

سال انتشار	۱۴۰۵	شماره انتشار	۲۶	صفحات	۱-۱۶
------------	------	--------------	----	-------	------

## پژوهشی در «الزام آوری شرط ضمن عقد جایز» در فقه امامیه و حقوق موضوعه

دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی (نویسنده مسئول)، فائزه حیدری و دکتر عبدالله بهمن پوری

دانشیار گروه آموزش الهیات دانشگاه فرهنگیان، تهران، ایران. [a.alishahi@cfu.ac.ir](mailto:a.alishahi@cfu.ac.ir)

دانش آموخته کارشناسی ارشد الهیات دانشگاه یاسوج.

دانشیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج.

### چکیده

یکی از اقسام شروط که در مورد لازم الوفاء بودن یا نبودن آن در میان فقها اختلاف نظر شدید وجود دارد، شروط ضمن عقد جایز می-باشد. سه دیدگاه عمده در این خصوص بین فقهاء وجود دارد: الف: بطلان شرط. ب: عدم لزوم شرط ضمن عقد جایز. ج: لازم الوفاء بودن شرط ضمن عقد جایز. مشهور فقها این-گونه شروط را لازم-الوفاء نمی-دانند، چون بر این باورند که شرط، در لزوم و جواز تابع عقد است، بدین معنا که اگر عقد لازم باشد، شرط ضمن آن نیز لازم و اگر عقد جایز باشد، شرط ضمن آن نیز جایز است، لذا عموم ادله وفای به شروط از جمله «المؤمنون عند شروطهم» شامل این دسته از شروط نمی-شود. هر کدام از این گروه-ها برای اثبات نظریه خود به ادله-ای استناد کرده-اند که پس از بررسی و نقد به نظر می-رسد نظریه گروه دوم به حقیقت نزدیک-تر باشد. در خصوص لزوم شرط ضمن عقد جایز به نظر می-رسد اگر قصد مشترک دو طرف در راستای ایجاد التزام باشد و در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی و به دور از هرگونه تشریفات باشد، هیچ تفاوتی نبوده که این خواست ضمن عقد لازم بیان شود یا در عقد جایز و این دیدگاه همسو با نظر فقیهانی است که با لزوم وفای به شروط ابتدائی موافقت کرده-اند.

واژگان کلیدی: شرط ضمن عقد، عقد لازم، عقد جایز، لزوم شرط.

طبقه‌بندی: JEL، فقه - حقوق - جزا و جرم شناسی - حقوق بین الملل - حقوق خصوصی

## A research on "binding a condition in a permissible contract" in Imami jurisprudence and subject law

Abolfazl Alishahi QalaJoghi, Faiza Heydari, and Abdullah BahmanPuri

### Abstract

One of the types of conditions that there is a strong disagreement among the jurists about whether or not it is necessary to fulfill them, are the conditions included in the contract. There are three main views in this regard among the jurists: A: invalidity of the condition. B: The necessity of a condition in a permissible contract. C: It is permissible to fulfill the condition of the contract. The famous jurists do not consider such conditions to be fulfilled, because they believe that the condition is subject to the contract in its necessity and permissibility, which means that if the contract is necessary, the condition in addition to it is also necessary and if the contract is permissible, the condition in addition to it is also permissible, therefore, the general proofs of compliance with the conditions, such as "Al-Mu'minun at their conditions" are not included in this category of conditions. Each of these groups have cited examples to prove their theory, and after examination and criticism, the theory of the second group seems to be closer to the truth. Regarding the necessity of a condition in a permissible contract, it seems that if the common intention of the two parties is to create an obligation and it is in the form of Article ۱۰ of the Civil Code and is far from any formalities, there is no difference whether this desire is expressed in a necessary contract or in a permissible contract, and this view is in line with the opinion of jurists who have agreed with the necessity of fulfilling the initial conditions.

**Keywords:** A condition within a contract, Necessary contract, Permissible marriage, Necessity of the condition.

## متن مقاله

- بیان مساله

مشهور فقها، شرط را از حیث لازم و جایز بودن تابع خود عقد می-دانند؛ پس شرط را هم-چون خود عقد جایز دانسته-اند، قانون مدنی نیز از قول مشهور تبعیت کرده و شرط را برای از بین بردن حق فسخ دو طرف کافی نشمرده- است؛ با این حال فقهای آن را لازم دانسته-اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۴/۱۷؛ حکیم، ۱۴۱۶: ۲۶۸/۸). اوج اختلاف این دو گروه در جایی است که در ضمن عقد جایز، لازم بودن عقد شرط شود. مساله حائز اهمیت این است که اگر شرط الزام داشته باشد، حتی اگر خود عقد ذاتا جایز باشد، نمی-شود آنرا به هم زد مانند اینکه موکل نمی-تواند وکیل را عزل کند تا وقتی شرط باقی باشد، و دو نظر مطرح شده است در خصوص زمانی-که مفاد غیر شرطی بخشیدن الزام به عقدی جایز باشد: طبق نظر غیر مشهور، امکان به هم زدن شرط، مشروط به برهم زدن عقد است. مشهور در مثال شرط عدم عزل بیان می-کنند که حتی با وجود شرط می-توان عقد را بر هم زد، زیرا این فقها معتقدند شرط ضمن عقد جایز، امری جایز الوفا تلقی شده است.

به عنوان نتیجه می-توان گفت: عقد وکالت و امثال آن با اعمال شرط عدم عزل از دیدگاه مشهور فقها در جواز خود پا برجاست در حالی که در رویکرد گروه مقابل، عقد از جواز به لزوم تبدیل شده است. در تحقیقی حسن عاملی شروط را به دو دسته کلی تقسیم کرده اند که عبارتند از شروط دارای التزام مستقل از عقد و شروطی که التزام مستقل از عقد ندارند که مورد اخیر به شروط ضمن عقد جایز و شروط ضمن عقد لازم تقسیم می گردد. در مورد شروطی که قابلیت التزام مستقل دارند صور چهارگانه بیان شده که عبارتند از ۱- عقد و شرط هر دو لازم باشند ۲- عقد و شرطه جایز باشند ۳- عقد لازم و شرط جایز باشد ۴ عقد جایز و شرط ذاتا عقد لازم باشد که بحث را با توجه به حالات مختلف تبیین نموده است (حسن عاملی، ۱۳۸۱: ۱۳۹/۱۶-۱۶۴). در تحقیق دیگری عسکر جعفر زاده معتقد است در حالت تردید در مخالف بودن شرط با

مقتضای ذات و ماهیت عقد از نظر حقوق ضابطه است که دادگاه باید با توجه به قوانین موضوعه و اوضاع و احوال و آثار اصل موضوع را تشخیص و در هر مورد و مقتضی صادر نماید (جعفرزاده، ۱۳۷۶: ۴۱/۲-۷۰). در مقاله محمد رشیدی، التزام متعهد و ایجاد حق برای طرف مقابل به سادگی قابل عدول نبوده یا چنانچه یکی از طرفین یا هر دوی آنها بخواهند حق فسخ خود را اسقاط نمایند؛ در قالب شرط نتیجه و شرط فعل قابل بررسی است و امکان اشتراط آن در خود عقد جایز یا ضمن عقد لازم دیگری وجود دارد (رشیدی، ۱۳۹۹: ۳/۹). در تحقیقی مرضیه پیلهور با بررسی نظریه ی مشهور فقها در رابطه با شرط وکالت در طلاق به این نتیجه رسید که زوج می-تواند وکالت در طلاق را در موارد مشخص یا حتی به طور مطلق به زوجه دهد و با توجه به اینکه وکالت از عقود جایز است؛ در ضمن عقد نکاح که شرط شود همانند عقد لازم غیر قابل انحلال می گردد و ادعای اجماع بر بطلان وکالت بر اثر عارضه شدن جنون هم بر مواردی می شود که وکالت به صورت مستقل انجام گیرد (پیلهور، ۱۳۸۶: ۹/۱۱). مهدی پناهی در مقاله ای به بررسی شرط وکالت و شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد خارج لازم نیز پرداخته اند. از آنجایی که عقد وکالت از عقود جایز و اذنی است و در هر زمان و بدون علتی موجه، قابل فسخ است، موجب گردیده نظر طرفهای قرارداد را تامین نکند. در نتیجه برای رفع این تزلزل در عقد وکالت و به منظور ایجاد رابطه پایدار و غیرقابل فسخ برخی از افراد به وکالت بلاعزل یا وکالت بدون استعفا روی آورده اند (پناهی، ۱۳۹۰: ۱۱/۵).

با توجه به مباحث مطرح شده و از آنجایی که در پاره ای از مواقع طرفین عقود جایز با هدف استمرار رابطه، سعی در غیر قابل انحلال نمودن آن عقد جایز دارند که در همین راستا شروطی را مبنی بر عدم قابلیت فسخ در آن عقد می-گنجانند؛ مثلا عقد وکالت در قالب شرط وکالت بلا عزل در می-آید. نظر به اینکه در برخی از موارد عملی مشکلاتی برای طرفین بروز پیدا می کند که اهم آن ناشی از جهل طرفین به قانون و یا مشکلات عملی خود قانون بوده که حتی با وجود درج شرط لازم الوفاء باز عقد جایز است که با اراده طرفین و حدوث مواردی دیگر منحل می-گردد؛ ولی

### ۳- شروط ضمن عقد

تعهدات فرعی در ضمن معامله، شرط ضمن عقد است، مانند اینکه خریدار بر فروشنده شرط نماید که در صورت تأخیر در تحویل موضوع قرارداد، باید روزانه مبلغ معینی را به عنوان خسارت به او پرداخت نماید (نراقی، ۱۴۱۷: ۱/۱۲۸؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲/۲۸۵؛ خمینی، ۱۳۶۸: ۵/۳۰۳). یا الزام و التزام به چیزی ضمن عقد یا ربط و وابستگی میان عقد و تعهدی که در پی آن می-آید، است (خمینی، ۱۳۶۸: ۵/۳۰۶-۳۰۷). در اصطلاح حقوقی، تعهدی است که در نتیجه طبیعت تعهد یا تراضی دو طرف، بین عقد و آن تعهد علاقه و ارتباطی مانند اصل و فرع موجود باشد، خواه عقد بر مبنای آن واقع شود، یا مفاد شرط را دو طرف ضمن عقد بیاورند یا بعد از عقد به آن ضمیمه کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۸/۱۱۹).

### ۴- عقد جایز و اقسام آن

عقد جایز، ذاتا قابل فسخ -است (مراغی، ۱۴۱۷: ۲/۳۶). چنین عقدی طبیعتا با موت، جنون و سفه متعاقدين منفسخ می-شود (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳/۱۹۸) و نیاز به قبول طرف مقابل نیست (طاهری، ۱۴۱۸: ۲/۱۵). بنابراین، عقد جایز در فقه امامیه، در دو معنای قابل فسخ بودن و به معنای عقدی که ذاتا و بدون خیار، قابل فسخ می-باشد، است. البته جز در موردی که قانون استثنا کرده باشد، دو طرف می-توانند از حق فسخ خویش بگذرند. فقها عقد جایز را به دو دسته تقسیم کرده-اند: عقود جایز الطرفین مانند شرکت، وکالت و مضاربه به این معنا که هر یک از طرفین هر وقت بخواهند می-توانند آن را فسخ کنند و با مرگ نیز منفسخ می-شود (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۱/۲۶۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۲/۴۰۹). عقد جایز از یک طرف مانند رهن که از سوی راهن لازم و از طرف مرتهن جایز است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۰/۲۴۳)؛ چون در راستای مصلحت مرتهن است (کاشانی، ۱۱۱۹: ۳/۱۳۷) که می-تواند هر زمان که اراده کند از وثیقه در گذرد (امامی، ۱۳۸۶: ۶/۵۵).

### ۵- لازم-الوفاء بودن یا نبودن شروط ضمن عقد جایز

اندیشمندان حقوق، عدم جریان خیار در عقود جایز را یک مساله مسلم تلقی کرده-اند در حالی که این مساله محل اختلاف نظر است. بررسی آثار

موانعی را در راه انحلال عقد این گونه شروط از سوی یکی از طرفین ایجاد می نماید -در حالیکه شاید متعاقدين در بدو امر چنین تصویری از این ماهیت حقوقی نداشته باشند که همین امر سبب بروز مشکلاتی خواهد شد. به همین جهت بحث لزوم شرط ضمن عقد جایز و آثار آن با هدف تبیین موضوع انتخاب گردیده و سعی گردیده موضوع به گونه-ای بدیع و نوآورتر از آثار و نوشته-های پیشین باشد. موضوع شرط ضمن عقد جایز در آثار و نوشته-های بسیاری به چشم می-خورد اما به نظر می-رسد مشخصا در آثار قبلی عقود خاصی از جمله عقد وکالت محور مطالعاتی قرار گرفته است. از اینرو انجام پژوهشی برای اثبات اینکه، "شرط ضمن عقد جایز، لزوم وفا دارد" ضروری بنظر می رسد.

### ۲- شرط در لغت و اصطلاح

شرط در معنای علامت و نشانه (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۳/۲۶۰)، الزام و التزام در عقد بیع و مانند آن است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲/۲۹). البته از عبارت «الزام الشيء و التزام فی البیع» به دست می-آید که این الزام و التزام نمی-تواند مستقل باشد، بلکه تبعی است و واژه الزام، اجبار به حقوقی است که بر عهده شخص ثابت می-شود، یعنی تکلیفی که باید انجام شود (شهیدی، ۱۳۹۱: ۱۴/۱۸). هم-چنین الزام و التزام به چیزی ضمن عقد یا ربط و وابستگی میان عقد و تعهدی که در پی آن است، می-آید (خمینی، ۱۳۶۸: ۵/۳۰۶-۳۰۷).

شهید اول، در تعریف شرط بیان داشته است: «شرط، عبارت است از چیزی که اثرگذاری هر چیز اثرگذار، بستگی به آن دارد» (شهید اول: ۱۳۰۸: ۱/۶۴). برخی نیز معنای شرط را مطلق الزام و التزام می-دانند و لازم نیست ضمن عقد دیگری بیاید و اینکه چیزی است که از عدم آن، عدم لازم آید، خواه از وجودش وجود آن لازم آید یا خیر. پس لفظ شرط در اینجا جامد است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱/۱۱۶). البته می-توان معنای دوم در کلام شیخ انصاری را به همان معنای اول برگرداند (یزدی، ۱۴۱۰: ۲/۱۰۵). ولی اینگونه به- نظر می-رسد که هیچ-یک از تعاریف فوق دقیق نمی-باشد چرا که شرط یک تعهد تبعی فرعی بر-آمده از حاکمیت اراده است که منوط و وابسته به تعهد اصلی یعنی عقد می-شود.

۱-۵- ادله نظریه رد خیار در عقود جایز  
۱- اجماع فقهاء  
بسیاری از فقیهان در این باره ادعای اجماع کردند (باقری اصل، ۱۳۹۱: ۲۹/۶).

۲- منافات ماهیت عقود جایز با جریان خیار  
مشهور فقیهان بین ماهیت عقود جایز و جریان خیار در آنها مناقات دیده  
و به عدم جریان خیار در عقود جایز تصریح نموده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۱۱/۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۸۸/۸).

۳- خلاف اصل بودن جریان خیار در عقود جایز  
اصل مذکور، «الاصل فی العقود لزوم» است و مقصود از خلاف اصل  
بودن جریان خیار در عقود جایز، همان معنای استصحاب عدم جریان خیار  
در عقود لازم باشد.

۲-۵- ادله نظریه پذیرش خیار در عقود جایز  
۱- ادله عمومی صحت جعل شرط  
برخی از فقها جریان خیار شرط را در بعضی عقود جایز پذیرفته و بدان  
تصریح کرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۸۲/۲؛ ابن براج، ۱۴۰۶: ۳۵۶/۱).

۲- اجماع فقهاء در اختصاص خیار مجلس به بیع  
مشهور فقیهان خیار مجلس را به عقد بیع اختصاص داده و جریان آن را  
در هر عقدی اعم از لازم و جایز رد کرده و دلیل استثنای خیار مجلس از  
جریان در عقود جایز ادعای اجماع و اصل سالم از معارض در اختصاص  
خیار مجلس به بیع دانسته‌اند (باقری اصل: ۱۳۹۱، ۳۷/۶).

۳- عدم قول به فعل و اجماع مرکب  
هر فقیه‌ای که جریان خیار شرط را در عقدی از عقود جایز پذیرفته جریان  
آن را در سایر عقود جایز نیز قبول کرده است و اگر جریان خیار شرط را  
در عقدی از عقود جایز نپذیرفته جریان آن را در سایر عقود جایز نیز قبول  
نکرده است در نتیجه باید گفت باید در تمام موارد به جریان خیار شرط  
در همه عقود جایز معتقد شویم و یا در تمام موارد به عدم جریان خیار  
شرط در همه عقود جایز رای دهیم (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۱۲/۳).

۳-۵- عدم لزوم شرط ضمن عقد جایز

مکتوب حقوقدانان این حقیقت را نشان می‌دهد که آنان وجود ماده ۴۵۶  
قانون مدنی را که جریان خیارات را تنها در عقود لازم ممکن می‌داند یک  
فرض قانونی دانسته و پرداختن به جریان خیار در عقود جایز را مانند  
برخی از فقیهان امری زائد تلقی کرده‌اند؛ زیرا طبق نظر منکران جریان  
خیار در عقود جایز جواز فسخ در ماهیت عقود جایز نهفته شده است  
(باقری اصل، ۱۳۹۱: ۲۸/۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۱۶/۱).

هرچند تلقی مذکور طبق فرض قانونی درست باشد و ماده ۴۵۶ قانون  
مدنی به این بحث در عقود لازم پایان دهد ولی اولاً ماده مذکور در قلمرو  
عقود لازم است و سیاق ماده مذکور نشان می‌دهد که مفاد آن مشمول  
عقود جایز نیست و حتی استدلال برخی بر جواز ذاتی عقود جایز به فهم  
این سیاق کمک کند و ثانیاً جریان خیار در عقود جایز می‌تواند فایده و  
آثار حقوقی داشته باشد. سوال این است اگر کسی بخواهد جریان خیار را  
در عقود جایز رد نماید و یا آن را بپذیرد توجیه فقهی هر کدام از رد و  
قبول چگونه است؟

مشهور فقیهان، جریان خیار در عقود جایز را رد کرده و آن را بر -خلاف  
قواعد حاکم بر عقود جایز دانسته‌اند؛ زیرا جریان خیار در آنها بر خلاف  
اصل است، ولی، دیگران، جریان خیار را در این نوع عقود مانند عقود لازم  
صحیح تلقی کرده‌اند. از منظر مشهور، شرط ضمن عقد جایز، باطل است  
و اگر مفاد شرط اعطای لزوم باشد، عقد نیز باطل است، زیرا آن شرط  
منافات با مقتضای عقد دارد، زیرا اگر شرط در ضمن آن گنجانده شود  
تردیدی نیست که مشمول ادله شرط قرار گیرد، در این صورت باید عقد  
هم واجب الوفاء باشد و لازمه آن انقلاب عقد جایز به لازم توسط شرط  
است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۶۴۳/۲). برای همین است که اگر شرط  
منافی با مقتضای عقد کند، مثل شرط ضمان مال در مضاربه، چنین عقدی  
باطل است (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۳۱/۲). به نظر می‌رسد چنین  
استدلالی صحیح نباشد؛ زیرا آنچه که باعث ضرر و زیان می‌شود، منافات  
با مقتضای ذات عقد است نه منافات با مقتضای اطلاق عقد، در حالی که  
شرط عدم فسخ در مضاربه و امثال آن منافی اطلاق و جواز عقد می‌باشد  
و نه منافی ذات عقد.

شرط مندرج در آن را نیز فسخ کرد و در نتیجه خود را از التزام به مفاد شرط بری کرد. برای همین است که برخی از فقیهان گفته‌اند: هیچ دلیلی غیر از قاعده تبعیت، برای این قول وجود ندارد، بنابراین دلیلی که بر جواز خود عقد دلالت می‌کند، دلیل جواز شرط ضمن آن نیز هست چون شرط به تعبیر فقها کالجزء است و «المؤمنون عند شروطهم» بر صحت شرط و وجوب وفاء به عقد دلالت می‌کند و این معنای تبعیت است، بدین صورت که شرط از توابع عقد و کالجزء است پس اگر عقد جایز باشد، شرط نیز جایز است (یزدی، ۱۴۱۰: ۱۲۴/۲-۱۲۵).

شهید ثانی فرموده است: قراض و مضاربه چونکه از عقود جایز-اند لزوم وفا ندارد پس شرطی که در ضمن آن می‌شود نیز لازم الوفاء نیست زیرا شرط مانند جزء عقد است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴/۳۹۵).

در نقد دلیل تابعیت می‌توان گفت مقصود از تابع بودن شرط این است که وجود اعتباری شرط وابسته به عقد اصلی است به گونه‌ای که با انحلال عقد، شرط نیز منحل می‌گردد، اما لزوم یا جواز از احکام شرط بوده و تابع ادله جداگانه‌ای باشد که مهمترین آنها عموم «المؤمنون عند شروطهم» که بر لزوم شرط دلالت می‌نماید (یزدی، ۱۴۱۰: ۱۰/۱۱-۱۱).

#### ۶-۲- اولویت

زمانی که خود عقد جایز باشد، شرط ضمن آن به طریق اولی جایز شمرده می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴۳/۲۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳/۲۸۵). از آن روی که رتبه فرع از اصل پایین‌تر است، مثلاً شرط مدت ضمن عقد مضاربه الزام آور نیست، بلکه جایز است و طرفین هر وقت بخواهند می‌توانند رجوع کنند به خاطر این که اصل عقد جایز است (حائری، ۱۴۱۸: ۳۳۶/۹).

دلیل اولویت مجمل است و معلوم نیست مراد از اولویت چیست پس ادعای اولویت صلاحیت اثبات مطلب را ندارد مگر این که مراد از اولویت همان چیزی باشد که آیت‌الله خویی گفته و آن این است که «شرط چیزی اضافه بر مشروط (عقد) ندارد، پس اگر مشروط لازم نباشد شرط به طریق اولی لازم نیست». اگر مراد از اولویت این باشد که مانعی نیست در اینکه شرطی که مشروط به امر (عقد) جایز است، واجب الوفا باشد کما اینکه

قول مقابل، عدم وجوب وفا به شرط ضمن عقد جایز است، زیرا شرط ضمن عقد، از نظر لزوم و جواز وابسته به عقد است. لذا شرط ضمن عقد جایز حتی در صورت عدم فسخ عقد، به مانند خود عقد جایز، لازم الوفاء شمرده نمی‌شود و بر لازم نبودن چنین شرطی ادعای اجماع شده است (فشارکی، ۱۴۱۳: ۴۵۲/۱). منظور این فقیهان از عدم لزوم شرط ضمن عقد جایز، جواز فسخ عقد است نه عدم وجوب وفاء به شرط ضمن عقد حتی با عدم فسخ (یزدی، ۱۴۱۰: ۱۱/۲). مشهور فقها، شرط را در لزوم و جواز تابع عقد می‌دانند بدین معنا که اگر عقد لازم باشد شرط به تبعیت از آن لازم و اگر عقد جایز باشد، شرط نیز جایز خواهد بود و شرط ضمن عقد جایز نمی‌تواند الزام‌آور باشد (یزدی، ۱۴۱۰: ۱۲۴/۲).

#### ۵-۴- لازم الوفاء بودن شرط ضمن عقد جایز

بسیاری از فقها، شرط ضمن عقد جایز را لازم الوفاء دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۴/۱۷؛ حکیم، ۱۴۱۶: ۲۶۸/۱۲؛ خمینی، ۱۳۶۷: ۲۲۱/۳). محقق سبزواری در مورد وفای به شرط در عقد جایز می‌گوید: وفای به شرط به مانند وفای به اصل عقد واجب است، چه عقد لازم و چه جایز باشد، به خاطر وجوب وفای به شرط مستفاد از عموم قول نبی (ص) «المؤمنون عند شروطهم» و این منافاتی با جواز اصل عقد ندارد، چرا که جواز اصل عقد، چیزی است و وجوب وفاء به شرط مذکور در ضمن آن عقد چیز دیگری است که ربطی به یکدیگر ندارند، و این مانند وجوب انفاق بر زوجه است با وجود جواز طلاق زوجه هر وقت که زوج بخواهد و یا مانند حرمت برخی از امور بر معتکف است با وجود جواز رفع ید از اصل اعتکاف در دو روز اول آن و دلیلی از عقل و نقل بر امتناع این کلام نیست (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۱۹/۱۷).

#### ۶-۶- ادله مخالفان وفا به شرط ضمن عقد جایز

##### ۶-۱- تبعیت شرط از عقد

از آنجایی که شروط و تعهدات در ضمن عقود از حیث لزوم و جواز از عقد اصلی تبعیت می‌کند، یعنی شرط ضمن عقد لازم الزام آور است و شرط ضمن عقد جایز الزام آور نیست (محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۵۶/۸). بنابراین در شرط ضمن عقد جایز، چون عقد اصلی قابل فسخ است، پس می‌توان

هیچگونه مخالفتی با لزوم شرط ندارد و این شرط در عالم خارج غیرممکن است، چرا که در مضاربه که عقدی جایز است هم عامل و هم مالک بنا به دستور شرع مالک فسخ هستند و شرط عدم مالکیت مخالفت با شرع است، پس نتیجتاً عقد را نمی-شود به وسیله شرط لازم کرد و هرگاه شرط باطل شود عقد هم باطل می-شود. گروهی معتقدند منظور از عدم مالکیت برای حق فسخ بعد از اشتراط این شرط است، گروهی از فقها معتقدند شرط لزوم، با کتاب و سنت مخالف است و این باعث بطلان شرط می-شود ولی اصل مضاربه باطل نمی-شود و چون ملازمه-ای میان فساد شرط و مشروط وجود ندارد می-توان اینگونه پاسخ داد که اولاً: وجود دلیل شرعی برای جواز عقد هرچه باشد مخالفتی با لزوم شرط ندارد. زیرا دلیل جواز عقود جایز یا اجماع است یا قصور ادله لزوم. اولاً: اجماع دلیل لبی است و در آن به قدر متیقین (اجماع جواز خود عقد) اکتفا می-شود. ثانیاً: در عقود اذنی، قصور در لزوم مخصوص به خود عقد بوده و شروط ضمن آن را شامل نمی-شود. ثالثاً زمانی که شک کنیم شرط مخالف کتاب است یا خیر؟ استصحاب عدم مخالفت را اجرا می-کنیم اگر مخالفت را بپذیریم، الزام به شرط با احکام مقتضی سنت و کتاب مخالفت می-کند و این امکان وجود دارد که با حکم اقتضایی مخالفت کرد یا آن-ها را تغییر داد (جعفری و علی آبادی، ۱۳۹۶: ۹۷/۷۸-۹۸).

#### ۶-۵- جواز فسخ عقد جایز

قابلیت فسخ عقد جایز، علت جواز شرط ضمن آن نیز هست از آن جهت که به تبع از فسخ عقد، شرط نیز منفسخ می-شود بدلیل اینکه شرط، استقلال وجودی ندارد بلکه از نظر لزوم و جواز تابع عقد بوده و طرفین آن را به عنوان تعهد مستقل مورد التزام قرار داده-اند. همچنین راه فسخ شرط فسخ خود عقد است، لذا از این روی شرط می-تواند دچار زوال ارادی و اختیاری شود، پس وفا به شرط ضمن عقد جایز لازم نیست. اینکه عقد جایز الزام آور نیست بدین معنا نیست که با وجود عقد جایز و عمل به آن، لزومی به وفای شرط ضمن آن نباشد، بلکه چنین تفسیر می-شود که طرفین قادر به از بین بردن اصل عقد هستند تا خود را از عمل به شرط معاف کنند. از اینرو هرگاه مضاربه ضمن عقد جایز قید شود، به صورت

در اکثر واجبات مشروط، به همین صورت است مانند سفر نسبت به قصر نماز یا قصد اقامه (۱۰ روز) نسبت به تمام خواندن نماز در غیر سفر، می-بینیم در اینجا با اینکه سفر واجب نیست اما قصر بنا بر تقدیر سفر واجب است (اردبیلی، ۱۴۲۱: ۸۴/۱؛ خویی، ۱۴۰۹: ۴۳/۱). همچنین، با توجه به آنچه که در رد دلیل اول، با اشاره به وجود دلیل بر لزوم شرط ضمن عقد جایز گفته شد، اینگونه استدلال-های اعتباری اثری نخواهد داشت.

#### ۶-۳- منافات با اقتضای عقد

در شرط ضمن عقد جایز، علاوه بر حصول جواز عقد و الزام به تبعیت از شرط، به این سبب نیز جایز شده که اگر مفاد شرط، بخشیدن الزام به عقد باشد و خود شرط هم لازم باشد، در مواردی می-تواند منافی مقتضای عقد باشد. (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۳۱/۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۲۶/۲۰؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۵۵/۸). صاحب جواهر در این باره نظری قابل توجه دارد و می-گوید: مخالفت با حکم شرعی عقد، بر مبنای لزوم و جواز نیست، بلکه مشروط علیه قصد دارد از حق فسخی که شارع برای او مقرر کرده است بهره نبرده و عملاً عقد را فسخ نکند. چنین شرطی نمی-تواند منافی با مقتضای ذات عقد به حساب آید چرا که اگر چنین باشد، یعنی برخلاف مقتضای ذات عقد وکالت باشد در آن صورت نمی-توان آن را در ضمن عقد لازمی شرط کرد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴۱/۱). به نظر می-رسد شرط عدم فسخ، مخالف مقتضای اطلاق عقد جایز است نه ذات آن، یعنی باطن هیچ یک از عقود، ذاتاً بیانگر لزوم و جواز نبوده بلکه آنچه در اینجا دارای اهمیت و تاثیر-گذار است، اراده طرفین است.

#### ۶-۴- مخالفت با کتاب و سنت

شرط عدم فسخ در عقد مضاربه مخالف کتاب است، چون جواز این عقد مدلول کتاب می-باشد و لذا شرط مذکور باطل است (حکیم، ۱۴۱۶: ۲۶۸/۱۲). این استدلال نیز درست نیست، چرا که اگر فرض کنیم لزوم شرط، مخالف کتاب و سنت است، این به این معناست که خلاف حکم اقتضایی کتاب و سنت است و از آن جهت که مخالفت با حکم اقتضایی شرع صحیح نیست، پس مخالفت با لزوم شرط ممنوعیت دارد و همچنین شرع

از جمله ادله برای جایز بودن شرط، اجماع می‌باشد و اجماع دلیل لبی است و در دلیل لبی به قدر متیقن اکتفا می‌شود و قدر متیقن اجماع جواز خود عقد است نه توابع آن مانند شرط و دلیلی بر ملازمه بین جواز عقد و جواز شرط وجود ندارد (حکیم، ۱۴۱۶: ۲۶۸/۱۲؛ اردبیلی، ۱۴۲۱: ۸۴/۱).

۷-۲- منوط بودن وجوب و فاء به شرط ضمن عقد جایز منوط به ابقای عقد

حکم لزوم شرط، مقید به حیات عقد است و اگر عقد از بین برود شرط نیز منتفی می‌شود، پس مخیر بودن انسان در رفع موضوع حکم وجوب، دلیل بر محال بودن ثبوت حکم وجوب برای آن موضوع نیست، بنابراین شرطی که در ضمن عقد جایز درج می‌شود مشمول عموم «المؤمنون عند شروطهم» می‌شود و لازم است در حالی که عقد اصلی هم چنان جایز خواهد بود و به عبارت دیگر «المؤمنون عند شروطهم» یک قضیه حقیقیه بوده بدین معنا که هرگاه شرطی در خارج محقق گردد، وفای به آن واجب است (خویی، ۱۴۱۸: ۱۲۵/۶؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۴۰۸/۳). وفای به شرط در ضمن عقد جایز تا زمانی که عقد باقی و فسخ نشده، لازم است و اگر عقد فسخ شود، وجوب عمل به شرط نیز ساقط می‌شود و معنای جواز شرط در عقود جایز همین است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۵۷/۱). متفاهم عرفی از اشتراط چیزی بر دیگری در معامله همان عمل به شرط تا زمانی که عقد باقی است، می‌باشد و الا معنا ندارد که در صورت فسخ عقد، مشروط---علیه عمل به شرط نماید هم-چنین است اگر مرد بر زنش در نکاح منقطع نفقه را شرط کند. این حکم در تمامی معاملات صدق می‌کند (خویی، ۱۴۱۸: ۳۱/۳). بنابراین می‌توان گفت: در صورت پایان یافتن حیات عقد، شرط نیز از بین می‌رود و اگر بپذیریم که معنای وفاء به عقد، ترتب آثار عقد ولو پس از عقد باشد این معنا در مورد بحث ما جاری نیست زیرا معنای وفاء به شرط، عدم فسخ است بدیهی است که اگر مشروط علیه عقد را فسخ کند دیگر متعلق وجوب وفا وجود ندارد تا لازم الاتباع باشد؛ زیرا بعد از فسخ عقد منحل می‌شود.

۷-۳- جایز بودن شرط عدم فسخ مخالف مقتضای اطلاق عقد

عقد لازم تلقی نمی‌شود، و مادامی که عقد اصلی بر هم نخورده الزام-آور بوده و چنانچه میل بر آن بود که عمل نکنند باید عقد اصلی را به هم بزنند (طاهری، ۱۴۱۸: ۲۷۱/۴). البته این مطلب در شروطی-پذیرفته می‌شود که معنای آن اعطای لزوم به عقد نیست (یزدی، ۱۴۱۰: ۲۱۹/۲). در بین مشهور فقها این نظر مورد توجه قرار نگرفته است از آن جهت که برای مواردی که اقتضای شرط لزوم خود عقد است، حصول چنین امری وابسته به لازم الوفاء بودن شرط است، به عنوان مثال شرط عدم عزل در عقد وکالت و شرط عدم فسخ در مضاربه. این در حالی است که مشهور فقها قائل به جایز بودن شرط ضمن عقد جایز هستند نه لازم الوفاء بودن آن. همچنین فقهای مشهور خود تاکید دارند که مفهوم عدم وجوب وفاء به شرط ضمن عقد جایز، عدم وفا به علت جواز خود عقد است نه آنکه فسخ عقد موجب از بین رفتن موضوع وجوب وفاء به شرط می‌گردد.

۶-۶- وجوب وفاء به شرط ضمن عقد جایز در صورت فسخ عقد اصلی لازمه وجوب وفا به شرط ضمن عقد جایز این است که حتی در صورت فسخ عقد اصلی، عمل به شرط لازم باشد در حالی که چنین نتیجه‌ای قطعاً صحیح نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۳۴۳).

در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت: دلیل لزوم شرط اختصاص به خود عقد دارد، پس اگر عقد فسخ شود شرطی که موضوع لزوم بود نیز از بین می‌رود (حکیم، ۱۴۱۶: ۲۶۸/۱۲).

۷- ادله موافقان وفاء به شرط ضمن عقد جایز

این گروه معتقدند که شرط ضمن عقد جایز، لازم-الوفاست و تا زمانی که عقد اصلی باقی است وفا به شرط نیز لازم است و با از بین رفتن عقد، شرط نیز از بین می‌رود و معتقدند که آیه اوفوا بالعقود هم شامل عقد جایز می‌شود هم لازم و هم-چنین روایت المؤمنون عند شروطهم، هم شرطی که در ضمن عقد جایز می‌شود و هم شرطی که در ضمن عقد لازم می‌شود را شامل می‌شود و علاوه بر این برای اثبات نظر خود به ادله دیگری استناد کرده‌اند که ذیلا به آنها اشاره می‌گردد:

۷-۱- اختصاص ادله جایز بودن شرط به خود عقد

این گروه تبعیت شرط از عقد را در جایز بودن رد کرده‌اند و می‌گویند:

#### ۷-۵- حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم»

روایت «المؤمنون عند شروطهم» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۶۹/۵). مؤمنین به شروطی که پذیرفته‌اند پایبندند. این حدیث به معنای پایبندی و تعهد مسلمان به شروط خود و عمل به مقتضای آن است و این به معنای وجوب آن شروط است. هر مسلمانی، پای شروط خود ثابت قدم است و این معنای ثابت بودن مسلمان پای شروط خود، عمل کردن و ترتیب اثر دادن به شروط و ملتزم شدن به التزاماتش می‌باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۵۱/۳). مقتضای ادله وجوب و فاء به شرط این است که شروط ضمن عقد جایز، لازم باشند و عموم «المؤمنون عند شروطهم» اختصاص به شروط ضمن عقد لازم نداشته و شامل هر شرطی از جمله، شرط ضمن عقد جایز نیز می‌شود، البته لزوم شرط تا زمانی است که عقد اصلی باقی باشد، در غیر این صورت با فسخ عقد جایز، شرط نیز منحل گردیده و با انتفای شرط، حکم لزوم شرط نیز منتفی می‌شود (حکیم، ۱۴۱۶: ۲۶۹/۱۲-۲۶۸؛ خوبی، ۱۴۱۸: ۱۲۶/۶).

اینکه بعضی ادله نافذ بودن شروط و وفا به آن را مختص به عقود لازم بدانند و شامل شروط در عقود جایز ندانند چون امر به التزام به شروط در «المؤمنون عند شروطهم» مطلق است و در باب عقود جایزه وجوب وفا به شروط، مشروط به این است که عقد باقی باشد بنابراین چون این روایت مطلق می‌باشد مختص به عقود لازم است، این استدلال ضعیف است؛ زیرا «المؤمنون عند شروطهم» واجب مطلق نیست بلکه واجب فعلی است، عقد لازم و عقد جایز واجب مطلق نمی‌باشند و عقد لازم اگر خیاری باشد و با تقابل صورت پذیرد و طرفین آن عقد را بر هم زنند، قهرا شرط نیز وجوب وفا ندارد و آنچه از این دلیل مستفاد می‌شود این است که مادامی که عقد وجود دارد عمل به شرط آن واجب است و در صورتی که عقد باقی نباشد شروط آن نیز واجب‌الوفاء نیست.

همچنین، اگر علت جواز شرط ضمن عقد جایز، جواز خود عقد باشد، پس شرط ضمن عقد لازم در طول مدت حق خیار باید جایز الوفاء باشد، در حالی که قائلان به قاعده تبعیت، ملتزم به این امر نخواهند شد (بیزدی، ۱۴۲۱: ۱۲۵/۲). به نظر می‌رسد با توجه به اینکه معصومین (ع) در موارد

جواز و لزوم هر دو از مقتضیات اطلاق عقد هستند و اگر شرطی بر خلاف آن باشد، سبب باطل شدن عقد نمی‌گردد از آن روی که عقد لازم به سبب اعمال خیار شرط، می‌تواند عملکردی چون عقد جایز را داشته باشد. همچنین عقد جایز به سبب قید آن به صورت شرط، ضمن عقد لازم، اثری چون عقد لازم را پیدا می‌کند. لذا می‌توان گفت هیچ مانعی وجود ندارد که زوج در ضمن عقد نکاح به زوجه خود وکالت دهد که هر زمان اراده کند، بتواند خود را مطلقه سازد (امامی، ۱۳۵۸: ۲۳۲/۲). پس در حقیقت به نظر می‌رسد که اگر شرط لزوم یا عدم فسخ در عقد جایز شود منافاتی با جواز آن عقد ندارد و مانعی برای نفوذ این شرط وجود ندارد و عموم آیه «وفوا بالعقود» ( ) و روایت «المؤمنون عند شروطهم» لازم الوفاء بودن آنها را شامل می‌شود، البته تا هنگام بقای عقد، شرط لازم است و با از بین رفتن عقد، شرط نیز از بین می‌رود نه اینکه عقد جایز، جواز خود را از دست بدهد و به لازم تبدیل شود.

#### ۷-۴- عموم آیه «وفوا بالعقود»

وفاء به عقد به معنای عمل بر طبق مقتضای عقد است بر اساس این دیدگاه «وفوا بالعقود» (مأده، ۱) به معنای وجوب عمل به مفاد عقد و ترتیب اثر دادن به پیمان است (مراغی، ۱۴۱۷: ۱۰/۲). منظور از عقد همه عقود می‌باشد. آنچه از آیه مستفاد می‌شود این است که آیه بر وجوب عمل به مقتضای هر عقدی که بسته می‌شود دلالت دارد و این با حکم عقل (حسن وفای به عهد) سازگار می‌باشد مگر آنچه با دلیل شرعی خارج شود و عقود جایز با دلیل اجماع خارج می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۴/۱). به نظر می‌رسد اجماع در اینجا محقق نمی‌شود به خاطر اینکه فقهای آن را لازم الوفاء می‌دانند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۸/۹؛ خوبی، ۱۴۱۸: ۴۲/۴۹؛ حکیم، ۱۴۱۶: ۲۶۸/۱۲). به نظر می‌رسد اگر دلیل جواز عقد جایز این باشد که عموم «وفوا بالعقود» شامل عقود جایز نبوده و دلیل دیگری بر لزوم چنین عقود وجود ندارد، در آن صورت دلیل جواز عقد، شامل شرط نیز نمی‌شود، چرا که شرط مشمول «المؤمنون عند شروطهم» بوده است لذا نمی‌توان گفت که دلیلی بر لزوم شرط وجود ندارد.

های ظریف فقیهان امامیه به ویژه در مکاسب شیخ و حواشی آن است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۱۱/۸).

۸-۱- اعتبار شرط

شرط یک عمل حقوقی است بنابراین شرایط صحت و بطلان آن تابع شرایط عمومی اعمال حقوقی است. قانونگذار ایران، شرایط صحت شروط را به صورت ایجابی ذکر نکرده است، بلکه از سویی، به ذکر شروط باطل پرداخته و از سوی دیگر، از شروط باطل و مبطل سخن گفته است. این در حالی است که در مورد قراردادهای، در ماده ۱۹۰ ق.م به بیان شرایط اساسی صحت قراردادهای پرداخته است. این امر موجب طرح این سؤال گردیده که آیا جملگی شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی در مورد شروط نیز جاری است یا میتوان از برخی شرایط مزبور در مورد شروط ضمن عقد چشم پوشی نمود (قبولی درافشان، ۱۳۹۱: ۲۷/۱) به نظر می رسد رعایت شرائط اساسی صحت قراردادهای جز علم تفصیلی به موضوع در مورد شروط ضمن عقد نیز لازم است. در عین حال قانون مدنی شرط باطل را به دو شرط باطل غیر مبطل و باطل مبطل تقسیم کرده است. بدیهی است سایر شروط صحیح تلقی می-شود.

در اینجا ۴ سؤال مطرح می-شود:

۱- دلیل لزوم و جواز یک عقد چه بوده و از کجا بدانیم عقد جایز است یا لازم؟

۲- منشأ لزوم و جواز یک عقد چیست؟

۳- آیا اراده می تواند تأثیری در لزوم یا جواز عقد داشته و منشایی برای لزوم و جواز باشد؟

۴- آیا به وسیله-ی شرط می-توان عقد جایزی را الزام آور کرد یا لازم است شرط ضمن عقد لازم آورده شود؟

پاسخ به سوال اول:

نص صریح قانون و دلیل عام، دلایل لزوم عقد هستند. عقود را قانون صراحتاً لازم بیان می-کند و عقود هم هستند که قانون جواز یا لزوم آن-ها را صراحتاً بیان نکرده است مانند عقد اجاره، معاوضه یا عقود غیرمعین. لیکن عقود غیر معین با توجه به اصل لزوم عقود و قراردادهای

مختلف و هم-چنین فقهای امامیه در تمامی ابواب فقهی برای اثبات لزوم شرط، به عموم «المؤمنون عند شروطهم» تمسک نموده-اند لذا تردیدی در دلالت این حدیث بر لزوم شرط باقی نمی-ماند و این لزوم نه تنها شرط ضمن عقد لازم را در بر می-گیرد، بلکه شروطی که در ضمن عقد جایز می-شود نیز لازم الوفاء هستند.

۸- شروط ضمن عقد جایز از دیدگاه قانون مدنی و قوانین مربوطه

هرگاه در عقدی شرطی بیان شود که به ضرر یکی از طرفین عقد و به نفع طرف دیگر باشد شرط ضمن عقد نام دارد، حتی اگر قبل از اینکه عقد منعقد شود مذاکره در خصوص آن شرط صورت گرفته باشد و عقد مربوط به آن مذاکره باشد. در مقابل شرط ابتدائی استعمال شده است (لنگرودی، ۱۳۸۵: ۳۸۳/۱۶). شرط ابتدائی در گذشته معنای وسیعی داشت به طوری که حتی عقود و توافقات نامعین را نیز در بر می-گرفت. تعهد بدوی یا شرط ابتدائی تعهدی غیر الزامی تلقی می-شد و به همین دلیل برای الزام آور کردن آن شرط ابتدائی داخل یک عقد لازم قرار داده می-شد تا شرط نیز الزام-آور شود. (ره پیک، ۱۳۸۷: ۱۴۶/۱). در هر حال در بحث شروط ضمن عقد مقصود قانونگذار از شرط تعهدات فرعی است که در داخل یک عقد اصلی قرار می-گیرند.

بحث درباره شروط ضمن عقد چیزی جدا و مستقل از عقد نیست. یا وجود این چون در حقوق ما شرط به طور معمول به تعهدهای فرعی و تبعی گفته می-شود و به این اعتبار از اصل قرارداد فاصله می-گیرد خود نظریه خاصی را به وجود آورده است و رابطه عقد و شرط به ویژه در جایی که یکی از آن دو فاسد است یکی از مباحث پیچیده و مورد اختلاف حقوقی را تشکیل می-دهد. به اضافه خواهیم دید قراردادی که می-تواند خود به استقلال واقع شود گاه ضمن عقد دیگر به صورت شرط در می-آید تا در سایه-ی آن به زندگی حقوقی ادامه دهد؛ از عقد اصلی کسب لزوم کند و همچون سیاره ای که از خورشید پیروی می-کند در شمار توابع آن در-آید. این نکته را باید افزود که تمهید نظریه خاصی برای مسأله-ی «شرط» و ارتباط آن با عقد از ویژگی-های قانون مدنی ایران است که در قوانین خارجی مانند ندارد. این اعتبار ناشی از پیشینه تاریخی قانون و اندیشه

۶۷۹ قانون مدنی را هم به عقود دیگر و هم به شرط عدم عزل حتی ضمن خود عقد وکالت تسری می‌دهند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۵۵۶/۱۴).

پاسخ به سؤال سوم

ظاهر از شرط کردن ضمن عقد جایز این است که مفاد شرط تابع عقد باشد و با انحلال آن از بین برود این ظاهر به عنوان اماره قضایی ناشی از طبیعت عقد همیشه در برابر مدعی لزوم شرط قابل استناد است و ادعای بقاء شرط امری است که باید اثبات شود. احراز این خواست مشترک نشان می‌دهد که شرط در واقع تعهدی مستقل یا ابتدائی است که علاقه و ارتباط لازم را با عقد ندارد. بحث اعتبار آن تابع بحث شروط ابتدائی است و با مبنایی که در الزام ناشی از آن و مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادهای وجود دارد تردید در بقاء و لزوم شرط در حدود مضمون خود روا نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۳۰/۸).

پاسخ به سؤال چهارم

از ظاهر برخی مواد در قانون مدنی (مواد ۶۷۹، ۵۸۶، ۵۵۲ و ۶۵۱ قانون مدنی) چنین بر می‌آید که نویسندگان قانون مدنی از نظر مشهور در فقه امامیه پیروی کرده‌اند و شرط در عقد جایز را برای از بین بردن حق فسخ دو طرف حتی در مدت معین کافی شمرده‌اند. این ظهور را پاره‌ای از نویسندگان تأیید کرده‌اند (امامی، ۱۳۵۸: ۱۹۹/۲) از آنجا که این بحث در غالب آثار حقوقی در خصوص عقد وکالت که در زمره عقود جایز می‌باشد آمده است و به نظر می‌رسد نتایج حاصله قابل سرایت به دیگر عقود جایز باشد لهذا هرچند در ماده ۶۷۹ قانون مدنی شرط عدم عزل وکیل به طور کلی پذیرفته شده است ولی در وکالت مطلق که مربوط به تمام امور موکل باشد صحت این شروط مورد سؤال قرار می‌گیرد. اگر موضوع وکالت حق دخل و تصرف برای وکیل در جمیع امور مالی موکل باشد در این صورت شرط عدم عزل وکیل بطور ضمنی مخالف با قاعده‌ای است که در ماده ۹۵۹ قانون مدنی پیش بینی شده است. بر طبق این ماده: «هیچکس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند»

گفته شده است که وقتی موضوع وکالت عام است و موکل حق عزل وکیل

مشمول ماده ۱۰ ق.م.هستند و طبق ماده ۲۱۹ ق.م.لازم هستند. در عقود اصل بر لزوم است و برای اثبات جواز عقد، محتاج دلیل خاص هستیم، همانگونه که ماده ۵۵۰ ق.م. بیان میکند: «مضاربه عقدی است جایز».

پاسخ به سؤال دوم: منشأ لزوم و جواز یک عقد:

۱- معنی مقتضای اطلاق عقد:

به نظر فقها و حقوقدانان مقتضای جوهر اصلی و اساسی است که عقد قائم بر آن بوده و هرگاه از عقد گرفته شود دیگر موضوعی باقی نمی‌ماند تا آثار و احکام بر آن مترتب شود (قرامکی و ابراهیمی، ۱۳۹۳: ص ۸۹).

۲- مقتضای اطلاق عقد

در علم حقوق منظور از مقتضای اطلاق این است که در انعقاد عقد پاره‌ای از آثار و تعهدات تبعی و فرعی وجود دارند که چنان با ماهیت عقد عجین نگشته‌اند که بدون آنها عقد جوهر و طبیعت حقوقی خود را از دست بدهد بلکه تنها به منظور تکمیل آثار و تعیین چگونگی اجرای تعهدات مندرج در عقد مقرر شده‌اند. مانند نقد بودن ثمن در بیع (قراملکی و ابراهیمی، ۱۳۹۳: ۹۰/۹).

در اینکه جواز مقتضای ذات عقد است یا اقتضای اطلاق؛ مشخصاً این موضوع در خصوص عقد وکالت آمده است گروهی آن را اقتضای ذات عقد دانسته‌اند و گروهی آن را اقتضای اطلاق عقد می‌پندارند. گروهی که معتقدند جواز جزو اقتضای ذات وکالت است، ماده ۶۷۹ را از آن استثناء کرده‌اند و اینگونه استدلال می‌کنند: شرط عدم عزل با مقتضای عقد مخالف است چرا که جواز اقتضای ذات عقد وکالت است پس نامعتبر است (قائم مقامی، ۱۳۸۵: ۱۵۷/۲).

گروهی و همچنین مشهور فقها معتقدند جواز جزو اقتضای ذات عقد وکالت نیست بلکه مقتضای اطلاق عقد وکالت است و شرط عدم عزل وکیل زمانی معتبر می‌باشد که ضمن عقد لازمی بیاید (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۲۹/۱). قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور ظاهراً در ماده ۶۷۹ این نظر را پذیرفته است. البته گروهی دیگر جواز را مقتضای ذات عقد ندانسته و مانند گروه قبلی جزو مقتضای اطلاق پنداشته‌اند اما با تفسیری موسع و اتکاء به حاکمیت اراده آن را متکی به ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دانند حکم ماده

ب: شروطی که مستقلا می-توانند قرارداد واقع شوند ولی طرفین از آنها به عنوان شرط استفاده می-کنند.

شروط یا ضمن عقد جایز و یا ضمن عقد لازم می-آیند، مسلما شروط ضمن عقد لازم، لازم الوفا هستند ولی آیا شروط ضمن عقد جایز لازم الوفا هستند؟

اگر بگوییم شرط در لزوم و جواز از عقد تبعیت می-کند پاسخ سوال منفی است ولی اگر خلاف آنرا در نظر بگیریم شرط ضمن عقد جایز می-تواند لازم الوفا باشد. طبق نظر مشهور شرط در لزوم و جواز از عقد تبعیت می-کند و شرط ضمن عقد جایز الزام آور نیست (طباطبایی، ۱۳۹۱: ۱۰/۱۲۴).

حقوقدانان نظر مشهور را قبول ندارند و بر این باورند هرگاه متعاقدين شرطی را در عقدی جایز، الزام آور بدانند، شرط لازم الوفا می-شود پس شرط در لزوم و جواز تابع قصد طرفین عقد است.

قانون مدنی همانگونه که در ماده ۶۷۹ بیان می-کند: موکل هرگاه بخواهد می-تواند وکیل را عزل کند مگر اینکه عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد، پس قانون مدنی از نظر مشهور پیروی کرده است و شرط ضمن عقد جایز را الزام آور نمی-داند.

#### نتیجه-گیری

در مورد شروطی که ضمن عقود لازم درج شده-اند، تردیدی در لازم-الوفاء بودن آن-ها نیست ولی در رابطه با شروطی که ضمن عقود جایز آمده-اند، لازم-الوفاء بودن یا نبودن آن-ها معرکه آرای فقیهان قرار گرفته و نظرات مختلفی در فقه ارائه شده است، برخی بر این باورند که این شروط به طور مطلق باطل و بی-اثرند، برخی این شروط را تابع نوع عقدی که آن-ها ضمن آن درج شده-اند، می-دانند بدین معنا که اگر عقد لازمی باشد شرط ضمن آن نیز لازم است و اگر عقد جایز باشد، شرط ضمن آن نیز جایز خواهد بود. قانون مدنی ایران نیز تحت تأثیر مشهور فقیهان امامیه، چنین شروطی را که در ضمن عقد جایز می-شود، را لازم-الوفاء نمی-داند. گروه دیگر معتقدند که شرط ضمن عقد جایز نیز لازم-الوفاء است. به نظر می-رسد عمل به شرط مطلقا واجب می-باشد ولو در ضمن عقد جایز یا

را از خود سلب می-کند مفهوم آن این است که موکل حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کرده است. در عمل هم شرط عدم عزل وکیل در وکالت-های عام و مطلق رایج و چنین شرطی معمولا در عقد وکالت درج می-شود که وکیل در اجرای موضوع وکالت ذینفع است. مضافا آنکه طبق ماده ۶۶۱ قانون مدنی وکالت مطلق محدود باداره اموال موکل است و این امر همیشه در جهت منافع موکل است و شرط عدم عزل وکیل در آن معمول نیست.

با وجود این چندان غیر منطقی است که باید از آن دست کشید اگر خواست مشترک دو طرف بتواند ایجاد التزام کند و قالب و تشریفات معین نداشته باشد (ماده ۱۰ قانون مدنی) چه تفاوت می-کند که این خواست ضمن عقد لازم بیان شود یا در خود عقد؟ پس می-توان گفت مفاد این مواد ناظر به مورد شایع است بدون این که مفهوم آن لزوم شرط در عقد جایز را نفی کند. این نظر را فقیهانی که با لزوم وفای به شروط ابتدائی موافقت کرده-اند بشدت تأیید می-کنند و می-توان گفت این آخرین تحول در فقه امامیه به سوی حکومت اراده و گریز از تشریفات است. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ۸/۱۳۲).

ولی اگر پیش از عمل به شرط، عقد را فسخ کند، وجوب وفاء به شرط با انتفای موضوع آن، منتفی می-شود ولی اگر بعد از عمل کردن مشروط علیه به مفاد شرط، شرط، عقد را فسخ کند قهرا مجموع آن فسخ می-شود منتها مشروط علیه در شرط فعل مستحق اجرت عمل می-شود و می-تواند از مشروط له مطالبه نماید چرا که فعل مسلمان همانگونه که در متون دینی آمده است دارای احترام و حرمت می-باشد و فعل هیچ مسلمانی نباید بدون اجرت بماند. پس بین وجوب عمل به شرط و جواز عقد منافاتی وجود ندارد، چنانچه عقد لازم را نیز با وجود اینکه، در ضمن آن شرطی وجود داشته باشد، میتوان با اقاله به هم زد، بدون اینکه لزوم وجوب شرط مانع از آن شود.

۸-۲- رابطه عقد با شرط

شروط از جهت اینکه، قابلیت التزام مستقل دارند یا نه بر دو قسمند:

الف: شروطی که طبیعت مستقل ندارند و تابع عقود دیگر هستند.

عموم ادله وجوب وفای به شرط از جمله «المؤمنون عند شروطهم» شامل این دسته از شروط هم می-شود.

ایقاع باشد، اما اینکه اصل عقد جایز است منافاتی با وجوب وفاء به شرط ندارد و تا زمانی که عقد اصلی باقی است وفاء به شرط واجب است، لذا

## منابع

۱۳۷۶ش.

۱۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ شانزدهم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۵ش.

۱۶. جعفری مجد، محمد و پگاه علی آبادی، شرط لزوم در عقود اذنی با تاکید بر عقد مضاربه، شماره ۷۷ و ۷۸، دیدگاه‌های حقوقی قضایی، بهار و تابستان ۱۳۹۶.

۱۷. حائری، علی بن محمد، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، چاپ نهم، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۸ق.

۱۸. حکیم، محسن، مستمسک العروه الوثقی، چاپ دوازدهم، قم: مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶ق.

۱۹. خمینی، روح الله، کتاب البیع، چاپ پنجم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۳۶۸ش.

۲۰. همو، (بی-تا). تحریر الوسیله، چاپ سوم، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، ۱۳۶۷ش.

۲۱. خوانساری، احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ سوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.

۲۲. خوبی، ابوالقاسم. موسوعه الإمام الخوئی، چاپ سوم، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی ره، ۱۴۱۸ق.

۲۳. همو، (بی-تا). چاپ اول، مصباح الفقاهه، موسسه بی-تا، ۱۴۰۹ق.

۲۴. رشیدی، محمد، «ماهیت حق فسخ در عقود جایز با محوریت عقد وکالت»، شماره ۹، مجله پژوهش و مطالعات علوم اسلامی، ۱۳۹۹ش.

۲۵. ره پیک، حسن، حقوق مدنی (حقوق قراردادها)، چاپ اول، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۷ش.

۲۶. سبحانی تبریزی، جعفر، نظام المضاربه فی الشریعه الإسلامیه الغراء، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶ق.

۲۷. سبزواری، عبد الأعلى، مهذب الأحكام فی بیان مسائل الحلال و الحرام، چاپ هفدهم، قم: مؤسسه المنار، دفتر حضرت آیت الله، ۱۴۱۳ق.

۲۸. شهید اول، محمد بن مکی (بی-تا). القواعد و الفوائد، چاپ اول، قم: کتابفروشی مفید، ۱۳۰۸ش.

۲۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه (المحشی - کلاتر)، چاپ اول، قم: کتابفروشی داورى، ۱۴۱۰ق.

۳۰. شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام الی تنقیح شرایع الاسلام،

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.

۲. ابن براج، عبد العزیز، المهذب، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.

۳. ابن زهره، حمزه بن علی، غنیة النزوع الی علم الاصول و الفروع، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ق.

۴. ابن فارس، ابو الحسین، معجم مقاییس اللغة، چاپ سوم، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ق.

۵. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ دوم، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صار، ۱۴۱۴ق.

۶. اردبیلی، احمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازدهان، چاپ هشتم، تحقیق مجتبی عراقی و علی پناه اشتهاردی و حسین یزدی اصفهانی، قم: موسسه نشر الاسلاکی، ۱۴۰۳ق.

۷. امامی، حسن (بی-تا). حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران، انتشارات اسلامیة، ۱۳۵۸ش.

۸. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، کلیات حقوق تعهدات و وقایع حقوقی، ج ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵ش.

۹. انصاری، مرتضی بن محمد، مکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، ج ۱، چاپ هشتم، قم: نشر دارالحکمه، ۱۴۱۵ق.

۱۰. باقری اصل، حیدر، «جریان خیار در عقود جایز»، سال ۱، شماره ۶، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، بهار و تابستان، ۱۳۹۱ش.

۱۱. بجنوردی، حسن بن آقا بزرگ، القواعد الفقهیه، چاپ سوم، قم: نشر الیهادی، ۱۴۱۹ق.

۱۲. بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناظره فی أحكام العتره الطاهره، چاپ بیستم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.

۱۳. پناهی، مهدی، «بررسی شرط وکالت و شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد خارج لازم»، شماره ۸، مجله پژوهش ملل، مرداد ۱۳۹۵ش.

۱۴. پیله ور، مرضیه، بررسی شرط وکالت وکالت زوجة در طلاق، شماره ۱۱، تهران، فصلنامه فقه و تاریخ تمدن، ۱۳۸۶ش.

جعفر زاده، عسگر، شرط: اقسام و احکامش، شماره ۱، تهران، ماهنامه کانون،

۴۰. قراملکی، علی مظهر و جواد ابراهیمی و ابراهیم ابراهیمی، «عوامل مؤثر در تعیین مقتضای عقد»، آموزه های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی- شماره ۹ بهار و تابستان، ۱۳۹۱ ش.

۴۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی- اعمال حقوقی، قرارداد- ایقاع، چاپ چهاردهم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴ ش.

۴۲. همو، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲ ش.

۴۳. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی تهران: شماره پنجم، دارالحدیث، ۱۴۰۷ ق.

۴۴. محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد، کفایه الأحكام، چاپ هفدهم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.

۴۵. محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ هشتم، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ ق.

۴۶. مراغی، میر عبد الفتاح (۱۴۱۷). العناوین الفقهیة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۴۷. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چاپ هشتم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.

۴۸. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۶، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

۴۹. نراقی، احمد بن محمد، عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

چاپ سوم، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ ق.

۳۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، عقود معین (بیع، معاوضه، اجاره، قرض، صلح). چاپ هجدهم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۱ ش.

۳۲. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.

۳۳. طباطبایی حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، چاپ دهم، بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ ش.

۳۴. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ دوم، تهران: مکتبه المرتضویه الإحياء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ش.

۳۵. علامه حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۳۶. همو، تذکره الفقهاء، چاپ هفدهم، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ ق.

۳۷. عاملی، حسن، «تبعیت شرط از عقد در لزوم و جواز»، شماره ۱۶ و ۱۵، قم: فصلنامه علمی پژوهشی متین، ۱۳۸۱ ش.

۳۸. فشارکی، محمد بن قاسم، الرسائل الفشارکیه، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۳۹. قبولی درافشان، محمد مهدی، و محمد هادی قبولی درافشان، «بررسی لزوم یا عدم لزوم شرایط اساسی صحت قراردادها در مورد شروط ضمن عقد»، دانش حقوق مدنی، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۱ ش.