

## بازپژوهی ادله

# عدم جواز دخول خيار شرط در ایقاعات\*

□ سیف‌اله احدی<sup>۱</sup>

□ محمدحسن حائری یزدی<sup>۲</sup>

### چکیده

بسیاری از فقها به عدم جواز جریان خيار شرط در ایقاعات معتقدند و در اثبات مقصود خود به وجوه استدلال می‌کنند که تمامی آن‌ها قابل خدشه‌اند. عمده دلیل این دسته، اجماع بوده که ثبوت و تعمیم آن به تمام ایقاعات محل تردید است. لذا این ادله نمی‌توانند مانع از تأثیر اقتضای عموم ادله شروط، جواز آنچه فاقد منع شرعی و عقلی است، اصالة الاباحه، اصالة الصحة و حاکمیت اصل آزادی اراده که جواز دخول شرط خيار در ایقاعات است، در برخی از ایقاعات باشند، از این رو، قابلیت آن‌ها برای انحلال عقلاً و عرفاً و شرعاً ثابت است. البته در برخی از ایقاعات به سبب وجود مانع، خيار شرط جاری نیست. بنابراین کلیت قضیه جریان خيار شرط در ایقاعات، نه از جهت ثبوت و نه از جهت عدم آن صحیح نیست؛ بلکه معیار در مسئله، سازگاری حقیقت ایقاع و آثار آن با جریان خيار شرط در آن می‌باشد.

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۱/۹.

۱. دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی (نویسنده مسئول) (ahadi.seifollah1251@yahoo.com).

۲. استاد دانشگاه فردوسی مشهد (haeri-m@um.ac.ir).

**واژگان کلیدی:** خیار شرط، ایقاعات، عموم ادله شروط، مشروعیت فسخ.

### طرح مسئله

اعمال حقوقی که با اراده افراد در جهت ایجاد ماهیت‌های حقوقی صورت می‌گیرد یا عقدند یا ایقاع<sup>۱</sup> و یا مربوط به حکم هستند. امروزه اینکه آیا ایقاعات قابلیت ظرف بودن برای شروط را دارند و به تبع آن وضعیت شروط مندرج در ضمن ایقاع چگونه خواهد بود، مسئله بسیار مهمی است که در فقه و گاهی حقوق در شروط ضمن ایقاع بحث‌هایی مطرح شده است، اما همچنان با این سؤال اساسی روبه‌رویم که چگونه می‌توان در مورد شروط که امور تبعی هستند قائل به لزوم توافق اراده طرفین شد، در حالی که در مورد بنای اصلی ساختمان یعنی ایقاع معتقد باشیم که اراده یک طرف به تنهایی کفایت می‌کند؟ همچنین فسخ ایقاع در اکثر موارد، نوعی تصرف در حقوق دیگران است که به سبب قانونی نیاز دارد و در مورد ایقاعات ظاهراً چنین سببی وجود ندارد. به علاوه نهاد فسخ خود نهادی خلاف قاعده است و گرایش تمام قانون‌گذاران بر این است که تا حد امکان سلامت اعمال حقوقی را حفظ کرده و تنها به عنوان آخرین راه حکم به جواز فسخ نمایند. پس در چنین صورتی باید این نهاد خلاف قاعده را تفسیر مضیق نمود و تنها به موارد مصرح اکتفا کرد. از سوی دیگر ممکن است گفته شود که وقتی عقد که حاصل تراضی دو اراده است زوال آن با فسخ که نتیجه انشای یک اراده است امکان دارد، پس چگونه ممکن نیست ایقاع را که یک اراده ایجاد کرده، همان اراده منحل سازد؟! هرچند در عقود، طرفین درباره بر هم زدن عقد تصمیم می‌گیرند و عقد از ابتدا به صورت متزلزل واقع می‌شود و شرط خیار نتیجه قصد مشترک آن‌هاست؛ لذا قانون‌گذار سرنوشت عقد را در اختیار آن‌ها می‌گذارد، در ایقاع

۱. ایقاع، مقابل عقد، عبارت است از انشای مستقل در طرف ایجاب که صحت و نفوذ آن بر انشای قبول از طرف دیگری متوقف نیست؛ مانند: ابراء، فسخ، اعراض از ملکیت و... در ایقاع یا عقد بودن جعاله (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸۹/۳۵)، وصیت (همان: ۲۴۴/۲۸ و ۳۹۰) و وقف (همان: ۳/۲۸، ۷-۶: نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۵۷/۲؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲/۲۲) اختلاف است. اما برخی موارد، مانند لقطه، غصب، حجر و اقرار از عقود و ایقاعات نیستند. لقطه موضوع حکم شرعی بوده، غصب هم یک عمل غیر شرعی است، حجر نیز نوعی از حکم است که بر صغیر و... جاری می‌شود و اقرار از قسم اخباریات است؛ در حالی که عقد و ایقاع از انشائیات هستند.

همراه با شرط خیار نیز حق از آغاز ناپایدار است و ایجاد التزام مبتنی بر اختیار اضافی است که قانون‌گذار به موقع اعطا کرده و او در همان محدوده می‌تواند اقدام کند. لذا در خصوص مسئله قابلیت ایقاع برای دخول شرط خیار، میان فقها اختلاف واقع شده است و مسئله بحث دقیقی را می‌طلبد. لذا در صدد برآمدیم با تتبع در منابع فقهی و حقوقی، آنچه را موافق تحقیق است برگزینیم.

### ادله عدم جواز شرط خیار در ایقاعات و تحلیل و بررسی آن

فقها و حقوق‌دانان در اینکه آیا ایقاعات قابلیت ظرف بودن برای شروط را دارند یا خیر، اختلاف داشته و دو قول مطرح کرده‌اند. ابتدا ادله مخالفان دخول شرط خیار در ایقاعات را مطرح کرده، آنگاه به نقد و تحلیل آن از سوی موافقان می‌پردازیم:

#### ۱. ناسازگاری مفهوم شرط و ایقاع

اولین دلیل این دسته از فقها آن است که نفوذ ایقاع به مجرد صیغه مبتنی است، و خیار با این امر منافات دارد؛ چرا که مفهوم شرط عبارت از چیزی است که بین دو نفر باشد، چنان که دسته‌ای از روایات<sup>۱</sup> بر این مطلب دلالت دارند، در حالی که ایقاع قائم به فرد واحد است (حسینی عاملی غروی، ۱۴۱۹: ۲۱۸/۱۴). بنابراین در صورت اکتفا بر فرد واحد، موضوع شرط تحقق نمی‌یابد؛ چرا که برای تحقق آن احتیاج به رضایت مشروط‌علیه است و در صورت معتبر دانستن قبول، از ایقاع بودن خارج می‌شود یا اینکه شرط، معاهده مستقلی می‌شود که هیچ ربطی به ایقاع نخواهد داشت (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۱/۲).

#### ۱-۱. نقد و بررسی

در اشکال به این استدلال گفته شده که مستفاد از اخبار، قائم بودن شرط به دو شخص مشروطه و مشروط‌علیه است، نه اینکه شرط متوقف بر ایجاب و قبول باشد، آیا چنین نیست که فقها در آزاد کردن بنده با تمسک به عموم «المؤمنون...» شرط خدمت برای

۱. مانند روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (ع): «قال سمعته يقول: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله، فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه والمسلمون عند شروطهم، مما وافق كتاب الله عز وجل» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶/۱۸).

مدتی را تجویز کرده‌اند؟ نهایت امر اینکه بنا بر قول بعضی از فقها، لزوم آن همچون شرط مال بر ذمه بنده، بر قبول او متوقف باشد، اما این غیر از اشتراط وقوع شرط بین ایجاب و قبول است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۹/۵). حال اگر ایقاع متضمن شرط تحقق پیدا کرد و سپس قبول شرط اضافه گشت مفهوم شرط حاصل می‌شود ولو اینکه بگوییم مفهوم شرط الزام در التزام است؛ زیرا این مفهوم به واسطه شرط در ضمن ایقاعی که التزام از جانب فرد واحدی است حاصل شده و مفهوم شرط به الزام در التزامی که قائم به طرفین باشد مقید نگشته است (ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۲۶/۲) و به واسطه توقف شرط بر قبول، ایقاع از حقیقت خود خارج نمی‌شود و این شرط گاهی بر عهده خود موقع است؛ مثل اینکه مطلق بگوید: «طَلَّقْتِكَ عَلَيَّ أَنْ أُعْطِيكَ دَرَهْمًا» که در این صورت او مشروط‌علیه نیز محسوب شده و دلیلی بر اعتبار رضایت او نیست. نهایت امر اینکه او حق دارد مورد شرط را نپذیرد و حق خود را ساقط کند، اما اگر بر عهده غیر، شرطی نهاده شود، مشروط‌له می‌تواند او را ملزم کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۱/۲).

از آنچه بیان شد معلوم می‌گردد که استدلال مخالفان به مفهوم شرط قابل مناقشه است، به طوری که برخی از آن‌ها مانند امام خمینی، این استدلال را ذکر نکرده و برخی دیگر مانند شیخ انصاری، محقق ایروانی و آیه‌الله خویی قابل خدشه دانسته‌اند.

## ۲. امکان منع صدق شرط در ایقاعات

از دیگر دلایل مخالفان، امکان منع صدق شرط در ایقاعات و انصراف آن به عقود می‌باشد، خصوصاً بنا بر آنچه در قاموس در تعریف شرط آمده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۹/۵)؛ چرا که ظاهر از ظرف در عبارت قاموس این است که بیع شامل آن شرط شود، به گونه‌ای که ادعا شود بیع ظرف شرط است و معلوم است که در ایقاع، ظرف بودن معقول نیست؛ زیرا ارتباط ایقاع با شرطی که پس از تمام شدن عنوان و تأثیر ایقاع واقع شده معقول نیست، چه رسد به اینکه در ضمن آن باشد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۷۴/۴).

### ۱-۲. نقد و بررسی

آنچه در قاموس و برخی از کتب لغوی در تعریف شرط بیان شده، چنین است: «الزام شیء و التزام آن در بیع و مانند آن» (فیروزآبادی، ۱۴۳۰: ۵۷۳/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۲۹/۷)؛

زیبیدی، ۱۴۱۴: ۱۰/۳۰۵). همچنین در خصوص روایتی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله: «نهی عن بیع و شرط...» (طوسی، ۱۴۱۴: ۳۹۰) آمده است: «وهو أن يكون الشرط ملازمًا فی العقد لا قبله ولا بعده» (ابن اثیر جزری، بی تا: ۴۵۹/۲) که مشعر به این امر است که شرط در خصوص عقود مطرح است.

در خصوص معنای لغوی شرط باید اذعان کرد که لغت‌شناسان در بیان معنا و مفهوم شرط متفق القول نبوده و جملگی آن را به معنای الزام و التزام شیء در خصوص عقود ندانسته‌اند، بلکه برخی شرط را معروف در بیع دانسته‌اند (نه منحصر در بیع و امثال آن) (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۶/۲۳۴؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴: ۷/۲۹۱) و در مقائیس آمده است: «شین و راء و طاء اصلی است دالّ بر علم و نشانه» (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۳/۲۶۰)، لذا برخی تصریح کرده‌اند: شرط هر حکم معلومی است که تعلق دارد به امری که با وقوع شرط، آن امر نیز تحقق یافته و آن امر همانند علامتی برای آن شرط است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۴۵۰). این کلیت در برخی کتب نیز به وضوح بیان شده است: اصل واحد در این ماده، الزام و التزام به شیئی برای شیء دیگر است؛ به طوری که وجود آن شیء دوم (مشروط) در ذات خود یا از جهت تعهد و التزام، متوقف بر شیء اول (شرط) باشد (مصطفوی، ۱۴۰۲: ۶/۳۹؛ قرشی بنایی، ۱۴۱۲: ۴/۱۵). افزون بر این، بنا بر قول صاحب قاموس حداکثر چیزی که مفهوم شرط در بر دارد، الزام در ضمن معاهده است و ایقاع نیز معاهده می‌باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۲/۳۱). بنابراین دقت و تأمل در قول لغت‌شناسان، مقصود مخالفان را بر نمی‌تابد.

در خصوص امکان منع صدق شرط در ایقاعات و انصراف آن به عقود باید گفت: نهایت چیزی که با دلیل ثابت می‌شود خروج تخصیصی یا تخصصی شروط ابتدایی از ادله شروط است، اما اینکه لازم است شرط در ضمن دو التزام باشد و در ضمن التزام واحد بودن کفایت نمی‌کند سخن بدون دلیل است؛ بلکه نصوص بر عدم لزوم آن دلالت می‌کند (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴/۲۱۹). از طرفی، عبارت شیخ با عبارت پیشین آن متناقض است و این تناقض در صورتی رفع می‌شود که غرض او، منع صدق شرط بر آن

۱. «المستفاد من الأخبار كون الشرط قائمًا بشخصين: المشروط له والمشروط عليه، لا كونه متوقفًا على الإيجاب والقبول».

چیزی باشد که در ضمن ایقاع از آن حیث که ایقاع است، به وجود می‌آید، نه از آن حیث که در آن قبول وجود ندارد، اما مدرکی برای این منع وجود ندارد؛ چرا که ایقاع نوعی التزام بوده، بنابراین شرط، الزامی است در التزام (ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۲۶/۲).

## ۲-۲. نقد و بررسی اشکال مطرح شده

اما این ایرادات، مخالفان را قانع نساخته، لذا در مقام دفاع آورده‌اند: ایقاع بر خلاف عقد، یا تحقق نمی‌یابد یا اینکه تحقق یافته و مفروغ‌عنه است و اینکه در برخی از فروض نادر امکان ضمانیت وجود دارد، مانند: «أبرأتك وشرطت عليك كذا عن دينك» علاوه بر احتمال عدم صدق ضمانیت - زیرا مراد، وقوع شرط در خلال الفاظ نیست، بلکه مراد وقوع آن در ضمن التزام است - چنین شرطی از شروط عقلایی نیست و بر فرض پذیرش، کلیتی که مورد ادعاست با آن ثابت نمی‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۷۴/۴).

در خصوص این مناقشه گفته‌اند: این سخن بر مختار ایشان در حقیقت شرط و کیفیت پیوند شرط و عقد استوار است؛ چرا که در حقیقت شرط گفته‌اند:

ظاهر عبارت قاموس و اقرب الموارد این است که شرط التزامی است که بیع ظرف آن است، نه اینکه بیع معلق یا مقید بر آن باشد. بدیهی است بیعی که معلق و مقید بر شرط باشد، شرط در آن نخواهد بود. بنابراین ظاهر عبارت آن دو، شروط ضمن عقد می‌باشد (همان: ۱۳۱/۱).

اما این ادعا فی نفسه باطل بوده و موافق تحقیق نیست. دلایل بطلان آن عبارت‌اند از: الف- با فهم عرفی از شرط منافات دارد؛ زیرا از عبارت «شرط التزامی است در ضمن التزام» کسی صرف ظرفیت و مقارنت را قصد نمی‌کند. ب- ظرفیت عقود برای شروط ظرفیت حقیقی نبوده، بلکه نوعی مجاز بوده و به ملاک ارتباط داشتن آنهاست. ج- محاذیری به دنبال دارد که احدی از فقها بدان ملتزم نمی‌باشد، آن‌ها عبارت‌اند از: ۱. التزام به صحت عقد تنها، در جایی که آن عقد در بردارنده شرط است و طرف دیگر، عقد بدون شرط را قبول کرده است. ۲. لزوم بیع و عدم ثبوت خیار برای بایع در جایی که مشتری به آنچه در متن عقد ملتزم شده عمل نکند (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۴۶/۱-۵۰). افزون بر این، اگر مقصود، ضمانیت در الفاظ نباشد، به گونه‌ای که شرط در

مقام ادا محفوف به الفاظ عقد باشد و تسالم عقلا بر این است که مدلول کلام کامل نمی‌شود، مگر اینکه متکلم سخن خود را به پایان برساند و تا وقتی که به انتهای کلام نرسیده می‌تواند هر قید یا استثنایی را اضافه کند، به یقین شرط اضافه شده به ایقاع، شرط ضمن آن خواهد بود. بنابراین اینکه ایقاع محقق نشده یا تحقق یافته و مفروغ‌عنه است وجهی ندارد. به علاوه، سخن محقق ایروانی و اصفهانی صحیح بوده و مورد اتفاق معظم فقها - اگر نگوییم کل آن‌ها - است (همان: ۹۶/۲).

### ۳. نبود موضوع فسخ در ایقاعات

یکی از موانع دخول شرط خیار در ایقاعات به این امر اختصاص دارد که خیار همان ملکیت فسخ است و هیچ فسخی وجود ندارد، مگر بین دو امر مرتبط به یکدیگر و آن دو امر، دو قرار طرفین معامله هستند که به یکدیگر مرتبط‌اند. بنابراین فسخ فقط در عقد درست بوده، لذا ملکیت فسخ نیز مختص عقد می‌باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۱۹/۴).

#### ۱-۳. نقد و بررسی

در اشکال به استدلال مذکور آورده‌اند: مشروط در اینجا رفع شیء می‌باشد، مانند رفع ملکیت یا رفع بینوتی که به واسطه طلاق حاصل شده است. به علاوه، عنوان حل اقتضا ندارد دو امری که قوام حل به آن‌هاست دو قرار مرتبط باشند؛ بلکه مسیبی که مرتبط به سبب خود است در صورت انفکاک از سبب خود، یکی از آن دو از دیگری جدا می‌گردد و این امر معقولی در ایقاع است (همان).

### ۴. عدم بقای اعتباری ایقاعات

استدلال شده است که عقود از امور اعتباری بوده و از حیث اعتبار نزد شرع و عرف باقی هستند و به همین جهت خیار در آن‌ها ثابت می‌باشد، اما هیچ دلیلی بر بقای اعتباری ایقاعات در نزد عقلا یا شرع وجود ندارد؛ بنابراین رفع آن‌ها معنا ندارد و شک در اعتبار، در عدم ثبوت آن‌ها کفایت می‌کند و این امر با آنچه در باب فضولی ترجیح دادیم که مسبب اعتباری در ایقاعات باقی است، به جهت اینکه بین سبب و مسبب فرق است، منافاتی ندارد و رفع سبب فرع وجود سبب است و سبب اعتباری همانند سبب

الهی نیست که با حادث شدنش سبب حدوث و بقای مسبب گردد تا تفکیک آن از مسبب در بقا صحیح باشد. افزون بر این، در چنین مواردی نظر عرف ملاک است و رفع سبب در وجود مسبب کفایت نمی‌کند، بلکه سبب جدید و عقلایی باید داشته باشیم (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۷۵/۴).

#### ۱-۴. نقد و بررسی

اشکالاتی بر این استدلال وارد است:

نخست اینکه تفصیل بین اسباب معاملات از یک جهت - با این ادعا که شرع و عرف در اسباب عقود حکم به بقای اعتباری می‌کنند و در ایقاع چنین حکمی ندارند - و تفصیل بین سبب و مسبب اعتباری در ایقاع از جهت دیگر - که فقط ملتزم به بقای مسبب باشیم، نه سبب - به معنای محصلی بازگشت ندارد.

دوم اینکه اقوال علمای اصول در وضع اسم معاملات برای سبب یا مسبب مختلف است؛ برخی سبب را برای صیغه‌های معاملات و مسبب را برای معنای حاصل به کار می‌برند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۶۷) و برخی سبب را برای ذات اعتبار نفسانی و مسبب را برای منشأ و معتبر به کار می‌برند که محقق اصفهانی آن را ذکر و رد کرده است (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۵۷/۱) و برخی سبب را معامله صادرشده و مسبب را امضای شارع و حکم او بر ترتیب آثار دانسته‌اند که آیه‌الله خویی آن را دارای ایراد دانسته است (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱۸۹/۱). اما مراد امام خمینی معنای سوم نیست، بلکه خود صیغه و یا انشای معامله است که بنا بر هر یک از این دو حالت، شاهدهی برای تفصیل وی در سبب بین ایقاع و عقد وجود ندارد؛ چرا که مسبب به این معنا در عقود و ایقاعات یکسان بوده و پس از تحقق، احتیاجی به اعتبار عقلا و شرع ندارد؛ بلکه به حسب طبع و اقتضای خود باقی است و عقل آن را درک می‌کند. خیار و حق فسخ نیز به نفس آنچه از انشا حاصل گشته تعلق می‌گیرد، نه به صیغه و انشا؛ چرا که انشا، خواه صیغه باشد و خواه اعتبار معامله، پس از تحقق معدوم گشته و از این رو، اعتبار عقلا و شرع برای بقای آن اثری ندارد (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۱۰۱/۲-۱۰۸).



## ۵. به اعاده معدوم انجامیدن اندراج شروط ضمن ایقاع

برخی از فقها بحث را به صورت مبنایی مطرح کرده و آورده‌اند: در صورتی که مدرک جعل خیار این باشد که بگوییم در معاملات، منشی از ابتدا مورد انشا را مقید به حد خاصی انشا می‌کند تا فقط این حصه خاص مشمول ادله لزوم وفای به عقد گردد، ظاهر این است که این امر در ایقاعات ممکن نیست؛ زیرا آنچه از مقوله جعل شروط فهمیده می‌شود این است که مشروطه خیار تخلف شرط و اعدام امری را که با انشا ثابت شده، داشته باشد و در ایقاعات این گونه نیست؛ زیرا ایقاعات عبارت از رفع شیء و ازالة آن است. بنابراین ظاهر از مفهوم این امور بر حسب ارتکاز عرفی این است که شرط و خیار در آن‌ها با مفهوم آن‌ها منافات دارد (همو، بی‌تا: ۲۶۸/۶-۲۷۱).

### ۱-۵. نقد و بررسی

در پاسخ به این اشکال گفته شده است که حقیقت فسخ و رجوع به طور کلی، تملک جدید است و اثبات دوباره زوجیت و رقیبت به عنوان اعاده امر موجود می‌باشد در غیر این صورت لازم می‌آید که اعاده ملکیت زائل شده در بیع نیز اعاده معدوم محسوب گردد. نهایت اینکه رفع علقه در بیع بالملازمه و در ایقاع بنفسه است و حکم یک شیء به عنوان و اعتبار آن سرایت نمی‌کند و لذا توهم عدم بازگشت سقوط آنچه در ذمه بوده، فاسد دانسته شده؛ زیرا آنچه ساقط شده حقیقتاً بر نمی‌گردد، نه اینکه عنواناً هم برنگردد. به علاوه، ساقط کردن آنچه در ذمه بوده، ملکیت جدید و اشتغال ذمه جدیدی است. بنابراین هیچ مانعی وجود ندارد، چنان که در تبدیل عین خارجی به کلی در ذمه یا برعکس محذوری نیست. آری، توهم اینکه زوال به نحو حقیقی زوال ندارد، امری است غیر از محال بودن اعاده معدوم، مگر اینکه گفته شود از بین بردن زوال، رفع زوال در عنوان و اثبات وجودی زائل است که قبل از فسخ بود (فشارکی، ۱۴۱۳: ۵۳۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۱۹/۴؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۳/۱۷) لذا هیچ مانع عقلی در این مسئله وجود ندارد؛ بلکه می‌گوییم فسخ نیز عقلاً قابلیت برای خیار فسخ دارد، اما غیر معروف است، لکن عدم معهودیت صلاحیت منع از عمومات را ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۲/۲). برخی تصریح کرده‌اند: بدیهی است که حریت و طلاق از امور

وجودی هستند و از نظر عقل و عرف قابل فسخ می‌باشند (مدنی کاشانی، ۱۴۰۹: ۶۹).

## ۶. عدم مشروعیت فسخ در ایقاعات

برخی از فقها در عدم جواز دخول خیار شرط در ایقاعات به این دلیل استناد جسته‌اند که فسخ در ایقاعات مشروعیت ندارد تا قابلیت اشتراط تسلط بر فسخ را داشته باشند و رجوع در عده، فسخ طلاق نیست؛ بلکه حکم شرعی در بعضی از اقسام طلاق بوده که در این اقسام قابل سقوط و در غیر این اقسام قابل ثبوت نمی‌باشد. بنابراین برای مشروعیت فسخ باید دلیل داشته باشیم که در عقود بر خلاف ایقاعات، به جهت مشروعیت اقاله و ثبوت خیار مجلس و حیوان و غیر این دو در برخی از عقود، دلیل موجود است، اما در ایقاعات، جواز نقض اثر آن از سوی شارع معهود نیست تا اینکه اشتراط نقض اثر آن حین وقوع صحیح باشد و بالجمله باید گفت که شرط، غیر سبب شرعی را سبب قرار نمی‌دهد. بنابراین اگر معلوم نباشد که فسخ سبب ارتفاع ایقاع است یا معلوم شود که فسخ سبب ارتفاع نیست، بنا بر اینکه لزوم در ایقاعات، همانند جواز در عقود جایز حکم شرعی است، با اشتراط تسلط بر فسخ نمی‌توان فسخ را سبب ارتفاع ایقاع قرار داد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۹/۵) و اگر مراد از شرط خیار، حصول حق برای صاحب خیار باشد، وفای به شرط، جز عدم سلطه مشروط‌علیه بر منع از فسخ را اقتضا نمی‌کند و رضایت فعلی او تأثیری ندارد و نفی شرط رضایت او و قطع سلطنت او بر منع از فسخ، اعم از سبب بودن فسخ در رفع عقد است (فشارکی، ۱۴۱۳: ۵۲۳).

## ۱-۶. تحلیل و بررسی

دلیل مذکور که بر فساد شرط خیار در ضمن ایقاع اقامه شده، مشتمل بر چند بخش است که هر یک به صورت جداگانه مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند.

### الف) ملاک بودن دخول اقاله و سایر خیارات برای جواز دخول شرط خیار

ضابطه عدم مخالفت شرط خیار با شرع این است که سلطنت فسخ معامله به دست طرفین باشد تا سرانجام اشتراط خیار برای یکی از طرفین، اشتراط استقلال آن فرد به این سلطنت باشد و دخول برخی از خیارات در معامله برای جواز دخول سایر خیارات کافی

نیست؛ چنان که ثبوت حق رجوع برای زوج در طلاق، حتی اگر قائل باشیم رجوع حق است نه حکم، موجب جواز شرط خیار نمی‌شود. همچنین جواز فسخ نکاح با اسباب خاص، موجب جواز اشتراط خیار در عقد نکاح نمی‌باشد (ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۲۶/۲). همچنین دخول یا عدم دخول اقاله، معیار مناسبی برای بحث ما نیست. پس اگر بعد از رجوع به دلیلی، آن دلیل بر عدم دخول شرط و خیار در عقد یا ایقاع دلالت کرد و آن عقد یا ایقاع از تمام جهات لازم بود، به آن عمل می‌کنیم وگرنه از عمومات وجوب وفای به شرط تبعیت می‌کنیم (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۶۷/۶). البته تهافتی در عبارت ایشان وجود دارد؛ چرا که در جای دیگر می‌فرماید: در هر موردی که دلیلی بر جواز باشد به آن عمل می‌کنیم والا با استناد به عمومات دال بر لزوم، حکم به لزوم می‌کنیم (همان: ۲۶۸) و شرط خیار، شرط سلطنت تکلیفی و وضعی نیست، بلکه مقتضای شرط خیار، جعل حق حل و الزام بوده و عدم جواز امتناع مشروط‌علیه، اثر حق مجعول می‌باشد و لزومی ندارد که جعل حق، متفرع بر جواز حل از سوی مشروط‌له باشد؛ چنان که در جعل خیار برای اجنبی در بیع، شرط نافذ است با اینکه او مجاز به فسخ بیع نبوده و اقاله او نیز ولو اینکه به واسطه تراضی با مشروط‌علیه قبل از حدوث حق باشد، درست نیست و این جعل خیار به عنوان وکیل قرار دادن او نیست تا گفته شود که تقایل از جانب موکل فی نفسه کافی است (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۲۰/۴). برخی گفته‌اند: سخن قائلان به عدم صحت شرط خیار در ایقاع به عدم تحدید اختیار منشی از سوی شارع بازگشت دارد و مقتضای اصل نیز عدم تحدید اختیار منشی در ایقاعات است و مقتضای این عدم تحدید، بقای اختیار منشی و سلطه اوست که هنگام ایجاد ایقاع داشته و بنای تمام اختیارات به آن برمی‌گردد. آری، شارع قیود خاصی را قرار داده، چنان که دأب وی در تمام امور عرفی چنین است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۱/۱۷) یا ممکن است بگوییم: مشروعیت فسخ در عقود ثابت نیست، بلکه آنچه ثابت است عدم مشروعیت فسخ قبل از شرط است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۳/۱۷).

*ب) معتبر دانستن التزام ضمن عقد به منزله رضایت پس از عقد*

هیچ موجبی برای اعتبار شرط خیار به منزله تراضی به تقایل وجود ندارد؛ زیرا الزام شارع

بر وفای به شرط، جز الزام عمل به مقتضای شرط نیست و (مقتضای شرط) جعل حق است، مانند جعل ابتدایی حق؛ چرا که چنین حقی به هیچ وجه نمی‌تواند جایگزین تقابیل باشد، در حالی که تقابیل بر «من علیه الحق» حق قهری بوده، نه حق ابتدایی. به علاوه، موجبی از طرف مشروط‌له و مشروط‌علیه نیز ندارد، بدین سبب که شرط موجب حق خیار مانند سایر شروطی است که موجب تحقق شکل دیگری از حق می‌شود، بی‌آنکه به تحصیل تراضی در حال عقد نظری داشته باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۲۰/۴).

#### ج) عدم امکان جعل سببیت شرعی به وسیله شرط

اینکه سببیت شرعی فسخ برای رفع معاوضه معلوم نیست، با این بیان دفع می‌شود که: فسخ همان رفع خود عقد است، نه سبب آن، و سخن در سببیت صیغه «فسخ» برای حصول فسخ به حمل شایع نیست؛ زیرا هیچ قصوری در صیغه نبوده، بلکه صیغه مزبور در صورت صدور از صاحب حق مؤثر خواهد بود و مفروض این است که فسخ به واسطه شرط، همانند سایر حقوقی است که با شرط ثابت می‌شوند و سخن در سببیت نفس شرط برای فسخ عقد نیست؛ به علاوه، به عقیده شیخ انصاری هیچ مانعی برای سببیت شرط برای انفساخ به نحو شرط نتیجه، در آنجا که سبب مخصوصی وجود ندارد، مانند نکاح و طلاق، نه ملکیت و انفساخ، وجود ندارد (همان: ۲۲۱/۴).

#### د) لزوم احراز قابلیت ایقاعات برای فسخ

اینکه قابلیت ایقاعات برای فسخ لازم است که احراز شود و صرف تمام بودن اقتضای شرط -ثبوتاً و اثباتاً- برای مؤثر بودن در حق خیار با توقف آن بر قبول مورد منافات ندارد، با این بیان دفع می‌گردد که: در احراز قبول مورد، قابلیت ایقاع که از نظر عقل و عرف فی نفسه ثابت است، کافی می‌باشد؛ بلکه این قابلیت شرعاً نیز ثابت است، چنان که در عتق و طلاق چنین است و حکم بودن رجوع منافاتی با قابلیت انحلال ندارد؛ خواه در آنجا حقی که متعلق به فسخ است وجود داشته باشد یا صرف ترخیص در آن باشد (همان).

#### ۷. عدم امکان استدلال به عموم «المؤمنون عند شروطهم»

از جمله ادله‌ای که فقها برای صحت شرط خیار در بیع بدان تمسک جست‌اند، اخبار

عامی<sup>۱</sup> هستند که دلالت دارند بر جواز اشتراط هر امری مگر مواردی که استثنا شده‌اند. لذا وجود استثنا در این اخبار و امکان تمسک به آن در موارد مشکوک، معرکه آرا و محل تضارب اقوال فقها واقع شده است. به همین جهت، فقها در بحث عدم اختصاص جریان خیار شرط در بیع، در خصوص شمول این عمومات نسبت به ایقاعات، دو دسته شده و عبارات دقیقی را بیان نموده‌اند که نیاز به تأمل و دقت زیادی دارد.

برخی از فقها پس از مطرح کردن ضابطه عدم مخالفت شرط با شرع افزوده‌اند: اگر در ایقاعات در ثبوت سلطنت بر فسخ شک کردیم، نتیجه، عدم ثبوت چنین سلطنتی خواهد بود؛ زیرا تمسک به عموم در شبهات مصداقیه جایز نبوده و بر فرض جواز، اصل موضوعی اصالت عدم جعل سلطنت بر فسخ معامله، مورد مشکوک را خارج از عموم قرار می‌دهد؛ بنابراین شرط خیار، شرطی مخالف سنت بوده و حکومت این اصل موضوعی بر اصالت عدم تحقق مخالفت بین شرط و کتاب - در صورت صحت ذاتی این اصل -<sup>۲</sup> معلوم است و گرنه توان اثبات عدم مخالفت را نخواهد داشت و در شرط خارجی، حالت سابقه نیز وجود ندارد تا عدم مخالفت به نحو سلب ناقص استصحاب گردد (ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۲۷/۲). برخی گفته‌اند که عموم «المؤمنون عند شروطهم» بیانگر حکم تکلیفی است که مؤمن باید به شرط خود پایبند باشد. از سوی دیگر اختصاص دارد به موردی که متعلق شرط، فعل باشد تا عمل به آن ممکن گردد (موسوی خوینی، بی تا: ۲۷۰/۶).

## ۷-۱. تحلیل و بررسی

دقت در عبارات مخالفان می‌رساند که محور سخن آنان این است که استدلال به عموم «المؤمنون...» به جهت وجود استثنا ممکن نیست؛ چرا که در شرط خیار در ایقاعات، امر دایر است بین «محلل حرام و محرم حلال» بودن شرط و عدم آن، و تمسک به عام

۱. از جمله این اخبار، روایت عبدالله بن سنان از امام صادق علیه السلام است: «المسلمون عند شروطهم إلا کَلَّ شرط خالف کتاب الله عزَّ وجلَّ فلا یجوز» (همان).
۲. چنین اصلی فی ذاته فاسد است؛ زیرا استصحاب عدم تحقق مخالفت بین شرط و کتاب به نحو سلب تام - از زمانی که شرط وجود نداشته، لذا مخالفتی در کار نیست - انصاف شرط مشکوک به عدم مخالفت را ثابت نمی‌کند (ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۲۷/۲).

در مصداق مردد جایز نیست؛ بنابراین باید بر همین محور نیز پاسخ داده شود.

مقتضای عموم «المؤمنون...» این است که شرط خیار مطلقاً صحیح است، جز در موارد خاصی که اتفاق فقها بر عدم صحت آن باشد و در موارد شک در مخالفت آن با کتاب و سنت، مرجع عمومات بوده و اصالت عدم مخالفت و عدم دخول فرد مشکوک در عنوان مخصص جاری می‌گردد؛ چرا که مخالفت یا عدم مخالفت کتاب و سنت با شرط خاص دائمی خواهد بود؛ زیرا مرجع شک در مخالفت، شک در جعل حکم به وجهی است که قابل تخلف، ولو به واسطه شرط نباشد؛ در حالی که اصل، عدم جعل به این وجه است (فشارکی، ۱۴۱۳: ۵۲۱). اما توهّم اینکه نفی فساد با اصل، موجب حکم به صحت و مشروعیت شرط نمی‌شود، صحیح نیست؛ زیرا مستثنی‌منه دارای عنوانی نیست که احتیاج به اثبات آن داشته باشد، بلکه تنها مانع صحت شرط، مخالف کتاب و سنت بودن شرط است؛ لذا در صورتی که مانع با اصل رفع شود و مقتضی بر عنوان خاصی در موضوع ادله معلق نباشد، مقتضای آن مؤثر خواهد بود و احراز موضوع با اصل، موافق عبارت شیخ در بحث شروط است (همدانی، ۱۴۲۰: ۴۸۵) و اینکه استصحاب حکم به وجود آمده از ایقاع جاری شده و مقتضای استصحاب، استمرار آن حکم می‌باشد، بنابراین شرط کردن تزلزل آن، شرط مخالف حکم شارع است و از این رو دو اصل با یکدیگر تعارض کرده و تساقط می‌کنند، صحیح نیست؛ زیرا استصحاب عدم مخالفت، سببی است و بر استصحاب حکم ایجاد شده که مسبب است، حکومت دارد. از طرفی، با استصحاب حکم ظاهری محقق می‌شود؛ در حالی که مراد از مستثنی در عبارت «المؤمنون عند شروطهم إلا ما خالف کتاب الله» حکم واقعی است و در بحث ما، شرط مخالف حکم واقعی نیست. آری، اگر مراد در ادله شرط، استثنا کردن چیزی باشد که با مطلق حکم (واقعی یا ظاهری) مخالف است، وجهی برای آن توهّم وجود داشت، ولی در آن اشکال است. به علاوه، ارکان استصحاب باید موجود باشند، در حالی که هنگام شرط کردن شکی وجود ندارد، لذا شرط مخالف حکم ظاهری نیست. آری، استصحاب پس از شرط و فسخ جاری می‌شود و فرض این است که شک اخذ شده در موضوع استصحاب، در اینجا ناشی از شک در مخالف سنت بودن شرط است و آن مجرای «اصالة عدم المخالفة» می‌باشد

(مدنی کاشانی، ۱۴۰۹: ۶۸). حاصل اینکه معیار در صحت تمسک به عموماً این است که قابل تغییر نبودن حکم ثابت نگردد و این امر در بحث ما محقق است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۲/۲).

افزون بر این، برخی از فقها در نفوذ شرط، مشروعیت آنچه را که شرط شده، معتبر ندانسته، بلکه صحت اعتبار عقلی آن و نافذ بودن آن نزد عرف را کافی دانسته و افزوده‌اند: بعید نیست که گفته شود در خصوص ایقاعات امضای شارع معهود نبوده و نقض آثار آن در عرف نیز معهود نیست (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۸۲). در خصوص اعتبار عقلی باید گفت که هیچ مانع عقلی وجود ندارد؛ زیرا موقع می‌تواند از معاهده خود رفع ید کند و مسئله به حالت اول برمی‌گردد؛ بلکه فسخ نیز از نظر عقل قابلیت خیار داشته، لکن غیر معهود است، اما صرف عدم معهودیت صلاحیت منع ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۲/۲). از طرفی، برخی مخالفان تصریح کرده‌اند: هیچ مانعی از شرط کردن چیزی در طلاق و عتق با تمسک به عموم ادله جواز شرط وجود ندارد (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۶۶/۶).

## ۸. عدم امکان اناطه اصل منشأ در ایقاعات

برخی از فقها در وجه عدم جواز دخول شرط خیار در ایقاعات آورده‌اند: حقیقت شرط، منوط کردن منشأ به آن است، به طوری که شرط به یکی از عوضین ضمیمه گردد، در حالی که در ایقاعات بر خلاف عقود، عوضی وجود ندارد تا شرط به آن ضمیمه شود؛ چرا که در ایقاع، منشأ با نفس انشا پدید می‌آید و متوقف بر قبول دیگری نیست، بنابراین شرطی که پس از انشا واقع شود در صورت عدم اناطه منشأ، به شرط ابتدایی بازگشت می‌کند و در صورت اناطه، به تعلیق منشأ برمی‌گردد که باطل است و یا به تخصیص منشأ به خصوصیت خاص بازگشت می‌کند و در هر صورت از مفهوم التزام در ضمن

۱. تجیز از شرایط عمومی عقد و ایقاع است. اما اگر ایقاع را بر امر مقارن معلق سازد، مانند آنکه در روز بگوید: «اگر خورشید طلوع کرده، زخم طالق است» در این صورت، برخی از فقها قائل به بطلان هستند؛ چرا که موقع مرد است، بر خلاف صورتی که علم به حصول آن داشته باشد که در این حالت تعلیق فقط جنبه صوری دارد، نه حقیقی؛ مانند آنکه بگوید: «اگر این زن همسر من است، او را طلاق دادم» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳/۵۱۵۰).

التزام خارج می‌باشد (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۵۶/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۴/۱۷).

### ۱-۸. نقد و بررسی

در رد این اشکال گفته شده که تعلیق منشأ بر التزام طرف دیگر ضروری ندارد؛ چرا که تعلیق بر امری است که وجود آن محرز است (طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۱۷۷/۴) و نهایت آنچه در تحقق مفهوم شرط معتبر است این است که الزام (مشروط‌له) و التزام (مشروط‌علیه) به حد ذات خود مستقل از هم نبوده، بلکه باید به نحوی مرتبط به هم باشند و این در بحث ما محقق است؛ زیرا زمانی که الزام در ضمن ایقاع ایجاد می‌شود و التزام از طرف دیگر با داشتن وصف ارتباط، به آن الزام تعلق می‌گیرد، مجموع الزام و التزامی که مرتبط به آن ایقاع هستند حاصل می‌شود. اما اینکه الزام و التزام باید به گونه‌ای باشند که ضمیمه برای یکی از عوضین محسوب شوند، هیچ دلیلی آن را اقتضا نمی‌کند. در عقود نیز منشأ با این معنا به شرط منوط نمی‌گردد، لذا مقداری از عوض که در مقابل شرط قرار گرفته، برگردانده نمی‌شود (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۴/۱۷). اما اینکه این امر بازگشت به تعلیقی دارد که بنا بر اجماع باطل است با دو جواب دفع می‌شود: ۱. اشکال مذکور اختصاص به شرط خیار در ایقاع ندارد؛ زیرا در شرط خیار در عقود نیز بحث بر همین منوال است؛ یعنی اعتبار تنجیز و عدم جواز تعلیق در هر دو یکسان است. ۲. شرط خیار به تعلیق در منشأ بازگشت ندارد؛ زیرا ملکیت عین که با عقد بیع انشا می‌شود ملکیت ابدی است و بینونت حاصل به وسیله طلاق نیز دائمی است. نهایت امر اینکه صاحب خیار می‌تواند آن ملکیت و بینونت را با ابطال بیع و طلاق رفع کند؛ نظیر تأثیر اقاله در عقد؛ چرا که بین اقاله و ملکیت مطلقه بودن منشأ در حین انشا منافاتی وجود ندارد. نهایت امر اینکه اقاله حق طبیعی طرفین است و حق فسخ، حق جعلی است که در ثبوت خود به اشتراط آن در ضمن انشا احتیاج دارد (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۱۱۰/۲-۱۱۱).

### ۹. اجماع

شیخ طوسی در المبسوط می‌فرماید: اجماع بر این است که در طلاق و عتق، خیار داخل نمی‌شود (۱۳۸۷: ۸۱/۲). برخی گفته‌اند: در طلاق از آنجا که عقد نیست خیار



شرط داخل نمی‌شود و در عتق نیز چنین است، بی‌آنکه اختلافی بین فقهای امامیه وجود داشته باشد (ابن ادریس: ۱۴۱۰: ۲۴۶/۲). مقتضای این مطلب آن است که خيار شرط در سایر ایقاعات نیز جاری نیست (حسینی عاملی غروی، ۱۴۱۹: ۲۱۸/۱۴).

برخی خيار شرط را در هر عقدی جز نکاح و وقف ثابت دانسته و در ابراء، طلاق و عتق نیز ثابت نمی‌دانند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۷/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۸/۲؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱/۴۸۶) و بعضی هم عدم دخول خيار در عتق و طلاق و ابراء را موضع وفاق فقها دانسته‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳/۲۱۲). برخی نیز عمده دلیل عدم ثبوت خيار در طلاق، عتق و ابراء را اجماع فقها دانسته و سایر تعلیلات را قابل مناقشه یافته‌اند؛ لذا مسئله را خالی از اشکال ندانسته‌اند، هرچند احتیاط در مسئله را عدم ثبوت خيار قرار داده‌اند (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۶۵/۱۹).

صاحب جواهر و شیخ انصاری، اجماع از المبسوط و مسالک و نفی خلاف از السرائر را از ادله عدم جواز دخول خيار شرط قرار داده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۵/۱۴۹). آنگاه صاحب جواهر می‌افزاید: ثبوت خيار در این موارد با ایقاع بودن آن‌ها منافات دارد؛ لذا در السرائر علت عدم ثبوت خيار در طلاق را ایقاع بودن آن دانسته شده است و مقتضای آن تعمیم حکم به سایر ایقاعات می‌باشد، شاید مسئله این گونه باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۶۴).

برخی پس از بیان اینکه اشکال کردن در عدم جواز خيار شرط در ایقاعات، مانند: طلاق و عتق و ابراء و مانند آن‌ها سزاوار نیست (موسوی خمینی، بی‌تا: ۱/۵۲۰) از تسالم فقها و مخالفت قلیلی از فقهای متأخر یاد کرده‌اند (همو، ۱۴۲۱: ۴/۳۷۳).

## ۹-۱. بحث و بررسی

اگر اجماع بر عدم صحت شرط خيار در کل ایقاعات یا برخی از آن وجود داشته باشد، بر اساس آن عمل می‌کنیم وگرنه مقتضای عموم «المؤمنون...» صحت شرط خيار در ایقاعات است. بنابراین دلیل اجماعی که اقامه کرده‌اند از دو جهت قابل بررسی است:

۱. ثبوت چنین اجماعی: قاضی ابن براج طرابلسی بر عدم دخول خيار شرط در

طلاق و عتق تصریح می‌کند، بدون اینکه مسئله را اجماعی بداند (۱۴۰۶: ۱/۳۵۶).

برخی از فقها آورده‌اند: خیار شرط در هر نوع عقدی جز نکاح، وقف، ابراء، طلاق و عتق ثابت است و گویا سند آن اجماع است در صورتی که ثابت شود (سبزواری، ۱۴۲۳: ۴۷۰/۱). صاحب‌الحدائق و صاحب‌جوهر نیز چنان که گذشت در ثبوت یا عمومیت اجماع تردید داشتند و برخی آورده‌اند: تنها دلیل عدم صحت شرط خیار در ایقاعات اجماع است و اعتبار آن با وجود روایات صحیحی که در مورد عتق وارد شده، مشکل است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۲/۱۷) و برخی گفته‌اند: اجماع ادعا شده افزون بر اینکه اخص از مدعاست، کاشف از قول معصوم علیه السلام نیز نیست (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۲/۱۷).

۲. اختصاص نداشتن اجماع به برخی ایقاعات: ظاهر این است که چنین اجماعی نسبت به طلاق تحقق یافته؛ زیرا رجوع از طلاق هر چند فسخ می‌باشد، اگر در طلاق اول و دوم اتفاق بیفتد نیازی به شرط خیار ندارد و رجوع در طلاق سوم و طلاق بائن مشروع نیست. در ابراء نیز ظاهراً اجماع تحقق دارد، اما اشتراط چیزی که از تخلف آن خیار لازم آید، در غیر طلاق اجماعی نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۲/۲). برخی گفته‌اند: متیقن از اجماع فقها بر عدم جریان خیار شرط در ایقاعات، بر فرض اعتبار آن، غیر از صلح مفید ابراء بوده، گرچه احوط خلاف این امر است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۴/۱۷).

اما در مورد عتق، هر چند گفته شده که اجماع تحقق دارد، امکان منع آن وجود دارد؛ چرا که برخی از فقها (طوسی، ۱۴۰۰: ۵۴۲؛ ابن بزاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۵۹/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۸۱/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۰۲/۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۳۶۲/۸؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۴۴۴/۲) در عتق، اشتراط اعاده بنده به رقیق را در صورت مخالفت با آنچه بر او شرط شده، به خاطر وجود روایت<sup>۱</sup> جایز دانسته‌اند.

اما ادعای خروج این مورد از موضوع بحث (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۷۹/۴) صحیح نیست؛ زیرا بازگشت آن به اشتراط خیار بر فرض مخالفت است. بنابراین اگر برگشت به رقیق با این گونه شرط کردن ممکن باشد، با اشتراط خیار نیز جایز خواهد بود؛ زیرا تنها مانع، عدم مشروعیت برگشت حر به رقیق بود که بنا بر مفروض امکان آن وجود دارد و

۱. آن مؤثقه اسحاق بن عمار از امام صادق علیه السلام درباره مردی است که بنده خود را آزاد کرده و دخترش را به ازدواج او درآورده و شرط کرده که در صورت فریب دادن دخترش او را به رقیق برگرداند. آن حضرت علیه السلام فرمود: «این شرط به نفع آن مرد خواهد بود» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۲۳).

هیچ وجهی برای کنار گذاشتن این روایت وجود ندارد؛ چرا که حمل آن بر ارادهٔ فسادِ عتق، خلاف ظاهر روایت، بلکه خلاف صریح روایت است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۲/۲). از عبارت «شرط در اقاله موجب تسلط بر فسخ، بر فرض تملک نخواهد بود، بلکه فایدهٔ آن صرف الزام است؛ نظیر شرط در عتق و وقف» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۴/۲۴) استفاده می‌شود که جواز شرط در عتق و وقف مفروغ‌عنه بوده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۲/۲). حاصل سخن اینکه ثبوت اجماع و عدم اختصاص آن به برخی موارد ایقاعات انصافاً مشکل است، چنان که در خصوص عتق ملاحظه شد دلالت نص بر جواز تمام بود، بنابراین شرعاً قابلیت انحلال و بازگشت به رقیت را دارد، لذا بسیاری از فقها قائل به جواز شده‌اند.

### قول مختار

با دقت و تأمل در وجوه قائم بر عدم جواز دخول شرط خیار در ایقاعات به دست می‌آید که هیچ یک از این ادله تاب مقاومت در برابر اقتضای عموم ادلهٔ شروط را نداشته و قابل مناقشه‌اند. لذا برخی تصریح کرده‌اند که بعد از اجماع، قوی‌ترین دلیل بر عدم جواز، نبود دلیل بر صحت خیار شرط در ایقاعات است (فشارکی، ۱۴۱۳: ۵۳۵). در خصوص اجماع نیز چنان که گذشت، از حیث ثبوت و عدم اختصاص آن به برخی موارد، محل تردید است.

اما در خصوص قول جواز باید گفت که علاوه بر اقتضای عموم ادلهٔ شروط، ادلهٔ دیگری نیز بر این قول دلالت دارند: مقتضای اصالة الاباحه، اصالة الصحة و اصالة الاطلاق، جواز شرط خیار در هر عقد و ایقاعی است؛ مگر اینکه دلیلی خاص بر عدم جواز آن دلالت کند و اعتبار نیز به این امر شهادت می‌دهد و آن عبارت است از اینکه عقود و ایقاعات از تمام جهاتی که در آن برای منشی دارای صلاحیت است و به هر صورتی که بخواهد، در اختیار منشی بوده؛ چرا که عرف، سلطنت بر ابقا را عین سلطنت بر ایجاد می‌داند، مگر اینکه از سوی شرع یا عقل یا عرف خلاف شناخته شود؛ بلکه شرط خیار از شئون سلطنت مطلقه بوده، لذا مقتضای اطلاق سلطنت بر شرط خیار، صحت ایجاد آن برای خود است به هر نحوی که بخواهد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۱۷/۱۷).

از طرفی با توجه به اصل آزادی اراده که مراتب بسیار گسترده‌تری از ماده ۱۰ قانون مدنی دارد، می‌توان گفت که چنین اصلی اختصاص به عقود ندارد، بلکه شامل ایقاعات نیز می‌شود. پذیرش این اصل در میان فقهای امامیه مورد اختلاف است و برخی از آنان صحت معاملات را متوقف بر اذن شارع دانسته‌اند (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۹۲/۷؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۷۱/۵؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۱۴۴/۱؛ ۶۴۵/۱). برخی دیگر به ویژه فقهای معاصر توقیفی بودن را نپذیرفته (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴۴/۱۰؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۰۱/۳؛ حسینی عاملی غروی، ۱۴۱۹: ۳۰۲/۲۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۵۶/۲) و بر این اساس، نیازی به قرار دادن معاملات مستحدث به عنوان مصادیق صلح، جعاله، هبه، معوض و... ندیده و برای صحت چنین معاملاتی به وجوهی استدلال نموده‌اند که عبارت‌اند از:

الف) آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/ ۱).

ب) آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نساء/ ۲۹).

ج) «المؤمنون عند شروطهم» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶/۱۸).

بنا بر اینکه مراد از عقود، مطلق عهدها و التزامات می‌باشد (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۱۴۱/۱؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۹۷/۳؛ مصطفوی، ۱۴۰۲: ۱۸۹/۸؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۷/۵؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۷/۴) و این ادله متضمن بیان حکم در جمیع اعصار بوده و از قبیل قضایای حقیقیه‌اند، برای تخصیص آن‌ها به عهود و عقود متعارف در زمان صدور، وجهی وجود ندارد (موسوی خمینی، بی‌تا: ۶۰۹/۲؛ همو، ۱۴۲۱: ۴۲۵/۳؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۲۴/۱۸؛ تبریزی، بی‌تا: ۲۷۵؛ مشکینی اردبیلی، بی‌تا: ۱۲۲؛ حسینی روحانی، بی‌تا: ۱۰۰؛ فیاض، ۱۴۲۶: ۲۹۵؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴: ۲۳۲) و حق، عدم توقیفی بودن معاملات است با توجه به ادله مذکور و اینکه تأسیس معاملات بر اساس نیازهای جامعه بوده و نقش شارع، امضا یا رد و یا تغییر در شرایط معاملات بوده است. لذا تا زمانی که معامله‌ای ملحق به عبادات نبوده و نص یا اجماعی بر بطلان آن دلالت نداشته باشد، تراضی طرفین، و عقلایی و غیر غرری

۱. برخی افزون بر وجوه مذکور، به روایت «الناس مسلطون علی أموالهم» (ابن ابی‌جمهور احسائی، ۱۴۰۵: ۲۲۲/۱) نیز استدلال کرده‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴: ۲۳۲)، اما از آنجا که روایت مزبور ضعیف‌السند بوده و به صورت مرسل ذکر شده است، قابل اعتماد برای صدور حکم نمی‌باشد (موسوی خویی، بی‌تا: ۹۹/۲). به علاوه، تسلط مردم بر اموال خود، غیر از لزوم تبعیت آنان از مقررات عقلاییه است و مقررات عقلاییه ناشی از تسلط آنان بر اموال خود نیست (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۲۲/۱).

بودن معامله برای صحت آن کفایت می‌کند.

بنابراین، اصل آزادی اراده و همین طور قاعده جواز آنچه که منع نشده است، دلایل دیگری در پذیرش شرط ضمن ایقاع هستند؛ یعنی وقتی الزام قانونی به فعل یا ترک فعل وجود ندارد، فرد می‌تواند به اراده خود آن فعل را ترک یا عمل نماید و در این مورد قطعاً تفاوتی میان ایقاع و عقد نیست. از سوی دیگر آنچه که نیازمند تصریح است ترک یا بطلان فعل است و فعل یا صحت نیازی به تصریح ندارد.

لذا حقوق‌دانانی که قائل به نظریه قابلیت ایقاع برای مشروط شدن هستند، می‌گویند: شرط عوض با مقتضای ابراء و رایگان بودن آن منافاتی ندارد و می‌تواند ظرف شرط به شمار آید و این شرط فرعی است که در برابر ایقاع قرار نخواهد گرفت، بنابراین احتیاج به قبول پیدا می‌کند و ابراء حقیقت خود را از دست نمی‌دهد؛ زیرا با شرط عوض نیز اسقاط حق محقق می‌شود. ولی هر گاه عوض مستقیماً در مقابل ابراء قرار گیرد تبدیل تعهد است و ابراء نمی‌باشد و هیچ دلیلی برای بطلان ابرایی که در آن شرط خیار شده است وجود ندارد (امامی، بی‌تا: ۳۳۴/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۰۷). آری مقتضای ادله مذکور، صحت شرط خیار در تمام ایقاعات بوده، لذا در جعاله، وقف و وصیت (بنا بر ایقاع بودن آن‌ها) و ابراء و فسخ هیچ مانعی از جریان شرط خیار وجود ندارد، لکن در برخی از ایقاعات به سبب وجود مانع این شرط جاری نیست؛ چرا که در طلاق در اقسامی که مرد حق رجوع در زمان عده دارد - ولو اینکه بر رجعت، فسخ نیز حقیقتاً صدق کند - در صورت شرط خیار در این زمان، هیچ اثری بر چنین شرطی پس از جواز رجوع بدون شرط، مترتب نیست، لذا با شرط، حق رجوع قابل اسقاط نیز نخواهد بود. اما شرط خیار در خارج از زمان عده، به طوری که در صورت تخلف شرط ولو بعد از گذشت چند سال مرد بتواند رجوع کند هیچ وجهی ندارد؛ چرا که بعد از سپری شدن زمان عده، شوهر هیچ حقی نسبت به زن سابق خود نداشته و در صورت خواستگاری هم‌ردیف سایر خواستگاران قرار می‌گیرد. همچنین در ایقاعاتی مانند اعراض از ملکیت که اثر شرعی آن، اباحه عمومی یا ملکیت امام در موارد انفال است، وضعیت مالک پس از اعراض همانند دیگران بوده و فسخ او بی‌اثر خواهد بود؛ چه رسد به اینکه حق شرط خیار داشته باشد!

## نتیجه‌گیری

از تتبع اقوال فقها در مسئله مورد تحقیق به دست می‌آید که تمام وجوه قائم بر عدم جواز شرط خیار در ایقاعات مخدوش بوده، بلکه عمده دلیل قائلان به عدم جواز اجماع است که ثبوت و تعمیم آن به تمام ایقاعات محل تردید است. بنابراین ادله مخالفان نمی‌تواند مانعی در برابر عموم ادله شروط، اصالة الاباحه، اصالة الصحه، اصل آزادی اراده، رعایت مصالح منشی و جواز آنچه منع نشده، باشد، لذا قابلیت برخی از ایقاعات برای انحلال عقلاً و عرفاً و شرعاً ثابت است. بنابراین قول عدم جواز شرط خیار در ایقاعات کلیت نداشته؛ چرا که در برخی موارد، نص صریح بر جواز آن قائم است. از طرفی جواز آن در مطلق ایقاعات نیز خالی از اشکال نیست؛ چرا که شرط خیار در برخی ایقاعات لغو و بی‌اثر بوده و در برخی موارد نیز قابلیت برای آن وجود ندارد. بنابراین باید بر اساس حقیقت ایقاع و آثار آن، مسئله جریان خیار شرط را بررسی کرد.

## کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. همو، کفایة الاصول، قم، آل البيت عليه السلام، ۱۴۰۹ ق.
۳. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احکام المعترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۴. ابن ابی جمهور احسائی، محمد بن زین الدین، عوالمی اللئالی العزیزیه فی الاحادیث الدینییه، قم، دار سیدالشهداء عليه السلام، ۱۴۰۵ ق.
۵. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد، النهایة فی غریب الحدیث و الاثر، قم، اسماعیلیان، بی تا.
۶. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۷. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، المهدب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۸. ابن فارس، احمد، معجم مقانیس اللغة، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۹. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر - دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۱۰. اصفهانی، محمدحسین بن محمدحسن، حاشیه کتاب المکاسب، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۱۱. امامی، حسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، بی تا.
۱۲. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۱۳. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۱۴. تبریزی، جواد بن علی، اسس القضاء و الشهاده، قم، دفتر مؤلف، بی تا.
۱۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، آل البيت عليه السلام، ۱۴۰۹ ق.
۱۶. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، المسائل المستحدثة، بی جا، بی نا، بی تا.
۱۷. همو، فقه الصادق عليه السلام، قم، دار الکتاب، ۱۴۱۲ ق.
۱۸. حسینی عاملی غروی، سیدمحمدجواد بن محمد، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۹. حسینی واسطی زبیدی، سیدمحمدمرتضی بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.
۲۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، لبنان، دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.
۲۱. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۲۲. صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد، المحيط فی اللغة، بیروت، عالم الکتاب، ۱۴۱۴ ق.
۲۳. طباطبائی قمی، سیدتقی، دراساتنا من الفقه الجعفری، قم، مطبعة الخيام، ۱۴۰۰ ق.
۲۴. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی، ۱۴۰۹ ق.
۲۵. همو، حاشیه المکاسب، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۲۶. طوسی، محمد بن حسن، الامالی، قم، بی نا، ۱۴۱۴ ق.
۲۷. همو، المسبوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.

۲۸. همو، *النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى*، چاپ دوم، بیروت، دار الكتاب العربي، ۱۴۰۰ ق.
۲۹. عاملی جبعی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۰. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، *قواعد الاحکام في معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۱. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، *كشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳۲. فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن، *ايضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۳۳. فراهیدی، خلیل بن احمد، *كتاب العین*، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۳۴. فشارکی، محمدباقر بن محمدجعفر، *الرسائل الفشارکیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۵. فیاض، محمداسحاق، *المسائل المستحدثة*، کویت، مؤسسة محمد رفیع حسین، ۱۴۲۶ ق.
۳۶. فیروزآبادی، مجدالدین محمد بن یعقوب، *القاموس المحيط*، مکتبه الایمان - المنصوره، ۱۴۳۰ ق.
۳۷. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، *مفاتيح الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۳۸. قرشی بنابی، سیدعلی اکبر، *قاموس قرآن*، چاپ ششم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۳۹. کاتوزیان، ناصر، *اعمال حقوقی قرارداد - ایتاع*، چاپ سیزدهم، تهران، انتشار، ۱۳۸۷ ش.
۴۰. کرکی عاملی، علی بن حسین، *جامع المقاصد في شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.
۴۱. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، *شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۲. مدنی کاشانی، رضا، *تعلیقه شریفه علی بحث الخیارات والشروط*، قم، مکتبه آیه الله المدنی، ۱۴۰۹ ق.
۴۳. مشکینی اردبیلی، علی، *مصطلحات الفقه*، بی جا، بی تا.
۴۴. مصطفوی، حسن، *التحقیق في کلمات القرآن الکریم*، تهران، مرکز کتاب لترجمه و النشر، ۱۴۰۲ ق.
۴۵. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان في شرح ارشاد الاذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۴۶. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، *فقه الشریکه و کتاب التأمین*، قم، مکتبه امیرالمؤمنین (ع)، دار العلم مفید، ۱۴۱۴ ق.
۴۷. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۴۸. همو، *کتاب البیع*، قم، مؤسسة تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۴۹. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *محاضرات في اصول الفقه*، چاپ چهارم، قم، دار الهادی، ۱۴۱۷ ق.
۵۰. همو، *مصباح الفقاهه*، تقریر محمدعلی توحیدی، بی جا، بی تا.
۵۱. موسوی خویی، سیدمحمدتقی، *الشروط او الالتزامات التبعية في العقود*، بیروت، دار المؤرخ العربی، ۱۴۱۴ ق.
۵۲. موسوی سبزواری، عبدالاعلی، *مهذب الاحکام في بیان الحلال والحرام*، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۵۳. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *منية الطالب في حاشية المكاسب*، تهران، المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳ ق.
۵۴. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جوهر الکلام في شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۵. همدانی، رضا بن محمدهادی، *حاشیه کتاب المكاسب*، قم، دفتر مؤلف، ۱۴۲۰ ق.