

شرط ابتدایی

چکیده: از آنجا که شرط ضمن عقد، جزئی از ایجاب و قبول، به بیان دیگر الزام و التزام تبعی، است، لازم‌الوفاء می‌باشد؛ گو اینکه بعضی از فقهای امامیه من جمله شهید اول این شرط را هم واجب‌الوفاء نمی‌دانند. اما اگر شرط، قبل از عقد یا بعد از آن ذکر شود، یا حتی عقد بر مبنای آن جاری شود، آیا این شرطها که به آنها شروط ابتدایی یا بدوی گفته می‌شود لازم‌الوفاء هستند یا خیر؟ در این رساله با توجه به فقه امامیه و قوانین جاری سعی شده است به سؤال مذکور پاسخ داده شود. نظر فقهای عامه نیز در خصوص مشروعیت و صحت شرط ضمن عقد مورد توجه قرار گرفته است.

بخش اول. کلیات

فصل اول

یکی از مهمترین مسائل فقهی و حقوقی تعریف شرط و بیان حقیقت آن است ممکن است در بادی رأی، این مسأله از مسائل بدیهی و پیش‌پاافتاده به نظر برسد؛ و حال آنکه بین فقهاء و حقوقدانان اختلاف شدیدی در بیان مفهوم شرط وجود دارد و این ادعا که: «به اتفاق و اجماع فقهاء شرط عبارت است از الزام و التزام تبعی» صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا به زودی بیان خواهیم کرد که این ادعا ثابت نیست. پرواضح است که اختلاف در ماهیت و حقیقت لغوی یا عرفی شرط نمی‌تواند لفظی

و صوری باشد؛ چه، با اختلاف در تعریف، حکم نیز متفاوت می شود.

فصل دوم. محل بحث

هر چند لفظ «شرط» در اخبار و روایات وارد شده، لیکن معنای آن در شرع بیان نشده است؛ مثلاً در این حدیث که عامه و خاصه از پیامبر (ص) نقل کرده اند آمده است: «أَلْمُونُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^(۱) یا «أَلْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^(۲) و یا از طریق عامه نقل شده است که: «نهی النبی (ص) عن بیع و شرط»^(۳) و یا «لَا یَحِلُّ سَلْفٌ وَ بَيْعٌ، وَ لَاشْرَاطَانِ فِی بَیْعٍ»^(۴) و یا آمده است «ان علیاً (ع) کان یقول من شَرَطَ لَامْرَأَتِهِ شَرْطاً فَلَیْتِبِ لَهَا»^(۵)

چنانکه می بینیم لفظ «شرط» در روایات زیاد بکاررفته، اما مفهوم و حقیقت آن بیان نشده است. اصولاً عادت شارع این نیست که الفاظ را معنا کند، بلکه آنان را به معانی متداول بین خود ارجاع می دهد؛ فلذا در ماده ۲۲۴ قانون مدنی آمده است: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه.»

خلاصه آنکه خطابهای شارع و قانونگذار بر طبق عرف وارد شده است؛ یعنی لفظ شرط را در خطابهای فوق الذکر باید بر معانی عرفی خود حمل کرد و اگر لفظ شرط یا هر لفظ دیگری فاقد حقیقت عرفیه باشد، باید به حقیقت لغوی آن رجوع کرد.^(۶) بدیهی است حقیقت شرعیه مقدم بر حقیقت عرفیه و حقیقت عرفیه مقدم بر حقیقت لغویه است.^(۷) فی المثل اگر الفاظی مثل «شرط» یا «قبض» یا «احیاء» و غیر آن در خطابهای شرعی وجود داشته باشد، ابتدائاً باید ببینیم شارع و قانونگذار خود، این الفاظ را معنا کرده است، یا خیر؟ اگر معنا نکرده باشد، معلوم می شود که شارع برای تفهیم مقصود خود شیوه ای اختراع نکرده و به فهم عرفی اکتفا کرده است؛ پس باید دید آیا در عرف مقصود از شرط، مطلق الزام و التزام است یا مقصود تنها التزام و الزام تبعی است. و آیا قبض در اموال منقول، نقل است و در اموال غیرمنقول، تخلیه؛ یعنی اذن در تصرف و رفع ید است و غیر آن.

به هر حال در خصوص شرط، اختلاف بر سر این است که آیا شرط الزام و التزام تابع است یا مطلق الزام و التزام؛ یعنی هر چند در ضمن عقد آورده نشود؛ چه، می بینیم که بعضی از حقوقدانان اسلامی برای اثبات اصل لزوم عقدها به حدیث شریف «المؤمنون...»

یا «المسلمون عند شروطهم» (۸) استدلال می‌کنند.

بدیهی است استدلال به این حدیث برای اثبات لزوم عقدها وقتی درست است که شرط شامل تعهدات مستقل و ابتدایی هم بشود و الاً اگر مراد از شرط تعهد تابع و ضمن‌العقد باشد، استدلال به آن برای اثبات لزوم عقدها درست نیست، بلکه باید دنبال دلیل دیگری گشت. (۹)

بخش دوم. تقسیم و تعریف شرط

فصل اول. اقسام شرط

۱. شرط ضمن عقد: چنانچه شرط در ضمن عقد ذکر شود؛ مثلاً در خلال عقد بیع شرط شود مبیع در فلان موضع تحویل داده شود و یا در ضمن عقد نکاح، زوجه با زوج شرط کند که او را از وطن خود خارج نکند، بی‌تردید به این التزام تبعی، شرط گفته می‌شود؛ و اگر وفای به شرط را واجب بدانیم، باید به این قبیل شرطها وفا شود، زیرا قطعاً بر چنین التزامی، عنوان شرط صدق می‌کند. چنانکه در کتاب قاموس اللغة (۱۰) آمده: شرط عبارت است از الزام و التزام ضمن عقد بیع و مانند آن؛ بنابراین عموم «المؤمنون عند شروطهم» (۱۱) شامل آن می‌شود و لازم‌الوفاء خواهد بود.

۲. شرط تبانی: یعنی شرطی که متعاقدین قبل از اجرای عقد پیرامون آن صحبت کرده باشند، لیکن هنگام انشاء عقد آن را ذکر نمی‌کنند حال یا به‌خاطر فراموشی آن را ذکر نکرده و یا فکر کرده‌اند ذکر آن در متن عقد لازم نیست. به‌عنوان مثال قبل از اینکه صیغه عقد بیع انشاء شود، شرط کرده باشند، متعاقدین خیار مجلس نداشته باشند یا شرط شده باشد که مبیع در فلان محل تحویل داده شود؛ لیکن هنگام عقد ذکر آن را در متن عقد لازم نمی‌بینند و یا اصلاً فراموش می‌کنند.

این شرط نیز که به شرط تبانی معروف است محل بحث می‌باشد، زیرا، چنانکه به تفصیل خواهیم گفت، بعضی از فقها بلکه مشهور آن را شرط ابتدایی می‌دانند و به عقیده آنان از عموم «المؤمنون عند شروطهم» تخصیصاً یا تخصصاً خارج است.

بالعکس، جماعت دیگری این شرط را قید معنوی و ضمیمه حقیقی عقد می‌دانند و عقیده دارند که عموم «اوفوا بالعقود» (۱۲) و عموم: «المومنون عند شروطهم» (۱۳) شامل چنین شرطی نیز می‌شود؛ چنانکه از ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی استفاده شود، زیرا در این ماده آمده است:

«هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد و صف بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد.»

چنانکه می‌بینیم، شرط صفت چه در متن عقد آورده شود و چه قبل از عقد، در حالی که عقد بر مبنای آن جاری شود مؤثر و نافذ است و در صورت تخلف از آن، مشروط‌له مسلط بر فسخ می‌شود.

البته ما به تفصیل پیرامون اقوال و آراء فقها و حقوقدانان بحث خواهیم کرد؛ مقصودمان اجمالاً بیان این نکته بود که، بعضی شروط تبانی را به شروط ضمن‌العقد و بعضی دیگر آن را به شروط ابتدایی ملحق کرده‌اند.

۳. شروط ابتدایی: منظور از شرط ابتدایی به معنای اخص، عبارت از شرطی است که قبل از عقد و یا بعد از عقد آورده شود بی آنکه به عقد ارتباطی داشته باشد و یا عقد بر مبنای آن جاری شده باشد.

چنانچه معنای حقیقی شرط را الزام و التزام تابع بدانیم، خروج این شرطها از عموم امر به وفاء به شرط، یعنی «المومنون عند شروطهم»، خروج موضوعی است و چون چنین التزام و الزامی از مصادیق شرط نیست، نمی‌توان برای اثبات لزوم و وجوب این التزام، خواه لزوم تکلیفی و خواه لزوم وضعی، به عموم ادله‌ای که دلالت بر وجوب وفای به شرط می‌کند تمسک کرد. اطلاق لفظ «شرط» بر این قبیل التزام و الزامها مجازی است، زیرا لفظ در غیر ما وضع‌له به کار رفته است.

بالعکس، اگر بگوییم معنای حقیقی شرط، مطلق الزام و التزام است، در این صورت عموم ادله، مثل «المومنون عند شروطهم» (۱۴)، شامل آن خواهد شد مگر آنکه قرینه‌ای بر تخصیص وجود داشته باشد، زیرا اصالة‌العموم یا به بیان دیگر اصالة‌الظهور حجت

نیست مگر بعد از فحص و یأس از قرینه؛ چه، اجمالاً می‌دانیم هیچ عامی نیست مگر آنکه تخصیص خورده باشد. (۱۵) بنابراین در این فرض باید تحقیق کنیم که آیا شروط ابتدایی به دلیل خاصی مثل اجماع و مانند آن از تحت دلیل عام خارج شده است یا خیر. چنانچه به قدر امکان تحقیق کردیم و از وجود مخصص مایوس شدیم، آنگاه اصالة الظهور حجت و قابل استناد است.

با بیان مطالب فوق ابتدا معنای شرط را تحقیق و سپس حکم هر یک از شروط سه‌گانه فوق را مطالعه می‌کنیم و نظر خود را در خاتمه بیان خواهیم کرد و برای اینکه بحث ما کامل باشد به فقه عامه نیز رجوع خواهیم کرد تا ببینیم نظر آنان در خصوص شرط چیست.

فصل دوم. معنای شرط

همان‌گونه که گفته شد بین مفهوم و معنای شرط، و بین حکم به وجوب وفای به آن و عدم وجوب وفاء رابطه مستقیم وجود دارد؛ زیرا اگر نتوانیم مفهوم و معنای شرط را به دست دهیم، قطعاً در تشخیص مصادیق شرط هم دچار اشتباه خواهیم شد و بدیهی است که در شبهات مصداقی تمسک به عموم ادله جایز نیست.

شرط به دو معنا استعمال می‌شود: ۱. معنای حَدَثی: شرط طبق این معنا مصدر است و جمع آن شروط، لذا کلماتی مثل شارط، مشروط، مشروطه، و مشروط‌علیه از آن مشتق می‌شود؛ ۲. شرط اصولی: یعنی چیزی که از وجود آن ممکن است وجود حاصل شود، ولی از عدم آن حتماً عدم لازم می‌آید.

شرط به معنای مصدری چنانکه در قاموس آمده است: «الزام الشيء و التزامه فی البیع و نحوه» (۱۶)؛ یعنی الزام و التزام به چیزی در عقد بیع و مانند آن است. چنانکه می‌بینیم طبق این تعریف شرط عبارت است از الزام و التزام تبعی نه مستقل. به نظر می‌رسد شیخ انصاری (۱۷) و بسیاری از حقوق‌دانان اسلامی این معنا را معنای عرفی شرط می‌دانند. بعضی از استادان نیز همین معنا را اختیار کرده‌اند؛ آنجا که فرموده‌اند: «شرط به تعهدات ضمن عقود اختصاص دارد» (۱۸) و در جای دیگر فرموده‌اند: چون در معنای شرط، ارتباط به امر دیگر اخذ شده است، لذا شامل شروط ابتدایی نمی‌شود. (۱۹)

البته اینجانب به کتب لغت رجوع کردم، بسیاری از صاحبان لغت، به تبع قاموس، شرط را به الزام و التزام در ضمن بیع و مانند آن تفسیر کرده‌اند؛ اما به نظر می‌رسد تعریف شرط به الزام و التزام ضمن العقد، تعریف به بعضی از مصادیق است نه آنکه تعریف مذکور، تعریف حقیقی و به اصطلاح تعریف به حد و رسم باشد.

مضافاً به اینکه کلام بعض اهل لغت بر مدعای ما دلالت دارد؛ در المنجد آمده است: «الشرط؛ الزام الشيء و التزامه» (۲۰)؛ یعنی شرط عبارت است از الزام چیزی و التزام به آن و در صراح اللغة نیز شرط را به همین معنا تعریف کرده و در منتهی الارب (۲۱) نیز آمده است: شرط به فتح لازم گردانیدن چیزی را و لازم گرفتن چیزی و مانند آن و پیمان.

می‌دانیم که در زبان فارسی از عقد به پیمان تعبیر می‌شود، بنابراین شرط مرادف با عقد و عهد است؛ یعنی شرط مطلق عهد و الزام و التزام است و در المنجد هم دیدیم که شرط را به مطلق الزام و التزام تعریف کرد؛ نه به الزام و التزام تابع.

شیخ در جای دیگر ادعای تبادر می‌کند (۲۲)؛ یعنی به مجرد شنیدن لفظ «شرط»، ذهن منصرف به الزام تابع می‌شود؛ یعنی اینکه بدون کمک قرینه، این معنی به ذهن خطور می‌کند و تبادر علامت حقیقت است.

در پاسخ به این ادعا می‌توان گفت: ادعای تبادر اول کلام است بلکه متبادر و متفاهم عرفی از کلمه شرط مطلق الزام و التزام است؛ به همین دلیل است که می‌بینیم بعضی از فقها برای اثبات لزوم عقد به حدیث شریف: «المؤمنون عند شروطهم» (۲۳) استدلال می‌کنند. بدیهی است اگر شرط به معنای التزام تابع بود، تمسک به آن درست نبود. حتی شیخ خود در مکاسب آورده است: گاهی برای اثبات لزوم معاطات به این حدیث استدلال می‌کنند و می‌گویند: شرط در لغت، مطلق التزام است، بنابراین شامل التزاماتی هم که با سبب فعلی و غیرلفظی انشاء می‌گردد می‌شود.

عین عبارت شیخ چنین است: «و قد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى: اوفوا بالعقود... و كذلك قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم فان الشرط لغة مطلق الالتزام فيشمل ماكان بغير اللفظ» (۲۴) و در جای دیگر می‌گوید: «و منها قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم و قد استدلَّ به على اللزوم غير واحد منهم المحقق الاردبیلی» (۲۵)

مقصود ما از بیان عبارت شیخ این بود که: اگر متبادر عرفی از لفظ شرط التزام تابع

بود، معنا نداشت فقها، ولو بعضاً، برای اثبات لزوم معاطات، یا عقد بیع به این حدیث استدلال کنند.

بالاخره شیخ می‌گوید: «موارد استعمال این لفظ شهادت می‌دهد که شرط الزام تابع است مثل این عبارت امام (ع) در دعای توبه: «ولک یا رب شرطی الأَعُوذَ فی مکروهیک و عَهْدی أَنْ اهِجُرَ جَمِیعَ معاصیک» (۲۶)؛ یعنی خدایا شرط من با تو این است که من گرد آنچه که مورد رضای تو نیست نگردم و عهد من با تو این است که تمام معاصی تو را ترک کنم. به نظر ما بعید است که مراد از شرط در این عبارت الزام تابع باشد؛ بلکه به عکس در این عبارت، شرط مرادف با عهد استعمال شده و عهد هم به معنای عقد است. چنانکه خود می‌گوید: «والمراد بالعقد مطلق العهد كما فسره فی صحیحة ابن سنان المروية فی تفسیر علی بن ابراهیم» (۲۷)؛ یعنی مراد از عقد مطلق عهد است اعم از اینکه انسان با خدای خود ببندد یا افراد با یکدیگر منعقد کنند.

بنابراین نتیجه می‌گیریم که بین شرط و عقد تفاوتی نیست، بلکه مرادف هم هستند. عقد نیز ممکن است تعهد مستقل باشد و ممکن است تعهد تابع، مثل شرط ضمان، کفالت و رهن در ضمن عقد دیگر.

مناسب است که عبارت سه تن از بزرگان فقه امامیه که مؤید مطالب فوق است ذکر شود:

۱. عبارت سید محمد کاظم طباطبایی یزدی: هل الشرط الابتدایی واجب العمل اولاً؟... فقد أشرنا سابقاً إلى ان مقتضى القاعدة وجوب الوفاء به و ذلك لإِصْدَاقِ الشَّرْطِ عَلَيْهِ فانه لغة بمعنى الالتزام و الالتزام بَلْ مطلق الجعل حسباً مَرَّ من ظهور كلام بعض اللغويين فيه كالصراح. و در جای دیگر می‌گوید: «الحق ان الشرط بمعنى مطلق الالتزام و الالتزام فَيَشْمَلُ الشُّرُوطَ البدويه مضافاً إلى التبادر و ما عن الصراح من انه بمعنى العهد...» (۲۸)

چنانکه می‌بینیم سید برای توجیه نظر خود مبنی بر اینکه شرط مطلق الزام و التزام است ادعای تبادر می‌کند و حال آنکه شیخ برای اثبات عکس آن ادعای تبادر می‌کند.

۲. عبارت شیخ محمد حسین اصفهانی معروف به کمپانی: فنقول مقتضى الاستعمالات الصحيحة الفصيحة صدق الشرط على مطلق الجعل و التقرار... و اما موارد الاستعمالات التي نقلها المصنف قدس سره و جعلها من الالتزام الضمني مدفوعة و التحقيق كما سيجيء انشاء الله تعالى ان حقيقته الذي هو مبدأ مشتقاته في جميع موارد اطلاقاته بمعنى واحد و هو مجرد ربط شيء

بشیء (۲۹).

چنانکه می بینیم ایشان، بر خلاف شیخ، عقیده دارد که موارد استعمال صحیح و فصیح شهادت می دهد که لفظ شرط بر مطلق جعل و قرار دلالت می کند؛ حتی موارد استعمالی را که مصنف نقل می کند از نظر ایشان قابل قبول نیست. بنابراین شرط به معنای مصدری همواره به یک معناست و آن مجرد ربط شیء به شیء دیگر است.

و در جای دیگر می گوید: وقد ذكرنا ما عندنا في باب الشرط و صدقه على مطلق الالتزام وان لم يكن في ضمن التزام آخر. (۳۰)

۳. عبارت فاضل نراقی: اقول ان يتتضى العمومات المتعددة وجوب الوفاء بالشرط مطلقا

سواء كان قبل العقد او بعده بل لو لم يكن عقد ايضا. (۳۱)

منشأ این فتوا به خاطر آن است که وی عقیده دارد شرط چیزی جز مطلق الزام و التزام نیست، زیرا می گوید: الشرط اللغوی و هو ما يلزم به الغير و يلتزم به الخ؛ یعنی شرط چیزی است که دیگری به آن ملزم و ملتزم می شود. پس این ادعا که شرط حقیقتاً الزام و التزام تابع است ادعای درستی نیست و اینکه صاحب قاموس و دیگران به تبع وی آن را به الزام و التزام در ضمن بیع و یا عقد دیگری تعریف کرده اند تعریف بی، بعضی از مصادیق و موارد است و حال آنکه بعضی دیگر از اهل لغت مثل صراح اللغة و غیره آن را به مطلق الزام و التزام تعریف کرده اند.

ادعای اجماع فقهاء نیز همین بر اینکه شرط عبارت است از الزام و التزام تابع، ادعای درستی نیست؛ و مدرک اجماع به فرض تحقق همان قول لغویین است.

به هر حال ما حکم هر یک از سه شرط، یعنی شرط ضمن العقد و شرط تبانی و شرط ابتدایی، را به تفصیل در عبارات فقها مطالعه می کنیم.

فصل سوم. حکم شرط صحیح

الف. شرط ضمن عقد

قبل از آنکه حکم این شرط را بیان کنیم شایان تذکر است که شرط به لحاظ دیگری به

سه قسم تقسیم شود:

۱. شرط صفت. چنانچه خصوصیتی در یکی از عوضین شرط شود، مثلاً در عقد بیع شرط شود رنگ اتومبیل که مبیع است سفید باشد، به این شرط اصطلاحاً شرط صفت می‌گویند.

البته اگر متعلق صفت، عین خارجی و شخصی باشد، در اینجا بی‌تردید مشروط‌له مسلط بر فسخ است، زیرا برای تحصیل این شرط نمی‌توان الزام مشروط‌علیه را از حاکم تقاضا کرد. (۳۲)

در ماده ۲۳۵ قانون مدنی آمده است:

هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت.

هر چند این ماده مطلق است، اما باید آن را بر مقید حمل کرد؛ یعنی گفت: چنانچه در عقد جزئی و شخصی، شرط صفت شده باشد، در صورت تخلف از شرط، مشروط‌له خیار خواهد داشت؛ فلذا در ماده ۴۱۴ قانون مدنی مقرر شده است:

در بیع کلی خیار رؤیت نیست و باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرره بین طرفین باشد.

بنابراین در بیع کلی به خاطر تخلف از صفت، عموم «المؤمنون عند شروطهم» جاری خواهد شد؛ یعنی مشروط‌علیه ملزم است که عین را تعویض و عین دیگری تحویل دهد که مطابق اوصاف بیان شده باشد. به هر حال، در صورتی که بیع و یا عقد دیگری کلی باشد، حکم شرط صفت نیز مشمول بحث ما نیز خواهد شد. البته به نظر می‌رسد حتی در عین شخصی، اگر مشروط‌علیه قادر به ایجاد صفت باشد، باید آن را احداث کند؛ مثلاً اگر ساختمان معین و مشخصی معامله شود و شرط شود که ساختمان نقاشی شده باشد، به مجرد تخلف از وصف نباید خیار ثابت شود، چون مشروط‌علیه می‌تواند ساختمان را نقاشی و بعد آن را تحویل دهد؛ یا شرط شده باشد نمای ساختمان آجری باشد، ولی بعداً معلوم شود که ساختمان نماکاری نشده، می‌توان الزام او را به نماکاری خواست. بنابراین به مجرد تخلف از صفت، مشروط‌له مسلط بر فسخ نخواهد بود.

۲. شرط فعل. گاه در ضمن عقد، شرط به فعلی از افعال یکی از متعاقدین و یا دیگری

تعلق می‌گیرد؛ یعنی اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص ثالثی شرط شود (ذیل ماده ۲۳۴ قانون مدنی)، باید دید حکم این شرط چیست.

۳. شرط نتیجه. گاهی نتیجه و غایت حاصله از عقد یا ایقاعی در ضمن عقد دیگری شرط می‌شود؛ مثلاً نتیجه عقد وکالت که استثنای در تصرف است در ضمن عقد دیگر مثل بیع یا ازدواج و غیر آن شرط و این شرط به نفس اشتراط حاصل می‌شود؛ یعنی نیازی به انشای مستقل و ایجاد سبب نیست.

شرط نتیجه هم محل نزاع است، البته اگر مسلم شود نتیجه حاصله از عقدی مثل نکاح یا ایقاعی مثل طلاق، جز با انشای سبب مخصوص به خود حاصل نمی‌شود، این شرط لغو خواهد بود مگر آنکه به صورت شرط فعل در ضمن عقد دیگر شرط شود؛ مثلاً در ضمن عقد خارج لازم زوج ملتزم شود که زوجه را طلاق دهد و مانند آن.

به هر حال بین فقهای امامیه در خصوص حکم شرط ضمن عقد لازم، پنج قول وجود دارد که ما با توجه به کتاب عوائد الایام به آنها اشاره می‌کنیم.

۱. وجوب وفاء به شرط. بر مشروط‌علیه واجب است به شرط وفا کند و به مجرد امتناع، مشروط‌له نمی‌تواند معامله را فسخ کند، بلکه باید اجبار او را از حاکم، اگر مذهب حاکم نیز این باشد، بخواهد؛ تنها در صورت تعذر است که می‌تواند معامله را فسخ کند. قانون مدنی از این قول پیروی کرده است.

ماده ۲۳۹: هرگاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و

فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد

طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

علت و دلیل این قول این است که: مجرد امتناع از وفاء به شرط، نقض عقد و فسخ آن به وسیله مشروط‌علیه تلقی نمی‌شود تا مشروط‌له نیز مسلط بر فسخ شود و اقاله و تفاسخ عن تراض صدق کند.

۲. وجوب وفاء به شرط. بر مشروط‌علیه واجب است به شرط وفا کند، ولی در صورت امتناع، مشروط‌له تنها می‌تواند معامله را فسخ کند؛ فاضل نراقی این قول را به شهید اول در کتاب دروس نسبت می‌دهد؛ چه، در کتاب دروس آمده است:

«يجوز اشتراط سائغ في عقد البيع فيلزم الشرط من طرف المشروط‌عليه فان

اخل به فللمشترط، الفسخ و هل یملک اجباره علیه؟ فیه نظر. (۳۳)

یعنی جایز است شرط کردن امر مشروعی در ضمن عقد بیع؛ و شرط از ناحیه مشروط علیه واجب و لازم الوفاء است و در صورت اخلال به شرط، مشروط له می تواند بیع را فسخ کند. اما آیا می تواند او را اجبار به انجام شرط کند؟ مسأله محل نظر است.

۳. وجوب وفاء به شرط. بر مشروط علیه واجب است وفاء به شرط ولی مشروط له، مخیر است بین اجبار و فسخ. شاید وجه این قول و قول قبلی این است که به مجرد امتناع مشروط علیه، این امتناع فسخ تلقی و مشروط له نیز می تواند عقد را فسخ کند و بر این فسخ دوجانبه، عنوان تجارت عن تراض صدق می کند.

البته این استدلال قابل اشکال است، زیرا مجرد امتناع مشروط علیه از وفای بشرط، رضای او به فسخ تلقی نمی شود تا مشروط له نیز مسلط بر فسخ شود.

۴. عدم وجوب وفاء به شرط. یعنی بر مشروط علیه انجام شرط واجب نیست و فایده شرط تنها این است که بیع را در معرض زوال و فسخ قرار می دهد. وجه این قول اصل عدم وجوب است؛ یعنی شک در وجوب وفاء به شرط می کنیم، برای ازاله شک به اصل براءت تمسک می کنیم، چه مجرای اصل براءت شک در تکلیف است. شهید در لمعه (۳۴) این قول را اختیار کرده است و شهید دوم وجه عدم وجوب را اصل براءت ذکر می کند. (۳۵)

البته این استدلال قابل انتقاد است، زیرا اصل براءت که یکی از ادله فقاهتی است وقتی قابل استدلال است که دلیل اجتهادی در بین نباشد و مکلف بخواهد برای نجات خود از سرگردانی و تحیر به آن رجوع کند به نحوی که از عقوبت در امان باشد. اما در مانحن فیه دلیل اجتهادی وجود دارد که دلالت بر اشتغال ذمه می کند و آن اینکه اولاً، شرط ضمن عقد لازم جزئی از ایجاب و قبول است؛ از طرفی عقد همان ایجاب و قبول است و خداوند امر به ایفاء به عقد کرده و فرموده است: «أوفوا بالعقود» (۳۶)

ثانیاً، به فرض اینکه معنای شرط را الزام و التزام تابع بدانیم، حدیث: «المؤمنون عند شروطهم» (۳۷) دلالت بر وجوب شرط می کند؛ زیرا جمله خبری اگر در مقام انشاء حکم باشد، مثل جمله امری ظهور در وجوب دارد.

و این حدیث در مقام انشاء حکم است، بنابراین دستور به وفاء به شرط می کند و

جایی برای تمسک به اصل برائت وجود ندارد.

۵. فرق گذاشتن بین شرط فعل و شرط نتیجه. چنانچه شرط فعل باشد، واجب الوفاء

نیست و چنانچه شرط نتیجه باشد، شرط لازم الوفاء است.

این تفصیل را شهید دوم در روضه به بعضی از تحقیقات شهید اول نسبت داده است به این استدلال که اگر عقد کافی برای تحقق شرط باشد، یعنی نیازی به انشاء دیگری غیر از انشاء عقد مشروطیه نباشد، این شرط به منزله جزئی از ایجاب و قبول است؛ بنابراین جزء از حیث وجوب و جواز تابع عقد مشروطیه است؛ یعنی تابع ایجاب و قبول است. اما اگر چیزی را شرط کند که بعداً حاصل شود، یعنی شرط فعل شود، چون این شرط منفصل و جدا از عقد است، محتمل الوقوع است و تعلیق عقد بر امر محتمل، ممکن و متزلزل است. پس عقد با شرط فعل در ضمن آن در معرض زوال و فسخ قرار می‌گیرد و فقط در صورت وفاء به شرط از حالت تزلزل خارج می‌شود.

ضعف این قول نیز از آنچه که گذشت روشن می‌شود. بنابراین، قول اول متعین است؛ زیرا اولاً، امر به وفاء به شرط شده و امر افاده وجوب تکلیفی می‌کند و هرکس از انجام تکالیف خود استنکاف ورزد، حاکم او را ملزم به ایفاء به تعهد خود می‌کند و مشروطه به مجرد امتناع مشروط علیه مسلط بر فسخ نمی‌شود، زیرا از این وجوب تکلیفی، وجوب وضعی انتزاع می‌شود و اگر هم بگوییم حکم وضعی بالاصالة جعل شده، می‌توان گفت که معنای «عند شروطهم» «ثابتون و ملزمون بشروطهم» می‌باشد و فسخ یکجانبه لافسخ خواهد بود.

ثانیاً، شرط جزئی از احدالعوضین است؛ چه، می‌گوییم: «للشرط قسط من الثمن» یا «من الثمن» و همان‌گونه که بر هر یک از متعاملین واجب است عوضی که بر عهده اوست به طرف مقابل خود پرداخت کند اجزای آن را نیز باید تسلیم کند.

ثالثاً، شرط، قید ایجاب و قبول است و عموم «اوفوا بالعقود» شامل آن نیز می‌شود.

ب. شرط تبانی

هر چند به نظر ما شرط مطلق الزام و التزام است، بنابراین حکم شرط تبانی همان حکم شرط ضمن عقد است؛ با وجود این بعضی از فقها، بلکه غالب فقها و حقوقدانان

اسلامی، تنها شرط ضمن عقد را لازم‌الوفاء می‌دانند نه شرط بدوی را؛ جماعتی از آنان شرط تبانی را به شرط بدوی ملحق می‌کنند و جماعتی دیگر آن را به شرط ضمن عقد. و ما عبارت بعضی از آنان را نقل می‌کنیم.

مبحث اول. کسانی که شرط تبانی را به شرط بدوی ملحق می‌دانند

۱. شهید اول. شهید در قواعد آورده است: «کل شرط تقدم العقد او تاخر عنه فلا اثر له»؛ یعنی هر شرطی که قبل از عقد و یا بعد از آن ذکر شود برای آن اثری نیست. ممکن است تصور شود که چنین شرطی، یعنی شرط تبانی، تنها لازم‌الوفاء نیست بی آنکه به عقد خللی برسد؛ اما این طور نیست، زیرا شهید چنین شرطی را مفسد عقد هم می‌داند، نه به خاطر اینکه خلاف شرع است یا خلاف مقتضای عقد، بلکه به خاطر تخلف عقد از قصد؛ زیرا مقصود مشروط‌له، عقد به انضمام شرط بود که آن هم حاصل نشده، بنابراین عقد باطل است؛ و به خاطر اینکه شرط جزئی از احدالعوضین بوده، فساد آن موجب جهل به احدالعوضین خواهد شد. دنباله عبارت وی در قواعد چنین است:

لو تواطئا علی شرط ففسیاه حین العقد فالاقرب ان العقد باطل. (۳۸)

یعنی اگر بر شرطی تبانی و توافق کنند، لیکن هنگام انشاء عقد ذکر آن را فراموش کنند، قول نزدیک‌تر به قواعد فقهی آن است که عقد باطل است.

پس می‌بینیم که به عقیده ایشان در صورت عدم ذکر شرط در عقد به لحاظ نسیان و فراموشی، عقد باطل است و حال آنکه باقی فقها که شرط تبانی را به شرط بدوی ملحق می‌دانند متعرض بطلان عقد نشده‌اند. بنابراین می‌توان استفاده کرد که به زعم آنان شرط باطل، ولی عقد صحیح است؛ زیرا اولاً، اصل صحّت است و ثانیاً، شرط تبانی مادام که به لفظ انشاء نشود همانند انگیزه و داعی انجام معامله بوده و انگیزه با قصد فرق دارد؛ بنابراین تخلف از انگیزه مستلزم تخلف از عقد نیست تا موجب بطلان عقد گردد. پس چون هنگام انشاء عقد، مضمون عقد را قصد کرده‌اند، تخلفی مشاهده نمی‌شود تا حکم به بطلان عقد کرد. ثالثاً، همان‌گونه که قصد و تراضی به شرط تعلق گرفته به مضمون و مفاد عقد نیز تراضی و قصد تعلق گرفته؛ بنابراین مطلوب متعدد بوده نه واحد.

۲. صاحب جواهر. صاحب جواهر نیز شرط قبل از عقد را لازم الوفاء نمی‌داند. (۳۹) البته اگر بنای عقد بر شرطی باشد که قبل از عقد ذکر شده، صحت آن را تقویت می‌کند. بنابراین بهتر است بگوییم که ایشان جزء آن دسته از فقهای است که شرط تبانی را لازم الوفاء می‌دانند، زیرا عبارت ایشان چنین است:

«النظر الخامس في الشروط المذكورة في متن العقد دون ما بعده بل وما قبله

إذا لم يكن بناء العقد عليه و إلا فالصحة فيه قوية.» (۴۰)

۳. عبارت علامه در تذکره. به نظر می‌رسد که علامه در تذکره شرط سابق و لاحق را نافذ نمی‌داند؛ هر چند در کتاب مختلف الشیعة خلاف آن استنباط می‌شود که به موقع به آن اشاره خواهیم کرد. به هر حال عبارت تذکره چنین است: «و انما يصح شرط الخيار اذا كان مضبوطاً و ان يذكر في متن العقد... و اذا ذكرا اجلاً مضبوطاً قبل العقد او بعده لم يعتد به لان العقد وقع منجزاً فلا يؤثر السابق و اللاحق و انما يعتد بالشرط لو وقع في متن العقد بين الايجاب و القبول» (۴۱)؛ یعنی شرط خیار فسخ وقتی درست است که مدت آن مضبوط و در ضمن عقد شرط شود و اگر اجل معین را برای خیار فسخ قبل یا بعد عقد ذکر کنند، اعتنایی به آن نمی‌شود؛ زیرا عقد به صورت منجز واقع شده، پس شرط قبل از عقد یا بعد از آن تأثیری ندارد و منحصراً وقتی به شرط اعتنا می‌شود که در ضمن عقد، یعنی بین ایجاب و قبول، ذکر شود.

مبحث دوم. کلام فقهای که شرط تبانی را به شرط ضمن عقد ملحق می‌دانند

۱. عبارت قاضی ابن براج. مسأله: «اذا شرط البایع علی المشتري قبل العقد ان لا یشیت

بینها خيار بعد العقد هل يصح ذلك الشرط ام لا؟»

جواب: «يصح ذلك و يلزم العقد بنفس الايجاب و القبول لان الاصل جواز هذا الشرط و

لامانع يمنع منه و عموم الاخبار يتناولوه و من ادعى المنع فعليه الدليل» (۴۲)

چنانکه ملاحظه می‌شود سؤال این است که: اگر قبل از عقد، بایع با مشتری شرط عدم خیار کند ولی در متن عقد آن را ذکر نکند، آیا این شرط درست است یا خیر؟ که در پاسخ می‌گوید: شرط صحیح است، زیرا اصل صحت و جواز است و مانعی هم در بین

نیست و عموم روایات مثل «المؤمنون عند شروطهم» شامل آن می‌شود و کسی که صحّت آن را منع می‌کند باید دلیل اقامه کند.

۲. عبارت علامه در *مختلف*. علامه پس از نقل عبارت شیخ طوسی در خلاف، که شبیه عبارت ابن براج است، می‌گوید: «و عندی فی ذلک نظر فان الشرط انما يعتبر حکمه لو وقع فی متن العقد نعم لو شرطاً قبل العقد و تبانیا علی ذلک الشرط صح ما شرطاه.» (۴۳) یعنی این مسأله نزد من محل نظر است؛ شرط وقتی حکمش معتبر است که در متن عقد ذکر شود؛ مثلاً بگوید: «فروختم به تو فلان کالا را به فلان کالا یا به فلان مبلغ و برایم خیار فسخ تا فلان مدت باشد»، بعد مشتری بگوید: «قبول کردم» و اگر قبل از عقد پیرامون آن شرط صحبت کنند ولی هنگام عقد آن را ذکر نکنند، آنچه را شرط کرده‌اند صحیح است.

هر چند شیخ انصاری در مکاسب عبارت علامه را توجیه می‌کند و می‌گوید مراد علامه این بوده که اجمالاً با لفظ در متن عقد به شرط اشاره کند (۴۴)، ولی به نظر می‌رسد این توجیه بر خلاف ظاهر است.

۳. عبارت شیخ طوسی. شیخ در کتاب خلاف بنابر آنچه که از وی نقل شده ذکر شرط را قبل از عقد صحیح می‌داند و می‌گوید:

«لو شرطاً قبل العقد ان لا یتب بینهما خیار بعد العقد صح الشرط و لزم العقد بنفس الایجاب و القبول... دلیلنا انه لا مانع من هذا الشرط و الاصل جوازه و عموم الاخبار فی جواز الشرط یشمل هذا الموضع.» (۴۵)

۴. قانون مدنی. نویسندگان قانون مدنی نیز در خصوص نکاح، شرط تبانی را شرط صحیح و درستی دانسته و مشروطه را در صورت تخلف از شرط، مستحق فسخ دانسته‌اند، که به نظر ما نکاح خصوصیتی ندارد و در سایر موارد نیز شرط تبانی مؤثر است.

ماده ۱۱۲۸: هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد

معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد.

منظور ما از نقل عبارات فوق این است که هرگاه عقد بر مبنای شرط مذکور جاری شود که ما نام آن را، به تبع میرزای نائینی، شرط تبانی گذاشتیم، این شرط به زعم این دسته از فقها جزئی از عقد و از حیث جواز و لزوم تابع عقد است و بعضی دیگر آن را به شرط بدوی ملحق می‌دانند که لازم‌الوفاء نیست؛ بنابراین تحقق اجماع را زیر سؤال خواهد برد.

ج. شرط ابتدایی

منظور از این شرط، شرطی است که در متن عقد ذکر نشود، بلکه قبل از عقد ذکر شود بی آنکه عقد بر مبنای آن جاری شود؛ به بیان دیگر قید معنوی عقد محسوب نشود و یا آنکه شرط بعد از عقد و یا اصلاً عقدی در بین بنا نباشد ذکر شود. در مبحث شروط تبانی دیدیم که بعضی قائل به صحّت شرط تبانی شده بودند؛ بنابراین ادعای اجماع در خصوص بطلان شروط تبانی بی‌وجه است، اما آیا اجماع بر عدم صحّت شرط ابتدایی نیز محقق است یا خیر؟

فاضل نراقی از نهایی شیخ طوسی نقل می‌کند که شرط بعد از عقد شرط صحیحی است؛ هر چند اینجانب با مراجعه به کتاب نهایی به چنین قولی برخورد نکردم. شاید اگر با حوصله و فرصت بیشتر به این کتاب رجوع شود، عبارت مذکور پیدا شود. ولی به هر حال اگر این نقل قول درست باشد، تأویل و توجیه آن به اینکه مراد، ذکر شرط، بعد از ایجاب است نه بعد از ایجاب و قبول، توجیه بعیدی است.

ما قبلاً عبارت سید محمد کاظم طباطبایی یزدی و شیخ محمد حسین اصفهانی را مطرح کردیم و گفتیم به عقیده آنان شرط، مطلق جعل و قرار است و اختصاص به قرارهای ضمن‌العقد ندارد؛ بنابراین عموم ادله مثل «المؤمنون عند شروطهم» شامل شرطهای ابتدایی نیز می‌شود و در اینجا تنها عبارت فاضل نراقی را ذکر می‌کنیم تا معلوم شود که ادعای اجماع مبنی بر اینکه شرط باید در خلال ایجاب و قبول ذکر شود ادعایی

بیش نیست.

در عوائد چنین آمده: «مقتضی العمومات المتقدمة وجوب الوفاء بالشرط مطلقاً سواء كان قبل العقد او بعده بل لو لم يكن عقد ايضاً (۴۶)... بل الاخبار الكثيرة مصرحة بنفوذ الشرط بعد النكاح و التزويج و تأويله الى ما بعد الايجاب تأويل بلادليل و الاجماع على عدم تأثير الشرط المتقدم او المتأخر خاصة كما قيل غير ثابت» (۴۷)

بخش سوم. فقه عامه

بعضی از فقهای عامه، یعنی شافعیه، شرط ضمن عقد را صحیح نمی دانند، بنابراین به طریق اولی شرط ماقبل و مابعد عقد را مؤثر نمی دانند، چنانکه شیخ طوسی قضیه‌ای را نقل می‌کند که ذکر آن بی فایده نیست: ابن سعید می‌گوید وارد مکه شدم سه نفر از فقهای کوفه را دیدم یکی ابوحنیفه دومی ابن ابی لیلی و سومی ابن شبرمه. به ابوحنیفه گفتم کسی بیع کرد و شرطی کرد. گفت: بیع و شرط باطل است، زیرا نهی النبی (ص) «عن بیع و شرط». همین سؤال را از ابن ابی لیلی کردم. گفت: بیع جایز و شرط فاسد است، چون وقتی عایشه کنیزی خرید با بایع شرط کرد که اگر او را آزاد کند، ولاء عتق برای بایع باشد، پیامبر فرمود: «الولاء لمن اعتق»؛ پس پیامبر شرط را ابطال و بیع را امضا کرد. باز همین مسأله را از ابن شبرمه کردم. ابن شبرمه گفت شرط و بیع هر دو جایز است، زیرا پیامبر شتری از کسی خریداری نمود و فروشنده با پیامبر شرط کرد که او را نیز تا مسافت معینی سوار کند و پیامبر قبول کرد.

به هر حال مستند این دسته از فقها نهی پیامبر از بیع و شرط است؛ یعنی نهی النبی (ص) «عن بیع و شرط». در لسان‌العرب این حدیث را چنین معنا می‌کند: اینکه در ضمن عقد بیع و مانند آن شرط کند اما احمد قائل است که شرط واحد بلاشکال است، زیرا پیامبر از دو شرط در ضمن بیع نهی کرده است. مستند آن روایتی است که عبدالله بن عمر از پیامبر نقل کرده که پیامبر فرمود: «لا یحل سلف و بیع و لا شرطان فی بیع و لا تبع مالیس عندک» و بعضی دیگر این نهی را حمل می‌کنند بر شرط فاسد و یا شرطی که قبل از عقد ذکر شود که این شرط تأثیری ندارد. بنابراین فقهای عامه یا اصولاً شرط را صحیح نمی‌دانند و اگر هم صحیح بدانند، در صورتی آن را مؤثر می‌دانند که در خلال

عقد ذکر شود. (۴۸)

چنانچه شرط صحیح باشد، آیا مشروط علیه مجبور به وفاء به عقد می شود یا خیر؟ بین فقهای عامه دو قول وجود دارد: بعضی به استناد «المؤمنون عند شروطهم» شرط را لازم الوفاء می دانند و بعضی دلیلی بر الزام و اجبار نمی بینند. اما اینکه آیا شرط فاسد مفسد عقد است یا نه، در این مسأله عقیده دارند که شرط فاسد مفسد عقد نیست، زیرا وقتی عایشه شرط می کند که ولاء عتق برای بایع باشد، پیامبر شرط را انکار و ابطال می کند، ولی عقد را ابطال نمی کند؛ مع هذا طبق یک قول ابی حنیفه باطل است، زیرا پیامبر از بیع و شرط نهی کرده و جهل به شرط به جهت فساد موجب جهل به ثمن می شود و از طرفی رضای بایع، مقید به شرط بوده اگر شرط به نفع او باشد و همچنین رضای مشتری اگر شرط به نفع او باشد؛ پس تجارت بدون تراضی باطل است. (۴۹)

خاتمه و نتیجه

همانگونه که گفتیم هیچ دلیلی نیست که بگوید شرط عبارت است از التزام و الزام تابع، بلکه از ادله و روایات، خلاف آن ظاهر می شود؛ مثل این روایت «هشام بن سالم قال سمعت ابا عبدالله عليه السلام: عدة المؤمن اخاه نذر لا كفارة له فن اختلف يخلف الله عدتها» (۵۰)؛ یعنی وعده مومن به برادرش نذر است برای آن كفاره ای نیست، هر کس تخلف کند، خداوند نیز از وعده ای که به او داده تخلف خواهد کرد. از روایات دیگر هم نمی توان استفاده کرد که حتماً شرط مثل شرط عدم خیار، شرط تسلیم مبیع در محل خاصی و شرط عدم دخول در ازدواج و شرط القاء زوجه در وطن خود باید در ضمن عقد ذکر شود و امام علیه السلام دستور داده باشد که فقط به این شرطها باید وفاء شود؛ بنابراین دلیل مطلق است و اصاله الاطلاق را می توان جاری کرد.

به طریق اولی شروط تبانی لازم الوفاء هستند، زیرا به منزله جزء و قید معنوی عقد هستند و مثل عقد مشروط فیه لازم الوفاء هستند و حکم به عدم صحّت شرط با تجارت عن تراض سازگار نیست. بنابراین اگر شرط تبانی را درست ندانیم، مثل شهید اول باید حکم به بطلان عقد کنیم؛ زیرا همانطور که گفته شد شرط تبانی قید معنوی عقد است و

عقد بدون شرط مقصود و مطلوب نبوده، بنابراین عقد از قصد تخلف کرده و باطل خواهد بود و چون برای شرط جزئی از احد العوضین در نظر گرفته شده با فساد آن احد العوضین مجهول و معامله فاسد خواهد شد.

پس شرط، خواه متقدم و خواه بعد از عقد و خواه اصلاً عقدی در بین نباشد، لازم‌الوفاء است و عموم و اطلاق ادله شامل تمامی شرطها می‌شود و اجماع هم، همان‌گونه که دیدیم، ثابت نشده تا قابل استدلال باشد یا نباشد و شرط مثل عقد مجرد ربط چیزی به چیزی است؛ همان‌گونه که دیدیم، عقد می‌تواند مستقل یا ضمن عقد دیگری باشد، شرط نیز چنین است.

روایت صحیح مالک بن عطیة مؤید این مطالب است. در این روایت آمده است: مردی پدرش مملوک بود و زن پدرش نیز مکاتبه و مقداری از مال‌الکتابه را پرداخت کرده بود. فرزند او به همسر پدرش گفت: آیا ممکن است که من تو را در پرداخت مال‌الکتابه کمک کنم به شرط آنکه وقتی آزاد شدی بتوانی ازدواجت را با پدرم فسخ کنی؟ گفت آری. سپس او مال‌الکتابه را پرداخت کرد به شرط آنکه برای زن پدرش خیار فسخ نکاح نباشد. حضرت فرمود: «لایکون لها الخیار المسلمون عند شروطهم.» (۵۱)

ظاهر حدیث این است که شرط عدم خیار فسخ برای زن پدر، شرط بدوی است؛ زیرا ارتباط با عقد خارج لازمی ندارد و توجیه روایت به اینکه شرط عدم خیار به قرینه اجماع، در ضمن عقد لازم دیگری آورده شده یا با صلح اسقاط شده توجیه بعیدی است.

یادداشت‌ها

۱. شیخ حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۱۲، کتاب التجارة، باب ۶، از ابواب احکام عقود، ح ۱ و ۲ و ۵ (ص ۳۵۳)، و ج ۱۵، ص ۳۰.
۲. همان، ص ۳۵۴.
۳. الشیخ ابی جعفر الطوسی، الخلاف، ج ۲، ص ۱۳، ناشر اسماعیلیان؛ و لسان‌العرب، واژه شرط. اگر حدیث مذکور از حیث سند درست باشد، معنای آن این است: پیامبر از بیع و شرط نهی کرد؛ به بیان دیگر پیامبر از شرط ضمن عقد بیع نهی کرده است.
۴. ابن قدامه، المغنی، ج ۵، ص ۴۶، ناشر دارالاضواء بیروت.

٥. وسائل، ج ١٦، كتاب النكاح، باب ٤٠ از ابواب المهور، ج ٤، ص ٥٠.
٦. شيخ مرتضى انصارى، مكاسب، ص ٨١، چاپ تبريز.
٧. زين الدين شهيد دوم، شرح لمعه (الروضة البهية)، ج ١، ص ٣٩٣، چاپ افست، (به خط عبدالرحيم)؛ عبارت شهيد چنين است: فيما يدخل فى المبيع... يراعى فيه اللغة و العرف العام و الخاص و كذا يراعى الشرع بطريق اولى بل هو مقدم عليهما... ثم ان اتفقت و الاقيدم الشرعى ثم العرفى ثم اللغوى.
٨. وسائل الشيعه، ج ١٢، كتاب التجارة، باب ٦، از ابواب احكام عقود، ح ١ و ٢ و ٥، ص ٣٥٣.
٩. ر.ك. به: شيخ انصارى، مكاسب، ص ٢١٥. به خط طاهر خوشنويس.
١٠. قاموس اللغة، واژه شرط.
١١. همان.
١٢. سوره مائده، آيه ١.
١٣. وسائل، ج ١٥، ص ٣٠، ح ٤.
١٤. وسائل، ج ١٥، ص ٣٠، ح ٤.
١٥. شيخ محمدرضا مظفر، اصول الفقه، ج ١، ص ١٥٥ به بعد، ناشر دارالنعمان.
١٦. قاموس اللغة، واژه شرط.
١٧. مكاسب، ص ٢٧٥.
١٨. ابوالقاسم گرجى، جزوه حقوق اسلامى (انتشارات دانشکده حقوق و علوم سياسى دانشگاه تهران، ص ٤، سال تحصيلى ٥٧-٥٦).
١٩. همان، ج ١، ص ٣٧.
٢٠. المنجد، واژه شرط.
٢١. منتهى الارب، واژه شرط.
٢٢. انصارى، مكاسب، ص ٢١٥.
٢٣. وسائل، ج ١٥، ص ٣٠.
٢٤. مكاسب، ص ٨٥.
٢٥. همان، ص ٢١٥.
٢٦. همان، ص ٢١٦.
٢٧. العياشى فى تفسيره عن ابن سنان قال سئلت ابا عبدالله (ع) عن قول الله عزوجل: يا ايها الذين امنوا افوا بالعقود، قال: اليهود؛ به نقل از: وسائل، ج ١٦ كتاب النذر و العهد، باب ٢٥، ح ٤.
٢٨. حاشيه المكاسب، ج ٢٧، ص ١١٧، چاپ افست.
٢٩. همان، ص ٤.

۳۰. عوائد الايام، چاپ افست، ص ۴۳.
۳۱. انصاری، مکاسب، ص ۲۸۵.
۳۲. شهید اول، الدروس الشرعية فی فقه الامامية، ص ۳۴۳، سطر ۲، چاپ افست، انتشارات صادقی.
۳۳. شرح لمعه، ج ۱، به خط عبدالرحیم، چاپ افست، ص ۳۸۵.
۳۴. همان.
۳۵. قرآن کریم، سوره مائده، آیه ۱.
۳۶. وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۳۰، ح ۴.
۳۷. همان، ص ۲۹۶.
۳۸. شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۱۲، چاپ آخوندی.
۳۹. همان، ج ۲۴، ص ۱۹۸.
۴۰. تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۵۱۹، چاپ افست، ناشر مرتضوی.
۴۱. جواهر الفقه، مسأله ۱۹۵، ناشر جامعه مدرسین قم.
۴۲. مختلف الشیعه، ج ۲، ص ۱۷۲، چاپ سنگی.
۴۳. انصاری، مکاسب، ص ۲۲۱.
۴۴. به نقل از: انصاری، مکاسب، همان صفحه.
۴۵. نراقی، عوائد الايام، چاپ افست، ص ۴۶، ناشر مکتبه بصیرتی.
۴۶. همان.
۴۷. خلاف، ج ۲، ص ۱۴-۱۳، ناشر کتابفروشی اسماعیلیان.
۴۸. ابن قدامه، المغنی و الشرح الکبیر، ج ، ص ۵۴ به بعد و نیز ص ۳۰۸ به بعد.
۴۹. نقل از: نراقی، عوائد الايام، ص ۴۶، چاپ افست.
۵۰. وسائل الشیعه، ج ۱۶، کتاب المکاتبه، باب ۱۱، ج یک، ص ۹۵.