است که تفاوتی بین عقد و ایقاع نیست (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۳۸/۸-۳۹). لذا ذکر بیع در تعریف شرط در کلام اهل لغت از جهت خصوصیت آن (عقد بودن) نیست بلکه به خاطر آن است که عقد بیع بارزترین و متعارف‌ترین مصداق برای اندراج شرط در ضمن آن محسوب می‌گردد.

در اشکال به استدلال مذکور گفته شده است که در ایقاعات ضمنیت متصور نیست، بلکه ایقاع یا اصلاً تحقق نمی‌یابد یا محقق و مفروع غنه است، بر خلاف عقود که ضمنیت به معنای ظرفیت در آن‌ها امکان‌پذیر است. اگرچه در برخی فروض نادر ایقاع، تصور ضمنیت نیز داده شده است - مانند اینکه طلبکاری، بدهکار خود را ابراء نماید به شرط اینکه مدیون نیز او را از دین مقابل ابراء کند - احتمال دارد که در مثال مزبور نیز «ضمنیت» صدق نماید؛ زیرا منظور از «ضمنیت» صرف وقوع الفاظ شرط در

خلال الفاظ دیگر نیست، بلکه مقصود از آن وقوع شرط همزمان با وقوع و تمامیت التزام اصلی است. لذا شرط لحاظ شده در مثال مزبور نیز از شروط عقلایی محسوب نمی‌گردد و بر فرض پذیرش چنین فروض نادری، کلیت اشتراط در ایقاعات بما هی ایقاعات اثبات نمی‌گردد (موسوی خمینی، کتاب‌البیع، بی‌تا: ۴/۳۷۴).

لکن اشکال مزبور که عمدتاً بر تعریف برخی از اهل لغت از مفهوم شرط (الزام و التزام فی البیع و غیره) و تأکید اغراق‌آمیز بر نقش کلمه «فی» در این تعریف مبتنی است، پذیرفتنی نیست؛ چه اولاً: ظرفیت محض، خلاف ارتکاز عرفی مفهوم شرط است و اینکه فقها شرط را التزامی در ضمن التزام دیگر دانسته‌اند مجرد ظرفیت و مقارنت نیست بلکه منظور التزامی است که مرتبط با التزام دیگر باشد. حتی در عقود نیز همان طور که برخی محققان متذکر شده‌اند، ضمنیتی که مقصود از آن ظرفیت محض باشد یعنی عقد - صرف نظر از هر ارتباط دیگر بین شرط و عقد - به عنوان ظرف برای ذکر شرط باشد، بی‌اثر است (حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۱/۲۴۲).

ثانیاً: حتی دیدگاه مذکور «ظرفیت محض» در عقود نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا لازمه این دیدگاه آن است که باید بر هر چه ضمن عقد آورده می‌شود، عنوان شرط صدق نماید و نیز اینکه اگر در عقد مشروط، قبول‌کننده عقد را بدون شرط قبول کند، عقد صحیح باشد؛ زیرا عقد و شرط دو التزام مستقل محسوب می‌گردند. این در حالی است که تطابق بین ایجاب و قبول از شرایط بدیهی صحت عقد است. از این رو، اگر متعاقبین در مضمون عقد یا در توابع آن، از جمله در شروط ضمن آن اختلاف نظر داشته باشند، عقد تشکیل نمی‌گردد، لذا قبول عقد بدون شرط، نقض قاعده تطابق بین ایجاب و قبول است (خویی، ۱۴۱۴: ۱/۴۸-۴۹)؛ برای مثال اگر شخصی بگوید: «فلان مال را با فلان مبلغ به تو فروختم و خانه‌ام را نیز به مدت یک سال با فلان مبلغ به تو اجاره دادم»، و طرف مقابل بگوید: «بیع به شرط اجاره را قبول کردم»، تردیدی در فساد شرط نیست؛ زیرا آن دو معامله، مستقل و غیر مرتبط‌اند که در زمان واحد انشا شده‌اند. بنابراین، اگر طرف مقابل بگوید: «فقط بیع را قبول کردم»، عقد بیع تشکیل می‌گردد. برخلاف فرضی که شخصی بگوید: «فلان مال را به تو فروختم به شرط اینکه لباس معینی را برای من بدوزی» و مشتری در جواب بگوید: «خریدم بدون قبول شرط». در

فرض اخیر، تطابق بین ایجاب و قبول که از اصول و ارکان عقود است، نقض می‌گردد و چنین امری مستلزم بطلان عقد است (تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۵۱/۴-۱۵۲).

ثالثاً: مدلول و مفاد کلام شخص متکلم منعقد نمی‌گردد مگر زمانی که سخن او به اتمام برسد و این در بین عقلا امری بدیهی است که تمسک به مدلول پاره‌ای از کلام متکلم پیش از اتمام آن جایز نیست. لذا مادامی که سخن متکلم به پایان نرسیده است، او می‌تواند هر قید یا استثنایی را به کلام خویش اضافه کند. بنابراین، شرط مضاف به ایقاع نیز ناگزیر در ضمن آن محسوب می‌گردد (خویی، ۱۴۱۴: ۹۶/۲).

دلیل سوم: نیاز شرط به عوض

برخی معتقدند که حقیقت شرط، منوط کردن مُنشأ به آن است به گونه‌ای که شرط به یکی از عوضین ضمیمه گردد، حال آنکه در ایقاعات عوضی متصور نیست تا شرط به آن منضم گردد. به بیان دیگر، منظور از شرط، مجرد انضمام چیزی به چیز دیگر نیست که به طور مثال گفته شود: «بعتك الدار» و «آجرتك البستان» بلکه آنچه ضروری است منوط بودن مُنشأ به شرط است. لکن در ایقاعات، اگر اصل مُنشأ به شرط منوط گردد، ایقاع معلق به شرط خواهد بود و تعلیق نیز موجب بطلان است. نیز اگر شرط، به مُنشأ مرتبط و ضمیمه نگردد، شرط ابتدایی محسوب خواهد شد که وفای به آن واجب نیست، لذا چنین شرطی به صورت مجانی و بدون عوض بوده و به یکی از طرفین ضمیمه نگشته است (نابینی، ۱۳۷۳: ۵۵/۲).

برخی فقها ضمن خدشه به این استدلال گفته‌اند که پذیرش چنین امری، مستلزم این خواهد بود که در عقود نیز قائل به بطلان اشتراط گردیم؛ چه در عقود نیز منوط کردن مُنشأ به شرط مستلزم تعلیق است که با توجه به نظر کسانی که تجیز را شرط می‌دانند موجب بطلان است. لکن آن چیزی که بر حسب قاعده موجب بطلان می‌گردد تعلیق در انشاست نه تعلیق در مُنشأ. اشتراط در ایقاعات نیز به تعلیق در مُنشأ برمی‌گردد، لذا وجهی بر بطلان باقی نمی‌ماند (سبحانی، ۱۴۱۴: ۱۷۸-۱۷۹).

ولی همان گونه که برخی محققان متذکر شده‌اند در عقد مشروط، مُنشأ به این معنا به شرط منوط نمی‌گردد. از این روست که در تعهدات مرکب، طبق قاعده «الشرط لا

یقسط علیه الثمن» در مقابل شروط چیزی از عوض قرار داده نمی‌شود. لذا با توجه به حقیقت شرط، تحقق آن بدون هیچ گونه تفاوتی در عقود و ایقاعات امکان‌پذیر است (روحانی، ۱۴۲۹: ۳۸۹/۵)؛ زیرا در ایقاع مشروط به شرط نیز همچون عقد مشروط، منشأ در زمان انشا معلق بر التزام طرف دیگر «مشروط‌علیه» است که چنین تعلیقی ضروری ندارد؛ زیرا تعلیق بر امر موجود و بالفعل یعنی التزام مشروط‌علیه است، لذا مبطل نیست. به بیان دیگر، بطلان تعلیق به لحاظ اجماع است و باید به قدر متیقن یعنی امر محتمل الحصول اکتفا کرد (طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۱۷۷/۴-۱۷۸).

مضافاً اینکه دلیل شرط مقتضی آن نیست که الزام و التزام ناشی از شرط به یکی از عوضین ضمیمه گردد، بلکه آنچه در تحقق مفهوم «شرط» ضروری است اینکه الزام و التزام ناشی از شرط فی حدّ ذاته مستقل نباشند بلکه به واسطه انشا باید به امری مرتبط گردند به گونه‌ای که از علقه مربوط، منشأ به واسطه شرط مزبور مقید گردد که چنین امری در شرط ضمن ایقاع نیز حاصل است؛ چه موقع (ایقاع‌کننده) با انشای ایقاع مشروط، در واقع «الزام» به چیزی را در ضمن ایقاع انشا می‌کند و با پذیرش آن از سوی طرف دیگر، «التزام» نیز به ایقاع تعلق می‌گیرد به طوری که می‌توان مجموع الزام و التزام را مرتبط با آن ایقاع دانست (خویی، ۱۴۱۴: ۱۱۰/۲).

به بیان دیگر، اگرچه متبادر از مفهوم شرط، مجرد انضمام یک چیز به چیز دیگر نیست، چنین امری مستلزم آن نیست که شرط به یکی از عوضین ضمیمه گردد تا گفته شود در ایقاع عوض وجود ندارد لذا شرط ضمن آن متصور نیست، بلکه همین بس که بین الزام و التزام ناشی از شرط و آنچه شرط در ضمن آن انشا می‌شود به نحو متقابل علقه و ارتباط برقرار گردد، به گونه‌ای که هیچ یک از آن دو انشا مستقل از دیگری تلقی نگردد. چنین امری در ایقاع مشروط نیز صادق است و شرط در ضمن آن محقق می‌گردد. بنابراین، نه تنها شرط مرتبط به ایقاع فی نفسه از خود استقلالی ندارد تا لازم آید که شرط ابتدایی است، بلکه ایقاع مشروط به شرط نیز منفصل و بیگانه از شرط تلقی نمی‌گردد.

دلیل چهارم: عدم امکان اعاده امر معدوم

ظاهر از مفهوم شرط اینکه مشروط فیه - چیزی که شرط در ضمن آن می‌آید - موجب

اثبات و ایجاد امری در عالم اعتبار گردد، به گونه‌ای که اگر مشروط‌علیه از انجام شرط امتناع نمود، مشروط‌له با اعمال حق خیار خویش امر ثابت و موجودی را در عالم اعتبار منحل نماید، حال آنکه در ایقاعاتی همچون طلاق، عتق و ابراء به حسب ارتکاز عرفی چنین نیست؛ زیرا این قبیل از ایقاعات، خود موجب انحلال و برهم زدن امر ثابتی در عالم اعتبار می‌گردند. در طلاق علقه زوجیت، در عتق رقیبت، و در ابراء اشتغال ذمه از بین می‌رود (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۷۰/۶-۲۷۱).^۱

به دیگر سخن، مضامین ایقاعات نوعاً از امور عدمی است؛ همچون زوال زوجیت در طلاق، زوال رقیبت در عتق و سقوط اشتغال ذمه در ابراء که رجوع و فسخ در آن‌ها مستلزم اعاده معدوم خواهد بود. بر خلاف عقود که مضمون آن‌ها از امور وجودی محسوب می‌گردد و فسخ آن‌ها مستلزم اعاده معدوم نخواهد بود (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۱۹/۴).

لکن این استدلال نیز پذیرفتنی نیست؛ چه اولاً: ایقاعات منحصر به ایقاعات اسقاطی همچون ابراء، طلاق، فسخ و... نیست، بلکه ایقاعاتی همچون وصیت عهدی، اخذ به شفعه، اجازه معامله فضولی و نیز ایقاعات اذنی موجب اسقاط امری در عالم اعتبار نمی‌گردند. ثانیاً: ملازمه بین شرط و تسلط بر فسخ در صورت امتناع مشروط‌علیه از انجام شرط، به صورت قاعده کلی تخصیص‌ناپذیر پذیرفته نیست؛ زیرا در پاره‌ای از اعمال حقوقی، موارد فسخ و انحلال منحصر به اسباب تعبدی خاصی می‌باشد که شارع آن را جعل نموده است، همچون عقد نکاح و طلاق که نظر به اینکه قواعد مربوط به آن‌ها از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی است و مصلحت عمومی در آن‌ها مورد نظر است، موارد انحلال در آن‌ها منحصر به اسباب تعبدی خاصی است که شارع پیش‌بینی کرده است. ثالثاً: احکام شرعی بر تدقیقات عقلی استوار نیست، بلکه این احکام طبق عرف مردم و فهم عرفی عوام ابلاغ گردیده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۷۵/۵). رابعاً: حتی قائلان به قاعده «الساقط لا یعود کما انّ المعدوم لا یعود» نیز معتقدند که قاعده مزبور به عمومیت خود باقی نیست؛ زیرا بعضی از امور ساقط‌شده در احکام شرعی بازگشت می‌کند، همانند حق خیار مشتری که به واسطه عیب حادث در نزد او ساقط می‌گردد و

۱. علامه حلی نیز در *تذکره الفقهاء* در خصوص عتق می‌نویسد: «والعتق لا یشیت فیه خیار؛ لانه إسقاط حق...» (بی‌تا: ۶۷/۱۱).

در صورت زائل شدن عیب مذکور، خیار مشتری به او برمی‌گردد (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ج ۱، قسم ۱/۲۶). خامساً: حقیقت فسخ و رجوع، عقلاً تملک جدید محسوب می‌شود و اثبات بردگی و زوجیت جدید به واسطه فسخ عتق و رجوع در طلاق، به عنوان اعاده و بازگشت آن چیزی است که قبلاً وجود داشته است، همچنان که بازگشت ملکیت زائل شده در بیع به واسطه فسخ نیز اعاده معدوم محسوب می‌شود و حکم چیزی در عالم خارج به عنوان و اعتبار آن در عالم انشا سرایت نمی‌کند. لذا اینکه توهم شده است که امر ساقط شده از ذمه بازگشت نمی‌کند، صحیح نیست؛ زیرا امر ساقط شده حقیقتاً (در عالم خارج) بازگشت نمی‌کند نه عنواناً و اعتباراً (در عالم انشا) (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۱۹/۴). سادساً: فسخ موجب اعاده و بازگشت امر ساقط شده نمی‌گردد، بلکه باعث ایجاد فرد مماثل و مشابهی برای امر معدوم می‌گردد و مسامحتاً آن را اعاده امر معدوم می‌دانند. لذا با توجه به اینکه منظور از فسخ، ایجاد فرد مماثلی برای امر معدوم می‌باشد، هیچ معنی برای تعلق فسخ به امر عدمی نیست (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۳۹/۸).

دلیل پنجم: عدم بقای اعتباری ایقاعات در معنای سببی

معاملات (عقود و ایقاعات) در معنای سببی در یک لحظه به وجود می‌آیند و سپس معدوم می‌گردند و در آنات باقی نیستند تا قابل فسخ باشند. البته در خصوص عقود، شارع و عقلا قائل به بقای اعتباری اند. مؤید این مطلب، تشریح فسخ و اقاله در عقود است. لکن در ایقاعات دلیلی بر بقای اعتباری آن‌ها نزد عقلا و شرع وجود ندارد، بلکه ظاهر عدم اعتبار چنین امری است؛ لذا فسخ و برهم زدن ایقاع معنایی ندارد و صرف شک در بقای اعتباری ایقاعات برای عدم امکان چنین امری کفایت می‌کند (موسوی خمینی، بی تا: ۳۷۵/۴).

امام خمینی در ادامه می‌گوید:

چنین امری با آنچه در باب فضولی در مورد بقای مسبب ایقاعات در عالم اعتبار اختیار کردیم منافاتی ندارد؛ زیرا سبب و مسبب از یکدیگر متفاوت اند (همان: ۳۷۵/۴).

این دلیل یعنی تفصیل بین اسباب معاملات با این توجیه که شرع و عرف، بر خلاف ایقاعات نسبت به اسباب عقود قائل به بقای اعتباری هستند از یک جهت، و بین سبب و مسبب در عالم اعتبار با این توجیه که مسبب در ایقاعات باقی است از جهت دیگر،

اشکال دارد؛ چه اولاً: همان طور که برخی از اصولیان بیان کرده‌اند، در باب معاملات اصلاً چیزی به عنوان سبب و مسبب وجود ندارد تا ایراد گردد که امضای یکی از آن‌ها مستلزم امضای دیگری نیست، بلکه معاملات چیزی جز عناوین خاص خود نمی‌باشد؛ برای مثال آنچه عقودی همچون بیع، هبه، صلح و نکاح را تشکیل می‌دهد اسامی مرکب آن‌هاست (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱۹۳/۱). لذا با توجه به نظر مسامحی عرف، در معاملات صرفاً یک چیز به وجود می‌آید؛ همانند انشای تملیک عین به عوض توسط متعاملین و تحلیل این عمل در عالم اعتبار عبارت است از انشای معاملی و نتیجه قانونی مُنشأ. چنانچه تحلیل منطقی شیء موجود در عالم خارج نیز عبارت است از ایجاد و وجود (صدر، ۱۴۱۷: ۲۱۵/۱).

ثانیاً: بر فرض پذیرش تفصیل بین اسباب و مسببات در باب معاملات، باز اشکال بر جای خود باقی است؛ بدین جهت که در باب معاملات (عقود و ایقاعات) چه امر اعتباری مُنشأ را «مسبب»، و لفظ یا فعلی را که موجب تحقق مُنشأ می‌گردد «سبب» بدانیم (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۶۶-۶۷) و چه طبق نظر برخی دیگر از اصولیان، «سبب» را بر ذات اعتبار نفسانی (قصد انشا)، و «مسبب» را بر معتبر و مُنشأ اطلاق نماییم (غروی اصفهانی، ۱۴۲۶: ۱۳۳-۱۳۴/۱)، طبق هر یک از دو احتمال مزبور، هیچ امری تفصیل و تفاوت بین اسباب عقود و ایقاعات را تأیید نمی‌کند؛ زیرا خیار و تسلط بر فسخ اصلاً به صیغ معاملات و یا قصد انشا تعلق نمی‌گیرد، بلکه آنچه صرفاً حق فسخ به آن تعلق می‌گیرد نفس معامله (مُنشأ) است که در کلمات فقها غالباً از آن با عنوان «مسبب» تعبیر می‌گردد.

ثالثاً: ادعای اعتبار و شرع برای بقای اسباب در عقود نیز ادعایی بی‌دلیل است؛ زیرا اسباب در معنای اول -صیغ معاملات- و همچنین معنای دوم اسباب معاملات -انشا و اعتبار- از امور ناپایداری‌اند که به وجود می‌آیند و سپس از بین می‌روند و هیچ اثری در بقای آن‌ها نیست تا شارع و عقلا برای آن‌ها اعتبار بقا نمایند.

رابعاً: مسبب -مُنشأ (محصول انشا)- به حسب اقتضای طبع خود باقی است، اعم از اینکه محصول انشای عقد و یا ایقاع باشد؛ همان گونه که در امور تکوینی نیز چنین است؛ برای مثال در جایی که سنگی قرار دارد، آن سنگ مادامی که کسی آن را بر نداشته باشد، به حسب اقتضای طبع خود باقی است و عرف و عقلا جز ادراک آن

نقشی در اعتبار بقای آن ندارند.

خامساً: آنچه در مانحن‌فیه مهم است، اثبات بقا و دوام وجود است تا مفهوم فسخ و برهم زدن محقق گردد. اما تحقیق در مورد علت و سبب در بقا و دوام موجودات و اینکه اکنون بعد از حدوث باقی‌اند یا متجدد و اینکه در صورت قائل بودن به بقای آن‌ها، آیا برای بقا نیاز به سبب مؤثر هست یا خیر، بحثی است فلسفی که نفیاً و اثباتاً داخل در محل کلام نیست (خوبی، ۱۴۱۴: ۱۰۷/۲-۱۰۸).

به همین جهت، اکثر محققان معتقدند که ایقاعات نیز همچون عقود، در عالم اعتبار از امور وجودی محسوب می‌گردند و عرفاً و عقلاً هیچ‌گونه تفاوتی بین آن‌ها از حیث بقا وجود ندارد (مدنی کاشانی، ۱۴۰۹: ۶۹؛ اراکی، ۱۴۱۴: ۱۵۷؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۵۳/۴-۱۵۴). در واقع اگرچه انشای لفظی در عقود و ایقاعات معدوم می‌گردد، منشأ اعتباری در هر دوی آن‌ها مطلقاً نزد عرف باقی است (سبحانی، ۱۴۱۴: ۱۸۰).

اثر اندراج شرط در ضمن ایقاعات

چنان که گفته شد برخی محققان قائل به عدم امکان اندراج شرط در ضمن ایقاعات هستند. لذا با فرض پذیرش نظر مزبور، در رابطه با وضعیت حقوقی ایقاع و شرط سه احتمال متصور است:

الف) شرط باطل است ولی مفسد ایقاع نیست؛ زیرا در ایقاع مشروط، قصد به ایقاع مقید به شرط تعلق نگرفته است، بلکه به مجموع ایقاع و شرط به صورت تعدد مطلوب و دو التزام مجزاً تعلق گرفته است. در این صورت، با بطلان شرط و سقوط یک مطلوب، تعلق قصد به مطلوب دیگر یعنی ایقاع منتفی نمی‌شود و ایقاع همچنان در عالم اعتبار باقی خواهد ماند.

ب) شرط باطل و موجب بطلان ایقاع است؛ زیرا ایقاعات نیز همچون عقود تابع قصد می‌باشند و در ایقاع متضمن شرط، قصد موقع به ایقاع مقید به شرط تعلق گرفته است و با انتفای قید، مقید نیز منتفی می‌گردد (إذا انتفی القید انتفی المقید). به دیگر سخن، شرط رکن مطلوب یا انگیزه اساسی ایقاع‌کننده تلقی می‌گردد، لذا فساد و بطلان شرط ضمن ایقاع، بی‌گمان ایقاع را نیز فرا می‌گیرد؛ چه آنچه واقع شده است قصد

ایقاع کننده نبوده و آنچه قصد ايقاع کننده بوده نیز واقع نشده است (ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع).

ج) شرط را باید حمل بر شرط ابتدایی نمود؛ زیرا ايقاع بعد از انشای صیغه، محقق و مفروغ عنه است و متوقف بر انضمام شیء دیگر نیست. بنابراین بعد از تمامیت ايقاع، آنچه به آن الحاق می‌گردد خارج از ايقاع، و شرط ابتدایی محسوب می‌گردد.

لکن چنان که اشاره شد، دلایل و اشکالاتی که قائلان به عدم امکان اندراج شرط در ضمن ايقاعات بیان نموده‌اند، تماماً با پاسخ‌های نقضی و جواب‌های حلّی بسیاری از محققان روبه‌رو شده است. لذا با توجه به مفهوم «شرط» و اصل آزادی شروط در فقه (کرکی، ۱۴۱۴: ۳۱/۱۳؛ عراقی، ۱۴۲۱: ۴۳۲)، حق این است که اندراج شرط در ضمن ايقاعات همچون عقود امری ممکن است. مؤید مطلب اینکه نه تنها خلع و مبارات، طلاق است که به شرط دادن مالی از جانب زوجه واقع می‌شود (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۶۶/۹؛ خوبی، ۱۴۱۴: ۱۰۰/۲) بلکه اشتراط در ضمن عتق (قمی، ۱۴۱۳: ۲۲۸/۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۳۲/۲)، شرط در ضمن اجازه عقد فضولی (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۲۳۷/۲)، اباحه به شرط عوض (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ۲۹۴/۲-۲۹۵)، تأخیر به شرط بیع (بحرانی، ۱۴۲۸: ۱۶۸)، اسقاط حق قصاص به شرط پرداخت دیه (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۲۸۷)، بذل مدت باقی مانده در نکاح منقطع به زن به شرط اینکه زن با فلان شخص ازدواج نکند (موسوی خوبی، ۱۴۱۰: ۲۷۳/۲؛ روحانی، *منهاج الصالحین*، بی تا: ۵۱۵/۲)، ابراء دین به شرط عوض (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۸۱) و اسقاط حق فسخ (خیار) به شرط اجاره از جمله مصادیقی است که می‌توان برای قابلیت اندراج شرط در ضمن ايقاعات به آن‌ها استناد نمود.

گفتنی است که موافقان اندراج شرط در ضمن ايقاعات نیز خود چند دسته‌اند:

دسته اول: برخی معتقدند که اگرچه اشتراط در ايقاعات امری ممکن است، اثر شرط صرفاً وجوب انجام آن شرط توسط مشروط علیه است. لذا اگر او از انجام شرط امتناع نمود برای مشروط له خیار تخلف از شرط ثابت نمی‌گردد؛ زیرا آنچه از ايقاعاتی همچون ابراء و طلاق متبادر است آن است که ابدیت و همیشگی بودن از مقتضای ذات آن‌هاست و فسخ با نفس این ايقاعات منافات دارد (موسوی خوبی، ۱۴۱۶: ۱۷۲-۱۷۳).

دسته دوم: برخی محققان شرط کردن در ايقاعات را از باب شروطی که منتفی شدن

آن مستلزم ثبوت خیار تخلف از شرط گردد ندانسته‌اند، بلکه آن را مجرد الزام و التزام می‌دانند. با وجود این، معتقدند که اگر در زمان اشتراط به ثبوت حق خیار مشروطه در فرض منفی شدن شرط تصریح گردد، او می‌تواند با اعمال حق خیار خویش ایقاع را بر هم زند (قمی، ۱۴۲۷: ۱/۵۲۶-۵۲۷).

دسته سوم: برخی بزرگان نیز ضمن تصریح به روایات موثق موجود در اشتراط در عتق معتقدند که اجماع فقها صرفاً در رابطه با بطلان خیار شرط در ایقاعات است، لکن اشتراط هر شرط دیگری که تخلف از آن موجب ثبوت خیار تخلف از شرط است مشمول اجماع قرار نمی‌گیرد، البته به جز طلاق که تخلف از شرط ضمن آن، موجب ثبوت خیار تخلف از شرط نمی‌گردد. لذا ابراء کننده می‌تواند ضمن ابراء، دوختن لباسی را بر ذمه مدیون شرط نماید یا مولی ضمن آزاد ساختن برده خویش، چیزی را علیه او شرط نماید و در فرض تخلف از شرط، مطابق قاعده برای مشروطه «خیار تخلف از شرط» ثابت می‌گردد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۲/۳۲).

این نظر را باید تقویت نمود؛ زیرا چه نظریه شروط را عنوانی مستقل از خيارات بدانیم و چه از توابع خيارات، در هر صورت، ضمانت اجرای تخلف از شرط در ایقاعات اصولاً منجر به «خیار تخلف از شرط» خواهد شد. منتها با ذکر این نکته که فسخ ایقاعات به واسطه تخلف از شرط، همچون عقود باید به عنوان آخرین حربه، مورد استفاده مشروطه قرار گیرد. بنابراین، اگر اجبار مشروطه علیه به انجام فعل مشروط ممکن باشد یا فعل مزبور قائم به شخص مشروطه نباشد و بتوان آن را توسط شخصی دیگر انجام داد، مشروطه حق فسخ ایقاع را نخواهد داشت؛ مبنایی که با اصل لزوم در عقود و ایقاعات نیز سازگاری دارد.

لازم به یادآوری است که اولاً: شرط صفت محلی در مفاد ایقاعات ندارد و اشتراط در ایقاعات را باید منحصر به شرط نتیجه و شرط فعل (مثبت یا منفی) دانست؛ زیرا طبق ماده ۲۳۴ ق.م. «شرط صفت عبارت است از شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله». لذا همان گونه که در عقود غیر معاوضی شرط صفت محلی در مفاد عقد ندارد، به طریق اولی چنین شرطی در ایقاعات نیز متصور نیست.

ثانیاً: اشتراط در طلاق و تخلف از انجام شرط ضمن آن توسط مشروطه علیه، به هیچ

وجه منجر به ثبوت خیار تخلف از شرط برای مشروطه نخواهد شد؛ چه زائل ساختن طلاق منحصر به سبب تعبدی خاص (رجوع) است که شارع آن را در برخی از مصادیق طلاق ترخیص نموده است، همچون عقد نکاح که نظر به بقا و تثبیت خانواده در دید قانون‌گذار، موارد فسخ در آن منحصر به اسباب خاصی است که قانون‌گذار پیش‌بینی کرده است. لذا فسخ طلاق همچون نکاح، جز در موارد پیش‌بینی شده بر خلاف نظم عمومی و حتی اخلاق حسنه است. مضافاً اینکه ثبوت خیار در طلاق این تالی فاسد را در پی خواهد داشت که مشروطه (زوج) در صورت تخلف از شرط از سوی مشروط‌علیه (زوجه مطلقه) بتواند طلاق را فسخ نماید هرچند سال‌ها از زمان وقوع طلاق گذشته باشد و زوجه مطلقه او با مرد دیگری ازدواج کرده باشد. لذا ارتکاز عرفی نیز مانع از جریان خیار تخلف از شرط در طلاق می‌باشد. بنابراین، اشتراط در طلاق را باید صرفاً حمل بر الزام و التزام نمود و در فرض تخلف از انجام شرط در فرضی که فعل مشروط قائم به شخص مشروط‌علیه (زوجه مطلقه) است و اجبار او به انجام آن ممکن نباشد، مشروطه می‌تواند با برخورداری از ضمانت اجرای مطالبه خسارت ناشی از عدم انجام شرط، طبق قاعده لاضرر جبران و تدارک آن را از طریق دادگاه از مشروط‌علیه خواستار گردد.

نتیجه‌گیری

۱. بر خلاف نظر فقیهانی همچون شیخ انصاری و امام خمینی که شرط را مشترک لفظی بین دو معنا می‌دانند، اکثر ایشان برای شرط معنای جامع وحدانی با مصادیق گوناگون قائل شده‌اند. با این حال، نظرها در چستی معنای جامع متفاوت است، لکن همگی در انکار تعدد وضع همسویند.

۲. تنها معنایی که حسب ارتکاز عرفی از واژه «شرط» به ذهن متبادر می‌شود «ربط و اناطه» است. نهایتاً اینکه کیفیت ارتباط و مصادیق آن با توجه به استعمال این واژه مختلف خواهد بود؛ چه ارتباط و پیوند بین دو امر، حسب موارد ممکن است به صورت واقعی و تکوینی باشد و یا به صورت اعتباری؛ اعم از اینکه به سبب جعل و اعتبار شارع باشد یا به سبب اعتبار عرف و یا به سبب اعتبار نفسانی طرفین شرط.

۳. شرط در معنای تخصصی حقوقی نیز بر فرض که به معنای الزام و التزام باشد، هر گونه الزام و التزامی را در بر نمی‌گیرد بلکه مقصود از آن الزام و التزامی است که به واسطه ارتباط آن با مشروط به وجود می‌آید؛ اعم از اینکه مقدم یا موخر یا در اثنای آن واقع گردد، و تا زمانی که هیچ ارتباطی وجود نداشته باشد، لفظ «شرط» بر آن اطلاق نمی‌گردد بلکه چنین الزام و التزام مستقل و غیر مرتبطی را «تعهد»، «پیمان» و همانند آن می‌نامند. لذا وجه افتراق عقد و شرط در این است که «عقد» توافقی است مستقل و «شرط» توافقی مرتبط با عمل حقوقی دیگر، وگرنه میان این دو دیگر تفاوتی نمی‌ماند.

۴. مقتضای ارتباط و علقه بین شرط و مشروط عبارت است از تعلیق نفس مُنشأ بر التزام و تعهد مشروط‌علیه. همچنین تعلیق التزام شارط به مُنشأ بر امری که مشروط‌علیه در خارج به آن ملتزم گردیده است.

۵. مفهوم «شرط» در هر صورت جز به واسطه دو شخص «مشروط‌له» و «مشروط‌علیه» که دو عنوان متضایف‌اند تحقق نمی‌یابد و بر التزام و تعهد یک‌طرفی مفهوم شرط صدق نمی‌کند؛ زیرا شرط نیازمند انشا و قبول انشاست.

۶. بر خلاف نظر فقیهانی نظیر نایینی، حکیم و امام خمینی، شرط ضمن ایقاع امری است ممکن که با طبیعت ایقاع و نفوذ آن هیچ گونه منافاتی ندارد؛ زیرا اگرچه تحقق شرط مستلزم وجود دو طرف «مشروط‌له» و «مشروط‌علیه» است، این امر مقتضی آن نیست که مورد و محل شرط نیز قائم به دو شخص باشد. لذا در ایقاع متضمن شرط، قبول مشروط‌علیه به شرط تعلق می‌گیرد نه به محل و مورد شرط (ایقاع) تا مستلزم ناسازگاری با ماهیت یک‌طرفی ایقاع و تبدیل آن به عقد باشد. به بیان دیگر، برای تحقق مفهوم شرط صرفاً وجود اراده دو شخص «مشروط‌له» و «مشروط‌علیه» و امری که شرط در ضمن آن انشا و به آن مرتبط گردد، ضروری است که هر دوی آن‌ها در ایقاع مقرون به شرط موجود است. لذا شرط ضمن ایقاع با توجه به اصل آزادی شروط، مشمول ادله شرط قرار می‌گیرد.

۷. چه نظریه شروط را عنوانی مستقل از خيارات بدانیم و چه از توابع خيارات، در هر صورت، ضمانت اجرای تخلف از شرط در ایقاعات، اصولاً منجر به «خيار تخلف از شرط» خواهد شد.

کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم، کفایة الاصول، قم، مؤسسة آل البيت علیہ السلام، ۱۴۰۹ ق.
۲. ابن منظور، ابوالفضل، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر - دار الصدر، ۱۴۱۴ ق.
۳. اراکی، محمدعلی، الخیارات، قم، در راه حق، ۱۴۱۴ ق.
۴. امامی، حسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیة، بی تا.
۵. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب المحرمة و البیع و الخیارات، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۶. ایروانی، علی، حاشیة المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۷. بحرانی، محمد سند، فقه المصارف و النقود، قم، مکتبه فذک، ۱۴۲۸ ق.
۸. تبریزی، جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، چاپ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۱۰. همو، مسعود، در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۱۱. حسینی حائری، سیدکاظم، فقه العقود، چاپ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۲. حسینی روحانی، سیدمحمد، المرتقی الی الفقه الارقی - کتاب الخیارات، تهران، مؤسسة الجلیل للتحقیقات الثقافیه (دار الجلی)، ۱۴۲۰ ق.
۱۳. حسینی عاملی، سیدجواد، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق.
۱۴. حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۱۵. همو، منهاج الصالحین همراه با تعلیقات شهید محمدباقر صدر، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۱۶. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت علیہ السلام، بی تا.
۱۷. خوبی، محمدتقی، الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود، بیروت، دار المورخ العربی، ۱۴۱۴ ق.
۱۸. رشتی، میرزا حبیب الله، فقه الامامية - قسم الخیارات، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۰۷ ق.
۱۹. روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق علیہ السلام، قم، دار الکتب، بی تا.
۲۰. همو، منهاج الصالحین، بی جا، بی تا.
۲۱. همو، منهاج الفقاهه، چاپ پنجم، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ ق.
۲۲. سبحانی، جعفر، المختار فی احکام الخیار، قم، مؤسسة امام صادق علیہ السلام، ۱۴۱۴ ق.
۲۳. سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، چاپ چهارم، قم، المنار - دفتر معظم له، ۱۴۱۳ ق.
۲۴. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۳ ش.
۲۵. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، هدایة الطالب الی اسرار المکاسب، تبریز، چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ ق.
۲۶. صدر، سیدمحمدباقر، بحوث فی علم الاصول، تقریرات سید محمود هاشمی شاهرودی، چاپ سوم، قم، دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۱۷ ق.
۲۷. صفایی، حسین، قواعد عمومی قراردادها، چاپ دوازدهم، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۲۸. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۲۹. طباطبائی قمی، سیدتقی، دراستنا من الفقه الجعفری، قم، مطبعة الخیام، ۱۴۰۰ ق.
۳۰. همو، مبانی منهاج الصالحین، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
۳۱. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم، العروة الوثقی فیما تعم به البلوی، چاپ دوم، بیروت، مؤسسة الاعلمی

- للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۳۲. همو، حاشیه المکاسب، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
۳۳. عاملی جعی، زین‌الدین بن علی، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۳ ق.
۳۴. عراقی، آفاضلاءالدين، حاشیه المکاسب، تقریرات نجم آبادی، قم، غفور، ۱۴۲۱ ق.
۳۵. عمید، حسن، فرنگ عمید، چاپ سوم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۹ ش.
۳۶. غروی اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۳۷. همو، نهاية الدراية في شرح الكفاية، چاپ دوم، بیروت، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ۱۴۲۶ ق.
۳۸. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القصاص، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (عج)، ۱۴۲۱ ق.
۳۹. فشارکی، محمد بن قاسم، الرسائل الفشاركية، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۰. قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات في اجوبة السؤالات، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۴۱. همو، رسائل الميرزا القمي، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۷ ق.
۴۲. کاتوزیان، ناصر، ايقاع (نظرية عمومي - ايقاع معين)، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۴۳. کاشف الغطاء، محمدحسین، تحرير المعجله، نجف اشرف، المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۹ ق.
۴۴. کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد في شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت (عج)، ۱۴۱۴ ق.
۴۵. کلاتر، سیدمحمد، کتاب المکاسب (المحشى)، چاپ سوم، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۰ ق.
۴۶. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی ۲)، چاپ هشتم، تهران، سمت، ۱۳۸۷ ش.
۴۷. مدنی کاشانی، حاج آقارضا، تعلیقة شريفة على بحث الخيارات والشروط، قم، مکتبه آية الله المدنی الکاشانی، ۱۴۰۹ ق.
۴۸. موسوی خمینی، سیدروح الله، استفتانات، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۴۹. همو، کتاب البيع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
۵۰. موسوی خمینی، سیدمصطفی، الخيارات، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
۵۱. همو، کتاب البيع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۵۲. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، المعتمد في شرح المناسك، قم، مدرسة دارالعلم - لطفی، ۱۴۱۰ ق.
۵۳. همو، محاضرات في اصول الفقه، چاپ چهارم، قم، دارالهادی للمطبوعات، ۱۴۱۷ ق.
۵۴. همو، مصباح الفقاهه (المکاسب)، بی تا.
۵۵. همو، معتمد العروة الوثقى، چاپ دوم، قم، مدرسة دارالعلم - لطفی، ۱۴۱۶ ق.
۵۶. نایینی، محمدحسین، منية الطالب في حاشیه المکاسب، تهران، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ ق.
۵۷. نجفی، محمدحسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۵۸. واسطی زبیدی، محب‌الدین سیدمحمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزيع - دارالصدر، ۱۴۱۴ ق.
۵۹. هاشمی شاهرودی، سیدمحمد، پژوهشهای نو در فقه معاصر (جلد چهارم - حقوق مدنی)، قم، وزارت دادگستری، ۱۳۸۷ ش.
۶۰. همو، قراءات فقهية معاصره، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه الاسلامی بر مذهب اهل بیت (عج)، ۱۴۲۳ ق.