

تأملی فقهی - حقوقی در شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات

دکتر محمد تقی رفیعی *

کیوان شجاعی **

چکیده

شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات، به علت بروز کمتر آن و در نتیجه عدم کنکاشی مستقل از سوی فقیهان و حقوقدانان بحثی نو و قابل تأمل به نظر می‌رسد. اگر چه در فقه اصولاً بحث مستوفایی در خصوص شرط بنایی در عقود صورت گرفته، اما به نظر می‌آید مفهوم شرط بنایی در ایقاعات، مسبوق به سابقه نیست و به تبع آن در حقوق نیز چنین است. آنچه در این مقاله مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد، تقویت امکان تصور شرط بنایی در ایقاعات با استفاده از بررسی تعلیق به عنوان یکی از آثار شرط بنایی در عقود است. به رغم سکوت قانونگذار و اجمال قانون مدنی در خصوص این موضوع، نمی‌توان قائل به عدم پذیرش آن در حقوق ایران شد، زیرا با استناد به اصول کلی حقوقی و اجرای قواعد عمومی معاملات، می‌توان مفهوم شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات را مورد شناسایی قرار داد.

واژه های کلیدی: عقد و ایقاع - تعلیق - شرط تعلیقی - شرط بنایی

مقدمه

بحث از هر موضوع در حقوق بر اساس کاربرد عملی آن مورد توجه قرار می‌گیرد و اظهارنظر در خصوص آن در مواردی صورت می‌گیرد که مسئله‌ای در این زمینه بروز نماید. بحث از شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات بحثی نو و قابل تأمل در فقه و حقوق است، زیرا بحث ایقاع و شرط بنایی تعلیقی در آن مسئله‌ای است که کمتر بروز نموده است و بدین جهت، فقیهان کمتر در بحث مستقلی به آن پرداخته‌اند و در نتیجه از سوی حقوقدانان نیز در این خصوص کنکاشی صورت نگرفته است. اما با توجه به پویایی و تکامل اجتناب‌ناپذیر علم حقوق، طرح هر مسئله و مشکلی پیش‌بینی می‌گردد که با توجه به مصادیق قانونی، امکان طرح مباحث در این زمینه و امکان بروز نمونه‌های عملی آن ممکن به نظر می‌رسد. با توجه به این امر که در فقه اصولاً در بحث از عقود، سخن از شرط بنایی به میان آمده است و مفهوم شرط بنایی در ایقاعات مسبوق به سابقه نمی‌باشد از این رو، در مقاله پیش رو در پی آن هستیم تا با بررسی یکی از آثار شرط بنایی در عقود و مطابقت آن در ایقاعات امکان تصور شرط بنایی در ایقاعات را تقویت نماییم. پیش از آغاز بحث آنچه که در این مقام شایسته طرح می‌باشد، بررسی ماهیت شرط اعم از بنایی یا ضمن عقد در عمل حقوقی است. تبیین این امر که تحت ثنوری‌هایی از جمله ثنوری تعلیق، ظرفیت و تقیید مورد معامله در فقه مدنظر قرار گرفته از دقیق‌ترین و دشوارترین مباحث مربوط به معاملات دانسته می‌شود. و دیگر این که آیا عمل حقوقی مشروط دارای ظاهر است و اگر پاسخ مثبت است بر کدام یک از ثنوریهای مطرح در فقه منطبق است؟ در این خصوص برخی از حقوقدانان بر این باورند که هر جا واژه شرط بدون هیچ قرینه و قیدی به کار برده شود، ظاهر در شرط تقییدی است. بدین بیان که عمل حقوقی مشروط به معنای عمل حقوقی تقییدی می‌باشد. حال آنکه گروهی دیگر برخلاف این دیدگاه اشاره داشته‌اند، ظاهر عمل حقوقی مشروط، خارج از وصف تقییدی است. به نظر می‌رسد، ماهیت شرط اعم از شرط بنایی یا ضمنی عمل حقوقی باید پس از بررسی آثار شرط در عمل حقوقی تعیین گردد که در صورت فقدان آثار، صرفاً با کنکاش اراده و قصد طرفین می‌توان به ماهیت واقعی شرط پی برد و ترجیح یکی از آثار شرط در عمل حقوقی بر دیگری ترجیح بلامرجح است. بنابراین، اتکا به ظاهر در بحث از ماهیت شرط، چندان منطقی به نظر نمی‌آید. با توجه به سکوت قانونگذار و اجمال قانون مدنی ایران، این ابهام وجود دارد که آیا شرط بنایی تنها در عقود مطرح است و یا در ایقاعات نیز متصور است. این مقاله با بررسی تقویت امکان تصور شرط بنایی در ایقاعات با استفاده از بررسی تعلیق به عنوان یکی از آثار شرط بنایی در عقود، در صدد حل این مشکل و ابهام است.

در این راستا، به دلیل تبیین سیر منطقی بحث، نخست مفهوم ابقاع و وجه تمایز آن با سایر تعهدات، سپس جایگاه شرط در ابقاعات و در پایان، جایگاه شرط بنایی تعلیقی در ابقاعات، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱) بررسی مفهوم ابقاع و وجه تمایز آن با سایر تعهدات

شایسته است در اینجا به طور اجمال یاد آور شد، همه اعمال حقوقی که منشأ تعهد برای متعهد محسوب می‌گردند در چهارچوب دو موضوع کلی عقد و ابقاع قرار می‌گیرند. هر گاه این اعمال، که دارای اثر شرعی و حقوقی هستند، موقوف به رضایت دو نفر باشند، این عمل حقوقی عقد است که بدون وجود طرفین اثری بر آن سرتب نمی‌شود. اما اگر ترتیب اثر بر این عمل حقوقی موقوف به رضایت دو طرف نباشد بلکه رضایت یکی در آن کفایت کند، این دسته عمل حقوقی را ابقاع نامند که موضوع بحث حاضر در خصوص همین مورد اخیر است.

۱-۱) تعریف ابقاع

در فقه و حقوق مدنی تعریفی از ابقاع ارائه نشده است، اما حقوقدانان تعاریف متعدد و گوناگونی از ابقاع به عمل آورده‌اند که در اینجا به بیان برخی از آنها می‌پردازیم. در یک تعریف کلی و مصطلح حقوقی، ابقاع عمل حقوقی است که با یک اراده واقع می‌شود. اما با توجه به نامفهوم بودن اصطلاح "عمل حقوقی" در فرهنگ حقوقی ایران در تعریف دیگری آمده که ابقاع، انشا اثر حقوقی است که با یک اراده واقع می‌شود (کاتوزیان، ۱۹: ۱۳۷۷) و یا اینکه ابقاع، عمل یک طرفه‌ای است که به صرف قصد انشا منشأ یک اثر حقوقی می‌شود بدون اینکه تأثیر قصد مذکور ضروری به دیگری برساند مگر در موارد مصرح در قانون. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۳۸۳).

آنچه که در قانون استثنا بر این اصل است، مصادیقی از قبیل طلاق و اخذ به شفعه می‌باشد که به ابقاعات خلاف قاعده مشهور گشته است. بر این اساس، فرض تأثیر اراده یک نفر در ایجاد عمل حقوقی، منوط به عدم ورود ضرر به دیگران و در چهارچوب احترام به اصل آزادی اراده است. آنچه که با رعایت همین اصل در نظریه‌ی بعضی از فقیهان ارائه شده ملاک اضرار است؛ یعنی هر گاه از قصد یک طرف ضرری به دیگری وارد نشود آن قصد، تنها مؤثر بوده و نیازی به اعلام قبول طرف نیست. بنابراین، آنچه در همه تعاریف مذکور ثابت و مشخص است، پذیرش ابقاع به عنوان یک انشا اثر حقوقی است که به طور مستقل و بدون نیاز به اراده و یا رضایت دیگری، اثر مطلوب یا تعهد ناشی از ابقاع را به وجود می‌آورد و ایجاد اثر حقوقی منوط به رضای هیچکس دیگر نمی‌شود.

۲-۱) وجوه تمایز میان ایقاع با سایر تعهدات

۱-۲-۱) ایقاع و تعهد یک طرفی

در خصوص این مورد که تمایز ایقاع با تعهدات یک طرفی چگونه میسر است، می‌توان گفت که تعهد یک طرفه، مقدمه‌ی عقد است و به عنوان یک ایجاب لازم برای کسی که این تعهد را بوجود می‌آورد، لازم‌الرعایه است و به عبارتی، ایجاد یک تعهد علاوه بر اینکه تعهد به مفاد عقد را برای گوینده‌ی ایجاب پیدا می‌آورد، تا در صورت رضایت طرف دیگر عقد، به منصف ظهور و بروز برسد، تعهد به حفظ ایجاب نیز که بلافاصله پس از ایجاد تعهد، موجود گردیده برای وی لازم است.

البته این دو تعهد، ممتاز از یکدیگر بوده و با ایجاد تعهد یک طرفی، شخص خود را ملزم می‌کند تا در صورت رضایت طرف دیگر، عمل حقوقی خاصی را انجام دهد. متنها، ایجاد این تعهد خود متعهد را ملزم می‌سازد تا در ظرف مدت معین، که طرف مقابل رضایت یا عدم رضایت خود را در مورد ایجاب اعلام می‌دارد، به تعهد خود وفادار بماند و در صورت رضایت فرد، حق رجوع از ایجاب را ساقط می‌کند و قدرت الزام‌آوری را به دست می‌آورد که منشأ ایجاد تعهد برای گوینده‌ی ایجاب است و در صورت عدم رضایت طرف دیگر، اثر الزام ایجاب از بین رفته و متضمن هیچ اثر حقوقی نیست. (کاتوزیان ۱۳۷۸: ۳۰۹/۱).

۲-۲-۱) ملاک شناسایی عقد از ایقاع

در تشخیص عقد از ایقاع، که هر کدام دارای آثار حقوقی متفاوتی هستند، سه معیار در نظر گرفته

شده است:

۱-۲-۲-۱) تشخیص بر مبنای ماهیت انشا

در عقد و ایقاع، قصد انشا وجود دارد، اما در هر یک از این دو عمل حقوقی متفاوت است. این قصد را گاهی ضابطه‌ی تشخیص عقد از ایقاع قرار داده‌اند، بدین معنا که ماهیت قصد انشایی که در عقد به کار می‌رود به تنهایی به وجود آورنده‌ی تعهد نیست و نمی‌تواند وجود اعتباری را به وجود نهایی برساند، زیرا هر عقدی وابسته به ایجاب و قبول است و ایجاب به تنهایی نمی‌تواند اثری از خود به جا بگذارد. همچنین، قبول هم نمی‌تواند در ایجاد موجودات اعتباری مؤثر واقع شود، زیرا تأثیر قبول این است که موجود اعتباری ناشی از ایجاب را که به وجود اقتضایی موجود شده است به مرحله‌ی وجود نهایی برساند. اما قصد انشایی که در ایقاعات به کار می‌رود قصدی است که به تنهایی، اثر حقوقی را به وجود نهایی

موجود می‌رساند، یا به تنهایی یک اثر حقوقی موجود را معدوم می‌کند، بدون اینکه مستلزم دخالت در حقوق دیگران باشد، مانند ابراء. (لنگرودی، ۱۳۴۰: ۶۶).

۱-۲-۲) تشخیص بر اساس اثر حقوقی قصد انشا

بر اساس این معیار، اگر فرض تأثیر یک قصد، موجب دخالت صاحب آن قصد در حقوق دیگران نگردد، باید همان قصد تنها را، منشأ اثر تلقی کرد. بدین وسیله، باید آزادی افراد را محترم شمرد و این قصد تنها، که منشأ اثر حقوقی است، می‌تواند ایقاع باشد. اما هر گاه از فرض تأثیر یک جنبه‌ی قصد یک شخص، این نتیجه حاصل شود که در حقوق سایرین دخالتی به عمل آید در این مورد به منظور حفظ حقوق افراد جامعه، آن قصد را بایستی باطل اعلام کرد که این نظر بر مبنای مداخله یا عدم دخالت در حریم حقوق یکدیگر بنا شده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۸) البته ایقاعات خلاف قاعده مانند: طلاق و اخذ به شفعه به رغم دخالت در حقوق دیگران، بنا به مصالح اجتماعی از این ضابطه مستثنی هستند.

۱-۲-۳) تشخیص بر اساس آزادی اراده

این نظریه بر اساس آزادی و استقلال یک اراده در ایجاد عمل حقوقی بیان شده است. در تبیین این معیار می‌توان گفت: عقد، عملی حقوقی است که برای ایجاد آن دو یا چند اراده لازم است و علاوه بر انشایی بودن اراده، باید ناشی از توافق هم باشد. بنابراین، اگر یک اراده بتواند حقی را ایجاد کند، هر چند که اراده‌ی دیگر آن را از بین ببرد، این دو اراده عقد نیست. (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲۱-۲۲) البته در بسیاری از موارد، تشخیص عقد از ایقاع بستگی به تحلیل عناصر آن دارد که اجرای این ضابطه را دشوار می‌سازد و تحلیل عناصر حقوقی آنها باید ضابطه‌ی عقد یا ایقاع بودن اعمال را روشن نماید.

۱-۳) اصالت عقد یا ایقاع

این بحث از آنجا ناشی می‌شود که در زمینه‌ی تشخیص عقود و ایقاعات استدلال‌ها و نظرهای افراطی دال بر انکار ایقاع یا تفکیک عقد به دو ایقاع ارائه شده است. چنانکه، عده‌ای حتی عقد را مرکب از دو ایقاع می‌دانند و بر همین مبنای بسیاری از قراردادهای شناخته شده مانند وکالت و ضمان را ایقاع می‌دانند، عده‌ای دیگر، حتی عمل حقوقی را که یک اراده در ایجاد آن مؤثر است، رد نموده و منکر وجود ایقاع هستند. (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲۳). در این جا به دو مورد از آن‌ها اشاره می‌گردد: یکی از نظر استقلال و یا وابستگی انشا و دیگری کافی بودن یک انشا. در خصوص مورد اول بایستی گفت که انشا در ایقاع، مستقل بوده و مضمون آن به رضا یا انشا دیگری ارتباطی ندارد و انشا مذکور سبب کامل است و اثر مطلوب را در

حدود اختیارات قانونی، که قانون به فاعل آن داده، به وجود می‌آورد، مانند: فسخ ناشی از خیارات. ولی در انشای عقد، این استقلال قابل تصور نیست و هر یک از ایجاب و قبول به عنوان انشا مفاد کامل عقد را به وجود می‌آورد و نیروی خلاق آنها بنحوی است که منوط و مقید به دیگری است، به عبارتی هر یک جزئی از سبب است که زمینه را برای ایجاد علت تام به وجود می‌آورد.

در مورد دوم، یعنی کفایت یک انشا که مکمل بحث اول است، باید گفت که برای ایجاد اثر مطلوب انشا کننده، صرف اراده ی او کافی است و ایقاع با همان یک اراده به وجود می‌آید، در حالی که وقوع عقد و ایجاد اثر آن منوط به توافق یا حصول دو اراده است. اگر زمانی دو انشا به عنوان نماینده ی دو نفع متقابل با صدور آن از یک اراده حاصل شود، اراده واحد به اعتبار اینکه نماینده دو نفع است، در حکم دو اراده تلقی می‌شود که به توافق می‌رسند، مانند: مصداق معامله با خود. البته در تشخیص عقد و ایقاع ممکن است به عنوان ملاکی در نظر گرفته شود، ولی بیان بحث برای تبیین این نکته است که تعیین ضابطه قطعی و مطمئن در مورد تشخیص این دو با توجه به آثار حقوقی متفاوت هر یک از مصادیق عقد یا ایقاع دشوار است و این ضوابط هر چند در بسیاری موارد قابل انطباق است، لیکن وضعیت خاص بعضی از این اعمال، مانع از اتخاذ ضابطه‌ای قطعی و مطمئن برای تشخیص این دو است.

۲) بررسی جایگاه شرط در ایقاعات

یکی از عواملی که سامان و حدود اعمال حقوقی از جمله ایقاعات را معین می‌کند شرط است. تبیین ماهیت شرط اعم از صریح یا ضمنی در اعمال حقوقی همچون ایقاع، تحت تئوری‌هایی مانند ظرفیت (امام خمینی، کتاب البیع، ۱/ ۸۵-۸۸، ۵/ ۲۰۴-۲۰۵)، تنقید مورد معامله (محمدحسین اصفهانی، حاشیه ی مکاسب) و تعلیق (مراغه‌ای حسینی، العناوین الفقهیه، ۲/ ۱۳۳) در فقه مد نظر قرار گرفته که از دشوارترین مباحث مربوط به اعمال حقوقی دانسته می‌شود. همان‌گونه که گذشت، شرط در ایقاعات دارای آثار متفاوتی است، از جمله این آثار، می‌توان به تعلیق ایقاع به وسیله شرط اشاره نمود. به پیروی از این دیدگاه، قانون مدنی صرفاً در ایقاعات، طلاق معلق به وسیله ی شرط را باطل دانسته است. ماده ی ۱۱۳۵ قانون مدنی در خصوص دیگر ایقاعات معلق به وسیله ی شرط حکمی را بیان نداشته که با توجه به مواد ۱۸۴ و ۲۲۳ قانون مدنی می‌توان حکم به صحت و نفوذ این نوع شرط تعلیقی در ایقاعات حکم کرد. به همین جهت برای تبیین موضوع به بررسی مفهوم شرط تعلیقی در ایقاعات می‌پردازیم.

۱-۲) شرط تعلیقی در ایقاعات

یکی از آثاری که شرط در اعمال حقوقی ایجاد می‌نماید تعلیق است. شایسته است جهت رعایت سیر منطقی بحث، ابتدا مفهوم تعلیق به طور اجمال بررسی گردد، آنگاه دیدگاه فقیهان مبنی بر امکان یا عدم امکان کاربرد شرط تعلیقی در ایقاعات مورد کنکاش قرار گیرد.

۲-۲) بررسی مفهوم تعلیق

بنابراین نظر فقیهان و حقوقدانان اسلامی تنجیز از شرایط یک تعهد است و لذا تعلیق را گاه موجب بطلان عقد یا ایقاع دانسته اند. اما به‌طور مطلق نمی‌توان ادعا نمود که تعلیق در تمام صور در عقد یا ایقاع موجب بطلان است، زیرا هم دلایل روایی معتبری بر صحت تعلیق وارد شده و هم استدلالاتی در توجیه این مسئله صورت گرفته است. در این زمینه، ابتدا مفهوم تعلیق و تعاریفی که در این خصوص وارد شده، سپس تعلیق به صورت واجب مشروط به شرط متأخر بر وجه کشف و در پایان، تعلیق به‌صورت واجب مشروط به شرط مقارن مورد بررسی قرار می‌گیرد

۱-۲-۲) تعریف لغوی و تحلیل فقهی تعلیق

واژه ی تعلیق مصدر باب تفعیل است که از نظر لغوی در معانی متعددی مانند آویزان کردن چیزی به چیز دیگر، معلق کردن، مرتبط و وابسته کردن آمده است. (سیاح ۱۳۶۵ ، : ۱۰۴۹/۴-۳)

واژه ی تعلیق اگرچه در مرحله ی کاربرد در معانی متعدد به‌کار رفته، لیکن معنای اصلی آن، درآویختن چیزی به چیز دیگر و ایجاد وابستگی و ارتباط بین دو چیزی است که کاملاً بهم وابسته اند.

تعلیق در اصطلاح فقه، عبارتست از اینکه تحقق عقد یا ایقاع، وابسته و منوط بر تحقق شرط یا وصف و یا امر دیگری باشد. مانند آنکه کسی بگوید، خانه ام را به تو هبه می‌کنم اگر زید بیاید. و به عبارت دقیقتر، تعلیق، عبارتست از اینکه آنچه فرد مورد عقد یا ایقاع قرار می‌دهد به شرط یا وصفی وابسته باشد، مانند: وابسته نمودن هبه به آمدن زید که در صورت تحقق، فرد مالک می‌شود و در غیر این صورت، تعهد متحقق نمی‌شود. صاحب کتاب عناوین‌الفقهیه در کتاب خود به نکته ظریفی اشاره دارد بدین بیان که، تعلیق عبارتست از اینکه واقع، اثر ایقاع خود را به چیز دیگری معلق گرداند، نه آنکه اثر آن خودبه خود معلق و وابسته به آن باشد، که در این صورت بدان تعلق گویند نه تعلیق. (مراغه ای ۱۴۱۸: ۱۳۳) و منظور این است

که اگر متعاقبین تحقق اثر تعهد را به چیزی که غیر از شرایط صحت آن است منوط کنند، بدان تعلیق گویند، اما اگر اثر عقد یا ایقاع خودبه خود منوط به چیزی باشد، که از شرایط درستی عقد یا ایقاع است، در آن صورت تعلیق نخواهد بود بلکه تأکیدی است که در این دو صورت گرفته است (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها ۵۲/۱).

هدف از اجرای عقد یا ایقاع معلق آن است که بعد از تحقق آن، آثارش نیز تحقق یابد. اما بیشتر فقیهان، تعریف دیگری از تعلیق نموده اند: تعلیق و عقد یا ایقاع تعلیقی، آنست که منجز نباشد، برای مثال، ابراء کننده آنرا منوط به امری نماید. البته تعاریفی که ارائه می شود تعریف حقیقی نیست، بلکه شرح لفظی است. به علاوه اینکه، برخی از محققان ارائه ی تعریف حقیقی را محال می دانند. (مظفر، ۱۴۰۵، ۱۰۱).

۲-۲-۲) تعلیق به صورت واجب مشروط به شرط متأخر بر وجه کشف

فرض اولی که در مسئله مطرح شده است این است که، معلق علیه را به صورت شرط متأخر بر وجه کشف، فرض نماییم. بدین صورت که در عقد یا ایقاع معلق، شرط یا وصف معلق علیه اگرچه بعد از تحقق ایقاع به وجود می آید، لکن به صورت شرط متأخر در ایقاع قبلی تأثیر می نماید و وقتی شرط تحقق یافت از وجود آن کشف می شود که مقتضای عقد یا ایقاع از زمان پیدایش این دو، موجود بوده است نه از زمان حصول شرط. در این فرض، شرط، کاشف از وقوع زمان این دو از زمان انشا آن می باشد. (امامی، ۱۳۶۶، ۱۶۵/۱)

تحلیل فوق در صورتی است که معلق علیه، معلوم الحصول در حال یا آینده باشد. برای مثال، اگر کسی به فرزندش بگوید خانه ام را به تو بخشیدم اگر ماه بر آید، وقتی ماه بر آمد معلوم می شود از زمان انعقاد هبه، مالک خانه بوده است. لذا هرگاه بعد از هبه فرزند در خانه تصرف کند و بعداً ماه بر آید در ملک خود تصرف نموده است. بنابراین، در این امر، تملک خانه از زمان انشا است، اگرچه ظرف حصول شرط، آینده است، نه اینکه تملیک از زمان حصول شرط باشد.

در این صورت، معلق علیه مانند شرط سابق ضرر و اشکالی برای صحت عقد نخواهد داشت، زیرا معلق علیه بالوجدان تحقق می یابد و اجماعی که بر بطلان تعلیق ادعا شده است شامل این دو قسم نمی گردد. همچنانکه برخی از فقیهان معاصر نیز در این امر تأکید دارند (خویی، ۱۳۷۱/۲:۱۷۹). در نتیجه، شرط یا وصفی که صد در صد در آینده یا حال تحقق می یابد مانند امر تحقق یافته تلقی می شود و تأثیر آن در عقد و ایقاع سابق به صورت کاشفیت خواهد بود و با تحقق معلق علیه در آینده، کشف می شود که امر از زمان

انشا تحقق یافته است. بدین جهت، در منابع فقهی اهل سنت چنین امری (عقد یا ایقاعی) که بر شرط محقق الوقوع معلق شده است مانند امر منجز دانسته شده است. (سرخسی، المبسوط، ۱۴۰۶: ۸۲/ - ۱۱۸ و ۲۰۲)

این فرض، تحلیل در تمام اقسام اعم از اینکه معلق، عقد باشد یا ایقاع جاری می‌گردد و اختصاص به مورد خاصی ندارد. اما در صورتی که معلق علیه معلوم‌العدم یا مشکوک‌العدم باشد و در زمان انشا نیز وجود نداشته باشد، بدون شک چنین عقدی باطل خواهد بود و فرضی برای تحلیل فوق نیست. همچنین در صورتی که معلق علیه مشکوک‌الحصول در حال آینده باشد به دلیل اجماع باطل خواهد بود. (خویی، همان: ۱۸۰-۱۸۱) تحلیل فوق در صورتی متصور است که تعلیق به منشأ برگردد، زیرا تعلیق در انشا به اتفاق بسیاری از محققین باطل است و امکان ندارد چیزی که تحقق یافته است بر واقعه یا حادثه ای که به وجود نیامده معلق گردد.

۲-۲-۳) تعلیق به صورت واجب مشروط به شرط مقارن

دومین فرضی که برای تحلیل عقد یا ایقاع معلق متصور است و برخی از دانشمندان حقوق اسلامی بدان اشاره نموده اند، این است که همانطوری که در واجب مشروط تا زمانی که شرط تحقق نیابد، وجوب به فعلیت نمی‌رسد، در عقد و ایقاع معلق نیز بعد از تحقق معلق علیه، انشا عقد یا ایقاع تحقق می‌یابد. چنانکه برخی از فقیهان نیز اشاره صریحی به این امر کرده اند (طباطبائی بزدی، ۱۴۱۰: ۱۹۶). برای مثال، وقتی پدری به فرزندش گفت اگر دیپلم گرفتی، این خانه را به تو بخشیدم، هنگامی که فرزند دیپلم را گرفت، مالک خانه مذکور می‌گردد. بنابراین، فرزند پس از انشا و قبل از اخذ دیپلم، نمی‌تواند در خانه تصرف نماید. زیرا قبل از گرفتن دیپلم، مالک آن نیست و تا زمانیکه معلق علیه تحقق نیابد انشا نیز به فعلیت نمی‌رسد. بنابراین، به نظر مشهور دانشمندان، در واجب مشروط اصل وجوب، مشروط بر شرط است و تا شرط تحقق نیابد وجوب به فعلیت نمی‌رسد. در عقد یا ایقاع معلق نیز اصل انشا بر شرط یا وصف معلق است و تا معلق علیه به وجود نیاید انشا به فعلیت نمی‌رسد و ایجاد نمی‌گردد. در نتیجه، این فرض و تحلیل در صورتی است که تعلیق به انشا برگردد. (امامی، ۱۳۶۶: ۱۶۶)

بنابر نظر فقیهان، تعلیق عقد و ایقاع بر شرط یا وصفی که در حال یا آینده محقق‌الوقوع است به صورت واجب مشروط به شرط مقارن صحیح نیست و انشا را باطل می‌کند و اجماع فقیهان که بر بطلان تعلیق قائم شده است، شامل این قسم است. لکن برخی از عقود و ایقاعات را که ذاتاً بر شرط یا وصفی

معلقند، مانند وصیت، از آن خارج شده است (خویی، همان: ۱۸۰). تعلیق بر امر مشکوک الوقوع به صورت واجب مشروط به شرط مقارن مانند قسم قبلی، باطل است و بر بطلان آن ادعای اجماع شده است و حتی فقیهان که تعلیق در انشا را فی حد ذاته مردود ندانسته اند تعلیق در اینجا را باطل دانسته اند و بر بطلان آن علاوه بر اجماع، چنین استدلال نموده اند که انشا به معنی ایجاد است و تخلف وجود ممتنع است. لذا وقتی فروشنده گفت کتاب را فروختم، با انشا، ملکیت تحقق یافته است. اما زمانی که آن را بر امر مشکوک الحصول معلق نموده اند، احتمال دارد آن امر مشکوک تحقق یابد و ممکن است معلق علیه به وجود نیاید، لذا ملکیت نیز تحقق نخواهد یافت. بنابراین، در این صورت، انشا تحقق یافته ولی منشأ محتمل الوقوع است و تخلف انشا از منشأ عقلاً ممتنع است. (خویی، همان، ۱۸۱)

۲-۳) عدم امکان کاربرد شرط تعلیقی در ایقاعات از دیدگاه فقیهان

۲-۳-۱) اجماع

برخی از فقیهان شیعه بر بطلان ایقاعات مشروط و به عبارتی دیگر تعلیق در ایقاع در بعضی از ابواب فقهی به اجماع استناد نموده‌اند و معتقدند به اجماع فقیهان امامیه، شرط تعلیقی حداقل در برخی ایقاعات موجب بطلان ایقاع معلق می‌گردد. اولین فقیهی که بر بطلان ایقاع مشروط به اجماع استناد نموده است، شیخ مرتضی علم‌الهدی (علم‌المهدی ۱۳۹۱، ۱۲۷-۱۴۱) بوده که در دو مورد در بحث ظهار و طلاق بر بطلان به اجماع فقیهان استناد نموده است و بطلان طلاق معلق را از مختصات فقه امامیه دانست. شیخ طوسی (شیخ طوسی، ۱۳۴۴: ۴۳۲-۴۳۳) نیز تنها در بحث طلاق و ایلاء بر بطلان شرط که موجب تعلیق می‌گردد، ادعای اجماع نمود، لیکن در تعبیر ایقاعات توجهی بدان ننموده است. (شهید ثانی، بی تا، ۳۵۷/۵ و ۱۶/۶) نیز تنجیز را در طلاق و ظهار و وقف مورد اتفاق نظر فقیهان دانسته است، لیکن می‌افزاید دلیل خاصی بر اعتبار تنجیز وجود ندارد. البته وی در شرح لمعه در بحث ظهار، تصریح نمود که ظهار مانند طلاق به اجماع فقیهان بطور معلق واقع نمی‌شود، لکن بر بطلان ظهار، علاوه بر اجماع به روایتی از امام رضا (ع) استناد کرده و بدیهی است با وجود روایت معتبر از معصوم، نوبت به اجماع نمی‌رسد.

۲-۳-۲) معقول نبودن شرط موجب تعلیق

در این فرض برخی فقیهان متذکر شده‌اند که تعلیق در ایقاعات معقول نیست، زیرا عقلاً محال است انشا ایقاع بر قیدی معلق باشد و در تعلیق نیز انشا معلق است و لذا تعلیق محال است چون انشا ایجاد

است و عقلاً محال است ایجاد شی بر امر دیگری محال بوده و قابل تصور نیست و یا ایجاد نگردیده که از محل نزاع خارج است. بنابراین، عقلاً ممکن نیست انشا عقد و ایقاع بر امر دیگری مشروط باشد و لذا تعلیق با انشا منافات دارد و بدین جهت ایقاع یا عقد باید منجز باشد چون انشا از شرایط اساسی عقد و ایقاع است. (گرچی، ۱۳۷۸، ص: ۱۲/۱)

۳-۲-۳) برگشت ادله و جوب به تنجیز ایقاعات

مفاد ادله‌ای که بر وجوب وفا به عقد دلالت دارند این است که حکم وجوب وفا مترتب بر چیزی است که موضوع آن در خارج تحقق داشته باشد و متأخر از آن نباشد و این در اموری متصور است که بالفعل تحقق یافته‌اند و منجزند اما در ایقاعات مشروط که تحقق ایقاع فعلی نیست و منوط به امر دیگری است امکان‌پذیر نیست، به عبارت دیگر مفاد دلیل وجوب وفا این است که به مجرد تحقق ایقاع، وفا بر آن واجب است و این در مورد وجود شرط که موجب تعلیق می‌گردد امکان ندارد.

۴-۳-۲) اکتفا بر قدر متیقن

اسباب ایقاعات امور توقیفی‌اند و لذا بر قدر متیقن، که سبب خالی از شرط و وجود تعلیق است، باید اکتفا نمود و به عبارتی، تملک و تملیک و نقل و انتقال متوقف بر دستور قانونگذار است، لذا سببی که قانونگذار آن را موجب تملیک قرار داده است موجب آن خواهد شد و اسبابی که قانونگذار آن را موجب آثار فوق ندانسته اثری ندارد و از جمله اسباب شرعی، ایقاع منجز است و قدر متیقن نیز تنجیز می‌باشد.

۵-۳-۲) ادله صحت و تنافی وجود شرط با انشا به دلیل تعلیق

عمومات و اطلاعاتی که دلالت بر صحت ایقاعات دارند به نوع منجز آن، منصرف است زیرا آنچه در بین مردم جایز است تنجیز است و معلق جایگاهی ندارد و مشمول ادله صحت نمی‌باشد و صدق عنوان ایقاع بر آنها عرفاً مشکوک است. (گرچی، همان، ۱۲) به علاوه، وجود شرط با جزم منافات دارد، بدین جهت ایقاع معلق، باطل است، زیرا یکی از شرایط هر معامله‌ای (اعم از عقد یا ایقاع) این است که عاقد یا طرفین با جزم قصد خود را انشا نمایند و در صورتی که انشا بدون جزم باشد عقد و ایقاع باطل می‌گردد.

۲-۴) پاسخ موافقان امکان به کارگیری شرط

به نظر فقیهان و دانشمندان حقوق اسلامی، تنجیز از شرایط عمومی ایقاع است که اصل مسئله فی‌الجمله در بین آنان انفاقی است. اما اگر ایقاعی مشروط باشد آیا باید قائل به بطلان آن شد یا دلایلی هم برای جواز ذکر شده است؟ در این جا این موضوع مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۴-۱) رد اجماع در بطلان شرط موجب تعلیق

نسبت به اجماع ادعا شده از سوی فقیهان انتقاداتی وارد است. اولین فقیهی که بر این امر اشکال وارد ساخته، محقق اردبیلی است. (محقق اردبیلی، ۱۴۰۴: ۲۳۰) ایشان بیان نموده، ظاهراً دلیلی بر اثبات شرطیت تنجیز جز اجماع منقولی که علامه حلی در تذکره‌الفقها نقل کرده وجود ندارد اما اجماع منقول را قابل اشکال و ایراد دانسته است. برخی (فیض کاشانی، ۱۴۰۴: ۱۰/۲) نیز ضمن انتقاد از اجماع آن را بر قدر متیقن محدود نموده اند. به علاوه، در فقه شیعه، اجماعی حجّت است که کاشف از قول و رأی معصوم باشد. بنابراین، خود اجماع در نفس خود، حجّت نیست اگرچه تعداد اجماع‌کنندگان بسیار باشد، (مظفر، ۱۴۰۵: ۹۳/۲) فقیهی چون شیخ طوسی که در تنجیز، ادعای اجماع نموده است و تعلیق را مبطل ایقاع دانسته، بر اساس قاعده لطف این ادعای اجماع را نموده است. زیرا به نظر وی اگر فقیهان بر موردی وحدت داشتند بر اساس قاعده لطف به امام عصر واجب است در صورتی که آن حکم بر خلاف دین است اعلام نمایند. پس بنابر این، از عدم اعلام معصوم (ع) موافقت نظر او و در نتیجه اجماع به دست می‌آید.

اما این نظر دارای خدشه است؛ زیرا بر امام معصوم است که از راههای متعارف احکام شرعی را به مردم ابلاغ نماید و آنان نیز چنین کرده‌اند و از طریق بیان روایات و احادیث به وظیفه‌ی خود عمل کرده‌اند. بنابراین، روش شیخ، روشی غیرمتعارف است که معمولاً و در مقام تشریح مورد توجه قانونگذار اسلام نیست و اینکه اجماع در صورتی ثابت است که حداقل فقیهان یک عصر و دوره در حکم موضوعی وحدت‌نظر داشته باشند، در حالیکه در مسئله‌ی شرط، چنین نیست؛ زیرا آنان قبل از سیدمرتضی، چنین ادعایی نکرده است و حتی در برخی مسائل که ادعای اجماع شده مخالفت هم کرده. به‌علاوه، بر فرض اینکه اجماع ثابت باشد که حجّت است؛ در صورتی معتبر است که محصل باشد در حالیکه اجماع مورد نظر، منقول است و اجمال منقول به نظر بسیاری از فقیهان حجّت ندارد.

۲-۴-۲) امکان شرط در ایقاع به نحو عقلی

تعلیق در انشا اگرچه عقلاً محال است، که مورد قبول نیز می‌باشد؛ لکن این سخن در صورتی مورد پذیرش است که تعلیق به انشا عقد برگردد. اما اگر برگشت به منشأ باشد، دلیل فوق جایگاهی ندارد، زیرا تعلیق منشأ مانع عقلی ندارد و محال نیست. در بحث تعلیق، ما قائل به تعلیق در منشأ هستیم و معتقدیم در عقد و ایقاع معلق، انشا عقد و ایقاع منجز است اما منشأ و قصد متعاقدین معلق است (گرجی، ۱۳۷۸: ۱۲).

۲-۴-۳) منحصر نبودن ادله وجوب به تنجیز ایقاعات

مفاد ادله وجوب ایقاع، ناظر و تابع کیفیت ایقاع است. اگر ایقاع منجز باشد وفا به آن فوری است و اگر معلق بود وجوب وفا به آن بعد از حصول شرط است، مانند: وجوب وفا به نذر و وصیت. زیرا این ادله ناظر بر این است که عقد یا ایقاع به هر صورتی که تحقق یافت وفا بدان واجب است چه منجز باشد یا معلق به وسیله‌ی شرط. به علاوه، ادله‌ی صحت و لزوم، منحصر به آیه‌ی شریفه «اوفوا بالعقود» نیست، بلکه آیه «احل الله البیع» و حدیث تسلیط نیز بر آن دلالت دارند و اگر عقود و ایقاعات تعلیقی از مدلول آیه خارج باشند ادله‌ی دیگر آن را در بر می‌گیرند و همچنین، عقود و ایقاعاتی هستند که بلافاصله پس از انعقاد تحقق نمی‌یابند، مانند: وصیت؛ لکن هیچیک از فقیهان متعرض بطلان نشدند. (همان: ۱۲) پس با این نظر نیز، ایقاعات مشروط تعلیقی، دارای جواز هستند.

۲-۴-۴) ضروری نبودن اکتفا بر قدر متیقن

در خصوص اینکه در ایقاع بایستی بر قدر متیقن اکتفا نمود و آن را بر تنجیز حمل کرد باید یادآور شد که بر این نظر از سوی فقیهان موافق وجود شرط، انتقاداتی وارد شده که عبارتند از: اولاً، عموم و اطلاق ادله‌ی حلیت بیع و تجاره عن تراض و حدیث سلطنت بر صحت هر معامله‌ای دلالت دارند و با وجود ادله‌ی فوق، دلیلی برای تمسک بر قدر متیقن و اخراج بخشی از ایقاعات وجود ندارد. ثانیاً، در عرف و شرع بعضی از ایقاعات مشروط صحیح دانسته شده، مانند: وصیت، لذا ایقاعات معلق به شرط نیز صحیح به شمار می‌آیند. ثالثاً، دلیل یاد شده در صورتی قابل طرح است که دلیل اجماع بر اعتبار تنجیز و بطلان مشروط ثابت شده باشد، اما همانگونه که اشاره شد، انتقادات متعددی بر دلیل اجماع وارد شده است.

۲-۴-۵) رایج بودن ایقاعات مشروط

آنچه مسلم است، ایقاعات مشروط به شرط تعلیقی در میان مردم رواج دارد، مانند: وصیت و تدبیر که جایز شمرده شده است. پس عمومات و اطلاقاتی که دلالت بر صحت عقد دارند، منصرف بر ایقاع منجز نیست بلکه موارد مشروط را نیز در بر می‌گیرد. در اینجا نیز انصراف ایقاع به منجز آن بعید است که ناشی از ظهور لفظ باشد بلکه به سبب امر خارجی که همان غلبه وجودی منصرف‌الیه، است خواهد بود؛ زیرا ظهور لفظ قرار داد، در مطلق قراردادها اعم از منجز و مشروط خواهد بود. به‌علاوه، دانشمندان علم اصول تصریح کرده اند انصراف در صورتی می‌تواند مانع تمسک اطلاق گردد که ناشی از ظهور لفظ باشد و نفس لفظ به علت کثرت استعمال و شیوع اراده ی مردم در آن بدان منصرف گردد. اما در صورتی که انصراف به سبب امر خارجی باشد نه لفظ، مانند غلبه ی وجودی فرد منصرف‌الیه یا متعارف بودن، آن انصراف نمی‌تواند مانع تمسک به اطلاق گردد. (مظفر، همان، ۱۷۲ - ۱۷۳)

۳) بررسی جایگاه شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات

چنانچه گذشت، از دیدگاه برخی فقیهان امکان کاربرد شرط تعلیقی در ایقاعات متصور است. همچنین شرط تعلیقی می‌تواند به صورت صریح و یا ضمنی، اعم از ضمنی عرفی و یا بنایی، به منصفی ظهور درآید، پس با این مقدمه که امکان تصور شرط، اعم از صریح یا ضمنی، در ایقاعات امکان‌پذیر است و از سوی دیگر، با توجه به این امر که شرط در اعمال حقوقی، از جمله ایقاعات، دارای ماهیت گوناگونی همچون تعلیق است، در اینجا پس از ارائه ی تعریف از شرط بنایی، و جایگاه آن در فقه امامیه و قانون مدنی ایران، اصول و مبانی ای که امکان کاربرد شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات را تقویت می‌نماید، بررسی می‌گردد.

۳-۱) شرط بنایی

دستهای از شروط ضمنی، شرط بنایی است. از این مفهوم که از ابتکارات فقه امامیه به شمار می‌آید، اصولاً در بحث از بیع عینه^۱ که از جمله حیل‌های برای فرار از ربا می‌باشد، سخن به میان آمده است. در تعریف از آن، فقیهان گفته اند. که شرط بنایی، عبارت است از شرطی که قبل از عقد، طرفین

۱- برای مطالعه بیشتر ر. ک: علی‌اکبر ایزدی فرد، حیل‌های شرعی، جلد ۱، دانشگاه مازندران، بابلسر، ۱۳۸۰، ۱۲۲.

برالتزام بدان توافق کرده و عقد را مشروط به آن واقع کنند، ولی در متن به آن تصریح نمی‌گردد. (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۱۱۹) قابل ذکر است که فقیهان در خصوص صحت شرط بنایی اتفاق نظر ندارند و صرفاً گروهی از آنها قائل به صحت این مفهوم شده‌اند. حال آنکه اکثریت آنها بر بطلان شرط بنایی حکم کرده‌اند. قانون مدنی ایران با پذیرش دیدگاه موافقان شرط بنایی، در موادی همچون ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ این مفهوم را مدنظر قرار داده است. همانگونه که بیان شد یکی از ویژگیهای شرط بنایی، عدم تصریح آن در متن عقد می‌باشد. این ویژگی موجب می‌گردد که با شرط ابتدایی خلط گردد. چرا که گاه تصور می‌گردد شرط ابتدایی، شرط غیرمذکور در عقداست، حال آنکه شرط ابتدایی شرطی است که با عقد در ارتباط نیست، نه شرط غیرمذکور در عقد که یکی از ویژگیهای شرط بنایی است. حال در ادامه به بررسی جایگاه و اعتبار شرط بنایی در فقه امامیه و قانون مدنی می‌پردازیم.

۲-۳) جایگاه شرط بنایی در فقه امامیه و قانون مدنی

از آنجا که اثبات صحت شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات اصولاً مترتب بر اثبات صحت شرط بنایی در عقد می‌باشد، شایسته‌است پس از فراغت از بحث امکان شرط تعلیقی در ایقاعات، در این‌جا، جایگاه شرط بنایی و به تعبیری صحت و عدم صحت آن در فقه امامیه و قانون مدنی ایران مورد بررسی اجمالی قرار گیرد.

۱-۲-۳) فقه امامیه

فقیهان راجع به مشروعیت شرط بنایی سه دیدگاه، تحت عنوان بطلان، صحت و تفصیل مطرح کرده‌اند. مشهور فقیهان بر این باورند که شرط می‌بایست در قالب عقد و در متن آن ذکر گردد و شرطی که خارج از عقد مورد توافق قرار گیرد، صحیح نیست. (شیخ انصاری، ۱۳۵۳)^۱ این دسته از اندیشمندان به جهت اثبات دیدگاه خود به ادله‌ای از جمله، بطلان شرط ابتدایی بدین شرح استناد کرده‌اند: شرطی که پیش از عقد، انشا می‌شود شرط ابتدایی است و چون شرط ابتدایی لازم‌الوفای نیست، پس شرط ضمنی بنایی هم معتبر محسوب نمی‌شود (شیخ انصاری، همان، ۲۵). همچنین به اجماع متمسک شده‌اند. صاحب ریاض در این مورد از بعضی بزرگان، ادعای اجماع کرده‌است (همانجا). صحت بیع با تبانی بر ربا یا همان بیع عینه یکی دیگر از ادله‌ی طرفداران بطلان شرط بنایی بدین شرح است: یکی از راه‌های فرار از ربا این است که

۲. با وجود این، شیخ انصاری را نمی‌توان از طرفداران بطلان شرط بنایی اعلام نمود، زیرا وی نظرات مختلفی را مطرح

نموده‌اند (ر. ک: مکاسب، صص ۱۷، ۱۹۸، ۲۲۱ و ۲۸۲).

جنس ربوی به اندازه‌ی مساوی فروخته شود و مقدار زاید، هبه گردد بدون آن‌که هبه در عقد بیع شرط شود (محمدحسن نجفی ۱۳۶۸: ۳۹۶/۲ و شهید ثانی، ۴۴۴/۳) اما بی‌شک واهب پیش از عقد به پرداخت هبه ملتزم شده و در حقیقت نوعی تبانی صورت گرفته است (شیخ انصاری، ۲۸۳). حال اگر شرط ضمنی بنایی مانند شرط صریح ضمن عقد، لازم‌الوفاء محسوب گردد، این حیلۀ نباید معتبر باشد، زیرا چنین عقد بیعی ربوی و باطل تلقی می‌گردد (محمدحسن نجفی؛ همان؛ شهید ثانی؛ همان) و تئوری رکن بودن شرط در عقد مشروط نیز یکی از مستندات این دسته از فقیهان است. بر اساس این تئوری، شرط نه تنها از ارکان تشکیل‌دهنده‌ی عقد به شمار می‌آید بلکه مانند جزئی از عوضین بوده و ذکر آن در ضمن ایجاب و قبول لازم است. بنا بر این دیدگاه، شرط نیز همچون عوضین اگر در ضمن عقد ذکر نشود، عقد محقق نمی‌گردد (شیخ انصاری، همان: ۲۶).

در برابر این دیدگاه، جمعی از فقیهان شرط بنایی را مشروع و الزام آور می‌دانند. (محمد حسن نجفی، ۱۳۶۸: ۱۹۸/۲۳) این گروه به جهت اثبات دیدگاه خود ادله‌ای را بر شمرده‌اند، از جمله‌ی آن می‌توان به عموماً ادله بر نفوذ و صحت شرط بدین بیان اشاره کرد: المؤمنون عند شروطهم که یکی از عموماً ادله بر صحت شرط است و شامل شرط پیش از عقد که در هنگام عقد مدنظر متعاقدين بوده است، می‌باشد و آن چه که از شمول آن‌ها خارج است، شرطی است که در هنگام عقد مورد توجه دو طرف عقد نبوده است (شیخ انصاری، همان: ۲۵). همچنین صادق بودن مفهوم شرط بر تبانی، یکی دیگر از ادله‌ی طرفداران صحت چنین شرطی است. بر اساس این دیدگاه، مفهوم شرط بر تبانی صادق است، پس موضوع المؤمنون عند شروطهم محقق است. با تحقق موضوع، ترتب حکم قهری است (خویی، ۱۴۰۹: ۱۳۶-۱۳۷). همچنین می‌توان به دیدگاهی که شرط ضمنی را به منزله‌ی اشراط در عمل حقوقی دانسته است بدین بیان اشاره کرد: فقیهان، شرط ضمنی را به منزله‌ی اشراط در عقد دانسته‌اند و از همین رو، در باب خیار عیب گفته‌اند. که وصف صحت مبیع، شرط ضمنی است و اقدام به معامله از باب بنا بر سلامت مبیع است. بنابراین، چگونه ممکن است شروطی را، که طرفین صریحاً مورد تبانی و توافق قرار داده‌اند، به صرف عدم ذکر آن در متن عقد، غیر معتبر و لغو دانست. بدین ترتیب، دلیلی بر عدم اعتبار شروط بنایی در دست نیست و مقتضای قواعد فقهی، اعتبار این شهود است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۱۱۸-۱۱۹).^۱ دسته‌ای دیگر از فقیهان

۱. برای مطالعه بیشتر درباره‌ی صحت شرط بنایی ر. ک: شیخ انصاری، ۱۲۷۵، ۲۸۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹،

با نقد دو نظریه‌ی صحت و بطلان، تئوری دیگری را مطرح نموده‌اند. به نظر ایشان اصولاً شرطی که در متن عقد ذکر می‌گردد، الزام آوراست و شرط بنایی نیز صرفاً هنگامی که از لوازم عقد باشد، به گونه‌ای که عقد به دلالت التزامی بر آن دلالت نماید، معتبر است (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۴۰۷).

۲-۲-۳) قانون مدنی

هر چند قانون گذار، هم چون دیگر مفاهیم، تعریفی از مفهوم شرط بنایی ارائه ننموده است، ولی قائل به صحت آن است. بر همین اساس در مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی به صراحت به آن اشاره نموده است. به غیر از این مواد، موارد دیگری را می‌توان یافت که به استناد این مفهوم قابلیت تحلیل و بررسی را دارد. از جمله این موارد خیار تخلف وصف ماده ۴۱۰ قانون مدنی و خیار رؤیت ماده ۴۱۳ این قانون است. در ادامه برای نمونه، انطباق خیار تخلف وصف با مفهوم شرط بنایی را بررسی می‌کنیم.

عناصری برای ایجاد خیار تخلف وصف متصور است، از جمله آن که وصف مجهول از اوصاف فضیلت و یا در مسیر سلب منقصت باشد. پس وصف سلامت مبیع خارج از بحث است، زیرا عادت بر معامله‌ی جنس سالم است و حتی اگر شرط سلامت کنند عملی لغو است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۸۵). پس می‌توان مبنای خیار تخلف وصف را در شرط بنایی باز جست. چرا که اولاً، وصف به منزله‌ی شرط در قرارداد است (انصاری، همان، ۳۱۳/۲). ثانیاً، شرط بنایی ناشی از تراضی طرفین می‌باشد و نه الزامات عرفی که در شمول شرط ضمنی قرار می‌گیرد. در بحث مطروحه نیز وصفی موجب ایجاد خیار تخلف وصف می‌گردد که ناشی از الزامات عرفی نیست بلکه خارج از آن را در بر می‌گیرد. بدین بیان، وصفی که یکی از طرفین بر اساس و بر مبنای آن اقدام به انعقاد قرارداد نموده‌اند، اگر از الزامات عرفی قرارداد باشد، در شمول شرط ضمنی عرفی مورد شناسایی قرار می‌گیرد. در نتیجه فقدان آن وصف از موجبات ایجاد خیار عیب است و نه خیار تخلف از وصف (جعفری لنگرودی، همان: ۳۱۴).

نظر برگزیده در این پژوهش صحت و الزام آور بودن شرط بنایی است. زیرا علاوه بر ادله ی طرفداران صحت این شرط که بیان گردید، می توان برخی از ادله ی اعتبار شرط بنایی را نیز بدین شرح تبیین نمود:

۱- تبانی پیش از عقد موجب می شود که تراضی به وجود شرط مفید شود و در نتیجه، دلیل اوفوا بالعقود عقد را با قید تبانی شده شامل می گردد. به بیان دیگر، وفا به عقد ممکن نیست، مگر با عمل به شرط و الزام به مفاد عقد بدون آن که مصداق اکل مال به باطل باشد (شیخ انصاری، همان: ۲۸۲).

۲- توجیه علمی و کاربردی ناشی از واقعیت های موجود در قلمرو تجارت نیز وجود دارد. برای تعیین مفاد قراردادهای ویژه قراردادهای مهم، تنها ایجاب و قبول را پایه و مبنای تعهدات قرار دادن دور از واقعیت است، زیرا بی شک، طرفین قرارداد هنگام ایجاد آن، نمی خواهند و یا نمی توانند همه ی توافق های پیشین خود را در قالب ایجاب و قبول بگنجانند. بدین ترتیب، تفسیر واقع بینانه از قرارداد مبتنی بر ملاحظه قرارداد و نیز شروط پیشین بر عقد است، البته، مشروط بر این که دو طرف، قرارداد را با توجه به آن واقع ساخته باشند.

۳-۳) بررسی اصول و مبانی امکان کاربرد شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات در حقوق ایران

چنان که گفته شد، از دیدگاه برخی از اندیشمندان امکان کاربرد شرط تعلیقی در ایقاعات متصور است که نظر برگزیده در این پژوهش نیز چنین است. حال با توجه به این که شرط تعلیقی می تواند به صورت صریح و یا ضمنی تحقق یابد، در این جا، اصول و مبانی از جمله اصل نفوذ ایقاعات، اصل صحت ایقاعات و اصل آزادی ایقاعات، که امکان کاربرد شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات را تقویت می کند، بررسی می گردد.

۳-۳-۱) اصل نفوذ ایقاعات

اصل فوق را می توان از ماده ی ۱۰ قانون مدنی ایران و با وحدت ملاک از مفاد آن در مورد ایقاعات به دست آورد. شکی نیست که مفاد ماده ۱۰ قانون یاد شده ناظر بر اعتبار قراردادهایی است که مورد مخالف صریح قانونگذار قرار نگرفته باشد. این اصل علاوه بر اینکه به عنوان اصل آزادی قراردادهای ملاک عمل قرار گرفته به عنوان اصلی در نفوذ آنها نیز مورد تمسک واقع شده است. با توجه به اینکه آنچه در این ماده عنوان شده علاوه بر اینکه ناظر بر قراردادهایی است که دو طرف برای یکدیگر به وجود می آورند،

تعهداتی را که یکطرف برای خود به‌وجود می‌آورد نیز شامل می‌شود. بنابراین، می‌توان گفت برابر اصل نفوذ ایقاعات، که مستنبط از این ماده است، هر ایقاعی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰ : ۲۵۰) مدلول این اصل دقیقاً مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی است که در خصوص ایقاعات نیز قابل اعمال است و با استنباط از مفهوم این ماده و با توجه به این امر که وجود شرط بنایی از مسائلی نیست که مورد تصریح مقنن در ایجاد سبب بطلان عمل حقوقی تلقی شود، لذا وجود شرط بنایی منافی نفوذ ایقاعات نیست و اصل بر نافذ بودن ایقاعی است که مشروط بر امر خارجی دیگری شده است.

۳-۳-۲) اصل صحت ایقاعات

با استناد به ماده ی ۲۲۳ قانون مدنی ایران که مقرر می‌دارد: « هر معامله‌ای که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود»، این قصد از نظر قانون‌گذار استنباط می‌شود که اگر به سببی از اسباب در صحت عقده یا ایقاعی تردید داشته باشیم تا زمانی که خلاف آن ثابت شود باید بنا را بر درستی عقد یا ایقاع بگذاریم تا زمانی که خلاف آن ثابت شود؛ یعنی: مقصود از صحت یک عمل حقوقی این است که آن عمل حقوقی مطابق شرایط قانونی واقع شده است؛ زیرا بنای اصل صحت، یک اصل عملی تلقی می‌شود. بر همین مبنا، اصل صحت، مانند اکثر قواعد حقوقی مبتنی بر مصالح اجتماعی است و به همین جهت، یک اصل عملی تلقی می‌شود. بدین ترتیب، اصل در ایقاعات در همان حدود که در عقود جریان دارد در ایقاعات نیز جاری است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷ : ۲۰۷) بنابراین، تا زمانی که در صحت یا عدم صحت ایقاع بواسطه ی وجود شرط بنایی تعلیقی در آن تردید داریم به استناد و تمسک به ماده ی ۲۲۳ قانون مدنی یاد شده باید آن را محمول بر صحت تلقی کنیم، مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد. به‌علاوه با توجه به اینکه اصل صحت، مبتنی بر مصلحت جامعه است، جز در مواردی که عدم صحت مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته، باید در سایر موارد تردید را به نفع صحت آن عمل تفسیر کنیم. همچنین با توجه به روشی که قانونگذار اسلام در معاملات دارد، صحت ایقاع معلق نیازمند دلیل خاصی نیست بلکه اثبات بطلان آن به دلیل نیاز دارد؛ زیرا این نوع ایقاع در بین مردم رایج و متعارف بوده و بر طبق اصل صحت و عدم ممنوعیت از طرف قانونگذار حکم بر صحت آن می‌دهیم و اگر قانونگذار بدان راضی نمی‌بود، لازم بود از آن نهی نماید.

۳-۳-۳ اصل آزادی ایقاعات

این اصل را نیز می‌توان مستنبط از ماده ۱۰ قانون مدنی ایران، که اصل آزادی قراردادهای را اعلام داشته، دانست؛ زیرا ملاک این ماده در مورد ایقاعات نیز جاری است و بر اساس آن، اصل بر آزادی اراده‌ی افراد در وقوع کلیه ایقاعات است و قانون اصل را بر اعتبار آنها قرار داده است، مگر اینکه این آزادی مخالف با نظم عمومی و حفظ مصالح افراد باشد. البته برخی از صاحب‌نظران حقوق، اصل آزادی ایقاعات را بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی مورد تردید قرار داده‌اند و به این دلیل استناد نموده‌اند که ایقاع در ارتباط اجتماعی ابزار تحمیل اراده‌ای بر دیگران و پذیرش نوعی ولایت است و نمی‌توان بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی به این اصل دست یافت (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص: ۶۷). در فقه توجیه آزادی ایقاعات بر مبنای اجرای عموماً مربوط به عقد؛ مانند: «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» انجام یافته است و تنها زمینه‌ای که می‌تواند اصل آزادی ایقاع را از آن استنباط نمود اسقاط حق است؛ زیرا صاحب حق می‌تواند بدون نیاز به تراضی با مدیون، آن را اسقاط نماید. اعلام اراده اگر به صورت توافق طرفینی باشد عقد و در صورتی که ابراز اراده‌ی واحد، منشأ اثر آن باشد ایقاع است و بر اساس همین اصل مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی، اصل، آزادی قراردادهای است که می‌توان قرارداد را شامل ایقاع نیز دانست چرا که وفور عقود نسبت به ایقاعات، نباید اذهان را به دو اصل جداگانه در باب آزادی اراده سوق دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ۲/ ۲۷۳ - ۲۷۴).

همچنین، مفاد آن می‌رساند که تصریح قانون‌گذار بر صحت یکایک قراردادهای ضرورت نداشته و کافی است که قانون، معاملات را منع نکرده باشد. با توجه به این امر که وجود شرط بنایی تعلیقی در هیچیک از مواد قانونی مخالف قانون یا شرع اعلام نشده است، پس امکان تصور آن امکان‌پذیر است. اما دو فرض در اینجا قابل گفتگو و بررسی است: اول اینکه با توجه به تصریح ماده ۱۰ قانون مدنی که قراردادهای مخالف قانون را معتبر نمی‌شناسد، آیا وجود شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات با استناد به ماده ۹۷۵ قانون مدنی با نظم عمومی مخالفت دارد تا مشمول حکم عدم اعتبار قانونی مندرج در این مواد گردد؟ و دیگر این که آیا این شرط با اخلاق حسنه در تعارض قرار دارد؟

ماده ۹۷۵ قانون مدنی حاکی از عدم اجرای قراردادهای مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه است. بر این اساس، می‌توان گفت که نظم عمومی مجموع تأسیسات و قوانینی است که به منظور حسن جریان امور عامه و یا برای تأمین و رعایت روابط افراد جامعه مقرر شده است و افراد نمی‌توانند برخلاف آنها قرارداد ببندند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰، ص: ۲۳۸) در این تعریف، ایقاع مشروط به شرط بنایی تعلیقی را قانون‌گذار یک عمل منافی با نظم عمومی تلقی ننموده و به‌علاوه، شرط را از مواردی ندانسته که حسن

جریان امور عامه یا تأمین و رعایت روابط افراد جامعه را مختل سازد، بلکه وجود شرط توافق اراده‌ی افرادی است که می‌خواهند بر این اساس آثار حقوقی ناشی از ایقاع را موکول به امر دیگری بنمایند و این امر منافاتی با نظم عمومی ندارد. اخلاق حسنه نیز قواعدی است که متعاقبین نمی‌توانند برخلاف آن قراردادی ببندند و با این تعریف نیز، شرط بنایی تعلیقی هیچگونه منافاتی با مصالح اجتماعی ندارد و اصل بر این است که مشروط نمودن، هیچ خدش‌های بر اخلاق حسنه یا مصالح اجتماعی وارد نمی‌سازد تا قابلیت اجرایی و قانونی خود را از دست بدهد. اما مواردی در قانون مدنی ایران وجود دارد که بطور صریح شرط تعلیقی را به هر نحوی مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه اعلام نموده است. این امور بنا به تصریح قانونگذار، شرط تعلیقی در طلاق، که باعث تزلزل روابط خانوادگی می‌شود، است و این تصریح نشانگر آن است که قانون‌گذار به صراحت مواردی را که وجود شرط برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد احصا نموده است که علاوه بر اینکه حکایت از بطلان وجود شرط در این موارد دارد، مبین این امر نیز هست که در سایر موارد، وجود شرط، هیچ منافاتی ندارد و بطور ضمنی پذیرفته شده است.

۳-۳-۴) صحت شرط بنایی تعلیقی در ایقاع بر مبنای امضایی بودن شرایط عقود و ایقاعات

آنچه که مورد اتفاق است این است که احکام مربوط به معاملات در شرع از انواع احکام امضایی است؛ یعنی: آنچه که در خصوص معاملات مرسوم بوده است را امضا نموده و بعید است که احکام معاملات تأسیس شارع بوده و قبل از آن وجود نداشته باشد. کلامی که قهیهان در این خصوص ذکر کرده‌اند این است که اعمال تعبد و تأسیس در معاملات بعید است (نائینی ۱۳۵۸: ۱/۲۳۹)، بلکه مقررات قانونی، موارد عرف و آداب و رسوم است که قانون‌گذار فقط آن را امضا نموده و کمتر اتفاق می‌افتد که مقنن به فکر تأسیس یک قانون باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۱۴۷).

این نظر با توجه به ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی نیز قابل تأیید است و این امر در مورد ایقاعات نیز ساری و جاری است. بنابراین، با استفاده از امضایی بودن احکام معاملات بایستی گفت شرایط صحت معاملات نیز از احکام امضایی شارع است؛ برای مثال، لزوم و جواز در عقود و ایقاعات، که دو حکم از احکام معاملات محسوب می‌گردد، از همین سنخ است. بدیهی است لزوم و جواز امری نبوده که با حکم شارع تأسیس یافته باشد یا قبل از آن وجود نداشته باشد، در حالی که به حکایت تاریخ، عقد ضمان در آن زمان وجود داشته و طبعاً قرن‌ها قبل از آن زمان نیز مطرح بوده است. بر این اساس، هنگامی که این عقد منعقد می‌گردید، طرفین می‌دانستند که اقدام به انعقاد عقد لازمی می‌کنند که بر این اساس، ضامن نمی‌تواند به

دلخواه خود، عقد را برهم بزند، چه در این صورت، حکمت عقد ضمان از بین می‌رود. در استدلال از این نظر می‌توان چنین گفت که شرایط مربوط به معاملات، تابع طبیعت مصالحی است که در زمینه‌ی معاملات وجود دارد و متعاملین آن مصالح را می‌شناسند و با توجه به آن، عمل حقوقی را واقع می‌سازند بنابراین، حکم شارع مقدس در بیان « اوفوا بالعقود » هرگز در مقام تأسیس لزوم عقود نبوده، بلکه در مقام اعلام ضمانت اجرای آن است. بنابراین، بدیهی است که این امضا ناشی از وجود عرفی بوده که در این زمینه وجود داشته که بر اساس آن، شرایطی را که عرف در معامله لازم می‌دانسته، شارع نیز آن را تأیید نموده است. بدین ترتیب، با استدلال فوق و با توجه به اینکه تنجیز و تعلیق به وسیله‌ی شرط، مانند سایر شرایط مربوط به معاملات از احکام امضایی شارع است و دیگر اینکه تنجیز و تعلیق عمل حقوقی از نظر عرفی دارای آنچنان قبح و نتیجه‌ای نیست که از طرف عرف مورد قبول نباشد، مسلم است که عرف و عادت، توافق اراده دو طرف یا اراده یک‌طرف را مبنی بر اینکه اثر ناشی از عقد یا ایقاع موکول به امر دیگری نمایند، مخالفت با طبیعت و مصالح موجود در عقد و ایقاع تلقی نمی‌کند. بنابراین، اصل احترام به عرف و عادت، که مورد تأیید شارع نیز هست، اقتضا دارد فقط در موارد خاصی حکم بطلان شرط تعلیقی در عقود و ایقاعات را اعلام نموده و بر این اساس، ماده ۱۰ قانون مدنی ایران همه‌ی قراردادهایی را که بر اساس عرف و عادت است و مورد قبح صریح قانونگذار نباشد، به صحت آن حکم می‌کند.

این امر به نوبه‌ی خود، مبین احترام قانونگذار به اراده است، که متعاملین در غیر موارد مصرحه قانونی، تمهداتی را به صورت خاص برای خود به‌وجود می‌آورند و مفاد ماده و ملاک آن، علاوه بر عقود در ایقاعات نیز جاری است و اگر دلیل بر امضایی، بودن عرف و عادات رایج در معاملات است، هیچ دلیلی بر رد تعلیق در ایقاع به وسیله شرط بنایی وجود ندارد.

۳-۳-۵) نظریه‌ی اداره‌ی عقد

نظر فوق بر این مبنا است که عقدی در شرایطی تشکیل می‌شود که با موازین مورد قبول قانونگذار یا مصلحت یک‌طرف معامله وفق نمی‌دهد اما قانونگذار، همت نگماشته که هر عمل حقوقی را از این دست باطل بشمارد. علت این امر این است که در این صورت بسیاری از عقود و ایقاعات باطل شمرده می‌شود و چه بسا که قبل از صدور حکم مرجع قضایی به بطلان اعمال حقوقی، طرفین ندانسته بر اساس آن کارهایی را انجام بدهند که اگر قانونگذار در قانون بطلان آنها را پیش‌بینی کند اعاده‌ی همه آثار آن مشکلات خاصی را به‌وجود می‌آورد و لذا ترجیح می‌دهند تا جایی که میسر است حکم به بطلان آن ندهند

بلکه راه‌هایی بیابند که در مسیر آن راه‌ها اعمال حقوقی را تحت اداره و مدیریت قانون قرار دهند. بارزترین این گونه اعمال، عقد فضولی و مکره است. در عقد مکره، کسی که تهدید شده و با اکراه، عقدی را منعقد نموده قصد تلفظ عبارات را دارد و به تبع قصد، معنای آن الفاظ را هم دارد اما قصد نتیجه ندارد؛ یعنی: قصد آثار حقوقی نسبت به آنچه ناشی از لفظ پدید آمده است را ندارد؛ زیرا نتیجه‌ی عقد، انتقال مال مکره به جابر است که قصد نتیجه وجود ندارد که این امر باطل است با توجه به اینکه قصد نتیجه، عنصر سازنده هر عقد یا ایقاع است. اما با وجود احراز این امر، قانونگذار تلاش نموده عقد مکره را تحت اداره قانون قرار دهد و آن را به اراده‌ی قانون‌گذار غیرنافذ اعلام کند، تا زمانیکه اکراه برطرف شود. این همان چیزی است که آن را نظریه‌ی اداره عقد می‌نامند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۱۰۳-۱۰۶).

بنابراین، قانونگذار، سعی در بطلان هر عملی ندارد و از این امر می‌توان استنباط کرد که اگر در مواردی بر بطلان شرط تعلیقی در ایقاع تصریح شده از موارد حصری است و می‌توان به این نتیجه رسید که قانون در سایر موارد، شرط بنایی تعلیقی در ایقاع را پذیرفته است. به علاوه اینکه، شرط بنایی تعلیقی، در عقد پذیرفته شده و از وحدت ملاک این حکم می‌توان به صحت شرط بنایی تعلیقی در ایقاع نیز دست یافت.

نتیجه‌گیری

از مباحثی که ارائه و بیان شد فرض پذیرش وضعیت حقوقی شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات به خوبی قابل تصور است. سکوت قانونگذار و اجمال قانون مدنی، که به صراحت نسبت به وضعیت شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات اظهار نظر ننموده است، نمی‌تواند دلیل بر عدم پذیرش این وضعیت در نظام حقوقی ایران باشد. زیرا به فرض سکوت و اجمال قانون یا استناد به اصول کلی حقوقی و اجرای قواعد عمومی معاملات، می‌توان این مفهوم را در ایقاعات مورد شناسایی قرار داد. البته باید پذیرفت که در عمل شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات کمتر از دیگر مفاهیم حقوقی در جامعه رواج دارد. ایقاع کننده معمولاً در انشا و رسیدن به نتیجه‌ی مطلوب جزم دارد ولی این امر هرگز به معنای نفی ایقاع معلق به شرط بنایی نیست و رواج عرفی شرط ضمنی در معاملات نباید با فرض بطلان ایقاع مطلق به شرط بنایی همراه باشد؛ زیرا منع تعلیق در عمل حقوقی به جز در موارد خاصی از جمله عقد ضمان (ماده ۶۹۹ قانون مدنی)، نکاح (ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی) و رد ترکه (ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی) مورد تصریح قانونگذار قرار نگرفته است. با استناد به اصل آزادی قراردادهای و اینکه قانونگذار در ماده ۱۰ قانون مدنی به طور صریح قراردادهای

خصوصی افراد را به شرط آنکه منافی با قانون و نظم عمومی نباشد مورد پذیرش قرار داده و اصل رعایت و احترام به اراده ی انسانها نیز مؤید این است که اعمال حقوقی افراد را بایستی حمل بر صحت نمود، زیرا هر قرارداد و تعهدی محمول بر صحت است مگر خلاف آن ثابت گردد. اینها از اصول مسلم و پذیرفته شده در قانون است، مگر اینکه دلیل خاصی در منع آنها وجود داشته باشد. در توضیح این امر باید گفت که امکان تصور شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات در صورتی اجرا می‌گردد که قانون اجازه داده و حکم بر خلاف آن نباشد و تعلیق نیز با طبیعت ایقاع سازگار باشد. بنابراین، شرط بنایی تعلیقی به عنوان نمونه در طلاق به صراحت قانون باطل است. همچنین تعلیق تنها در امور انشایی قابلیت تصور دارد و در امور اخباری فرض تعلیق معنا ندارد، که مؤید این مطلب ماده ۱۲۶۸ قانون مدنی است. زیرا اگر اقرار ایقاع باشد قطعاً تعلیق آن باطل است. به علاوه، زمانی که فوریت ایقاع ضرورت دارد فرض تعلیق به وسیله ی شرط، اعم از ضمن ایقاع یا بنایی، در آن قابل تصور نیست. به رغم تمام این مباحث و اینکه اصل در اعمال حقوقی تنجیز است، نگارنده امکان تصور و صحت شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات را تأیید می‌نماید، چرا که تعلیق، که یکی از آثار شرط بنایی در ایقاع است، برخلاف قانون، اخلاق حسنه و نظم عمومی نیست. به علاوه با توجه به اصل آزادی اراده ی افراد، اصل صحت و نفوذ قانونگذار فرض را بر صحت و پذیرش این مفهوم بنا نهاده است.

فهرست منابع

الف منابع فارسی

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، کتابفروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۶۶.
۲. ایزدی فرد، علی اکبر، حیلہ های شرعی، جلد ۱، دانشگاه مازندران، بابلسر، ۱۳۸۰.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، رساله دکتری، تهران، ۱۳۴۰.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایره‌المعارف، حقوق مدنی و تجارت، تهران ۱۳۵۷.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، عقد کفالت، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه حقوق مدنی، جلد ۲، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۰.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه عمومی حقوق، تئوری موازنه، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۱.
۸. سیاح، احمد، فرهنگ بزرگ جامع نوین، جلد ۳-۴، چاپ دهم، نشریات کتابفروشی اسلام، تهران، ۱۳۶۵.
۹. کاتوزیان، ناصر، ایقاع، انتشارات دادگستر، تهران، ۱۳۷۷.

۱۰. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۸.
۱۱. گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۸.

ب- منابع عربی

۱۲. انصاری، مرتضی، مکاسب، جلد ۲-۳، موسسه دارالعلم، قم، ۱۳۷۶.
۱۳. خویی، ابوالقاسم، مبانی العروه الوثقی، جلد ۲، مدرسه دارالعلم، قم، ۱۴۰۸.
۱۴. خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، جلد ۶، وجدانی، قم، ۱۳۷۱. ۱۴۰۹ هـ ق.
۱۵. سرخسی، شمس‌الدین، المبسوط، جلد ۶، دارالمعرفه، بیروت، ۱۴۰۶ هـ ق.
۱۶. شهید اول، جمال‌الدین، لمعه دمشقیه، دفتر انتشارات ناصر، تهران، ۱۳۶۸.
۱۷. شهید ثانی، زین‌الدین، شرح لمعه، جلد ۵، تحقیق و تعلیق، سید محمد کلانتر، قم، بی تا.
۱۸. شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی، المقنن، موسسه مطبوعات دینی، قم، ۱۳۷۷.
۱۹. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الخلاف، جلد ۲، شرکه دارالمعارف الاسلامیه، قم، ۱۳۴۴.
۲۰. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، عروه الوثقی، جلد ۳، دارالاسلامیه بیروت، ۱۴۱۰ هـ ق.
۲۱. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه‌المکاسب، مؤسسه مطبوعات اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۸ هـ ق.
۲۲. علم‌الهدی، مرتضی علی بن حسین، الانتصار، مطبعه‌الحیدریه، نجف، ۱۳۹۱ هـ ق.
۲۳. فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام، کتابخانه مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۵ هـ ق.
۲۴. فیض کاشانی، ملا محسن، ریاض المسائل، جلد ۲، قم، ۱۴۰۴ هـ ق.
۲۵. مراغه‌ای حسینی، میر عبدالفتاح، عناوین‌الفقهیه، جلد ۲، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۸.
۲۶. محقق اردبیلی، احمد، مجمع‌الفایده والبرهان، جلد ۱۰، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۰۴ هـ ق.
۲۷. محقق ایروانی، علی، حاشیه مکاسب، افست، تهران، ۱۳۷۹.
۲۸. مظفر، محمدرضا، اصول‌الفقه، جلد ۲، نشر دانش اسلامی، قم، ۱۴۰۵ هـ ق.
۲۹. مظفر، محمدرضا، المنطق، دارالتعاریف، بیروت، ۱۴۰۰ هـ ق.
۳۰. نائینی، میرزا حسین، منیه‌الطالب، جلد ۱، مطبعه‌المرتضویه، نجف، ۱۳۵۸ هـ ق.
۳۱. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع‌الاسلام، جلد ۲۳، دارالکتب‌الاسلامیه، قم، ۱۳۶۸.
۳۲. نجفی خوارنساری، شیخ موسی، منیه‌الطالب فی حاشیه‌المکاسب، جلد ۱، مطبعه حیدریه، تهران، ۱۳۷۳ هـ ق.

۳۳. (موسوی) امام خمینی، روح الله، کتاب البیع، ج ۵، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۳.

۳۴. موسوی بجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقهیه، جلد ۳، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۹



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی