

بررسی دایره تأثیرگذاری شروط بنائی بر عقود در فقه امامی

بختیار نصیری اوانکی* کریم عبداللهی نژاد** حسین صابری***

چکیده

در میان فقهای امامیه، در میزان تأثیرگذاری شروط بنائی بر عقود، اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقهای متقدم تا زمان شیخ انصاری بر این باور بودند: به طور مطلق، شروط بنائی - همان شروط مورد توافق طرفین عقد، قبل از عقد که عقد لاحق بر مبنای آن منعقد می‌گردد- تأثیری بر عقد ندارد. نظریه آنها به استناد نصوص موثقی از معصومین (ع) و تبادل ناشی از معنای لغوی مستند گشته است. در این مقاله که دیدگاه فقهای امامیه، به روش تطبیقی، بررسی شده است، ضمن مرود دانستن ادعای وجود تبادل، در معنی یادشده، بر این موضوع تأکید شده که نصوص مؤثق استنادی مشهور، به لحاظ اتحاد در موضوع، فقط بر مورد خود - عقد متعه - دلالت دارند. از این روی - چنانچه مشهور فقهای متأخر نیز گفته‌اند - به حکم عمومیت حدیث شریف «المُسلِمونَ عندَ شروطِهِم» و ادله دیگر، به این نتیجه رسیده‌ایم که شروط بنائی، اعتباری به اندازه اعتبار همه شروط صریح دارد.

واژه‌های کلیدی: شرط، شرط بنائی، عقد، لازم، فقه امامیه، ازدواج موقت.

bakhti.nasiri@yahoo.com

* دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

** استاد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد مقدس (نویسنده مسئول)

abdolahi-k@um.ac.ir

hsaberi66gmail.com

*** استاد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد مقدس

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۲/۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۲/۱

۱. مقدمه

۱.۱. تعریف واژگان کلیدی

برای واژه «شرط»؛ معانی مختلفی ذکر شده است. یکی از معانی شرط (به سکون «ر»): الزام یا التزام به شیء در ضمن عقد بیع یا امثال بیع است (واسطی، ۱۴۱۴: ۱۱۱ و ۳۰۵). بعضی‌ها نیز معنی حقیقی آن را «عهد» نامیده‌اند: «لان الشرط عهد فی الحقیقه» (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۱۲). طبق نظریه اخیر، تعهد مستقل و ابتدائی نیز می‌تواند، شرط نامیده شود. مکارم شیرازی می‌گوید: «شرط»، غالباً بر امری که شخصی در ضمن قراردادی به آن متعهد شده باشد، اطلاق و جزئی از عقد و معامله محسوب می‌گردد. واژه «شرط بنائی»؛ گاه، شرط در متن عقد و معامله به نحو صریح ذکر می‌شود. مثلاً موجر بگوید: من فلان مورد اجاره را به فلان مبلغ و بر مبنای فلان شرط به شما اجاره دادم. به شبیه چنین شروطی، «شروط صریح» گفته می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۸۴). گاه شروط از نوع ضمنی است که دو قسم دارد: یا شروط ضمنی، از نوع شروطی است که هیچ‌کسی از اهل عرف، چنان شروطی را در ضمن عقد ذکر نمی‌کند، زیرا شرطیّت چنان شروطی برای عقد، امری واضح و از بدیهیات محسوب می‌شود. به همین دلیل، اموری مثل سالم بودن جنس مبیع یا جنس مورد اجاره، باکره بودن دختر برای ازدواج و... از جمله شروطی‌اند در عرف مسلمین به خاطر واضح بودن، در عقد، ذکر نمی‌شوند، از این‌گونه شروط ضمنی، به «شروط ضمنی عرفی» یاد می‌شود؛ اما گاهی؛ طرفین عقد، قبل از اجرای معامله، از شروطی بحث و گفتگو کرده، بعد از حصول توافق کامل، درباره آن شروط، با ملاحظه و قصد به شروط سابق، ولیکن بدون ذکر چنان شروطی در حین عقد، صیغه عقد را جاری ساخته و عقد را ناظر بر شروط مذکور قبل از عقد قرار می‌دهند. از این‌گونه شروط مذکور قبل از عقد - که عقد لاحق بر مبنای آن جاری می‌شود - به «شروط ضمنی مضمّر یا بنائی یا تبائی» یاد می‌شود. در این مقاله، بحث در مورد این دسته اخیر از شروط ضمنی، منعقد می‌شود. واژه «عقد»؛ این کلمه، در زبان و ادبیات عرب، مصدر عربی بوده و به معنی گره زدن و گره بستن به کار رفته و نقطه مقابل آن، «حل» (به فتح ح و لام مشدد)، در معنای باز کردن و گشودن است.

در اصطلاح فقه؛ «عقد»، به معنای «ایجاب و قبول» است (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۲۱). در این تحقیق بحث در مورد حدود تأثیرگذاری شروط بنایی بر عقود مختلف با این توصیف پیگیری می‌شود: این شروط قبل از عقود و به تعبیری دیگر، با یک فاصله زمانی در قبل از ایجاب و قبول آن عقود ذکر شده باشند. واژه «لازم»؛ در اصطلاح فقهی، صفت عقد یا ایقاعی است، اقدام کننده به آن نتواند به قصد یک طرفی خود، آن را فسخ نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۵۸۴ و ۵۸۸). فقهای امامیه در بحث از لزوم یا عدم لزوم برای شروط بنایی در عقود مختلف، مسامحه کرده و الفاظ یکسانی را به کار نبرده و به جای استعمال لفظ لازم، الفاظ مختلف دیگری را به کار برده‌اند. البته به دلالت قرینه حال و مقال و وحدت در موضوع بحث، فهمیده می‌شود: همگی آنها در بحثشان، اثبات لزوم یا عدم لزوم برای شروط بنایی در عقود را قصد کرده‌اند. برای مثال به نمونه‌ای از کاربرد الفاظ مختلف در زبان فقها، به جای لفظ لزوم اشاره می‌شود: «جایز» در روایت ابن بکیر: «و ماکان بعد النکاح فهو جایز» (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۵۶)؛ «اعتبار»: (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۳۶)؛ «تأثیر»: (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۴۹۳)؛ سید عبد الأعلى سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۴۴؛ مولی محمد نراقی، ۱۴۲۲: ۹۰ - ۹۲)؛ «قابل اکتفا»: (آقاچواد تبریزی، ۱۴۰۷: ۷۲)؛ «واجب الوفاء»: (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۵)؛ «لازم الوفاء»: (حائری، ۱۴۲۳: ۳۹۷)؛ «حکم لزوم»: (شهید خویی، ۱۴۱۴: ۱۷۰)؛ «نفوذ»: (روحانی، بی تا: ۶۶) و ... حال در این مقاله برای رعایت امانت داری، عین الفاظ فقها نقل شده است.

۱.۲. اهمیت تعهدات:

قبل از ورود به اصل مطلب و آراء و اقوال بزرگان و بررسی ادله، یادآور می‌شود، احترام به تعهدات و شروط، از نظر همه عقلای عالم از هر دین و مذهب و فرقه‌ای که باشند؛ امری مطلوب و برای حفظ سلامت اجتماع و داشتن جامعه‌ای مورد اعتماد، لازم و ضروری است. چنین صورتی از بنای عقلا از طریق ادله لفظی که از ناحیه شارع مقدس وارد شده، مورد تأیید و امضاء قرار گرفته است. چنانچه از پیامبر (ص) نقل شده که فرموده‌اند: «المسلمون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب الله» (نوری،

۱۴۰۸: ۳۰۰) (ترجمه: بر مسلمین واجب است به شروطشان وفادار باشند، در صورتی که آن شروط مخالف کتاب خداوند متعال نباشد).

۱.۳. محل نزاع:

در میان فقها، در لازم‌الوفاء بودن شروط صحیح مذکور و مصرح در متن عقد لازم، اختلافی وجود ندارد، ولیکن بر اساس آرای که از آنها صادر شده، در لازم‌الوفاء بودن شروط بنائی، یعنی شروطی که در قبل از عقد ذکر، سپس عقد بر مبنای آن شروط منعقد می‌شود، اختلاف نظر وجود دارد. از میان مخالفین؛ یک گروه از علماء، مثل شیخ انصاری در «کتاب المکاسب»، مدعی عدم لزوم شروط بنائی مشروع هستند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۴)؛ بعضی دیگر مثل صاحب «ریاض المسائل»، به استناد «اجماع» و «نصوص مستفیضه»، مدعی شده‌اند: به‌طور مطلق، برای شروط قبل از عقد - چه از نوع مشروع و چه از نوع غیر مشروع - هیچ حکمی از لحاظ لزوم وجود ندارد (ر.ک. طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۳۶). برخلاف نظر مخالفین؛ گروه دومی از فقها مانند کلام صریح «محقق خویی، بی تا: ۳۵۶-۳۵۷»، «شهید خویی، ۱۴۱۴: ۱۷»، «محقق روحانی، بی تا: ۶۷» و ظاهر کلام «امام خمینی (ره)، بی تا: ۳۱» و ... معتقدند: دلیلی ندارد شرط حتماً در داخل عقد قرار داشته باشد، بلکه وجود قرینه معنوی تواطؤ و توافق قبل از عقد در بین دو طرف عقد، حاکی از الزام چنان توافقات داشته و التزام آنها به انشائاتشان را فراهم می‌آورد و یا پیش از همه، شیخ الطائفه در «کتاب الخلاف» قائل است: «دلیلی بر منع این شروط وجود نداشته و بلکه اصل اصاله الجواز و بعضی از نصوص بر لزوم آن دلالت دارد» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۱). حال از آنجا که وجود شروط بنایی، در قراردادها عام‌البلوی است، نادیده گرفتن چنین شروطی از یک طرف، تفسیر قراردادها را غیرممکن ساخته و از طرف دیگر، تجارت از روی عدم تراضی را فراهم می‌آورد. به همین خاطر جا دارد برای رسیدن به پاسخ سؤالات اساسی زیر تحقیق شود: آیا ادله استنادی مشهور فقهای متقدم، قداراست به‌طور عام، حکم لزوم را برای شروط بنائی منتفی سازد؟ اگر جواب منفی است، حکم عدم لزوم این شروط در

کدام دسته از قراردادها ثابت و بر حکم عدم لزوم شروط بنایی در کدام دسته از قراردادها، ادله آن‌ها دلالتی ندارد؟ تا آنجا که برای نگارندگان معلوم شد، تحقیقی موضوع محور، در مورد حدود تأثیرگذاری شروط بنایی بر عقود در فقه امامیه، صورت نگرفته. محققین گذشته، یا بحث از چنین شروطی را در ضمن متون فقهی و در ضمن مباحث دیگر و به نحو تقیلی مطرح کرده‌اند که برای همگان قابل استفاده نیست؛ یا در ضمن مباحثی عام (شرف آبادی، ۱۳۷۹: ۸۰ به بعد) یا بیش‌تر با نگاه و بررسی حقوقی و در مقام مقایسه با حقوق انگلیس و ... به مسئله پرداخته‌اند: (صراف ۱۳۸۰: ۱۰۳ به بعد)؛ (فرحزادی، ۱۳۸۶: ۹۰ به بعد). به همین دلیل، در این مقاله که به شیوه مطالعه تطبیقی در نگاه فقهای امامیه و کتابخانه‌ای صورت می‌گیرد، تلاش می‌شود به خاطر محل مناقشه بودن مسئله حکم لزوم شروط بنائی در نظر آن‌ها، با نقد یا تحلیل در ادله مشهور و غیر مشهور، به حدود و دامنه تأثیرگذاری و الزام این شروط در عقود مختلف دست یافته تا بدین وسیله به سؤالات تحقیقی پاسخ داده شود.

۲. بحث

۲.۱. ادله منکرین و متعاقب آن ادله موافقین اعتبار شروط بنائی و نقد یا تحلیل ادله آن‌ها

۲.۱.۱. لزوم ذکر شرط در متن عقد به دلیل «جزئیت شرط برای عوضین: شیخ انصاری و طرفداران وی می‌گویند: به دلیل جزئیت شرط برای یکی از عوضین، همان‌طور که ذکر عوضین در هنگام عقد، در میان ایجاب و قبول، شرط است؛ شرط هم باید در متن عقد ذکر شود (ر.ک. شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۷؛ مولی محمد نراقی، ۱۴۲۲: ۹۰-۹۲). مولی محمد نراقی در تبیین این استدلال می‌گوید: در هر حال مُنعقد شدن و لازم گردیدن شرط، فقط به اعتبار جزئیت شرط برای عقد خواهد بود؛ زیرا اخباری که از معصوم (ع) در دست است، اعتبار شروط خارج از عقد را ثابت نمی‌کند. قائل شدن به اینکه اخبار معصوم (ع)، اعتبار شروط خارج از عقد را ثابت می‌کند، سخنی بعید از واقعیت است که درستی آن معلوم نیست. قائل شدن به اینکه شرط قبل از عقد، در

حکم مذکور در عقد بوده و عقد با عدم همراه شدن با شرط ناصحیح باشد، سخنی ضعیف است؛ زیرا آن چیزی که رضایت در عقد را ایجاد می‌کند، دو امر می‌باشد: امر اول؛ گاهی صرفاً امری داعی (محرک) برای انجام عقد واقع می‌شود، به جهت اینکه اگر کسی دیگری را مورد وثوق نداند، هیچ‌گاه با او به انجام عقد مبادرت نمی‌ورزد. امر دوم؛ علاوه بر اینکه امری باید داعی برای انجام عقد واقع شود، باید چنان امری متعلق انشاء عقد نیز قرار بگیرد. حال آن چیزی که صحت و فساد عقد را موجب می‌شود، صورت دوم است، زیرا بر اساس صورت دوم ذکر شده، شرط جزئی از عوضین محسوب شده و باید متعلق انشاء صیغه ایجاب و قبول قرار بگیرد. در حالی که بر اساس صورت اول برخلاف صورت دوم، چون شرط، متعلق انشاء ایجاب و قبول در عقد قرار نمی‌گیرد، تأثیری در عقد ایجاد نمی‌کند. پس به دلیل تقدم شرط بر عقد، شرط، برای عقد جزء محسوب نمی‌شود. علاوه بر این سخن، به هیچ وجهی لفظ عقد بر چنین شرطی، دلالتی ندارد (مولی محمد نراقی، ۱۴۲۲: ۹۰-۹۲).

تفسیر کلام شیخ انصاری در نگاه امام خمینی (ره) در «کتاب البیع»: امام خمینی (ره) می‌گوید: منظور شیخ اعظم این است که اگر [برای تحقق] شرط مورد تواطؤ در قبل از عقد، قرینه عقلایی (به تعبیر شیخ اعظم قرینه معنوی) وجود داشته باشد. مثلاً وقتی قبل از عقد، بر ثمن و مئمن تواطوی صورت می‌پذیرد، به خاطر وجود قرینه عقلایی تواطؤ قبل از عقد می‌توان گفت اصل ثمن و مئمن در عقد ذکر نگردد، بدین صورت که فروشنده بعد از تواطؤ بگوید: «بعثک هذا» و اصلاً سخنی از ثمن یا مبیع ذکر نکند. اما اگر بعضی از ثمن یا مبیع را در عقد ذکر کند، این ذکر بعضی از ثمن یا مبیع، به طور حتم، قرینه عقلایی، در حصول تواطؤ سابق را منهدم می‌کند. مثلاً اگر متبایعین با هم تواطؤ کنند که ثمن ۱۰۰۰ دینار و ۱۰۰۰ درهم باشد، سپس بعد از این تواطؤ، فروشنده بگوید: «بعثک بالف دینار»، ذکر چنین صورتی برای ایجاب از طرف فروشنده، تواطؤ حاصل شده بین آن دو، در زمان قبل عقد را منهدم می‌کند. پس بر این اساس، ترک جزء یا ترک چیزی که شبیه جزء است قرینیت عقلاییه بر تواطؤ سابق را منهدم می‌کند؛ ولیکن اگر کل ثمن یا مبیع یا مقید ترک شود، خللی به قرینه عقلایی یا معنوی سابق، وارد نمی‌شود. امام خمینی (ره) این مطلب خود را، تفسیر نهائی بر کلام

شیخ اعظم معرفی کرده و به دنبال آن می‌گوید: «از اینکه در کلام شیخ اعظم، شرط مثل جزء در عوضین، معرفی شده، سخن ممنوع و باطلی بوده و استدلال وی بر مبنای نادرست و غیر وجیهی مبتنی شده است» (امام خمینی ره، بی تا: ۳۱۰).

پاسخ در ردّ دلیل اول؛ بر فرض ما بپذیریم که شرط جزئی از عوضین باشد، هیچ دلیلی وجود ندارد، هرچیزی که جزئی از عوضین باشد، در عقد ذکر گردد، مثلاً شروطی که تابع مبیع است - مثل سالم بودن مبیع - ذکر آن در عقد شرط نمی‌باشد. اصلاً هیچ دلیلی وجود ندارد حتّی عوضین در حین عقد ذکر گردد بلکه با معلوم بودن ثمن و مثنی، تنها گفتن: «بعث» و «اشتریت» کافی است (ر.ک. خوانساری، بی تا: ۴۸۴؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۱۵۸).

۲.۱.۲. لزوم ذکر شرط در متن عقد، زیرا معنی حقیقی شرط، الزام و التزامی است که باید مرتبط با مطلب دیگر باشد. مُستدلّین که در رأس آن‌ها شیخ انصاری قرار دارد، در تبیین این دلیل می‌گویند: بر مبنای تبادل عرفی، مُراد از «شرط» در محل بحث، آن شرطی است که «مصدر» برای کلمه «شرط» بوده و در معنی «الزام و التزام» است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۸) و مُراد از شرط در کلام پیامبر (ص): «المومنون عند شروطهم»، نیز به همین معنا است؛ یعنی به همان معنای لغوی است که ابن منظور و واسطی نیز در معنای شرط بیان داشته و گفته‌اند: شرط همانا ملزم نمودن دیگری به انجام امری یا ملتزم شدن به انجام امری در متن عقد بیع و امثال بیع گفته می‌شود (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۲۹؛ واسطی، ۱۴۱۴: ۳۰۵)؛ در تعریفی دیگر بیان شده است: شرط، امری است همیشه مُلازم با عقد بوده، در قبل یا بعد از عقد قرار نمی‌گیرد (واسطی، ۱۴۱۴: همان). شیخ انصاری می‌گوید: «به هر حال، اقوی آن است: شرط غیر مذکور در متن عقد، هیچ تأثیری بر عقد نداشته و به خاطر ذکرش در قبل از عقد، به صورت لزوم در نیاید؛ زیرا چنان شروطی - هر چند عقد لاحق بر مبنای آن واقع گردد - وعده به التزام یا التزام تبرعی محسوب شده که وفای به آن واجب نیست. هر چند تا حین عقد، این شروط در قصد باقی بمانند. همچنین چنان شروطی التزام مستقلی بوده که ارتباطی بین التزام ناشی از آن، با التزام عقدی وجود نداشته، بلکه التزام ناشی از شرط مذکور در

زمان سابق، امری است که متکلم یا مشروطاً علیه، تنها خودش به جعل و اعتبار آن معتقد شده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۶).

۲.۱.۳. استدلال بر ابرام و استحکام دلیل دوم از زبان محقق نراقی در مشارق الأحکام: دلیل اول: مشروطاً له در صورتی می‌تواند وفای به شرط را از مشروطاً علیه مطالبه کند که شرط در متن عقد ذکر شده باشد. اگر شرط در متن عقد ذکر نشده باشد، در آیه شریفه «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱)، لفظ عقد بر شرط، هیچ دلالتی نداشته، در نتیجه مشروطاً له نیز نمی‌تواند وفای به شرط را از مشروطاً علیه مطالبه کند. دلیل دوم: تنها مقتضای شرط، واجب الوفاء بودن آن است، حال از آنجا که شرط باید در متن عقد قرار بگیرد، اگر شرط در متن عقد قرار نگیرد، هیچ فایده‌ای به جز مطلق تکلیف برای انجام آن و عصیان به خاطر ترک آن تحقق نمی‌یابد. پس با این وصف، ترک و عدم وفای به شرط، موجب ایجاد اشتغال ذمه در حق دیگران نمی‌شود تا اینکه در صورت مخالفت در آدای آن توسط مدیون - چنانچه در سایر امور مالی مطرح است - مشروطاً له بتواند از مال مشروطاً علیه، چنان حقی را استیفا کند. البته سخن در مورد انجام شرط به عنوان تکلیف یا ترک آن به خاطر عصیان از محل بحث خارج است. ظاهر آن است که در واجب الوفاء بودن شرط در معنی دوم یعنی مشغول ذمه شدن در حق دیگران، بین علماء اتفاق نظر وجود دارد. علاوه بر سخن گفته شده، مجرد قولی (به عنوان شرط) که از سبب شرعی و یا عرفی‌ایی که موجب لزوم آن گردد، خالی باشد؛ یا لاقلاً در صدق شرط بودن چنان قول مجردی شک پیدا شود، همین مشکوک بودن شرطیت، مانع از استدلال در دلالت شرط، بر مطلق وجوب می‌شود. بلکه قدر متیقن در صدق نمودن امری به عنوان شرط، آن است: مقترن با عقد و امثال آن باشد و اگر شرط با چنین صورتی ذکر شود، برای مشروطاً له استحقاق حاصل می‌آید، زیرا با حصول چنین صورتی از شرط، التزامی در التزام دیگر واقع می‌شود. مولی محمد نراقی می‌گوید: «این مطلب سر کلام آن‌هایی است که قائل شده‌اند: شرط باید در ضمن عقد قرار گرفته و در خارج از آن قرار نگیرد» (مولی محمد نراقی، ۱۴۲۲: ۹۰-۹۲).

پاسخ اول در رد دلیل دوم: التزام شرطی و بیعی هر دو از مقوله معنی بوده و از

مقوله لفظ نیست و فقط، لفظ برای التزام بیعی و شرطی مبرزیت دارد. بر این اساس، هرگاه التزام شرطی تا حین عقد باقی مانده سپس عقد بر مبنای التزام شرطی واقع گردد - یعنی التزام بیعی به نحو صحیحی که عقد را از حالت تعلیق خارج گرداند، با التزام شرطی مقید گردد، - حتی بر فرض گفته شود: شرط التزامی مرتبط به مطلب دیگر باشد - صدق می‌کند، به چنین التزام ضمنی، شرط گفته شود. وقتی به چنان التزام ضمنی، شرط نامیده شود «دلیل مربوط به وجوب وفای به شروط»، وجوب وفا به چنین شروطی را نیز شامل می‌شود (حسینی روحانی، بی تا: ۶۷). پاسخ دوم در رد دلیل دوم: حسینی شیرازی در «ایصال الطالب» می‌گوید: هرگاه دو طرف عقد، عقد را بر اساس شرط مذکور در قبل از عقد، جاری کنند، «قول اقرب» در نزد ما آن است که شرط مذکور در قبل از عقد معتبر باشد. وی تبادر عرفی را که شیخ اعظم به استناد آن، معنی حقیقی شرط را «الزام و التزام مرتبط به مطلب دیگر» قرار داده و بر همین اساس، شروط مذکور در قبل از عقد را چون مرتبط به مطلب دیگر نیست، از نوع شرط ابتدائی محسوب کرده و مثل چنان صورتی از شروط را موجب امری ندانسته‌اند؛ وی وجود چنین تبادر عرفی برای معنی حقیقی شرط را که شیخ انصاری مدعی آن شده، منکر شده است (حسینی شیرازی، بی تا: ۱۵۸). پاسخ سوم در رد دلیل دوم از امام خمینی (ره). وی در «کتاب البیع» می‌گوید: شرط، قرار مستقلی در قراریتش، در مقابل قرار بیع بوده و بین عقد و شرط، غالباً ارتباط پیدا می‌شود. به دلیل اینکه شرط در ایجاد رغبت در طرفین معامله مؤثر بوده و وجود شرط در معامله، موجب ازدیاد ثمن می‌شود؛ ولیکن این امر دائمی نیست. به عنوان مثال: شروطی که در عقد نکاح به عنوان مهریه قرار می‌گیرند، موجب زیاده برای طرفین عقد یا مهریه محسوب نمی‌شوند؛ ولیکن با این وجود، چنان زیاده‌ای صحیح بوده و تخلف از آن نیز، موجب خیار نگشته، بلکه فقط موجب تکلیف می‌شود. وی در ادامه می‌گوید: قائل شدن به اینکه تواطو قبل از عقد، وقوع شرط را در ضمن عقد، موجب گردد، سخن عاقلانه‌ای نبوده، بلکه تواطو قبل از عقد، از قبیل انشائات مستقلی در عالم انشائات بوده و عاقلانه نیست، انشائی تابع انشاء دیگری باشد و قائل شدن به اینکه عرفاً بین عقد و شرط ارتباط وجود داشته و در صورت عدم تقید عقد به‌طور مطلق به وسیله شرط و به دنبال آن، قائل شدن به

عدم اعمال خیار تخلف از شرط، امام خمینی (ره) نتیجه این کلام را مشروط شدن عقد به عمل خارجی و نقل عوضین را فقط بعد از عمل به شرط متحقق دانسته‌اند که البته، عقد بیع نیز به خاطر تعلیق به وسیله عمل خارجی باطل است و بر فرض صحت چنین عقدی، آن عمل خارجی که به عنوان شرط قرار گرفته، مقدمه برای حصول و تحقق عقد بوده و به‌طور واقعی، شرط در ضمن عقد قرار نمی‌گیرد. ایشان قضیه خیار تخلف را از قضایای عقلائیه دانسته و آن را منوط به تخلف از آن شروطی قرار داده که در قیمت‌ها و اغراض دخالت داشته باشند. وی بر همین اساس آن شروط یا قیودی که در اغراض دخالت دارند در صورت عدم ذکر آن‌ها در عقد، موجب امری ندانسته و تخلف از آن‌ها را از نوع تخلف از دواعی محسوب دانسته‌اند سپس گفته‌اند: اگر همین قیود یا شروطی که در قیمت‌ها دخالت دارند به عنوان قید یا شرط یا وصف ذکر شوند، تخلف از آن‌ها، اعمال خیار تخلف از وصف، یا شرط را موجب می‌گردد (امام خمینی (ره)، بی تا: ۳۰۷). در اشکال به بخشی از کلام امام (ره) گفته شده است: ۱- عقد به التزام ناشی از شرط، مُعلق گشته که چنین التزامی بالفعل حاصل بوده در نتیجه تعلیق باطل حاصل نمی‌آید. ۲- به‌طور مُسلم دلیلی که بر بطلان تعلیق قائم شده، دلیل لفظی نیست تا اینکه بر اساس اطلاق آن بتوان تمسک کرد. بلکه دلیل بر بطلان تعلیق، «اجماع» است که از نوع دلیل لبی بوده و قدر متیقن از بطلان به سبب تعلیق، آن صورتی از تعلیق است که معلق علیه مثل آمدن حجاج از امور معلوم التحقق نباشد. اما آن صورت‌هایی از تعلیق که معلق علیه، معلوم التحقق باشد، دلیلی که بر ممنوعیت تعلیق دلالت دارد، ممنوع بودن این صورت از تعلیق را شامل نگردیده و اجماعی بر ممنوع بودن آن منعقد نگشته است (ر.ک: طباطبائی قمی، ۱۴۱۳: ۷۳-۷۴).

۲.۱.۴. منوط بودن تأثیر شرط به ذکر و یا تکرار آن در بعد از عقد: شیخ طوسی در باب «نکاح متعه و أحكام آن» بر این باور است: هر شرطی که یک مردی بر علیه زنی قرار می‌دهد، آن شرط فقط در صورتی دارای تأثیر است که بعد از عقد نکاح متعه ذکر گردد، پس بر این اساس، شروطی که ذکر آن‌ها بر عقد مقدم می‌گردد، باطل بوده و هیچ تأثیری بر عقد ندارند. البته اگر همان شروط بعد از عقد تکرار گردد، دارای تأثیر است

(شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۴۹۳).

تفسیر کلام شیخ طوسی در دلیل سوم: محقق بحرانی درباره این قول معصوم (ع): «... و ما بعد النکاح فهو جائز» (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۵۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۴۶۸) می‌گوید: اصحاب امامیه کلمه نکاح را به معنی «ایجاب» تفسیر کرده‌اند. بر همین اساس، آن‌ها عبارت «بعد العقد» در سخن شیخ طوسی در النهایه را، به «بعد ایجاب العقد»، تفسیر کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۷۰) البته کلام شیخ طوسی در کتاب «النهایه»، بر این معنا ظهور دارد که شروط ذکر شده در بعد از عقد معتبر باشد؛ بسیاری از علماء، هم نظر با سخن محقق بحرانی، عبارت «بعد العقد» در کلام وی را به «بعد ایجاب العقد» تفسیر کرده‌اند (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۳۷؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۱۵۹). بعضی دیگر از فقها نیز تأویل کلام شیخ طوسی به شکل یاد شده را صحیح ندانسته و اشکالاتی را به شرح زیر مطرح ساخته‌اند.

اشکال اول: عدول از معنی ظاهری یا حقیقی و اراده معنی مجازی، سخنی دور از واقعیت بوده در حالی که عمل بر اساس معنی ظاهری، هیچ ضرری به دنبال ندارد. اشکال دوم: ممکن است از اینکه شیخ طوسی شرط معتبر را اختصاص به شرط بعد از عقد قرار داده‌اند، به این دلیل باشد: اگر شرط قبل از عقد ذکر و سپس به دنبال آن، عقد، بدون همراه شدن با آن شرط ذکر گردد، بیانگر این معنی باشد که طرفین عقد، بر توافق خود بر شروط قبل از عقد، نادم و پشیمان شده باشند؛ زیرا اگر غیر از این بود باید چنان شرطی را در متن عقد ذکر می‌کردند پس به همین خاطر است که شروط ذکر شده در قبل از عقد، بنا به اجماع فقها واجب الوفاء نمی‌باشد (شهید اول، بی تا: ۲۵۹؛ محقق نراقی «مولی احمد»، ۱۴۱۷: ۱۴). اشکال سوم: ممکن است منظور شیخ از اظهار اینکه «شروط قبل از عقد نکاح متعه معتبر نیست»، این عدم اعتبار شروط بنائی، اختصاص به عقد «نکاح متعه» داشته باشد؛ زیرا اخبار وارده از ناحیه معصوم (ع) (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۵۶؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۶۲ - ۲۶۳) بر این معنا دلالت دارند: شروطی که قبل از نکاح متعه قرار می‌گیرند، نکاح آن‌ها را منهدم می‌کند، در نتیجه، عدم اعتبار شروط بنائی در عقد نکاح متعه، به استناد دلیل، از مقتضای عمومیت ادله وفای به شروط، خارج می‌شود (ر.ک. محقق نراقی «مولی احمد»، ۱۴۱۷: همان). حال از آنجا که

اخبار ذکر شده در دو موضوع شرط بنایی ذکر مقدار زمان و مقدار اجرت در باب نکاح مُتعه وارد شده، فقط بی اعتباری شروط بنایی در دو موضوع ذکر شده در باب نکاح مُتعه ثابت می‌گردد.

پاسخ و تفسیر محقق روحانی در «فقه الصادق (ع)» بر استدلال سوم: محقق روحانی به اختلاف در سخن شیخ در کتاب النهایه و التهذیب، بدین صورت اشاره کرده که شیخ در کتاب النهایه، بیان داشته است: برای اینکه شرط در عقد انقطاع به نحو لزوم در بیاید، لازم است آن شروط برای بار دوم بعد از عقد تکرار گردد، ولیکن وی در کتاب التهذیب، به این سخن اکتفا کرده که چنان شروطی بعد از عقد ذکر گردد. محقق روحانی می‌گوید: یک احتمال آن است: منظور شیخ طوسی از لزوم و مشروعیت تکرار شروط قبل از عقد، برای بار دوم در بعد از عقد به استناد نصوصی از اخبار، فقط اختصاص به «عقد نکاح» داشته و در مورد عقود غیر از نکاح، چنین عملی، امر لازم نباشد. وی سپس می‌گوید: ظاهراً مُراد از ذکر شروط در «بعد العقد» - چنانکه اصحاب امامیه به فهم آن نائل آمده‌اند - ذکر چنان شروطی بلافاصله بعد از ایجاب و قبول بوده تا اینکه از متعلقات ایجاب و قبول قرار گرفته و مراد، ذکر چنان شروطی با فاصله طولانی بعد از عقد نیست (محقق روحانی، بی تا: ۶۱). حال چون روایت ذکر شده اختصاص به مُتعه و شروط اساسی آن دارد، سخن شیخ طوسی می‌تواند بر عدم تأثیر و لزوم دو شروط بنایی مُدت و اجرت برای عقد متعه قابل حمل باشد.

۲.۱.۴. قصود و دواعی در صورتی بر عقد تأثیر می‌گذارند که در حین عقد با لفظ ذکر شوند: عدّه‌ای از فقهای امامیه بر این باورند: مادامی که قصود و دواعی با لفظ اظهار نشوند، فاقد اعتبار هستند. به نظر این عدّه، سخن عمده آن است: بین عقد و شرط ارتباط وجود داشته باشد، حال اگر شرط، فقط در قصد وجود داشته و دالی مثل لفظ که این قصد را به عقد مرتبط سازد وجود نداشته باشد؛ چنین صورتی از شرط هیچ گونه اعتباری ندارد (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۱۸۴؛ مراغی، ۱۴۱۷: ۲۸۵؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۰۵ و ۴۰۷).

توهم و دفع (دور نمودن) آن نسبت به استدلال چهارم از زبان محقق نراقی در

مشارق الاحکام: نراقی توهّم و شبهه‌ای را بدین شرح مطرح می‌کند: توهّم اینکه رضایت دو طرف عقد، برای انجام معامله، بر اساس شرط بنائی حاصل آمده و اقدام مشروطٌ له بر اساس وعده به شرط و قصد مشروطٌ علیه صورت پذیرفته و اگر مشروطٌ علیه از وفای به شرط تخلف بورزد، برای مشروطٌ له ضرر پیدا شده و در شریعت مقدّس اسلام نیز ایجاد ضرر برای دیگری مردود است؛ پس بر این اساس یا بر مشروطٌ علیه واجب است به شرط، وفادار بماند، یا در صورت عدم وفاداری او بر شرط، برای مشروطٌ له حق اعمال خیار ثابت می‌گردد. سپس خود وی در پاسخ به توهّم یاد شده می‌گوید: حصول چنین صورتی از توهّم مردود است؛ زیرا نیت و قصدی که موجب ضرر می‌گردد، در اعتقاد مشروطٌ له پیدا شده، با این توضیح که مشروطٌ له در نیت خودش معتقد گشته، مشروطٌ علیه به شرط وفادار می‌ماند؛ در حالی که نیت و اعتقاد مشروطٌ علیه بر مشروطٌ له معلوم نبوده تا مشروطٌ له به قصد و اعتقاد مشروطٌ علیه، تکیه کند. بر این اساس، مشروطٌ له به امری که از ضرری بودن آن در امان نبوده، تکیه کرده است. در نتیجه؛ ضرری که حاصل آمده به خاطر تقصیر مشروطٌ له بوده و در شریعت اسلام، چنین ضرری دفع نشده است. وی در ادامه می‌گوید: حصول تراضی بر شرط در قبل از عقد، قرینه است که در وفای به شرط، لغتاً تراضی حاصل آمده است. حال مُجرّد تراضی به شرط در قبل از عقد و بدون تحقق رضایت انشائیه - زیرا رضایت انشائیه با ذکر شرط در متن عقد حاصل آید - در بین آن دو، چنان شرطی به عنوان جزء، برای تأثیرگذاری بر عقد کافی نخواهد بود. البته اگر شرط در عقد ذکر گشته، بطوری که متعلق انشاء صیغه عقد قرار گرفته و یکی از اجزای عقد واقع گردد، در این صورت، دخیل در عقد قرار می‌گیرد؛ ولیکن مُجرّد نیت امری به عنوان شرط برای عقد، در حالی که چنان امر موجود در نیت، با انشای لفظی همراه نگردد، چنان شرطی، تأثیری در معامله نخواهد داشت (محقق نراقی «مولی محمد»، ۱۴۲۲: ۹۰ - ۹۲). این استدلال محقق نراقی مردود است؛ زیرا بعد از تبانی بر شرط در قبل از عقد، «اعتبار آن شرط» شبیه شروط عرفی، به شرطی معتبر در نظر «عقلاء» تبدیل می‌شود.

پاسخ محقق روحانی در فقه الصادق (ع) در رد دلیل چهارم: وی در بخشی از پاسخ خود در ردّ دلیل چهارم می‌گوید: «در باب عقود و ایقاعات، وجود لفظ یا مبرز

دیگری، بدون هیچ بحثی معتبر است اما در باب شروط، هیچ دلیلی بر اعتبار لفظ یا مبرز دیگری وجود ندارد. وی دلیل سخن خود را این‌گونه بیان می‌کند: شروطی که در عرف و عادت، التزام به آن‌ها جاری است، قوی‌ترین شاهد برای این سخن قرار می‌گیرد که قصد و التزام نفسانی کافی است (محقق روحانی، بی تا: ۶۷).

دفع توهّم و شبهه در قول به مقایسه نمودن شروط بنائی با شروط عرفی از جهت لزوم در تفتن نائینی: میرزای نائینی می‌گوید: به‌طور مُسَلَّم در شروط عرفی و عادی، انشاء عقد، شامل انشاء برای شروط نیز می‌گردد؛ زیرا شروط عرفی و عادی از لوازم الفاظ عقود به حساب می‌آیند. پس همان‌طور که انشای عقد، معانی مطابقی عقد را در بر می‌گیرد، همین‌طور نیز این انشای عقود، معانی و مدالیل التزامی عقود را نیز در بر می‌گیرد. او می‌گوید: این سخن درباره شروط عرفی و عادی صدق نموده و در مورد شرط خاصی که برای عاقد خاصی قرار داده می‌شود؛ صدق نمی‌کند؛ زیرا شرط خاصی که برای عاقد خاصی مقرر می‌گردد، انشاء عقد نه به دلالت مطابقی و نه به دلالت التزامی، شامل آن شرط خاصی که برای عاقد خاصی مقرر گردیده، نمی‌شود؛ زیرا شرط خاص، از مدالیل التزامی انشای عقد محسوب نشده، پس بر این اساس، انشای عقد شامل انشاء برای شرط خاص نگشته، مگر اینکه شرط خاص، در متن عقد یا مرتبط با عقد، به‌طور صریح یا به‌صورت اشاره ذکر گردد (میرزای نائینی، ۱۳۷۳: ۲۶؛ همچنین ر. ک. تبریزی «آقا جواد»، ۱۴۱۶: ۷۲).

جواب محقق روحانی در رد پاسخ میرزای نائینی: محقق روحانی می‌گوید: «التزام ناشی از شروط عرفی و عادی، از لوازم التزام بیعی نیست تا لفظی که برای التزام بیعی مبرزیت دارد، همان لفظ برای التزام شرطی عرفی نیز مبرزیت داشته باشد. پس همان‌طور که در شروط عرفی و عادی، به قصد و التزام نفسانی، بدون وجود مبرز می‌توان اکتفا کرد، همین‌طور در شرط خاص برای عاقد خاص - که بنای متعاقدين بر آن قرار گرفته - نیز می‌توان بدون وجود مبرزیت، به قصد و التزام نفسانی اکتفا نمود؛ زیرا در شرط خاص برای عاقد خاص، بنای متعاقدين دخالت داشته؛ و بنا و توافق هیچ‌کس از اهل عرف به غیر از متعاقدين هیچ دخالتی بر دلالت در این معنا ندارد (حسینی روحانی، بی تا: ۶۷).

۲.۱.۵. عدم لزوم شروط قبل از عقد به طور مطلق، به دلیل عدم ذکر آن در متن عقد: شیخ انصاری در «کتاب المکاسب» به نحو «اقوی»، محقق قمی در «جامع الشتات»، میرزای نائینی در «المکاسب و...»، شهید اوّل و بعضی دیگر به نحو «صریح» اظهار داشته‌اند که شرط غیر مذکور در متن عقد، تأثیری ندارد. آن‌ها می‌گویند: شرطی که در زمان سابق متحقق می‌شود - هر چند، عقد لاحق بر مبنای آن واقع گردد - یا از نوع وعده به التزام یا از نوع التزام تبرعی بوده که هیچ‌یک از آن دو واجب الوفاء نبوده بلکه شرط لازم الوفاء شرطی است که در خلال ایجاب و قبول ذکر گردد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۶ - ۵۹؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۳۴۴؛ میرزای نائینی، ۱۴۱۳: ۱۵۱ و ۱۵۲؛ شهید اول، بی تا: ۲۵۹).

تبیین و تفسیر سخن شیخ انصاری و دیگران در دلیل پنجم از نظر آقا ضیاء عراقی: آقا ضیاء عراقی می‌گوید: شرطی که متبایعین بر آن تبانی می‌نمایند: (۱) یا شرطی از قبیل شرط برای اصل بیع است؛ بدین صورت که متبایعین، در حین انجام بیع، التزام به شرط را در قصد داشته باشند بطوری که اصل بیع، نسبت به چنان التزامی که در مورد آن به تبانی رسیده‌اند از قبیل واجب مشروط باشد و اشکالی ندارد گفته شود که چنین شرطی، نافذ نباشد زیرا فرض بر این است که دلیل شرط، التزامات ابتدائی غیر مذکور در متن عقد را در بر نمی‌گیرد. در نتیجه با دلیلی که صحت شرط و لزوم آن‌ها را ثابت می‌کند - مانند اوفوا بالعقود - نیز نمی‌توان اعتبار چنین صورتی از شرط را که از نوع وعده یا شرط ابتدائی است؛ ثابت کرد. دلیل این سخن ضرورت است، زیرا ضرورت، حکم می‌کند هر چیزی که از قبیل واجب مشروط باشد، اصلاً اقتضائی برای حفظ شرط آن وجود نداشته باشد. پس با این وصف، عقد بدون شرط نافذ بوده و بنا به اجماع فقها، تعلیق باطل برای عقد بیع حاصل نمی‌آید؛ زیرا فرض بر این است که التزام آن‌ها به شرط، در خارج از عقد بوده و عقد بدون تعلیق به چنان التزامی حاصل می‌آید. (۲) یا شرط از قبیل قیودی قرار می‌گیرد که به قیود یکی از عوضین برمی‌گردد؛ بدین صورت که در قصد متبایعین بیع مطلق قرار نداشته بلکه بیع خاصی قرار داشته باشد، بدون اینکه اصل بیع بر تبانی مذکور مشروط گشته باشد و بلکه اصل بیع به طور مطلق واقع

گردد؛ یعنی در قصد متبایعین، تبادل به نهج مخصوصی یعنی تبادل بین دو عین مقید به آن شرط و التزام منوی وجود داشته باشد. در این محل نیز دلیلی که اعتبار شرط را ثابت می‌کند، مقتضای صحت شرط نیست، یعنی نمی‌تواند صحت شرط و لازم العمل بودن شرط را ثابت کند؛ زیرا شرط در ضمن عقد ذکر نشده است. ولیکن از آنجا که اصل بیع مقید است، دلیلی که بر وجوب وفای به عقد وجود دارد، برای اثبات نافذ بودن شرط کفایت می‌کند. همان‌طور که عقد به مقتضای «اوفوا...» نافذ است، همه آن چیزهایی که از لوازم عوضین بوده - مثل وصف صحت و غیر آن از اوصاف عوضین - که در ضمن عقد ذکر نشده‌اند؛ اعتبار و لزوم همه آن‌ها نیز به مقتضای «اوفوا...» ثابت می‌شود؛ یعنی همان‌طور که متعاقدين لوازم ذکر شده در بالا را، در حین عقد ذکر نکرده‌اند ولیکن ارتکاز عقلاء اعتبار و لزوم آن‌ها را در عقد ثابت نمود؛ همین‌طور نیز ارتکاز عقلاء می‌تواند اعتبار و لزوم هر آنچه از قبیل قیود برای عوضین بوده - و در قصد آن دو وجود دارد - را نیز ثابت کند. این سخن واقعیتی آشکار بوده و بدین وسیله مراد شیخ اعظم را که به‌طور مطلق قائل به عدم نفوذ شرط شده‌اند، آشکار می‌سازد عراقی (آقا ضیاء الدین)، ۱۴۲۱: ۳۳۶ - ۳۳۸.

پاسخ اول از محقق نراقی در «عوائد‌الایام» در رد دلیل پنجم: نراقی بر این باور است: دلالت عمومات ادله مربوط به شروط، مقتضای وجوب وفای به شروط به‌طور مطلق بوده و فقط آن شروطی که عدم وجوب وفای به آن‌ها از طریق دلیل ثابت شود، از دلالت عمومیت ادله وجوب وفای به شروط خارج می‌شود. او بر اساس ادله‌ای که به آن‌ها استناد نموده، به این باور رسیده که وفای به شرط به‌طور مطلق واجب بوده؛ هیچ فرقی ندارد شرطی در قبل، یا بعد از عقد قرار گرفته باشد. حتی اگر شرطی انشاء گردد، ولی اصلاً به دنبال آن عقدی نیاید، باز هم وفای به شرط واجب است. وی تأکید می‌کند: از میان شروط، اگر شرط در قبل از عقد نکاح ذکر گردد، وفای به چنین شروطی بنا به اجماع فقها، از اقتضای عمومات ادله‌ای که اعتبار شروط را ثابت می‌کند، خارج شده و وفای به آن واجب نیست. اما شروط بنائی دیگر، به غیر از دو شرط بنایی «مدت» و «مهریه» که قبل از نکاح متعه ذکر می‌شود، برای خروج تخصیصی آن‌ها از عمومیت ادله‌ای که ظهور در وجوب وفای به شرط دارد، هیچ دلیلی وجود نداشته، بلکه اخبار

کثیره‌ای موجود بوده که بر نافذ بودن شروط بعد از نکاح و تزویج تصریح نموده‌اند (نراقی «مولی احمد»، ۱۴۱۷: ۱۴۳). پاسخ دوم از طباطبایی قمی «سید تقی» در «دراساتنا» در ردّ دلیل پنجم. او می‌گوید: «ظاهر آن است، هیچ مانعی برای صحت شروط بنائی وجود نداشته باشد». وی در رد قول منکرین اعتبار شروط بنائی، پاسخ‌هایی به این شرح بیان می‌کند: اولاً پاسخ نقضی: به استناد همان ادله‌ای که مُعترض (خصم) به وسیله آن‌ها، اعتبار شروط ضمنی ارتکازی - همان شروطی که در عقد ذکر نمی‌شود - را ثابت می‌کند، ما نیز به استناد همان دلایل، واجب العمل بودن شروط مذکور در قبل از عقد را، برای معترض بیان می‌کنیم. ثانیاً به استناد قاعده «العقود تابعه للقصود»، فرض بر این است که عقد بر اساس شروط مذکور در قبل از عقد [که در قصد قرار دارد] واقع شده، در نتیجه عقد، به صورت مشروط منعقد شده است. وی در ادامه می‌گوید: اگر کسی اشکال دیگری مطرح کرده و بگوید: شروط مذکور در قبل از عقد را با شروط ضمنی ارتکازی مقایسه کردن صحیح نیست، به دلیل اینکه به‌طور مُسَلَّم در شروط ضمنی ارتکازی، «ارتکاز عقلائی»، مقتضی انفهام معنی می‌شود. او در پاسخ به این اشکال می‌گوید: فرق ذکر شده موجب متفاوت شدن شرط مذکور در قبل از عقد، با شروط ضمنی ارتکازی با یکدیگر نمی‌شود؛ زیرا «دلیل برای اعتبار شرط»، گاهی از نوع «ارتکاز عام عقلائی» بوده و گاهی ممکن است دلیل برای اعتبار شرط، از نوع «امر شخصی بوده که معهود در بین طرفین عقد» است. بر این اساس می‌توان گفت: برای اعتبار شرط ضمنی ارتکازی، قرینه عام (که همان ارتکاز عام عقلائی باشد) وجود داشته ولی برای اعتبار شرط بنائی، قرینه خاصه (امر معهود در بین طرفین عقد) وجود دارد. این همان مطلبی است که قاعده مُقتضی آن است (طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۷۵). بر اساس این نظریه نیز لازم الوفاء بودن همه شروط بنایی به‌جز آنچه با روایات عدم لازم الوفاء بودن آن‌ها شمارش شد (چنانچه در بالا به آن‌ها اشاره شد) ثابت می‌گردد.

۲.۱.۶. استناد شیخ انصاری و دیگران (آقا جواد تبریزی و...) به «مراد شیخ طوسی و علامه حلی» به ترتیب در «کتاب الخلاف» و «مختلف الشیعه» با ملاحظه به نظر شافعیه: شیخ طوسی، در کتاب الخلاف، شرط مورد تبانی متباینین در قبل از عقد را،

صحیح معرفی نموده و اعلام داشته است: چنان شرطی با خود ایجاب و قبول به صورت لازم درمی‌آید. او دلیل سخن خود را دلالت بعضی از نصوص، عدم مانع واصل اصاله الجواز، بیان کرده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۱). علامه حلی نیز پس از نقل این سخن شیخ طوسی اظهار داشته است: شرط، تنها در صورتی معتبر است، در متن عقد ذکر شده باشد، اما طرفین عقد، هرگاه قبل از عقد، شرطی را ذکر و سپس بر اساس آن شرط تبایع نمایند، شرطی که مطابق آن تبایع شده، حکم شرط برایش ثابت می‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۳).

مناقشه شیخ انصاری در «کتاب المکاسب» در ایراد علامه حلی بر کلام شیخ طوسی: شیخ انصاری می‌گوید: اگر منظور علامه آن باشد: شرط در قبل از عقد ذکر گردد و سپس عقد بیع بر مبنای شرط ذکر شده قبل از عقد و با اشاره به آن در متن عقد، انشاء گردد، چنین صورتی از شرط، از نوع شرط مذکور در متن عقد شمرده می‌شود. ولی اگر شرط در قبل از عقد ذکر شده و طرفین معامله، در حین انجام عقد، مجرد قصد شرط مذکور در قبل از عقد را در درون خود داشته باشند و شرط مذکور در قبل از عقد را در متن عقد بیع ذکر نمایند، این کلام علامه حلی برابر با کلام شیخ طوسی در کتاب الخلاف و قاضی ابن براج خواهد بود. پس بر این اساس مغایرتی بین کلام علامه که در مختلف الشیعه، با کلامی که شیخ طوسی و قاضی ابن براج، بیان داشته؛ دیده نمی‌شود. شیخ انصاری در ادامه می‌گوید: اقوی آن است که اگر قبل از بیع، سقوط خیار را ذکر و حین انجام عقد، عقد را به قصد شرط مذکور در قبل از عقد، انشاء نمایند، شرط مذکور در قبل از عقد، هیچ فایده و اعتباری ندارد؛ زیرا آنچه در قبل از عقد ذکر گردیده، صدق نمی‌کند به آن شرط گفته شود زیرا شرط همانا الزام یا التزامی است که باید در داخل بیع ذکر گردد. بلکه به چنین صورتی از شرط: یا وعده به التزام یا التزام تبرعی و یا التزام ابتدائی گفته می‌شود (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۷). شیخ انصاری در ادامه می‌گوید: احتمال دارد مراد و منظور شیخ طوسی از اکتفا به تبانی بر شرط، همان صورت اولی باشد که در بالا به آن اشاره گردید، یعنی مراد وی آن باشد که شرط در متن عقد ذکر گردد؛ و مراد وی از جواز شرط در قبل از عقد، «قبل از تمام یا کامل گشتن عقد باشد»؛ یعنی شرط در اثنای عقد - قبل از آنکه عقد تمام و کامل

گردد - قرار داده شود و مراد شیخ طوسی این نبوده که شرط، قبل از اجرای صیغه عقد ذکر گردد؛ و اینکه مراد شیخ طوسی را در این معنا قرار دهیم: که شرط معتبر از نظر وی، شرطی باشد که در اثنای عقد ذکر گردد، این سخن، با استدلال او - که گفته است هیچ مانعی برای چنین اشتراطی وجود ندارد - مناسبت بیشتری خواهد داشت. به دلیل اینکه برای لزوم اشتراط در قبل از اجرای عقد، مانع وجود داشته و مانع آن باشد که شرط در ضمن بیع و یا امثال بیع واقع نگردیده است. چنانچه از قاموس نقل نمودیم شرط زمانی لازم می‌شود که در ضمن بیع یا امثال بیع ذکر گردد (ر.ک. شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۷). همچنین مطلب دیگری که مؤید و مُعین این سخن است که مراد و منظور شیخ طوسی از عبارت «قبل العقد»، «قبل تمام العقد» باشد، آن است: بعضی از اصحاب شافعی، مُخالف صحت شرطی‌اند که در متن عقد ذکر گردد. حال وقتی معلوم شد، شیخ طوسی کلام خود را در مقابل کلام شافعی بیان نموده است در این صورت «اگر شافعی با اشتراط در متن عقد مخالف باشد»، شیخ طوسی باید در پاسخ به آن‌ها بگوید: «اشتراط در متن عقد کافی است». پس بر این اساس، بیان اعتبار و لزوم شرطی که قبل از اجرای صیغه عقد ذکر گردد، در منظور شیخ طوسی قرار نداشته است؛ زیرا بعضی از شافعیّه با بعضی دیگر در اعتبار شرطی که در متن عقد ذکر می‌گردد، با هم اختلاف نظر دارند. بعضی از فقهای مذهب شافعیه بر این باورند: «شرطی که در متن عقد ذکر می‌شود، الزام ایجاد نمی‌کند، بلکه به نظر آن‌ها فقط شرطی الزام ایجاد می‌کند که آن شرط، بعد از عقد ذکر گردد». این همان سخنی است که علامه حلی نیز در «التذکره» به آن تصریح کرده و اعلام داشته است: بعضی از شافعی در ذکر شرط در متن عقد با یکدیگر اختلاف دارند. اختلاف آن‌ها درباره اعتبار ذکر «عدم خیار مجلس» است که در متن عقد ذکر می‌گردد؛ زیرا آن‌ها بر این باورند که اگر عدم خیار مجلس به عنوان شرط، در متن عقد ذکر گردد، هیچ تأثیری ندارد. علامه حلی از جانب شافعیّه این‌گونه استدلال کرده است: خیار مجلس بعد از تمام و کامل شدن عقد حادث می‌شود، زیرا عقد، سبب برای حدوث خیار است و اسقاط خیار مجلس قبل از تمام شدن عقد، صحیح نیست؛ زیرا اسقاط خیار مجلس در متن عقد، اسقاط امری محسوب گشته که هنوز موجود نشده و اسقاط امری که موجود نگشته، امر محال است. سپس شیخ

انصاری می‌گوید: حاصل مطلب این است که مراد شیخ طوسی این نبوده که بخواهد بگوید شرط قبل از عقد، کافی و معتبر است، بلکه مراد وی این بوده که بگوید شرطی که در اثنای عقد ذکر می‌شود، کافی و معتبر است. شیخ انصاری در ادامه می‌گوید: با ملاحظه به‌عنوان مسئله در کتاب الخلاف و التذکره و از طرفی با ملاحظه به استدلال شیخ طوسی به جواز شرط و اینکه مانعی برای اعتبار چنان شرطی وجود ندارد و مقایسه نظر شیخ طوسی با نظر شافعی - که شافعی، شرط مذکور در متن عقد را کافی و معتبر نمی‌داند؛ این قطع حاصل می‌گردد که شیخ طوسی، صحت شرط مُتقدم بر اجرای عقد را اراده نکرده و مرادش این نبوده بگوید: در صورت ترک شرط در متن عقد و ذکر آن در قبل از اجرای عقد، کافی است چنان شرطی به صورت لازم در بیاید (ر.ک. شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۹-۶۰). تفسیری که شیخ انصاری بر کلام شیخ طوسی، علامه حلّی و ابن براج انجام دادند، نظیر چنین تفسیر احتمالی، از زبان آقا جواد تبریزی بر کلام شیخ طوسی و علامه حلّی، نیز دیده می‌شود (تبریزی «آقا جواد»، ۱۴۱۶: ۷۰-۷۲).

پاسخ اول؛ نقد و تحلیل آقا جواد تبریزی در «ارشاد الطالب» بر کلام شیخ انصاری. آقا جواد تبریزی می‌گوید: چطور اکتفا به قصد، در صورت ذکر آن در قبل از عقد، قابل اکتفا نباشد؟ وی در ادامه می‌گوید: ما در محل دیگر نیز بیان داشته‌ایم که اگر هر کدام از ثمن و مثنی در خارج از عقد، مُعین گردند، سپس (در زمان لاحق) بایع بگوید «بعث» و مشتری بگوید «قبلت»، به‌طور حتم، عقد تمام و کامل گشته و هیچ احتیاجی به اعاده ذکر عوضین در متن عقد نیست. وی سپس می‌گوید: «به نظر می‌رسد شیخ طوسی و قاضی ابن براج در اعتبار شرطی که قبل از عقد ذکر و در متن عقد، مُجَرّد قصد آن وجود داشته باشد، با اعتبار چنین صورتی از شرط، مخالفی نداشته باشند (همان: ۷۲). پاسخ دوم؛ حسینی شیرازی در «ایصال الطالب» می‌گوید: «هر طور دیگران از کلام شیخ طوسی برداشت کنند، به نظر ما کلام شیخ طوسی، ظهور در این معنا دارد: شرطی که قبل از عقد ذکر شده سپس عقد بر مبنای آن شرط واقع می‌گردد، لازم الوفاء بوده و شمولی که ادله شروط از آن برخوردارند، شمول چنان ادله‌ای، شروط قبل عقد را نیز در بر گرفته و بر اعتبار شروط قبل از عقد نیز دلالت می‌کند بلکه شروط مذکور در قبل از

عقد، از نظر عقلاء معتبر و شارع نیز این سیره عقلاء را امضاء کرده است. در نتیجه لازم می‌آید بگوییم: شروط قبل از عقد، معتبر باشد (حسینی شیرازی، بی‌تا: ۱۵۸ - ۱۶۵). بنای عقلاء بر حجیت ظواهر الفاظ مستقر است.

۲.۱.۷. اجماع: فقهای زیادی از «اجماع»، به عنوان یکی از ادله برای عدم اعتبار شروط بنائی یاد کرده‌اند. از جمله ایشان می‌توان به (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۱۶)؛ (میرزای نائینی، ۱۴۱۳: ۱۵۱ - ۱۵۲)؛ (طباطبایی قمی (سید تقی)، ۱۴۰۰: ۳۶)؛ (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۱۸۵) و ... اشاره کرد.

پاسخ اول در رد دلیل هفتم: چون اجماع حکایت شده، با استناد به ادله‌ای از قبیل اخبار معصومین (ع) درباره عدم اعتبار شروط مذکور در قبل از عقد مُتعه، یا با استناد به قول بعضی از علماء مثل شیخ طوسی در «النهایه»، شهید ثانی، میرزای نائینی، محقق قمی و دیگران حاصل آمده، اجماع ادعا شده از نوع «اجماع مدرکی» قلمداد شده و اجماع مدرکی فاقد اعتبار است (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۱۸۵؛ حسینی روحانی، بی‌تا: ۵۹). پاسخ دوم: اجماعی که سید علی طباطبایی، در مورد عدم تأثیر شرط متقدم یا در مورد عدم تأثیر شرط متأخر و یا فقط در مورد عدم تأثیر شرط متقدم مدعی آن گشته، در عالم واقع ثابت نیست؛ زیرا آن چطور اجماعی است که از میان متأخرین: کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۲۸)؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۴) و ... با اجماع مخالف بوده و تعبیر «علی الأقوی» و «الأظهر» و بعضی دیگر در حکم مسئله متردد شده و تعبیری نظیر «اشکال دارد» (محقق قمی گیلانی، ۱۴۱۳: ۳۴۳؛ تبریزی «آقا جواد»، ۱۴۱۶: ۷۲)؛ و بعضی فقهای پیشین: (قاضی ابن براج، ۱۴۱۱: ۴۲۰؛ محمد باقر سبزواری، بی‌تا: ۱۷۱؛ محقق بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۶۷ - ۱۶۸)، بدون اینکه برای وفای به شرط، قید مقارنت شرط با عقد را ذکر کنند، به لزوم وفای به شرط حکم کرده‌اند یا بعضی دیگر از علماء: (علامه مجلسی دوم، ۱۴۰۴: ۲۵؛ ملأ صالح مازندرانی، ۱۳۸۲: ۱۸)، شرط را نوعی از وعده، محسوب و به‌طور مطلق به وجوب وفای به وعده تصریح و مخالفت با وعده را معصیت دانسته‌اند؟! پاسخ سوم از محقق نراقی در «عوائد...»: «أو می‌گوید: مُحققاً در این سخن که انسان، هر امری که خودش را به انجام آن ملتزم کند، وعده شمرده شود، هیچ

شکی وجود نداشته و شرط نیز یکی از افراد وعده شمرده شده و دلیل دال بر وجوب وفای به وعده، بر وجوب وفای به شرط نیز دلالت دارد. وی در ادامه می‌گوید: به‌طور کلی عموماً ادله، وجوب وفای به هر امری که انسان به نفع دیگری، خودش را به آن ملتزم می‌کند یا به دیگری وعده می‌دهد، اقتضاء داشته و اصلاً هیچ‌گونه اجماعی برخلاف چنین اقتضائی ظهور پیدا ننموده، در نتیجه واجب است بر اساس اقتضای چنین عموماًتی پیروی نمود (نراقی «ملا احمد»، ۱۴۱۷: ۱۴۳).

۲.۱.۸. استناد به «قول مشهور»: شیخ انصاری و بعضی دیگر از فقهاء مُدّعی شده‌اند: مشهور فقها بر این باورند شرط تنها در صورتی تأثیر دارد، در متن عقد یا به نحو «تقدیم ظرف» ذکر شده باشد؛ ولی اگر شرط، قبل از عقد ذکر شود - بدین معنا که شرط جزئی از عقد نباشد - هیچ فایده‌ای در الزام و التزام ایجاد نمی‌کند؛ زیرا دلیلی برای وجوب وفای به چنین صورتی از شرط وجود نداشته، در نتیجه اصل آن است که وفا به چنین شرطی واجب نباشد. شیخ انصاری مُدّعی شده: علمی به خلاف قول مشهور حاصل نگردیده و فقط از ظاهر کلام شیخ طوسی در کتاب الخلاف و ظاهر کلام علامه در کتاب مختلف الشیعه این توهم پیدا می‌شود که کلام آن‌ها با قول مشهور مخالف باشد. شیخ انصاری به همین دلیل، قول مشهور را قول مُختار خود قرا داده و مطابق قول مشهور اعلام کرده است: شرطی که در متن عقد ذکر نگردد قابل اعتناء نیست (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۴ - ۵۹؛ حسینی شیرازی، بی تا: ۱۵۸). همچنین فقهای دیگری مثل: (حسینی روحانی، بی تا: ۵۹)؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۱۵۸) و بعضی دیگر از فقهای امامیه، «قول به عدم اعتبار شروط بنائی» را، به مشهور فقها نسبت داده، می‌گویند: محققان مشهور بر این باورند: شروطی که قبل از عقد ذکر می‌شوند - هرچند این شروط شبیه شروط مضموری باشند که عقد بر مبنای آن جاری شده و در همه عقود از قبیل شروط مذکور در عقد محسوب می‌گردد - چنین شروطی واجب الوفاء نمی‌باشد. پاسخ‌ها به دلیل هشتم. پاسخ اول: به همان پاسخی می‌توان اکتفا کرد که برای اجماع ذکر گردید. پاسخ دوم: چنانچه از موضع‌گیری فقهای امامیه در برابر کلام شیخ انصاری و همچنین از موضع‌گیری آن‌ها در مقابل ادعای اجماع صاحب ریاض المسائل در

مسئله شروط بنایی کنکاش گردید، در دوران معاصر، قول مشهور - به جز عدم اعتبار دو شرط بنائی مقدار اجرت و مقدار زمان در عقد مُتعه - بر اعتبار شروط بنائی ظهور داشته و بر عدم اعتبار آن مستقر نیست.

۲.۱.۹. لزوم ذکر شرط در متن عقد به دلیل «رکن بودن شرط برای عقد»: به استناد این دلیل، عقدی که بر اساس شرط مذکور در قبل از عقد منعقد می‌شود، باطل است، زیرا شرط از ارکان عقد مشروط بوده و لازم و واجب است در متن عقد ذکر گردد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۷؛ طباطبایی قمی «سید تقی» ۱۴۱۳: ۳۶). پاسخ اول: شرط از ارکان عقد محسوب نمی‌شود، زیرا اگر اصلاً شرطی در عقد ذکر نگردد، عقد ناقص نمی‌شود. پاسخ دوم: بر فرض پذیرفته شود که شرط رکن عقد باشد، کدام دلیل وجود دارد که بر اساس دلالت آن بتوان گفت: هر چیزی که رکن باشد، ذکر آن در عقد شرط است؟ همچنین بر اساس کدام دلیل، به رکنی که در تقدیر بوده و قرائنی بر وجود آن دلالت می‌کند، نمی‌توان اکتفا نمود؟ در حالی که ما جمله‌ای از شروط ارتکازیه را می‌بینیم که در نزد عقلاء معتبر بوده و عقلاء بر اساس آن عمل می‌کنند و چنین شروطی در متن عقد ذکر نشده ولیکن به قراینی که بر این شروط ارتکازیه دلالت دارد، می‌توان اکتفا کرد (طباطبائی قمی، همان). پاسخ سوم: سخن ذکر شده از زبان شیخ انصاری و دیگران، صرفاً یک ادعا بیش نبوده و هیچ دلیلی برای آن وجود ندارد. بلکه شرط از توابع عقد محسوب گشته و دلیل واضحی نیز برای این سخن وجود دارد و آن دلیل این است که شرط می‌تواند بعد از عوض و مُعَوَّض ذکر شود (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۱۵۸). به نظر می‌رسد به قرینه سیاق بعضی روایات مُطلق استنادی توسط مشهور که همگی آنها در باب شروط عقد نکاح وارد شده و به قرینه دلالت بعضی روایات خاصه در این باب که دلالت بر بی‌اعتباری دو شرط بنائی «مدت» و «اجرت» دارد، به جهت اینکه این دو شرط، داخل در ماهیت عقد مُتعه قرار دارد، چنانچه این معنا از زبان معصوم (ع) فهمیده می‌شود: «فی الصحیح عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ لَا تَكُونُ مُتَعَةً إِلَّا بِأَمْرَيْنِ بِأَجَلٍ مُّسَمًّى وَ بِأَجْرٍ مُّسَمًّى» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۶۲)؛ و با جمع این دو دسته از روایات، کلام شیخ اعظم را بر بی‌اعتباری همین دو شرط بنائی به لحاظ

رکن بودن آن دو برای عقد مُتعه - بر فرض بپذیریم، در تقدیر قرار دادن رکن در هنگام انشای عقد، امر جایزی نباشد - تأویل کنیم.

۲.۱.۱۰. منوط بودن لزوم شرط، به ذکر دال برای آن: عدّه‌ای از فقها بر این باورند همان‌طور که اصل «عقد» نیاز به دال دارد، «شرط» نیز مثل اصل عقد، به دال صریح نیازمند است. پس بر این اساس، اعتناء بر مُجرّد «اخطار قلبی» و تواطؤ (توافق) در قصد و نیت - در حالی که شرط در حال عقد ذکر نگردد - کافی نیست. از آنجایی که شرط مرتبط به عقد است، لازم است شرط در حال عقد ذکر شود؛ زیرا هم در آنجا که شرط بعد از عقد و هم در آنجا که شرط قبل از عقد ذکر می‌شود، شرط، مستقل از عقد محسوب می‌شود. در حالی که امر مستقل بودن شرط از عقد، خلاف موضوع شرط است و شرط مستقل تأثیری ندارد. سخن عمده آن است که بین قصد و عقد، ارتباط وجود داشته باشد؛ یعنی شرط شبیه پُلی است که بین قصد و عقد، ارتباط ایجاد می‌کند. حال بر این اساس، اگر امری در قصد وجود داشته و با دال (لفظ) ابراز نگردد، هیچ اعتباری ندارد (مراغی، ۱۴۱۷: ۲۸۵؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۷/ - ۶۰؛ میرزای نائینی، ۱۳۷۳: ۲۶؛ طباطبایی قمی، «سید تقی»، ۱۴۱۳: ۳۶).

پاسخ اول از محقق خوئی در رد دلیل دهم: محقق خوئی، در پاسخ به شیخ انصاری و طرفدارانش می‌گوید: محققاً شرط در عقود، به معنی «ربط» و «اناطه» بوده که این مطلب به دو امر بر می‌گردد: ۱ - خود عقد با شرط مُعلّق گردد بدین صورت که شرط به معنی «التزام» برای مشروطٌ علیه محسوب گشته و این التزام، به خاطر حاصل بودنش در حین عقد، عقد را به شرط ربط می‌دهد. به دنبال این امر، هرگاه مشروطٌ علیه به شرطش عمل نکند، شارط (مشروطٌ له) حق خیار خواهد داشت. وی ادامه می‌دهد نباید عقد را با شرط مقایسه کرد؛ زیرا عقد اسم برای اعتبار محض نیست، بلکه اعتباری است که محتاج به مبرز است. عقد تا با مبرزی ابراز نگردد صدق نمی‌کند اصلاً به آن عقد بیع گفته شود. ولیکن شرط، اسم برای اناطه است. شرط در خارج متحقق می‌گردد، هر چند مبرزی نداشته باشد. بلکه در مورد شرط، علم به تحقق آن کافی است. مثل آنجایی که عقد لاحق را بر مبنای شرط سابق واقع سازند. این سخن درباره

ثمن و ثمن - با معلوم بودن آن دو به همراه فقط انشاء اصل صیغه بیع یعنی «بعت» و امثال آن - نیز جاری است؛ زیرا دلیلی در دست نیست تا بیان کند برای اعتبار ثمن یا ثمن به وجود مبرز نیاز باشد. ۲ - معنی شرط در عقود آن است که اگر التزامی مُعلق بر شرطی شود، اگر به دنبال آن، عقد یا التزامی که مشروط به شرطی شده، چنان التزامی به طور مطلق واقع شود برای مشروطاً له، اختیار ثابت می‌شود. این سخن در مورد اشتراط اوصاف خارجی و امثال آن نیز جریان دارد. البته التزام در مورد اوصاف معنی نداشته مگر اینکه بیع به چنین اوصافی معلق گردد که البته بدون هیچ شبهه‌ای، بیع در چنین محلی باطل است به چنین تعلیقی، اشتراط نمی‌گویند؛ زیرا متفاهم عرفی از اشتراط، آن است که بر فرض تخلف، حق اختیار وجود داشته باشد که در صحت چنین صورتی از اشتراط، هیچ شک و شبهه‌ایی وجود ندارد. همچنین اصلاً شکی وجود ندارد. چنین صورتی از اشتراط نیز نیازی به ذکر ندارد، زیرا «اناطه» ای که در معنی شرط است بدون ذکر و فقط از طریق بناگذاری بر قصد و ایقاع عقد بر اساس چنین بنائی حاصل می‌آید. در این صورت می‌توان بدون هیچ‌گونه معذوریتی، برای اثبات صحت بیعی که بر مبنای قصد سابق واقع می‌گردد به آیه شریفه «أحل الله البيع...» و امثال آن و برای اثبات و صحت شرط نیز به عموم حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کرد (محقق خویی، بی تا: ۳۵۶). محقق خویی بر خلاف نظر شیخ اعظم که معتقد است: چون شرط به معنی التزام در ضمن التزام است، شرط نیز مثل عقد احتیاج به انشاء داشته باشد، وی شرط را فقط در معنی «ربط» دانسته، می‌گوید: همین قدر که متبایعین در حین عقد، علم به قصد و بناگذاری عقد بر اساس شرط سابق داشته باشند، کافی است گفته شود که عقد به آن شرط ربط یا منوط شده است. او برای ابراز شرط سابق - هر چند شرط با مبرزی ابراز نگردد - وجود علم به قرینه اناطه عقد به شرط را کافی و بیانگر این امر دانسته‌اند که عقد بر مبنای شرط سابق انشاء شده است (محقق خویی، بی تا: همان).

پاسخ دوم از شهید خویی بر رد دلیل دهم. شهید خویی می‌گوید: اگر طرفین معامله بر اساس قرار قبل از عقد باقی مانده و آن دو، به چنان قراری که به آن اتفاق نظر پیدا کرده‌اند، عمل کرده و عقد را بر مبنای تفاهم ارتکازی حاصل شده در نزدشان که نتیجه تواطؤ بر شرط قبل از عقد است، واقع سازند، هم عقد و هم شرط، هر دو - هر چند

لفظاً در متن عقد ذکر نشوند - حکم لزوم پیدا می‌کنند؛ زیرا «قرار معاملی»، از ترکیب عقد و شرط تحقق یافته و قرار عقدی که آن دو انشاء می‌کنند، قرار خاصی است؛ زیرا فقط حصه و بخشی از قرار معاملی را تشکیل می‌دهد. خاص بودن قرار عقدی انشاء شده، به این دلیل است که «عقد» بر مبنای شرط متواطی قبل از عقد و مقید به آن شرط، انشاء شده و فقط تنها کمبود قرار عقدی، آن است که تابع آن یعنی شرط در حین عقد با لفظ ذکر نشده که ضروری ایجاد نمی‌کند؛ زیرا وجود «قرینه عهدیه»، بر اعتبار ابراز شرطی که در قصد قرار دارد، کافی است. حال اگر مراد مشهور فقها این باشد که ضرورت دارد شرط در متن عقد ذکر گردد و تواطؤ قبل از عقد کافی نیست، به دلیل اینکه اگر متعاملین قبل از عقد بر شرطی تواطؤ می‌کنند، باید چنان شرطی مرتبط با [موضوع] عقد باشد، چنین سخنی از آن‌ها، سخن به حقی بوده و هیچ ایرادی به آن وارد نیست. ولی این سخن آن‌ها به معنی این نیست که برای لازم شدن شرط، شرط لفظاً در عقد ذکر گردد. از طرفی نیز اگر مراد مشهور این باشد که برای لازم شدن شرط، تلفظ آن یا اشاره به آن در متن عقد، امر واجبی باشد چنانکه این سخن، بخشی از کلمات صریح آن‌ها بوده و از بعضی استدلالات آن‌ها ظاهر است، چنین سخنی از آن‌ها، سخنی بی‌دلیل است، زیرا هیچ الزامی وجود ندارد، حتماً شرط در متن عقد ذکر گردد (شهید خویی، ۱۴۱۴: ۱۷۰). پاسخ سوم بر رد دلیل دهم: طباطبائی قمی می‌گوید: اولاً؛ محققاً انشاء از «نشو» گرفته شده و انشاء، ابراز امری است که در قصد و درون قرار دارد. پس بر این اساس، اگر شرطی که قبل از عقد ذکر شده و در حین عقد، در قصد طرفین قرار داشته، ولو به کمک قرینه صدق نماید به آن شرط مذکور در عقد گفته شود، کفایت می‌کند. ثانیاً؛ محققاً هیچ دلیلی در اینکه یک شرطی برای معتبر بودنش، در متن عقد ذکر گردد، وجود ندارد بلکه میزان و دایر مدار برای مشروط گشتن یک عقد، «صدق عرفی» است. پس بر این اساس اگر در مقام اثبات، عرف تصدیق کند که فلانی عقد را به نحو مشروط انشاء کرده است، در این صورت هم عقد و هم شرط هر دو صحیح خواهد بود؛ ولیکن اگر عرف، مشروط بودن یک عقدی را در مقام اثبات، تصدیق نکند، در حالی که عقد در مقام ثبوت مشروط باشد، در این صورت چنان عقدی بر اساس قاعده «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد» صحیح نیست؛ مگر

اینکه دلیلی اقامه گردد، با عدم ذکر شرط در متن عقد، عقد منقلب می‌شود. همان‌طور که چنین احتمالی در باب متعه مطرح است؛ زیرا با عدم ذکر «مدت»، عقد متعه به عقدی برخلاف مقصود یعنی عقد دائم منقلب می‌شود. البته مثل چنین صورتی نیاز به دلیل دارد (طباطبائی قمی «سید تقی»، ۱۴۱۳: ۳۶-۳۷). پاسخ چهارم بر رد دلیل دهم: محققاً برای تحقق ربط، انشای التزام از طریق شرط قبل از عقد، کفایت کرده تا اینکه به دنبال چنان انشاء التزامی، عقد لاحق نیز بر مبنای شرطی که در قصد و ضمیر قرار داشته و مرتبط با عقد است، به نحو مشروط واقع گردد. «ربط» یک امر اعتباری است. پس همان‌گونه که شرط اگر در متن عقد ذکر گردد، می‌توان گفت که ربط حاصل می‌آید، همین‌طور نیز اگر شرط در قبل از عقد، انشاء شده و سپس عقد بر مبنای آن شرط واقع گردد، باز هم می‌توان گفت که «ربط» حاصل می‌آید (ر.ک. سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۱۵۸). حال با هر کدام از پاسخ‌های ذکر شده برای دلیل دهم، می‌توان بر واهی بودن مبانی مطرح شده توسط مشهور درباره عدم لزوم شرط بنایی استدلال کرد.

۲.۱.۱۱. لزوم ذکر شرط در متن عقد، به استناد روایات و نصوص: علمای فقه امامیه به آن دسته از روایات وارد شده درباره نکاح که مشهور علماء بر عدم لزوم شروط قبل از عقد به آن استناد کرده‌اند، به «نصوص» مؤثّق و صحیح یاد کرده‌اند (حسینی روحانی، بی تا: ۶۸؛ طباطبائی قمی «سید تقی» ۱۴۱۳: ۳۶). یکی از این روایات بدین شرح است: روایت مؤثّق ابن بکیر از امام صادق (ع): «إِذَا اشْتَرَطَتْ عَلَى الْمَرْأَةِ شُرُوطَ الْمُتَعَةِ فَرَضِيَّتْ بِهِ وَ أَوْجِبَتِ التَّزْوِيجَ فَارْدُدْ عَلَيْهَا شَرْطَكَ الْأَوَّلَ بَعْدَ النِّكَاحِ فَإِنْ أَجَازَتْهُ فَقَدْ جَازَ وَ إِنْ لَمْ تُجِزْهُ فَلَا يَجُوزُ عَلَيْهَا مَا كَانَ مِنَ الشَّرْطِ قَبْلَ النِّكَاحِ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۵۷) (ترجمه: هرگاه شما شروط متعه‌ای را که قبل از عقد متعه، علیه زنی مقرر کردید و او به آن شروط راضی شد، بعد از آن خواستید عقد ازدواج را اجرا کنید؛ شما بعد از عقد نکاح متعه، شروطی که قبل از نکاح برای او مقرر داشته‌اید برای او تکرار کنید، حال وقتی شروط را در بعد از عقد برای او تکرار کردید، او به آن شروط رضایت داد، آن شروط جایز بوده ولی اگر او به آن شروط رضایت نداد چنان شروطی در حق او

جایز نیست). روایات دیگری نیز وجود دارد که در معنا با این روایت شبیه است (ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷: ۴۵۶-۴۵۷).

نحوه دلالت روایات استنادی در دلیل یازدهم: این روایات دلالت دارند شروط قبل از نکاح، هیچ اعتباری نداشته، بلکه شرطی که فقط بعد از صیغه ایجاب یعنی «انکحت» انشاء شود، اعتبار دارد. بر اساس نظر بسیاری از فقها، مراد معصوم (ع) از عبارت «بعد النکاح»، همان بعد از صیغه ایجاب «انکحت» است، بر اساس این تفسیر، دلالت این دسته از روایات بر اعتبار و لزوم آن قسم از شروطی قرار می‌گیرد که در متن عقد ذکر شده باشند؛ زیرا اگر منظور از عبارت «بعد النکاح»، بعد از عقد یا متأخر از عقد باشد، جای این سؤال پیش می‌آید: چرا باید از لحاظ اعتبار و لزوم، بین شروط متقدم و متأخر فرق وجود داشته باشد؟ (طباطبائی قمی «سید تقی»، ۱۴۱۳: ۳۶)؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۱۵۹).

پاسخ اول از صاحب جواهر در رد دلیل یازدهم: صاحب جواهر بر این باور است که نصوص مزبور، بر آن دسته از شروط قبل از عقد، قابل حمل است که از جمله شروط مضموری که عقد بر مبنای آن انشاء می‌شود؛ نباشد (یعنی بر شروط عرفی قابل حمل است)؛ زیرا بر فرض، قرینه حالیه‌ای دلالت کند که شروط قبل از نکاح، در اثنای عقد نکاح در قصد قرار داشته باشد، صدق نمی‌کند از چنان شروطی به شروط قبل از نکاح یاد کرد، همچنین بعید است دلالت روایات مزبور را، برای غیر از نکاح متعه اختصاص داد (نجفی، بی تا: ۱۸۴). پاسخ محقق روحانی در فقه الصادق (ع) به صاحب جواهر: محقق روحانی می‌گوید آن‌طوری که صاحب جواهر به آن معتقد شده، بین سخن او با سخن معصوم (ع) تنافی پیدا می‌شود، زیرا معصوم (ع) در مؤثوق فرموده‌اند: شرطی که بار اول در قبل از عقد ذکر کرده‌اید، برای بار دوم آن شرط را بعد از نکاح (که همان بعد از ایجاب نکاح باشد)، برای زوجه تکرار کنید، این سخن امام (ع) بیانگر این معنا است که مُراد وی (ع) شروط مذکور در قبل از عقد باشد و مراد آن‌ها (ع) شروط مُضمَر غیر مذکور در عقد (=شروط عرفی) نباشد. پس سخن امام (ع) به صراحت بیانگر این معنا است که برای لازم گشتن شرط بنائی، آن شرط برای بار دوم در متن عقد ذکر و اکتفا به شرط در قصد یا در تقدیر صحیح نباشد. محقق روحانی،

استبعاد صاحب جواهر در عدم تَسْرِي حکم شروط بنائی در عقد مُتعه، برای عقودی دیگر غیر از مُتعه را، عدم علم به مناسبات احکام معرفی می‌کند. وی به محقق یزدی نسبت می‌دهد که محقق یزدی نصوص ذکر شده را مختص به «شروط معتبر در مُتعه» که همان مقدار «مدّت» و «مهریه» باشد، قرار داده‌اند (حسینی روحانی، بی تا: ۶۰). پاسخ دوم بر ردّ دلیل یازدهم. بعضی از فقها روایات استنادی مشهور را به دو قسم تقسیم کرده‌اند: ۱- نصوص خاصه؛ آن‌ها دلالت این دسته از روایات را فقط بر عدم اعتبار دو شرط بنائی «مقدار زمان» و «مقدار مهریه یا اجرت» در عقد نکاح مُتعه اختصاص داده‌اند. ۲- نصوص مطلق؛ این روایات نیز، هم به دلیل اینکه در باب نکاح وارد شده‌اند و هم بر اساس قرآینی که از خود روایات به دست می‌آید - مثل روایت محمد ابن مُسلم - آن‌ها این روایات مطلق را نیز حمل بر مفاد روایات باب مُتعه نموده‌اند (طباطبایی قمی، «سید تقی»، ۱۴۰۰: ۷۶؛ حسینی روحانی، بی تا: ۶۸). این دسته از فقها، دلیل سخن خودشان را روایات صحیح‌های معرفی کرده‌اند که از لحاظ سند معتبرند. در این دسته از روایات صحیح، معصوم (ع) می‌فرماید: «لا تكون متعه إلاً بأمرين: بأجل مسمی و أجر مسمی» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۶۲) (ترجمه: مُتعه فقط با دو امر مُتحقق می‌شود ۱ - ذکر مدّت مُسمی در متن عقد، ۲- ذکر اجرت مسمی در متن عقد). بر اساس دلالت این دسته اخیر از روایات، تمایز بین نکاح مُتعه و نکاح دائم، همانا ذکر دو امر یاد شده است که آن دو، یکی ذکر مدّت برای نکاح مُتعه و دیگری ذکر مقدار اجرت (مهریه) است. چنانچه روایت دلالت دارد، این دو امر از ارکان عقد مُتعه است. پس بر این اساس؛ اگر در حین عقد، قصد متعه وجود داشته باشد، ولیکن در ذکر مدّت اخلال ایجاد گردد، بنا بر قول مشهور، عقد نکاح مُتعه به عقد دائم مُتقلب می‌شود؛ زیرا لفظ ایجاب، هم برای عقد نکاح دائم و هم برای نکاح مُتعه صلاحیت داشته و فرق آن دو فقط در ذکر «مدّت» است و اگر مدّت حین عقد ذکر گردد، عقد نکاح، به شکل مُتعه مُنعقد می‌گردد. نتیجه این سخن آن است که روایات (استنادی توسط مشهور)، به باب مُتعه اختصاص داشته باشند؛ زیرا ذکر مدّت و اجرت در عقد نکاح مُتعه، از ارکان این عقد بوده و اگر این شرایط مُتقدم بر عقد یا متأخر از عقد ذکر شوند، هیچ اعتباری ندارند. همچنین روایات استنادی توسط مشهور، نسبت به بی اعتباری شروط بنائی

دیگر برای عقد متعه که آن شروط از ارکان عقد متعه به شمار نمی‌آید اطلاق ندارد. صحیح نیست کسی بگوید که اطلاق روایت محمد ابن مسلم، هم بر نکاح متعه و هم بر نکاح دائم مُتَسَرِّی است؛ زیرا در این روایت در سؤالی که راوی از امام (ع) پرسیده، قرینه‌ای وجود دارد که این قرینه بیان می‌کند که مراد معصوم (ع) «عقد مُنْقَطِع» است. آن قرینه این است که راوی، از معنای قول خداوند متعال: (وَلَا جُنَاحَ عَلَیْكُمْ فِی مَا تَرَاضِیْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِیضَةِ)، سؤال نموده بود و این کلام شریف نیز جزئی از آیه شریفه مُتَعِه است؛ زیرا این عبارت شریفه در قسمت پایانی آیه شریفه مُتَعِه (فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِیضَةً وَلَا جُنَاحَ فِیْمَا تَرَاضِیْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِیضَةِ) (النساء: ۲۴) ذکر شده است. همین سخن که در مورد روایت محمد ابن مسلم ذکر گردید، در مورد روایت ابن بکیر نیز مطرح است (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۱۶۰؛ طباطبائی قمی «سیدتقی»، ۱۴۱۳: ۳۷). پس روایات استنادی مشهور بیان کننده این معنایند: فقط شروط قبل از «عقد مُتَعِه» که از ارکان عقد مُتَعِه است یعنی ذکر مدّت و ذکر أُجرت، اگر این دو شرط در قبل از عقد مُتَعِه ذکر گردند، فاقد اعتبار بوده و این روایات بر بی‌اعتباری شروط بنائی دیگر برای عقد مُتَعِه که از نوع ارکان عقد مُتَعِه نباشد، هیچ‌گونه دلالتی ندارند. پس وقتی روایات استنادی مشهور، بر بی‌اعتباری شروط بنائی دیگر در عقد مُتَعِه، غیر از دو شرط یاد شده که از نوع ارکان است، اطلاق آن دلالتی ندارد، پس چطور می‌توان از اطلاق چنین روایاتی بر بی‌اعتباری شروط بنائی برای سایر عقود استناد و استدلال کرد؟ البته مستبعد بودن امر تسری را، پیش‌تر از زبان «صاحب جواهر» نیز بیان کردیم. حاصل سخن اینکه روایات استنادی از طرف مشهور، از هیچ‌گونه اطلاق برخوردار نبوده و به استناد اطلاق آن نمی‌توان بر بی‌اعتباری شروط بنائی، در سایر عقود، غیر از بی‌اعتباری دو شرط بنایی مدّت و أُجرت در قبل از عقد نکاح مُتَعِه، استدلال کرد.

۲.۱.۱۲. عدم لزوم شرط بنائی به دلیل مترادف بودن در حکم، با شرط یا التزام ابتدائی: بر اساس این نظریه؛ اگر مشروطاً علیه، در قبل از عقد، الزام به شرطی را علیه

خود انشاء کند، چنین شرطی از نوع الزام ابتدائی محسوب شده و به طور قطع، چنین الزام ابتدائی - هر چند تأثیرش در خود ملتزم (اسم مفعول) تا حین عقد بلکه تا حین حصول وفای به شرط، حتی بعد از حصول وفای به شرط، یا در زمان التزام به شرط به طور مستمر باقی باشد - واجب الوفاء نیست (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۵). پاسخ اول در ردّ دلیل دوازدهم: بر فرض، شرط بنائی، شرط یا التزام ابتدائی محسوب گردد؛ شرط یا التزام ابتدائی دو صورت دارند: یک قسم از شروط ابتدائی، مرتبط با عقد لاحق نبوده و عقد لاحق نیز بر مبنای آن انشاء نمی‌شود. قسم دیگر، آن دسته از شروط یا التزام ابتدائی‌اند که عقد لاحق بر مبنای آن انشاء می‌شود (= شرط بنائی). حال؛ ۱ - حکم کردن به عدم اعتبار شرط یا التزام ابتدائی - به دلیل آنکه عقد لاحق بر مبنای آن انشاء نمی‌گردد - هیچ منافاتی با معتبر بودن شروط بنائی ندارد. ۲ - انشای عقد، به شرط بنائی انصراف دارد. ۳ - وفای به عقد، بدون همراهی با شرط بنائی، تجارت از روی عدم تراضی محسوب می‌گردد. ۴ - هم انشای تقیید و هم انشای التزام، همان‌طور که با لفظ می‌تواند تحقق یابد، به وسیله قصد نیز می‌تواند قابل تحقق باشد. ۵ - شرط متواپی، به دلیل اینکه حین انشای عقد، در قصد طرفین معامله قرار گرفته است، صدق می‌کند؛ شرط نامیده شود. ۶ - تبانی بر شرط یا التزام در زمان سابق، به صورت مجرد و غیر مقید انشاء نشده، بلکه به واسطه اینکه عقد لاحق بر مبنای آن انشاء می‌شود، انشاء شده که با عموم دلیل «المؤمنون عند شروطهم» اعتبار آن ثابت می‌گردد. نتیجه آنکه؛ حکم شرط، بر التزام ابتدائی - که عقد لاحق بر مبنای آن انشاء می‌گردد - صحیح بوده و تخصیصاً از عموم دلیل «اجماع بر عدم اعتبار شرط یا التزام ابتدائی» - بر فرض چنین اجماعی مُحْتَقَق باشد - خارج گشته و فقط از طریق اجماع، عدم اعتبار آن دسته از شروط ابتدائی که از نوع «شرط یا التزام ابتدائی محض» بوده و عقد لاحق نیز بر مبنای آن انشاء نمی‌شود، ثابت می‌گردد (خونساری، بی تا: ۴۸۳ - ۴۸۴). پاسخ دوم در ردّ دلیل دوازدهم: اولاً؛ شرط را ابتدائی نامیدن هیچ معنائی ندارد؛ زیرا قوام برای اشتراط (شرط واقع شدن یک امری) آن است که شرط ارتباط ایجاد نماید؛ حال، از اینکه یک امری، هم «شرط» باشد (که ارتباط ایجاد نماید) و هم به آن «ابتدائی» گفته شود، جمع بین متنافیین خواهد بود. ثانیاً؛ بر فرض به التزام ابتدائی، شرط صدق نماید، هیچ دلیلی ندارد

چنین شرطی نافذ نباشد؛ زیرا اطلاق دلیلی که بر لزوم شرط دلالت دارد، مقتضی آن است که فرقی بین اقسام شرط وجود نداشته باشد (طباطبائی قمی، «سیدتقی»، ۱۴۱۳: ۳۴ - ۳۵). حال با مختلف بودن ماهیت شرط یا التزام ابتدائی با ماهیت شرط بنائی، نمی‌توان گفت که حکم وعده یا التزام ابتدائی، برای شرط بنائی قابل تسری باشد.

۳. نتیجه‌گیری

مسئله شروط ضمن عقد که از جمله آن‌ها باید از شروط ضمنی بنائی - که موضوع این تحقیق است - یاد کرد، به لحاظ اینکه احکام کثیره‌ای بر آن مترتب است، همواره در کتب و زبان فقها مورد بحث و گفتگو قرار گرفته است. منظور از شروط بنائی؛ شروط مرتبط به عقد بوده که طرفین عقد، قبل از انعقاد عقد، بر روی چنان شروطی به توافق رسیده و سپس عقد لاحق را بر مبنای آن شروط منعقد می‌کنند. به دلیل اختلاف در لازم الوفاء بودن این شروط، در کمتر کتب فقهی است، این شروط، در محل بحث فقهای بزرگ امامیه قرار نگرفته باشد. قول به عدم اعتبار شروط بنائی، به مشهور فقها نسبت داده شده است. مشهور فقها که در زمره آن‌ها شیخ انصاری، محقق نائینی، محقق نراقی (مولی محمد)، صاحب ریاض المسائل و دیگران قرار دارند، در مهم‌ترین استدلال برای سخن خود، به نصوص مؤثق از زبان معصومین (ع) استناد کرده که موافقین عمل به شروط بنائی، اظهار داشته‌اند. این نصوص، به باب مُتعه اختصاص داشته و قدر متیقن در آن‌ها، بی‌اعتباری فقط دو شرط بنائی «مقدار زمان» و «مقدار مهریه» که از ارکان عقد مُتعه است، ثابت گشته و در مجموع به لحاظ اتحاد در موضوع، بر بیش‌تر از مورد خودشان - که همان نکاح متعه باشد - از اطلاق و شمول برخوردار نبوده و بر بی‌اعتباری هیچ شروط بنائی دیگر - حتی در خود مُتعه - به غیر از دو شرط بنائی یاد شده دلالتی ندارند. از جمله ادله مهم دیگر از سوی طرفداران قول مشهور، استنادشان به «اجماع» ادعا شده از سوی صاحب ریاض المسائل و «قول مشهور» بوده که این استدلال نیز از ناحیه علمای موافق، در معرض خدشه و اشکال قرار گرفته و در ردّ کلام آن‌ها اعلام شده که اولاً اجماعی حاصل نبوده، چون فقهای بسیار بزرگی مثل

شیخ طوسی و بسیاری دیگر با اجماع مخالف‌اند. ثانیاً بر فرض تحقق اجماع و شهرت، این دو بر اثر عمل به همان نصوص حاصل گشته که به دلیل مدرکی بودن، فاقد اعتبار می‌باشند. ضمن اینکه امروزه در بین فقهای امامیه، قول مشهور بر لزوم شروط بنائی قرار گرفته است. قائلین به اعتبار شروط بنائی که در زمره آن‌ها علمای بسیار بزرگی وجود داشته و به صراحت درباره اعتبار شروط بنایی سخن گفته‌اند و آن‌ها علمایی مثل شیخ طوسی، نراقی (مولی احمد)؛ طباطبایی قمی (سید تقی)؛ محقق خویی؛ شهید خویی؛ حسینی شیرازی هستند. علمای دیگری نیز در این گروه وجود دارند که از ظاهر کلام آن‌ها اعتبار این شروط فهمیده می‌شود که از جمله آن‌ها امام خمینی ره است. این دسته اخیر از علماء؛ علاوه بر پاسخ به ادله ذکر شده مخالفین؛ در اثبات اعتبار و لزوم برای شروط بنایی، طی استدلالاتی اعلام داشته‌اند: وجود قرینه عهدیه ارتکازیه ناشی از توافق قبل از عقد؛ قائل شدن به تفاوت برای التزام آوری عقد و شرط، بدین صورت: احتیاج به مبرز لفظی برای عقد جهت ایجاد التزام، ولیکن عدم نیاز به مبرز لفظی برای شرط؛ قائل شدن به استقلال قراریت برای شرط و قرار داشتن قراریت آن در مُقابل قرار عقدی و قرار گرفتن قرار شرطی «غالباً» و نه به نحو دائم در ضمن قرار بیعی؛ اصل اصالةالجواز، عمومیت دلالت حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم» که پس از تخصیص این حدیث نبوی به وسیله نصوص مُؤثّق، فقط عدم اعتبار دو شرط بنائی «مقدار زمان» و «مقدار مهریه» در عقد مُتعه، از شمول دلالت حدیث نبوی ذکر شده خارج گشته ولی اعتبار بقیه شروط بنائی در همه عقود حتی در خود مُتعه با حدیث شریف مذکور، ثابت می‌گردد، دلالت آیه شریفه «اوفوا بالعقود» که بر اساس آن؛ انشای «عقد»، همه لوازم عقد را در بر می‌گیرد، دلیل دیگر خاص بودن قرار عقدی، به دلیل مُرکّب بودن قرار معاملی از قرار عقدی - به خاطر مُنضم شدن قرار عقدی با قرار شرطی انشاء شده در قبل از عقد - و قرار شرطی موجود در قصد. نتیجه آنکه به دلیل مخدوش و بی‌پایه بودن قول به عدم اعتبار شروط بنائی، معتبر بودن شروط بنائی در همه عقود و ایقاعات، به جز دو مورد استثناء شده ثابت گردیده و بر مشروطٌ علیه لازم است به شروط بنائی در قراردادها وفادار مانده و خود را در مُقابل انشائاتش ملتزم بداند.

منابع

الف. فارسی

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۶ ه.ش)، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
 سیمایی صراف، حسین (۱۳۸۰ ه.ش)، *شرط ضمنی*، پژوهشی تطبیقی در فقه، قانون مدنی ایران و قانون خارجی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
 فرحزادی، علی اکبر (۱۳۸۶ ه.ش)، *شروط بنائی (مطالعه تطبیقی حقوق اسلام با کامن لا و قوانین کشورهای اروپائی)*، پایان نامه دکتری، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
 مزیدی شرف آبادی، علی رضا (۱۳۷۹ ه.ش)، *اثر شرط باطل*، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران.

ب. عربی

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴)، *لسان العرب*، بیروت: دار الفکر.
 ابن براج، قاضی (۱۴۱۱)، *جواهر الفقه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 اصفهانی، مجلسی دوم، محمد باقر (۱۴۰۴)، *مرآة العقول*، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
 بحرانی، آل عصفور، یوسف (۱۴۰۵)، *الحدائق الناضرة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 تبریزی، جعفر سبحانی (۱۴۲۳)، *دراسات موجزة ...*، قم: مرکز العالمی للدراسات الإسلامیه.
 تبریزی، جواد (آقا جواد تبریزی) (۱۴۱۶)، *إرشاد الطالب*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
 حائری، سید علی طباطبایی (۱۴۱۸)، *ریاض المسائل*، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
 حائری، سید کاظم حسینی (۱۴۲۳)، *فقه العقود*، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
 حلّی، علامه، حسن (۱۴۱۳)، *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

خمینی، سید روح الله موسوی (بی تا)، *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام (ه).

خوانساری، محمد امامی (بی تا)، *الحاشیة الثانیة علی المکاسب*، بی جا.

خویی، سید ابوالقاسم موسوی (بی تا)، **المکاسب - مصباح الفقاهة**، بی نا.
 خویی، شهید، سید محمد تقی موسوی (۱۴۱۴)، **الشروط...**، بیروت: دار المؤرخ العربی.
 دزفولی، مرتضی انصاری (شیخ أنصاری) (۱۴۱۵)، **کتاب المکاسب المحرمة و البيع و الخيارات (ط - الحديثة)**، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
 سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳)، **مهذب الأحكام** قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله.

سبزواری، محقق، محمد باقر (بی تا)، **کفایة الأحكام**، اصفهان: انتشارات مهدوی.
 شیرازی، سید محمد حسینی (بی تا)، **إیصال الطالب**، تهران: منشورات اعلمی.
 شیرازی، ناصر مکارم (۱۴۲۲)، **الربا و البنك الإسلامی**، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی (ع).

طوسی، محمد (شیخ طوسی) (۱۴۰۰)، **النهاية**، بیروت: دار الكتاب العربی .
 طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی) (۱۴۰۷)، **تهذیب الأحكام**، تهران: دار الکتب الإسلامیة.

طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی) (۱۴۰۷)، **الخلافا**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 عاملی، حرّ، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، **وسائل الشیعة**، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
 عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، **القواعد و الفوائد**، قم: کتابفروشی مفید.
 عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۴)، **غایة المراد**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.

عاملی، شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۰)، **الروضه البهیة**، قم: کتابفروشی داوری.
 عراقی، آقا ضیاء الدین، علی کزازی (۱۴۲۱)، **حاشیة المکاسب**، قم: انتشارات غفور.
 قمی، سید تقی طباطبایی (۱۴۰۰)، **دراساتنا من الفقه الجعفری**، قم: مطبعة النخی ام.

قمی، سید تقی طباطبایی (۱۴۱۳)، **عمدة المطالب**، قم: کتابفروشی محلاتی.
 قمی، سید صادق حسینی روحانی (بی تا)، **فقه الصادق (ع)**، بی جا.
 کاشف الغطاء، حسن (۱۴۲۲)، **أنوار الفقاهة - کتاب البيع**، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، **الكافی (ط- الإسلامية)**، تهران: دار الكتب الإسلامية.
 گیلانی، میرزای قمی، ابو القاسم (۱۴۱۳)، **جامع الشتات**، تهران: مؤسسه کیهان.
 مازندرانی، محمد صالح بن احمد (۱۳۸۲)، **شرح الکافی**، تهران: المكتبة الإسلامية.
 مراغی، سید میر عبد الفتاح (۱۴۱۷)، **العناوین الفقهیة**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۴۱۳)، **المکاسب و البیع**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۳۷۳)، **منیة الطالب**، تهران: المكتبة المحمدیة.
 نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن (بی تا)، **جواهر الکلام**، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

نراقی، مولی احمد (۱۴۱۷)، **عوائد الأيام**، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.

نراقی، مولی محمد (۱۴۲۲)، **مشارك الأحكام**، قم: کنگره نراقیین ملاً مهدی و ملاً احمد.
 نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸)، **مستدرک الوسائل**، بیروت: مؤسسه آل البيت (ع).
 واسطی، زبیدی، سید محمد مرتضی حسینی (۱۴۱۴)، **تاج العروس**، بیروت: دار الفکر.