

## نقد و بررسی ادله بطلان خيار شرط در ایقاعات

عبداله بهمن پوری<sup>۱</sup>، محمد حسن حائری<sup>۲</sup>، محمد تقی فخلعی<sup>۳</sup>

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۲/۰۱/۲۴ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۲/۷/۱۳)

### چکیده

اصل حاکمیت اراده به عنوان یکی از اصول مهم و زیربنایی در فقه و حقوق مورد توجه است. یکی از مصادیق ابراز حاکمیت اراده، حق فسخ معامله با خيار شرط است. جریان خيار شرط در عقود به راحتی پذیرفته شده است، هر چند که در برخی مصادیق عقود چون نکاح و وقف و ضمان اختلاف نظر وجود دارد، اما جریان خيار شرط در ایقاعات با سخت گیری‌ها و موانعی روبه‌رو بوده است و بسیاری از فقها در صدد توجیه عدم جریان خيار در ایقاع بوده‌اند. مشهور میان اصحاب، عدم نفوذ خيار شرط در ایقاعات و مستند آنها علاوه بر اجماع، وجوهی است عقلی که برخی از آنها به این برمی‌گردد که ایقاع مطلقاً شرط را قبول نمی‌کند و برخی نیز به این برمی‌گردد که ایقاع خصوصاً خيار را قبول نمی‌کند. در این جستار به بیان ادله بطلان و نقد و بررسی آن پرداخته‌ایم.

**کلید واژه‌ها:** اعاده معدوم، ایقاع، ایقاع مسقط حق، ایقاع موجد حق، تقایل خيار، شرط.

۱. نویسنده مسئول، استادیار فقه و مبانی حقوق دانشگاه یاسوج: bahmanpouri10@gmail.com
۲. استاد فقه و مبانی حقوق دانشگاه فردوسی مشهد.
۳. استاد فقه و مبانی حقوق دانشگاه فردوسی مشهد.

## مقدمه

در مقدمه این پژوهش به تفاوت عقد و ایقاع اشاره‌ای می‌شود. عقد از دو اراده متولد و ایقاع از اراده واحد حاصل است و از آنجا که خیار شرط نیز مانند سایر شروط و مستفاد از مفهوم شرط این است که شرط نیاز به مشروط‌گله و مشروط‌علیه دارد، این مفهوم در عقد (که به دو طرف متکی است) وجود دارد؛ اما آیا می‌توان به پشتوانه ادله‌ای چون عموماً شروط به مثابه مبناى اصل حاکمیت اراده، این مفهوم را در ایقاع (که به یک طرف متکی است) نیز تعمیم داد؟ آیا چنین شرطی در ایقاع در زمره شروط صحیح و لازم‌الوفاست؟ و مهم‌تر از همه اینکه ماهیت اکثر ایقاعات اعدامی است، بنابراین آیا می‌توان اعاده معدوم را تصور کرد؟ در این پژوهش به بررسی ادله بطلان پرداخته‌ایم و پس از نقد یک یک آنها، خواهیم دید که نه تنها دلیل مناسبی بر بطلان نیست، بلکه ادله و آرای دال بر جریان خیار شرط در ایقاع امکان ارائه دارد. شایان ذکر است این بحث بیشتر در میان معاصران به‌ویژه پس از تحریر مکاسب شیخ انصاری و حاشیه‌های فراوان فربه شده و غنا یافته است.

## بررسی ادله بطلان

### ۱. اجماع

بسیاری از بزرگان اصحاب، برای نفی دخول خیار شرط در تمام ایقاع‌ها یا برخی مصادیق آن، به اجماع تمسک کرده‌اند. شیخ طوسی با شمارش آنچه خیار مجلس و شرط در آنها داخل نمی‌شود، می‌گوید: «و اما طلاق و عتق، خیار شرط در آن دو داخل نمی‌شود، به دلیل اجماع» (المبسوط، کتاب البیع، بیع‌الخیار)

محقق حلی در شرایع می‌گوید: «خیار شرط در هر عقدی به‌جز نکاح و وقف داخل می‌شود و نیز ابراء و طلاق و عتق» (شرایع‌الاسلام، ج ۲: ۱۷).

شهید ثانی در مسالک بر قول محقق حلی تعلیق زده و افزوده است که «این موارد محل وفاق و حجت است» (مسالک، ج ۱، خیار شرط).

اما در جواهر چنین آمده است: «و مقتضای این کلام محقق حلی اطراد و شیوع حکم به جمیع ایقاعات و عدم اختصاص آن به سه مورد ذکر شده است، کما اینکه این توهّم برای محقق و دیگران پیش آمده که حکم به موارد سه‌گانه ذکر شده، محدود است» (نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳: ۶۴).

علامه نیز در قواعد می‌گوید: «خیار شرط در هر عقدی ثابت است به جز وقف و نکاح و در عتق و طلاق نیز جاری نمی‌شود». (قواعد الاحکام، کتاب المتأجر) و در جامع المقاصد بر کلام علامه تعلیق زده و گفته است: «از آنجا که طلاق مزیل نکاح است، خیار در آن تصور نمی‌شود و در همین معناست خلع و مبارات؛ چون که غرض از آن دو جدایی و فراق است و مال در اینها عرضی است و در معنای عتق، تدبیر است و همچنین در ابراء خیار شرط داخل نمی‌شود؛ چون که ابراء، اسقاط است و در وصیت نیز داخل نمی‌شود؛ چون که خیار در آن تا زمان فوت موصی ثابت است» (محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۱: ۲۴۵).

صاحب مفتاح‌الکرامه می‌گوید: «خیار شرط و جز آن در هیچ‌کدام از ایقاعات جاری نمی‌شود؛ چون که ایقاع مبتنی بر این است که به مجرد صیغه، نافذ شود و خیار منافی با این امر است و نیز به دلیل اینکه مفهوم مستنبط از شرط آن است که میان دو طرف باشد، چنانکه شماری از اخبار به این مفهوم اشاره دارند و ایقاع متقوم به یک طرف است، پس ممنوعیت جریان خیار به طلاق و عتق و ابراء اختصاص ندارد، آن‌طور که برخی پنداشته‌اند» (حر عاملی، ج ۴: ۵۶۸).

محقق سبزواری می‌گوید: «خیار شرط در همه عقود ثابت است به جز نکاح و وقف و ابراء و طلاق و عتق و مستند این حکم اجماع است، چنانچه ثابت شود» (محقق سبزواری، کتاب‌التجاره، فصل ثانی فی احکام الخیار).  
 شیخ انصاری در مکاسب می‌گوید: «در مورد عدم ورود خیار در ایقاعات، ظاهراً خلافاً نیست» (شیخ انصاری، ج ۵: ۱۴۷).

محقق بحرانی نیز بعد از اینکه دلیل عمده منع را اجماع می‌یابد، می‌گوید تعلیلاتی که برای منع ذکر شده است، خالی از مناقشه نیست و صلاحیت تخصیص عموم نصوص شروط را ندارد و در پایان سخن خود می‌افزاید: «حق این است که مسئله خالی از اشکال نیست، با توجه به اطلاق نصوص و عدم وجود مخصصی که بتوان بر آن اعتماد کرد، هر چند احوط وقوف بر همان حکمی است که فقهای عظام گفته‌اند» (محقق بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۹: ۶۵).

از این گفته‌ها چنین بر می‌آید که عمده‌ترین مستند حکم به عدم جریان خیار در ایقاعات، اجماع است.

### نقد دلیل اجماع

آنچه از ملاحظه کلمات اعلام و تتبع در آنها آشکار می‌شود این است که ادعای اجماع بر عدم صحت شرط در ایقاعات، علاوه بر اینکه اثبات تعبدی بودن آن دشوار است، سخن بی‌دلیل و گزافه‌گویی است و تحقیق آن را مساعدت نمی‌کند (خویی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۹۱). بر اجماع مذکور اشکالاتی وارد است:

اول: برخی بزرگان اصحاب مانند شهیدین و صاحب ریاض متعرض مسئله خیار شرط در ایقاع نشده‌اند.

دوم: بسیاری از بزرگان که به مسئله متوجه شده‌اند، متعرض عناوین خاصی چون طلاق و عتق و گاه ابراء شده‌اند، نه مطلق ایقاعات و این ادعا که ذکر موارد سه‌گانه (ابراء، طلاق و عتق) در کلمات فقها از قبیل مثال رایج و غالب است و گرنه مقصودشان مطلق ایقاعات است، چنانکه محقق عاملی و صاحب جواهر گفته‌اند، نیز ناپذیرفتنی است؛ چون که میان اصحاب در الحاق برخی مصادیق ایقاع به عموم ایقاعات، چون خلع و تدبیر و وقف و... صریحاً اختلاف است و از این امر عدم وضوح مطلق بودن حکم در ایقاعات کشف می‌شود (همان).

سوم: برخی از ناقلان اجماع، خود در آن تردید کرده‌اند: صاحب کفایة الاحکام پس از عبارت «و کان مستنده اجماع» می‌گوید: «چنانچه این اجماع ثابت باشد» و این بیانگر تردید وی است. صاحب حدائق نیز تصریح می‌کند که این مسئله خالی از شائبه اشکال نیست؛ به دلیل نبود مخصصی که بتوان به آن اعتماد کرد. سپس حکم مسئله را بر پایه احتیاط قرار می‌دهد (الحدائق الناضره، ج ۱۹: ۶۵). صاحب جواهر می‌گوید مقتضای مسئله اطراد حکم به جمیع ایقاعات و عدم اختصاص آن به سه مورد ذکر شده است و در ادامه می‌گوید: «لعلها کذلک» یعنی شاید چنین باشد، که حاکی از تردید اوست. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳: ۶۴).

چهارم: بسیاری از اصحاب به جریان شرط در ایقاع تصریح کرده‌اند، با توجه به اختلاف نظری که در حدود جریان شرط در ایقاع دارند، اکثر آنان جریان شرط در ایقاع را محدود به غیر از خیار شرط کرده‌اند و برخی نیز آن را تعمیم داده‌اند و خیار شرط را نیز در ایقاع جاری دانسته‌اند، همچون محقق اصفهانی در حاشیه بر مکاسب: (قسم الخیارات، ج ۴: ۲۱۸) صاحب عروه نیز در حاشیه بر مکاسب می‌گوید: «مقتضی قاعده، جریان خیار شرط در ایقاعات است و مانع در اجماع منحصر است» (قسم الخیارات: ۳۲)

و سیدین روحانی در فقه‌الصادق (ج ۱۴: ۱۱۵ به بعد) و سبزواری در مهذب‌الاحکام (ج ۱۷: ۱۳۲).

پنجم: اگر تمام بودن اجماع را بپذیریم، نمی‌توان به آن به‌عنوان دلیل مستقلاً در قبال ادله دیگر، تکیه کرد. پس ادعای تعبدی بودن اجماع، خالی از اشکال نیست. افزون بر اینکه اصل ثبوت اجماع محل اشکال است؛ به عبارت دیگر چنین اجماعی بر فرض تحقیقش مدرکی است (دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴: ۱۷۶).

## ۲. شرط دو طرف می‌طلبد و ایقاع یکطرفه است

برخی اصحاب بر آن شده‌اند که مفهوم مستنبط از شرط آن است که میان دو طرف باشد و ایقاع متقوم به یک طرف است (شیخ انصاری، مکاسب، ج ۵: ۱۴۸ و مفتاح‌الکرامه، ج ۴: ۵۶۸). اما این گفته اشکال دارد، چرا که مفاد سخن شیخ انصاری می‌گوید که مستفاد از اخبار این است که شرط قائم به دو شخص است، مشروطه و مشروط‌علیه نه اینکه متوقف بر ایجاب و قبول باشد. از این رو فقها در اعتناق عبد اشتراط مدتی خدمت کردن نزد مولا را دانند با تمسک بر عموم «المومنون عند شروطهم» جایز می‌یابند، نهایت اینکه لزوم این شرط مانند اشتراط مال علیه عبد، متوقف بر قبول عبد است، اما این غیر از اشتراط وقوع شرط بین ایجاب و قبول است (مکاسب، ج ۵: ۱۴۸).

محقق فشارکی همین مطلب را با استناد به روایتی بیان کرده و در پی آن پاسخ داده است: «مفهوم مستناد از شرط آن چیزی است که میان دو نفر است، کما اینکه در روایت صحیح آمده است: «هر کس شرط مخالف کتاب کند، از مشروط‌علیه، درخواست آن جایز نیست» یعنی عناوین مشروطه و مشروط‌علیه باید موجود باشند. نقد این وجه: اینکه شرط میان دو نفر باشد غیر از این است که میان ایجاب و قبول باشد.

بله اگر گفته شود که شرط در ایقاع مانند خود ایقاع به قبول نیاز ندارد، در این صورت اشکال مذکور وارد است، چون حاصل این می‌شود که جریان شرط در ایقاع منافی نیازمندی شرط به قبول است (ایقاع به قبول نیاز ندارد، اما شرط نیازمند قبول است) از قبیل اشتراط مدتی خدمت کردن عبد در عتق. مگر اینکه گفته شود این اشتراط نسبت به مشروط‌علیه مانند شرط ابتدایی است؛ اما این نیز دارای اشکال است؛

چون موجبی برای تخصیص عموم شروط نیست و آنچه خروجش مسلم است، شرط ابتدایی از جانب دو طرف است (الرسائل الفشارکيه: ۵۳۲).

محقق خوبی نیز قریب به همین مضمون را در پاسخ به شیخ انصاری گفته‌اند: «مستفاد از اخبار این است که شرط قائم به دو شخص مشروطه و مشروط‌علیه باشد، نه متوقف بر ایجاب و قبول. بنگرید که فقها در عتق عبد شود با تمسک به عموم المومنون عند شروطهم اجازه می‌دهند که خدمت عبد برای مدتی شرط شود، در این حکم تردیدی نیست؛ بنابراین با تمسک به هان عموم، مانعی از چنین اشتراطی در طلاق و عتق نیست (مصباح الفقاهه، ج ۶: ۲۶۶).

### تحلیل محقق ایروانی از پیوند شرط و ایقاع

محقق ایروانی در توضیح کلام شیخ انصاری با تحلیل ظریف و زیبایی می‌گوید: «مفهوم شرط با دو طرف حاصل می‌شود و قائم به دو جانب است نه اینکه مفهوم شرط حتماً باید به فعل دو شخص یعنی موجب و قابل حاصل شود، لیکن ظاهر این است که شرط بر التزام و جعل و تعهد از یک جانب تا زمانی که قبول از جانب دیگر به آن ملزم نشده، صدق نمی‌کند؛ بنابراین شرط نیاز به جعل و قبول جعل دارد و خبری نیافتیم که دلالت کند بر عدم احتیاج شرط به فعل طرفین، با وجود این، این مورد از مفاهیمی است که مرجع آن عرف است نه اخبار. آنچه ما گفتیم مانع از دخول شرط در ایقاع نمی‌شود بنابراین اگر ایقاع احتیاج به قبول نداشته باشد، این گفته مقتضی آن نیست که شرطی که در ضمن آن است، نیاز به قبول نداشته باشد. پس اگر ایقاع متضمن شرط انشاء شود و قبول به آن ملحق شود، این قبول یا فقط برای شرط است یا برای مجموع شرط و ایقاع، که در این صورت مفهوم شرط حاصل شده و مشمول عموم «المومنون عند شروطهم» می‌شود و اگر بگوییم که مفهوم مستفاد از شرط الزام در ضمن التزام است، این مفهوم حاصل است به بودن شرط در ضمن ایقاعی که التزام از یک جانب است و شرط مقید نشده که حتماً الزام در ضمن التزام قائم به دو طرف باشد» (تعلیقه بر مکاسب، قسم الخیارات: ۲۶).

حاصل کلام محقق ایروانی این است که در تحقق مفهوم شرط فقط دو چیز لازم است. اول طرفین که شرط قائم میان آنهاست یعنی مشروطه و مشروط‌علیه. دوم چیزی که شرط قائم بر آن و مرتبط به آن باشد و از آنجا که این دو چیز در خیار شرط

در ایقاع وجود دارد، به این اعتبار، ایقاع مرتبط شده است به تعهد قائم میان طرفین و موجبی برای انکار عموم شروط نیست.

### تحلیل محقق یزدی و نقد وی بر کلام شیخ انصاری

محقق یزدی در تحلیل قول شیخ انصاری که «لان المفهوم من الشرط...» می‌گوید: سخن شیخ این است که ایقاع به خودی خود قبول شرط نمی‌کند سوای اینکه شرط خيار باشد یا شرط دیگری؛ چون که شرط از چیزهایی است که محتاج رضایت مشروط‌علیه است و اگر مشروط‌علیه قبول نکند و راضی به آن نشود، دیگر شرط نخواهد بود تا واجب‌الوفاء باشد و ایقاع با یک طرف واحد، تمام نمی‌شود و با اکتفای به یک طرف، موضوع شرط محقق نمی‌شود و در صورت معتبر دانستن قبول در ایقاع، ایقاع از ایقاع بودن خارج می‌شود یا اینکه در این صورت، شرط معاهده مستقلی می‌شود که ربطی به ایقاع ندارد. نهایت امر اینکه وقوع شرط در ایقاع مانند وقوع عقدی در عقد دیگر خواهد بود (حاشیه مکاسب، ج ۲: ۳۱).

### نقد سید یزدی

حاصل جواب این است که چنین اعتباری پذیرفته نیست و اینکه شرط محتاج قبول است، با ایقاع منافاتی ندارد و شرط را از شرط بودن خارج نمی‌کند و ایقاع را نیز از ایقاع بودن خارج نمی‌کند، پس می‌گوییم شرط موقوف بر قبول است و در این حال بر آن «شرط در ضمن ایقاع» صدق می‌کند و در این صورت ایقاع از حقیقت خودش خارج نمی‌شود (همان).

### ۳. ایقاع به محض تحقق صیغه واقع می‌شود و ضمنیت و ظرفیت ندارد

این اشکال را امام خمینی (ره) چنین تقریر کرده است: «عدم صحت مطلق شرط در ایقاعات شایسته اشکال نیست ولو اینکه مثل شرط خیاطی باشد؛ چون که آنچه از لغوبین ظاهر است، این است که مفهوم شرط، الزام و التزام در بیع و مانند آن است و ظاهر از ظرف بودن بیع برای شرط این است که بیع حاوی آن (شرط) است، یعنی شرط در ضمن و خلال آن واقع می‌شود، از طرفی شرطی که بعد از ایقاع واقع می‌شود، بعد از تمامیت عنوان ایقاع و تأثیر آن مرتبط به ایقاع می‌شود پس چگونه می‌تواند در ضمن

ایقاع باشد؟ (ایقاع به محض تحقق صیغه اثرش را می‌گذارد و شرط بعد از آن در ضمن ایقاع نیست) (کتاب البیع، ج ۱: ۸۶).

امام خمینی<sup>(۵)</sup> در ادامه، کلام محقق ایروانی را یادآور شده است و با رد این سخن، به دفاع از نظریه خود با تحلیل دیگری می‌پردازد:

«این سخن که شرط لغتاً و عرفاً یا انصافاً، التزام در ضمن عقد است و در تحقق شرط واجب نیست، جز آنکه در ضمن التزام باشد نه در ضمن دو التزام، در غفلت از عمق اشکال است؛ چرا که ضرورتاً ایقاع «ضمنیت» ندارد، بلکه ایقاع یا غیرمحقق است و یا محقق و مفروع عنه. برخلاف عقود که در عقود ظرفیت ولو به نحو ادعا محقق است. و اگر امکان ظرفیت در برخی از فرض‌های نادر ایقاع توهم شود، مانند قول: «أبرأتک و شرطت علیک کذا عن دینک» در این مورد علاوه بر عدم صدق ضمنیت (ضمنی بودن شرط) - (مراد وقوع شرط در خلال الفاظ نیست، بلکه مراد وقوع آن در ضمن التزام است) - از شروط عقلانی هم نیست؛ و حتی با پذیرش این یک مورد، ادعای کلی (صحت شرط در ضمن ایقاعات) ثابت نمی‌شود و اگر از این اشکال فوق‌الذکر (ضمنی بودن) اغماض کنیم، در عدم احراز اینکه شرط تالی ایقاع است، اشکالی وجود ندارد و شرط لغتاً و عرفاً و عند العقلاء بر آن صدق نمی‌کند؛ و با این وجود مجالی برای تمسک به ادله نفوذ شروط باقی نمی‌ماند» (همان).

امام خمینی<sup>(۵)</sup> در ادامه با تکیه بر مبنای خاص خودشان در مورد ماهیت عقود و اشکال احتمالی در مورد این مبنا، در بحث جریان خیار در عقود، به شبهه احتمالی و پاسخ آن می‌پردازند:

«و اگر گفته شود: شما پیش‌تر گفته‌اید که ماهیت بیع فقط به ایجاب موجب محقق می‌شود و جایگاه قبول مانند جایگاه اجازه در عقد فضولی است، طبق این استدلال، شرط در ضمن بیع نیز نخواهد بود و باید گفت لازم نیست شرط در ضمن عقد باشد اگر بعد از آن هم واقع شود، جایز است.

در پاسخ می‌گوییم: ایجاب محقق و به وجود آورنده مفهوم بیع است و آثار عقلانی بر آن ترتیب نمی‌شود مگر بعد از ختم قبول به آن. پس عقد مؤثر، کامل نمی‌شود مگر بعد از قبول، در نتیجه شرط عرفاً در خلال آن واقع می‌شود و مفهوم کلمات لغویین و فقها و ادله، چیزی جز این نیست. بلکه اگر شخصی از جانب دو طرف عقد وکیل باشد و ایجاب را که تمام‌کننده معامله است، واقع سازد، آنگاه اراده کند که شرط را در پی آن آورد،



ملتزم به عدم صحت می شویم، در چنین مواردی باید ایجاب را از جانب صاحب کالا واقع سازد، سپس شرط را واقع سازد و در پی آن، قبول را و در این صورت محذوری در کار نخواهد بود.

از این گفته‌ها معلوم می‌گردد که ایقاع مطلقاً شرط را قبول نمی‌کند چه شرط خیار و چه شرطی دیگر» (کتاب البیع، ج ۱: ۸۶).

بنیان سخن امام خمینی قائم به آن چیزی است که در مورد حقیقت شرط برگزیده است و از آنجا که امام معنا و حقیقت شرط را «الزامی می‌داند که ظرف آن بیع است» (کتاب البیع، ج ۱: ۸۶). لذا عدم دخول شرط در ایقاع را بر آن مترتب کرده است؛ به دلیل اینکه ایقاع صلاحیت آن را ندارد که ظرف واقع شود، به اعتبار اینکه ایقاع امری بسیط است و چیزی را دربر نمی‌گیرد.

#### تحلیل دیدگاه امام خمینی<sup>(۵)</sup>

اول: ممکن است مقصود از «ضمنیت» ضمن الفاظ بودن باشد، به گونه‌ای که شرط در مقام اداء و تلفظ، محفوف به الفاظ عقدی شود که در ضمن آن است و عقلاً توافق یافته‌اند که مدلول کلام و مفاد آن تمام نمی‌شود مگر با پایان یافتن کلام گوینده و اینکه متکلم حق دارد به کلامش هر آنچه از قیود و استثنائات بخواهد، بدین صورت شرط ضمن ایقاع قابل تصور است و دلیلی برای این کلام که «ایقاع یا محقق و مفروغ عنه است یا غیر محقق» وجود ندارد، چرا که ایقاع به همراه شرط متصل به آن محقق می‌گردد.

دوم: این سخن امام خمینی که «فما قدیقال فی جواب ان الشرط التزام فی ضمن العقد لغه و عرفاً و انصرافاً، من انه لا یجب فی تحقق الشرط الا ان یكون فی ضمن التزام لا فی ضمن التزامین، کانه لم یصل الی مغزی الاشکال» بنا بر احتمال به کلام دو فقیه بزرگ محقق اصفهانی و محقق ایروانی متعرض است که در مقام رفع اشکال از این بوده‌اند که محقق اصفهانی می‌گوید: «منها - یعنی من الموانع - ان الشرط التزام فی ضمن العقد اما لغتاً و عرفاً و لو انصرافاً» و در ادامه می‌گوید: «اما این مانع اشکال دارد چون که بنا بر خروج شروط ابتدائیه از شروط موضوعی، در تحقق شرط واجب نیست مگر اینکه در ضمن یک التزام باشد، نه اینکه دو التزام باشد تا مشمول عنوان خاص موردی باشد که واقع در ضمن عقد شود» (تعلیقه بر مکاسب، خیارات، ج ۴: ۲۱۸) و

محقق ایروانی می‌گوید: «الا ان یکون غرضه - المانع - منع صدق شرط علی ما کان فی ضمن ایقاع بما انه فی ضمن ایقاع لا بما انه لاقبول فیه» و در ادامه می‌گوید: اما این مانع دفع می‌گردد؛ چون مستندی برای آن وجود ندارد، آیا این طور نیست که ایقاع یک التزام است ولو از یک طرف، پس شرط الزام در التزام خواهد بود، همان‌گونه که قاموس تفسیر کرده است» (محقق ایروانی، تعلیقه بر مکاسب، خیارات: ۲۶).

اختلاف نظر امام خمینی<sup>(۵)</sup> با محقق اصفهانی و ایروانی، به دلیل تفاوت مبانی در مورد شرط است. دو محقق بزرگوار نظر داشته‌اند به اینکه علقه قائم میان الزام و التزام، همانا علقه تقیید و تعلیق و ربط یکی به دیگری است، به همین علت قائل به امکان شرط در ایقاعات شده‌اند، چرا که این معنا در ایقاعات نیز محقق است، پس شرط یعنی ربط ایقاع به آن شرط و تعلیق ایقاع بر آن شرط، اما حضرت امام<sup>(۶)</sup> به معنای منفرد شرط یعنی ظرفیت و وعائیت نظر داشته‌اند با تحلیلی که گذشت (خویی، الشروط، ج ۲: ۹۵)

ادعا شده بر عدم اعتبار بقا در ایقاعات یا اعتبار اینکه شرط، مظروف و عقد یا ایقاع ظرف آن است. هیچ یک از این ادعاها، اساس ندارد، چون که با تدبر و ملاحظه اعتبار عقلا در موارد شرط در معاملات و غیر آن، فرقی میان عقد و ایقاع نمی‌یابیم؛ چرا که عرف، میان دو عبارت «تزوج فلان بفلانه» یا «طلق فلان زوجته» فرقی نمی‌یابد؛ چون که انشاء در هر دو عبارت غیرملغی (لغو نشده یا تمام نشده یا باطل نشده) است و این معنای بقای هر دو (نکاح و طلاق) است، نه اینکه الفاظ صادره از موجب و قابل به قصد تحقق زوجیت در نکاح باقی باشد و در طلاق زائل شده باشد، چنین چیزی خنده‌آور است. (تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۴: ۱۵۰).

#### ۴. اثر ایقاع رفع علقه است و خیار شرط نمی‌تواند علقه آفریند

اثر ایقاعات، رفع علقه است و بقای آن اثر به معنای استمرار عدم آن علقه است و شکی نیست که عدم، مرتفع نمی‌شود مگر با مقتضی وجود و فسخ مقتضی حدوث (وجود) علقه نیست (الرسائل الفشارکیه: ۵۳۳). این مطلب با بیانی دیگر نیز ذکر شده است: «فسخ در مورد ایقاعات متصور نیست چه رسد به اینکه آن را شرط کنیم، بیان مطلب اینکه فسخ عبارت است از رفع اثر در مرحله بقا و لذا اثر عدم بر آن از لحظه فسخ است نه از لحظه عقد و این معنا در جایی متصور است که اثر معامله ثبوت

استمراری باشد تا بتوان فسخ را به آن مرتبط ساخت، مانند ملکیت در بیع و گرنه معنایی برای فسخ معامله در مرحله حدوث آن نیست و فسخ فقط به معامله‌ای تعلق می‌گیرد که دارای بقاست.

این معنا کامل است در جایی که اثر معامله وجودی بوده و شارع استمرار آنرا اعتبار کرده به خاطر احتیاج بقای وجود به علت و آن اعتبار سبب حاصل از عقد است، اما اگر اثر عدمی باشد، معنایی برای فسخ نیست؛ چون که بقای عدم به خاطر تأثیر معامله‌ای که واقع شده و معدوم شده، نیست بلکه به واسطه عدم تحقق منشأ وجود است، پس معامله حدوثاً در عدم تأثیر می‌گذارد و ولی بقای آن ناشی از این است که علتی برای وجود نیست. پس عدم بقای زوجیت - بعد از طلاق - به خاطر تأثیر طلاق نیست، بلکه به خاطر عدم دلیل بر زوجیت است؛ و طلاق حدوثاً در رفع زوجیت اثر دارد نه بیشتر، پس برای معامله با اثر عدمی، بقایی متصور نیست تا انفساخ و فسخ آن متصور شود و از آنجا که ایقاعات مانند طلاق و ابراء و عتق و... در رفع حکم وجودی ثابت، مؤثر هستند، پس بقایی برای آنها نیست. در نتیجه فسخ هم برای آنها متصور نیست.

و اما رجوع در طلاق، فسخ طلاق نیست، بلکه اعاده زوجیت است لذا به زوجه مستند می‌شود و گفته می‌شود رجوع بالزوجه» (المرتقی الی الفقه الارقی، ج ۱: ۲۸۲).

توضیح اینکه: به طور مثال اثر طلاق قطع علقه زوجیت است و معنای استمرار این اثر، استمرار عدم زوجیت است و این عدم مرتفع نمی‌شود مگر با مقتضی وجود که نکاح است؛ اما فسخ، مقتضی وجود نیست.

شاید سر الحاق صلح مفید ابراء یا اسقاط حق به ایقاعات همین باشد. چون که اثر در اینجا چیزی جز ابراء ذمه از مال یا اسقاط حقی از حقوق نیست و این باز نمی‌گردد مگر به واسطه مقتضی عدم، و فسخ مقتضی بازگشت نیست.

اشکال نشود که: اثر بیع نیز ازاله ملک است و استمرار آن استمرار عدم مالکیت است. زیرا می‌گوییم: اثر بیع ملکیت مشتری بر بیع است و زوال ملک با بیع، از آثار بیع نیست؛ چرا که معنای بیع تملیک است یعنی ادخال مال در ملک غیر، نه اخراج مال به تنهایی یا اخراج مال همراه با ادخال و همانا خروج مال محقق است به دلیل عدم امکان تأثیر بیع با عدم خروج (اگر خروج مال نباشد، بیع تأثیر نمی‌گذارد). پس اگر اثر بیع مرتفع شود - اثر بیع ملکیت است - مقتضی برای مالکیت با بیع (خيار شرط) اثر خودش را می‌گذارد و مال به او منتقل می‌شود.

اما باید گفت اولاً این تقریبی عقلی است و در تعارض با عمومات شروط نمی‌توان به آن تمسک کرد، خصوصاً اینکه شرط در عتق ممکن است؛ یعنی در عتق، عبد بعد از عتق، حر است و فسخ، صفت عبدیت را به او باز می‌گرداند (الرسائل الفشارکيه: ۵۳۳).

ثانیاً عدم مشروعیت خیار در ایقاعات را ممنوع می‌دانیم و اشتراط چنین چیزی را در صحت شرط، ممنوع می‌دانیم، بلکه اگر به عدم مشروعیت به صورت مطلق، علم داشته باشیم، این در قوه علم است به اینکه آن مورد قبول خیار نمی‌کند، غایت الامر اینکه شرط، به دلیل احتیاج دارد که عمومات شروط کفایت می‌کند تا زمانی که ثابت نشده باشد که حکم با شرط تغییرناپذیر است. پس می‌گوییم که اگر مشروعیت شرط فی الجمله کافی در صحت شرط باشد، پس مجرد احتمال نیز کافی است، آن هم بعد از عموم دلیل شرط و هر جا که شرط مشکوک الصحه است، ناگزیر باید به عموم تمسک کرد. پس حاصل بحث اینکه مقتضی قاعده جریان خیار شرط در ایقاعات است (محقق یزدی، حاشیه مکاسب، ج ۲: ۳۲).

##### ۵. عنوان شرط در ایقاعات صادق نیست

شیخ انصاری برای منع از جریان خیار شرط در ایقاعات می‌گوید: «شرط در ایقاع صدق نمی‌کند و از آن منصرف است، خصوصاً بنابر آنچه که قاموس گفته است» (مکاسب، ج ۵: ۱۴۹).

نقد: اولاً ادعای انصراف ممنوع و ایقاع نیز التزام است و ظهوری در اینکه از التزام عقد اراده شود، در کار نیست (المرتقی الی الفقه الارقی، ج ۱: ۲۸۱).

ثانیاً آنچه که شیخ انصاری گفته است، دلیل قابل اعتمادی نیست، چرا که: نخست: دانسته شد که در تحقق معنای شرط، به دو چیز احتیاج است: الف) طرفین که شرط قائم به آنها باشد یعنی مشروط‌الیه و مشروط‌علیه؛ ب) چیزی که شرط قائم و مرتبط به آن باشد و هنگام اشتراط خیار در ایقاع، این دو موجود است و آنچه که صاحب قاموس در تعریف شرط گفته، که شرط الزام و التزام در ضمن بیع و مانند آن است، مقصود او این نیست که ضرورتاً شرط در ضمن عقد لازم باشد و گرنه به جای عبارت در بیع و مانند آن، باید به عقد لازم تصریح می‌کرد تا ابلغ باشد. بلکه مقصود صاحب قاموس از این عبارت، برای نفی شمول مفهوم شرط در الزام و التزام مستقل است و ذکر بیع فقط به این دلیل است که بیع فرد واضح و مصداق متعارف است که در آن شرط اخذ می‌شود و نزد عامه مردم مورد ابتلاست.

دوم اینکه: واضح است که آنچه در ایقاع اخذ می‌شود عنوان شرط بر آن صادق است و عملیات اشتراط، عملیاتی خاص متشرعه نیست، بلکه عملیاتی است که کل مردم در واقعه روزمره بارها و بارها آن را انجام می‌دهند و به شهادت وجدان، آنچه محسوس است، وقوع اشتراط در ایقاعات به کثرت است، مانند اشتراط در ضمن طلاق به تنازل زوجه از برخی حقوقش و با وجود این چگونه می‌توان ادعا کرد بر منع صدق شرط در ضمن ایقاعات (پس خيار شرط نیز که از انواع شرط است، جاری می‌شود).

#### ۶. انحلال همیشه میان دو طرف است، اما ایقاع یک طرف است

محقق اصفهانی گفته است که خيار، مالکیت فسخ و انحلال است و انحلال وجود ندارد مگر میان دو چیز مرتبط، یعنی میان دو طرف مرتبط معامله، پس انحلال معقول نیست، مگر در عقد و مالکیت فسخ معقول نیست، جز در عقد (محقق اصفهانی، تعلیقه بر مکاسب، ج ۴: ۲۱۸).

خود محقق اصفهانی جواب می‌دهد: «مشروط یعنی خيار، رفع شیء است مانند رفع ملکیت یا رفع بینونیت (جدایی) حاصل از طلاق و مانند آن، علاوه بر آن عنوان انحلال مقتضی این نیست که دو چیزی که انحلال بدان متقوم است، حتماً دو قرار مرتبط باشد، بلکه مسبب مرتبط با سبب، هر گاه از سببش منفک شود، در واقع یکی از دیگری منحل و جدا شده است و این در ایقاع معقول است» (محقق اصفهانی: ۴۸). در واقع نظر محقق اصفهانی این است که: اولاً: خيار در ایقاع به معنای حق ابطال و رفع ایقاع است و واضح است که ابطال شیء و رفع آن، متوقف بر بودن دو قرار مرتبط نیست؛ ثانیاً: اگر به فرض بپذیریم که خيار در ایقاع نیز به معنای فسخ و حل است، دلیلی بر ضروری بودن این نیست که دو طرف انحلال، دو قرار معاملی باشد، بلکه کافی است که دو طرف حل و انحلال، دو امر مرتبط باشند، مانند ارتباط مسبب با سبب خودش.

#### ۷. خيار شرط در ایقاع، مستلزم اعاده معدوم است

محقق خوبی در مقام اشکال بر جریان خيار در ایقاع می‌گوید: «ظاهر شرط آن است که مشروط در اثبات چیزی و ایجاد چیزی در مقام اعتبار باشد، به گونه‌ای که اگر مشروط علیه تخلف کرد، برای مشروط‌له خيار ثابت شود و ایقاعات مسلم مانند

طلاق، عتق و ابراء برحسب ارتکاز عرفی خارج از این میان هستند؛ چون که این سه عبارت از رفع شیء و ازاله آن هستند، مثلاً طلاق، رفع زوجیت و عتق، رفع عبدیت و ابراء، اعدام اشتغال ذمه است و در این موارد ایجاد شیء و اثبات شیء برای طرف دیگر نیست به گونه‌ای که اگر شرط تخلف شود، مشروط‌الیه آن را فسخ کند و آنچه را که برای مشروط‌علیه ثابت و ایجاد کرده است، معدوم کند. پس طلاق زوجیت را معدوم می‌کند لذا در برخی روایات آمده است «یلقی اهلها علیها» یعنی طلاق علقه میان آنها را قطع می‌کند و واضح است که اگر در طلاق، خیار شرط ثابت شود، لازمه آن این است که زوج به زوجه رجوع کند ولو بعد از چندین سال و اختیار کردن همسر دیگر. پس بنابر اینکه دلیل وفای به شرط (المومنون... ) اختصاص به شرط فعل نداشته باشد (شامل خیار شرط هم بشود) باز هم ارتکاز عرفی، مانع از جریان خیار شرط در ایقاعات است؛ چون که متفاهم از ایقاعات مذکور موضوع بر وجه اطلاق است، پس توقیت منافی آن است (اینکه در ایقاعات موضوع به صورت مطلق معدوم می‌شود، پس وجود خیار شرط که موقت است، منافی اعدام مطلق خواهد بود).

و آنچه که در مورد جواز عتق عبد و امه با شرط خدمت علیه آنها وارد شده است، در واقع شرط خیار یا شرط در ایقاع نیست، بلکه عبد و جمیع شئون او از اول ملک مالک اوست و مالک از مقداری از ملکش رفع ید می‌کند و مقدار دیگر از ملکش را باقی نگه می‌دارد، نه اینکه عبد را به طور مطلق آزاد کند و آنگاه علیه او شرطی کند... (محقق خویی، مصباح الفقاهه، ج ۶: ۲۶۷).

محقق اصفهانی نیز در طرح اشکال می‌گوید: «مضامین ایقاعات نوعاً امور عدمیه هستند مانند زوال زوجیت در طلاق و زوال رقیت در عتق و سقوط مافی الذمه در ابراء و از آنجا که این موارد امور عدمیه هستند، رجوع و رد در آنها، از باب اعاده معدوم است، برخلاف عقود که مضامین آنها امور وجودیه است، پس ناگزیر رد و رجوع در آنها از باب اعاده معدوم نیست» (تعلیقه بر مکاسب، ج ۴: ۲۱۸).

خود محقق اصفهانی به این اشکال جواب می‌دهد: «حقیقت فسخ و رجوع، تملک جدید است و اثبات زوجیت جدید (با فسخ طلاق) و رقیت جدید (با فسخ عتق) از باب اعاده ماکان است و گرنه اعاده ملکیت زائله در بیع نیز اعاده معدوم است و حکم شیء به عنوان و اعتبار آن شیء تسری پیدا نمی‌کند. پس معلوم می‌شود که این توهّم که

«الساقط عما فی الذمه لایعود» فاسد است، چرا که ساقط حقیقتاً عود نمی‌کند، اما عنواناً عود می‌کند؛ یعنی ملکیت جدید یا اشتغال ذمه جدیدی به وجود می‌آید» (همان).

به عبارت دیگر تعبیر به اعاده زوجیت و رقیبت به معنای اعاده فردی نیست که منتفی شده است، بلکه در حقیقت احداث فرد و مصداق جدیدی است. غایه الامر اینکه از آنجا که این فرد جدید، در محل فرد سابق و مشابه آن است، متصف به اعاده ماکان می‌شود و گر نه در حقیقت این فرد جدید، فرد مستقلی در قبال فرد معدوم است، به علاوه اینکه، اشکال فوق مختص ایقاعات نیست و اعاده ملکیت زائل در بیع با فسخ یا اقاله نیز اعاده معدوم خواهد بود، چرا که مالکیت متاع از بایع به محض بیع، زائل و برای مشتری ثابت می‌شود.

«و اگر مراد از «معدوم» علقه منقطع با ایقاع است، این اشکال شامل عقود هم می‌شود چون در بیع نیز، مالکیت بایع از او منقطع می‌شود. نهایت اینکه قطع علقه در بیع بالملازمه و در ایقاع بنفسه است» (الرسائل الفشارکیه: ۵۳۳).

اگر گفته شود: ابراء، فسخ قبول نمی‌کند؛ چون که اسقاط حق است و اگر ساقط شود بازگشت نمی‌کند مگر به سبب جدید و نظیر ابراء است، اسقاط یکی از خیارات، یعنی اگر یکی از خیارات ساقط شود، اعاده آن ممکن نیست.

گوییم: عقلاً مانعی از اعاده این‌ها نیست، چون که شخص می‌تواند از معاهده خودش رفع ید کند، یعنی به وضع اول بازگردد، بلکه می‌گوییم خود فسخ نیز عقلاً قابلیت دخول خیار فسخ را دارد، اما چنین چیزی غیرمعهود است ولی صرف عدم معهودیت، صلاحیت مانع بودن از عمومات شرط را ندارد (محقق یزدی، حاشیه مکاسب، ج ۲: ۳۲). مرحوم علامه طباطبایی که از شاگردان محقق اصفهانی بوده‌اند، به تأسی از ایشان این زمینه مطلبی را ذکر کرده‌اند که این اشکال را از ریشه حل می‌کند: ایشان تلاش‌های اصولیان برای حل قضایایی چون تقدم مشروط بر شرط و شرط متأخر در مسئله مقدمه واجب را تعسف می‌خواند؛ چرا که عمده اینها به دلیل خلط مقام حقیقت و اعتبار است. وی می‌گوید آنچه برهان بر محالیت آن قائم شده است، توقف موجود بر معدوم در امور حقیقی است نه در امور اعتباری (حاشیه کفایة الاصول: ۱۰۷). به عبارت دیگر وجود شرط متأخر و تقدم مشروط بر شرط در وجود حقیقی ناممکن است نه در احکام و امور فرضی و اعتباری و همه آنچه در فقه و حقوق، علت، شرط، جزء و امثال آن خوانده می‌شود علت، جزء و شرط اعتباری است، نه حقیقی و فقط در ظرف اعتبار معنا

و هویت دارد نه خارج از آن و از این رو احکام و اوصاف این وجودات را حقیقتی بر آنها مترتب نیست و از تقدم و تأخرشان هم هیچ محال عقلی و فلسفی به وجود نمی‌آید (سروش، جاودانگی و اخلاق، یادنامه شهید مطهری: ۲۴۶). بنابراین از آنجا که هم خیار شرط و هم عقود و ایقاعات از مقوله اعتباریات هستند، مانعی از خیار در ایقاعات نیست و اعاده معدوم را معنایی نیست.

#### ۸. در ایقاعات عوضی وجود ندارد تا شرط به آن ضمیمه شود

محقق نایینی با قبول اینکه وجود دو طرف برای اشتراط خیار در ایقاع لازم نیست، مانع دیگری را ذکر می‌کند و می‌گوید خیار شرط در مطلق ایقاعات جاری نمی‌شود. وی می‌گوید: «از آنجا که در ایقاع التزام و عهده از سوی ایقاع‌کننده وجود ندارد و وجه عدم جریان خیار در ایقاع، معتبر بودن شرط بین دو طرف نیست تا بر آن اشکال شود که وقوع ایقاع از یک طرف، مقتضی عدم وقوع شرط در ضمن آن نیست، به خاطر اینکه امکان اشتراط خیار در ضمن ایقاع و قبول طرف این شرط توسط طرف مقابل وجود دارد، بلکه وجه عدم جریان خیار در ایقاع، این است که حقیقت شرط منوط گشتن منشأ به شرط است، به گونه‌ای که شرط ضمیمه یکی از عوضین شود و در ایقاعات عوضی وجود ندارد تا شرط به آن منضم شود؛ به عبارت دیگر شرط مجرد ذکر شیء به ضمیمه چیز دیگر نیست، کما اینکه گفته شود «بعتک الدار» و «أجرتک البستان» بلکه اناطه منشأ به شرط واجب است و در ایقاعات اگر اصل منشأ به شرط اناطه شود، ایقاع به خاطر تعلیق باطل خواهد شد و اگر به صورت غیرمرتبط به منشأ ذکر شود، شرط ابتدایی خواهد بود که واجب‌الوفاء نیست، چرا که در این هنگام مجانی و بلاعوض و غیرمنضم به یکی از عوضین خواهد بود» (منیه الطالب، ج ۲: ۵۵).

می‌توان به سخن نایینی چنین اشکال کرد که نهایت چیزی که در تحقق مفهوم «شرط» و صدق آن معتبر خواهد بود، این است که الزام و التزام در حد ذاتشان، مستقل از هم نباشند. بلکه ناگزیر باید به نحو علقه ربطیه و تقيید شرط به منشأ، با هم مرتبط باشند و این معنا و مفهوم در اشتراط خیار در ایقاع، حاصل است؛ چون از آنجا که الزام در ضمن ایقاع است و از طرف دیگر - طرف قبول - التزام به آن تعلق می‌گیرد، بنابراین جمیع الزام و التزام مرتبط به ایقاع هستند؛ اما اینکه محقق نایینی گفت که شرط باید به گونه‌ای باشد که ضمیمه یکی از عوضین باشد، دلیل و شاهی بر آن نیست؛ به عبارت دیگر صحیح است بگوییم که شرط، مجرد ذکر شیء منضم به چیز دیگر نیست و



اقتضایی برای این نیست که شرط ضمیمه یکی از عوضین باشد. بلکه کافی است که شرط مرتبط به ایقاع باشد به نحوی که مستقل از ایقاع نباشد و این در ایقاع صادق است و در شرط ضمن آن محقق است و شرط، مرتبط به ایقاع است به گونه‌ای که بذاته استقلالی ندارد تا اینکه شرط ابتدایی شمرده شود که واجب‌الوفاء نیست و ایقاع نیز اجنبی و بیگانه از شرط نیست، به گونه‌ای که نقشی برای آن نباشد.

اما اینکه محقق نایینی گفته که رجوع شرط در ایقاع به تعلیق است که باطل است، در جواب می‌گوییم، اولاً اگر این اشکال وارد باشد، خاص ایقاع نیست، بلکه در خيار شرط در عقود نیز جاری خواهد بود و باید گفت که شرط خيار به تعلیق در منشأ بر نمی‌گردد و چه شرط خيار در عقد باشد چه در ایقاع باشد و ملکیت عین انشاء شده با بیع، ملکیت ابدی است و جدایی حاصل از طلاق جدایی دائم است، نهایت اینکه «من له الخيار» حق دارد آن ملکیت و آن جدایی را رفع کند، ابطال بیع و طلاق و رفع ید از آنها، مانند تأثیر اقاله در عقد است که تنافی میان آن و ملکیت مطلق حاصل از بیع نیست.

#### ۹. لزوم در ایقاعات حکم ذاتی ایقاعات است

محقق اصفهانی در توضیح این ایراد می‌گوید: «از موانع اشتراط خيار در ایقاعات، عدم امکان استدلال به عموم «المومنون...» می‌باشد چون که شرط مخالف کتاب و سنت و شرطی که حلالی را حرام و حرامی را حلال می‌کند، در این عموم نمی‌گنجد و این به خاطر این است که شرط خيار در ایقاع دائر است میان اینکه شرط مخالف کتاب و سنت و محلل حرام است یا اینکه چنین نیست و تمسک به عام در مصداق مردود جایز نیست» (تعلیقه بر مکاسب، خيارات، ج ۴: ۲۱۹).

به عبارت دیگر، از آنجا که لزوم در ایقاعات حکم ذاتی ایقاع است، تغییر قبول نمی‌کند و اشتراط خيار در آن از قبیل شرط مخالف با مقتضای عقد است یا مخالف شرع است، به دلیل اینکه محلل حرامی است که تغییر و تبدیل نمی‌پذیرد و به این علت، اشتراط مذکور مشمول عموم «المومنون...» نیست، بلکه به عکس مشمول ذیل این روایت شریف است که در قسمت استثناء می‌گوید «الا کل شرط خالف کتاب‌الله عزوجل» (وسائل‌الشیعه، ج ۱۲، باب ۶) یا «الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً» پس چنین شرطی نافذ نیست.

محقق اصفهانی در رد این اشکال می‌گوید: «این اشکال مردود است به خاطر آنچه که بارها گفته‌ایم، به خاطر جریان اصله عدم المخالفه (اصل بر عدم مخالف بودن شرط است) و اصله عدم دخول الفرد المردد تحت عنوان المحض (محقق اصفهانی، تعلیقه بر مکاسب، ج ۴: ۲۲۰).

به نظر می‌رسد محقق اصفهانی اعتقاد دارد که آنچه احتیاج به ثبوت دارد، اثبات این است که لزوم در ایقاعات حکم و تغییرناپذیر است تا بتوان بر شرط خیار عنوان شرط منافی نامید و در هنگام شک در این مطلب، کما اینکه حال چنین است، چون شاهدی بر اشکال وارد شده وجود ندارد، آنچه متعین است تمسک به عموم «المومنون...» خواهد بود، به علت اصل عدم مخالفت و عدم احراز اینکه فرد مشکوک، مشمول عنوان مخصص است.

#### ۱۰. ایقاعات تقابلی قبول نمی‌کند پس خیار شرط در آن داخل نمی‌شود

ادعا شده که لزوم در ایقاعات، حکم ذاتی ایقاع است به لحاظ اینکه تقابلی قبول نمی‌کند. این دلیل را شیخ انصاری در مکاسب، دلیل عمده منع در ایقاعات می‌داند. شیخ انصاری می‌گوید: اولی در استدلال به عدم مشروعیت خیار فسخ در ایقاعات، این است که ایقاعات قبول تقابلی نمی‌کنند و خیار شرط در آنها مشروع نیست، به گونه‌ای که اشتراط تسلط بر فسخ در ایقاع جاری شود و رجوع در عده، فسخ طلاق نیست، بلکه حکمی شرعی است در برخی اقسام طلاق که در موارد دیگر جاری نمی‌شود و مرجع این کلام این است که مشروعیت فسخ، دلیل می‌خواهد و در عقود چنین دلیلی وجود دارد به جهت مشروعیت اقاله و ثبوت خیار مجلس و حیوان در عقود، برخلاف ایقاعات که از سوی شارع تجویز نقض اثر ایقاع پس از وقوع آن، معهود نیست تا بگوییم خیار شرط در آن صحیح است (مکاسب، ج ۵: ۱۴۹).

#### نقد کلام شیخ انصاری با توجه به ملاک محقق ابروانی

محقق ابروانی در پاسخ به شیخ انصاری می‌گوید: «دلیلی بر منوط بودن جواز اشتراط خیار به وجود اقاله نیست، بلکه ضابطه مخالف شرع نبودن خیار این است که سلطنت انحلال معامله به دست متعاملین است ولو با اقاله و هدف اشتراط خیار برای یک نفر، در

واقع اشتراط استقلال آن یک نفر به این سلطنت است، بنابراین خيار شرط در ایقاع، خلاف شرع نیست» (حاشیه مکاسب، خيارات: ۲۶). خلاصه کلام محقق ایروانی این است که در صحت اشتراط خيار، توجه به تقایل نیست، بلکه توجه به سلطنت انحلال معامله است، حتی اگر برای یکی از طرفین باشد.

### نقد کلام شیخ انصاری با توجه به ملاک محقق اصفهانی

محقق اصفهانی در پاسخ به شیخ انصاری می‌گوید: «شرط خيار، شرط سلطنت تکلیفی و وضعی نیست، بلکه مقتضای آن جعل حق انحلال و الزام است و عدم جواز امتناع مشروط‌علیه، اثر حق مجعول است نه متعلق شرط و نه حکم خود شرط ابتدا و جعل حق، واجب نیست که متفرع بر جواز انحلال از مشروط‌له ولو به تقایل باشد، کما اینکه در جعل خيار در بیع برای اجنبی، جعل نیاز نافذ است با اینکه اجنبی حق انحلال معامله را ندارد و تقایل از او صحیح نیست، حتی با تراضی با مشروط‌علیه قبل از حدوث حق و جعل حق برای اجنبی از باب توکیل نیست تا گفته شود تقایل از موکل صحیح است» (تعلیقه بر مکاسب، ج ۴: ۲۲۰).

۱۱. شرط آنچه را که سبب شرعی نیست، تبدیل به سبب شرعی نمی‌کند  
شیخ انصاری در انتهای استدلال بر منع جریان خيار شرط در ایقاعات، وجه دیگری را بیان می‌کند: «شرط، غیر سبب شرعی را نمی‌تواند به سبب تبدیل کند، پس اگر ندانیم که فسخ سبب ارتفاع ایقاع است یا اینکه عدم آن را بدانیم، بنابر اینکه لزوم در ایقاعات حکم شرعی است مانند جواز در عقد جایزه، پس در این هنگام فسخ با اشتراط در ایقاع، تبدیل به سبب نمی‌شود» (مکاسب، ج ۵: ۱۵۰).

### محقق اصفهانی در نقد این وجه می‌گوید:

اما آنچه که در کلام شیخ انصاری تکرار شده که شرط نمی‌تواند آنچه را که سبب نیست، تبدیل به سبب شرعی کند و فسخ معلوم نیست که سبب شرعی باشد، پس با اشتراط فسخ، فسخ سبب شرعی برای رفع معامله نمی‌شود.

این گفته چنین پاسخ می‌یابد که فسخ، نفس رفع عقد است نه اینکه سبب آن باشد و محل بحث و کلام در سببیت صیغه «فسخت» نیست. چون که قصوری در صیغه نیست، بلکه صیغه فسخ هر گاه از «من له الحق» صادر شود، مؤثر خواهد بود و مفروض این است که حق فسخ با شرط ثابت می‌شود، مانند سایر حقوق ثابت با شرط و کلام در اینکه نفس شرط سبب انحلال عقد شود، نیست. به علاوه که نزد خود شیخ سببیت شرط برای انفساخ به نحو شرط نتیجه مانعی ندارد در جایی که سبب خاصی برای آن معلوم نیست، مثلاً مانند نکاح و طلاق (محقق اصفهانی، تعلیقه بر مکاسب، ج ۴: ۲۲۱).

### استدلال به اصل حاکمیت اراده در جریان خیار شرط در ایقاعات

اراده یکی از عناصر تشکیل دهنده شخصیت انسان و احترام به اراده انسان، احترام به شخصیت اوست. ظهور کمال شخصیت هر فرد به این است که آزادی اراده داشته باشد، زیرا در سایه آزادی اراده است که هر فرد می‌تواند کمالات خود را ظاهر کند. پس برای اینکه به شخصیت انسانی احترام گذاشته شود، باید به اراده او احترام گذاشت و قانون فقط وظیفه دارد که جلوی تعارض اراده‌ها را بگیرد، بنابراین نباید تکلیفی بر انسان تحمیل کرد مگر اینکه خود او آن تکلیف را بخواهد و چنین تکلیفی با قانون طبیعت وفق داشته باشد. پس اساس حق و تکلیف مطلقاً اراده افراد است؛ بنابراین قانون در خدمت اراده افراد است و وظیفه آن دفع برخورد اراده‌هاست. (جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، شماره ۲۵). اصل حاکمیت اراده در فقه با قواعدی چون «الناس مسلطون علی اموالهم» یا قاعده اقدام یا قاعده احترام تطبیق پذیر است.

### تقسیم‌بندی ایقاعات

در پایان شایان ذکر است که هرچند در فقه، ایقاعات انشعاب قابل توجهی نیافتند و صرفاً در تعلیلات دال بر منع از جریان خیار در ایقاع تنها اشاره‌ای به تقسیم ایقاع به موجد حق و اعدامی داشته‌اند، ایقاعات در میان حقوقدانان از جهات مختلف تقسیم شده‌اند مثلاً ایقاع معین و غیرمعین یا ایقاع اعدامی و ایقاع موجد حق یا ایقاع قراردادی و غیرقراردادی (برای مطالعه بیشتر رک کاتوزیان، حقوق مدنی، ایقاع و شهبازی، مبانی لزوم و جواز قراردادهای). بسیاری از اشکال‌ها میان ایقاعات موجد حق و ایقاعات اعدامی مشترک بود، برخی نیز ویژه ایقاعات اعدامی بود که به تفصیل

گذشت، اما در تقسیم‌بندی اخیر نکته شایان توجه این است که ایقاعات قراردادی ایقاعاتی هستند که به تبع عقدی حاصل می‌شوند؛ یعنی به تبع قراردادی امکان انشا می‌یابند. با این توضیح که پیش از آنها عقدی بوده است و ایقاع به علت حقی که آن عقد به یکی از طرفین داده، ایجاد شده است؛ مثلاً اخذ به شفعه، ایقاعی است که در نتیجه حق شفیع (که خود ناشی از عقد بیعی است که سابق بر آن بسته شده) حاصل شده است. یا ابراء ایقاعی است که پیش از آن ممکن است عقدی مانند قرض، ضمان، اجاره و... باشد که موجب دین شده و این دین که ناشی از عقد است، حال موضوع ایقاع ابراء باشد. البته به این دلیل که دین ممکن است در نتیجه الزامات خارج از قرارداد حاصل شود، شاید در حوزه گروه بعدی نیز قرار بگیرد. یا فسخ ایقاعی است که قبل از آن عقدی بسته شده که مثلاً در آن برای یکی از طرفین خیاری ثابت شده است. یا طلاق ایقاعی است که قطعاً پیش از آن عقد نکاح دائم صورت گرفته و برای مرد این اختیار حاصل شده است و گرنه طلاق موضوعی نداشت.

ما قائل به امکان اشتراط در ضمن این ایقاعات هستیم که در واقع اصولاً ایقاعات دو طرفه هستند، چه اینکه قطعاً باید طرفی در مقابل موقع باشد که شرط را بپذیرد یا رد کند با اینکه اراده او در انشاء ایقاع اثری ندارد.

اما در مورد ایقاعاتی مانند حیات مباحات یا تحجیر یا اعراض از ملک، که طرفی در مقابل آن وجود ندارد، امکان اشتراط شرط نیز منتفی است، چراکه در هر حال شرط برای تحقق نیازمند دو اراده است هر چند که در ضمن ایقاع باشد. این ایقاعات را که عمدتاً ایقاعات یکطرفه هستند، ایقاع غیرقراردادی می‌نامیم.

### نتیجه‌گیری

دستاورد این پژوهش را می‌توان چنین مطرح کرد:

۱. با اینکه ایقاعات با اراده یک طرف واقع می‌شوند، معمولاً میان دو طرف مؤثر هستند و می‌توان مشروط‌له و مشروط‌علیه را تصور کرد، پس خیار شرط به‌عنوان یکی از شروط در آن جاری می‌شود.

۲. اشکالاتی که در جهت منع از خیار شرط در ایقاع وارد شده است، عمدتاً وجوه عقلیه‌ای هستند که ردشدنی محسوب می‌شوند و گرفتار کردن مباحث حقوقی و اعتبارات عرفی به آنها فاقد وجاهت است.
۳. عمومات شروط مانند «المؤمنون عند شروطهم» و اصل حاکمیت اراده، پشتوانه جریان خیار شرط در ایقاعات هستند.

### کتابشناسی

- [۱]. اصفهانی، محمد حسین کمپانی، (۱۴۱۸ ه ق)، حاشیه کتاب مکاسب، أنوار الهدی، محقق عباس محمد آل سیاح قطیفی، چاپ اول، قم.
- [۲]. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۵ ه ق)، مکاسب المحرمة و البیع و الخیارات، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، قم.
- [۳]. ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی، (۱۴۰۶ ه ق)، حاشیه مکاسب، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، تهران.
- [۴]. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، (۱۴۰۵ ه ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، محقق محمد تقی ایروانی - سید عبد الرزاق مقرر، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، قم.
- [۵]. تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۱۶ ه ق)، إرشاد الطالب إلى التعلیق علی مکاسب، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، قم.
- [۶]. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (بی تا) تاثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ اول، بی جا.
- [۷]. حسینی روحانی، سید صادق، (۱۴۱۲ ه ق)، فقه الصادق علیه السلام، دار الكتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، قم.
- [۸]. حسینی روحانی، سید محمد، (۱۴۲۰ ه ق)، المرتقی إلى الفقه الأرقی - کتاب الخیارات، مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافية (دار الجلی)، چاپ اول، تهران.
- [۹]. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۳ ه ق)، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، قم.
- [۱۰]. حلی، محقق، نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ ه ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، محقق عبد الحسین محمد علی بقال، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، قم.
- [۱۱]. خمینی، سید روح الله موسوی، (۱۴۲۱ ه ق)، کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، تهران.

- [۱۲]. خویی، سید ابو القاسم موسوی، (بی تا)، مصباح الفقاهة، بی جا.
- [۱۳]. خویی، سید محمد تقی موسوی، (۱۴۱۴ ه ق)، الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود، دار المؤرخ العربی، چاپ اول، بیروت.
- [۱۴]. سبزواری، سید عبد الأعلى، (۱۴۱۳ ه ق)، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، مؤسسه المنار، چاپ چهارم، قم.
- [۱۵]. سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، (۱۴۲۳ ه ق)، کفایة الأحكام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، قم.
- [۱۶]. شهبازی، محمدحسین، (۱۳۸۵ ه ش)، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، نشر دادآفرین، چاپ اول، تهران.
- [۱۷]. طباطبایی، محمد حسین، (بی تا)، حاشیة الكفایة، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، چاپ اول، قم.
- [۱۸]. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، (۱۳۸۷ ه ق)، المبسوط فی فقه الإمامیة، محقق سید محمد تقی کشفی، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم، تهران.
- [۱۹]. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، (۱۴۱۹ ه ق)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، قم.
- [۲۰]. عاملی، شیخ حرّ، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ ه ق)، وسائل الشیعة، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، قم.
- [۲۱]. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ ه ق)، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول، قم.
- [۲۲]. فشارکی، سید محمد بن قاسم طباطبایی، (۱۴۱۳ ه ق)، الرسائل الفشارکیة، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، قم.
- [۲۳]. قمی طباطبایی، سید تقی، (۱۴۰۰ ه ق)، دراساتنا من الفقه الجعفری، مقرر علی مروجی قزوینی، مطبعة الخيام، چاپ اول، قم.
- [۲۴]. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷ ه ش)، حقوق مدنی\_ایقاع، نشر دادگستر، چاپ دوم، تهران.
- [۲۵]. نائینی، میرزا محمد حسین غروی، (۱۳۷۳ ه ق)، منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، مقرر موسی بن محمد خوانساری، المكتبة المحمدیة، چاپ اول، تهران.
- [۲۶]. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، (۱۴۰۴ ه ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، محقق عباس قوچانی - علی آخوندی، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت.
- [۲۷]. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، (۱۴۲۱ ه ق)، حاشیة المكاسب، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، قم.