

## شرط لزوم در عقود اذنی با تأکید بر عقد مضاربه

محمد جعفری مجد<sup>۱\*</sup>، پگاه علی آبادی<sup>۲\*\*</sup>

۱. (نویسنده‌ی مسئول)، استادیار وزارت علوم تحقیقات و فناوری

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد واحد نراق

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۲/۲۵ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۶/۰۵/۱۶)

### چکیده

مستفاد از مواد ۵۵۰ و ۵۵۲ قانون مدنی این است که مضاربه ولو اینکه مؤجل باشد جایز است و تعهد لازمی برای طرفین ایجاد نمی‌کند. حکم قانون مدنی در مورد مضاربه مطلقاً قابل تأیید است ولی در مورد مضاربه مؤجل قابل تأمل است. صرفنظر از اینکه ضرورت‌های عملی موجود این دیدگاه را نمی‌پذیرد، موضوع از لحاظ نظری نیز قابل بحث است. یکی از راه کارهای قانون مدنی برای حل مشکل، شرط نمودن عقد جایز ضمن عقد لازم است. این راه حل نیز بطور کامل اشکال را رفع نمی‌کند.

اکثر حقوقدانان مبنای ماده ۹۵۴ را اذنی بودن عقود دانسته و معتقداند عقود اذنی را نمی‌توان به عقد لازم تبدیل نمود، حتی اگر ضمن عقد لازم شرط شود، زیرا با فوت یا حجر طرفین منفسخ می‌شوند. یکی از موضوعات تعیین‌کننده در این مورد، تحلیل مبنای انفساخ عقود بواسطه‌ی فوت یا حجر طرفین است.

لذا این سؤال مطرح می‌شود که آیا انفساخ با فوت یا حجر از ویژگیهای اصلی عقود جایز است و هر عقدی که با فوت یا حجر طرفین منفسخ شود جایز است یا این مقوله ارتباطی به لازم یا جایز بودن عقود ندارد؟ اجمالاً می‌توان گفت هر جا که شخصیت متعاقدین در عقد مهم باشد، حکم ماده ۹۵۴ جاری می‌شود خواه عقد لازم باشد یا جایز.

هدف مقاله حاضر، پاسخ به این پرسش است که با توجه به اصل حاکمیت اراده و ضرورت‌های عملی موجود آیا می‌توان عقد مضاربه را که از جمله عقود اذنی است، به عقدی لازم تبدیل کرد یا خیر؟ کلیدواژگان: عقد اذنی، شرط لزوم، مضاربه، جواز، شرط نتیجه.

## مقدمه

آیا می‌توان مضاربه را که طبق م ۵۵۰ ق.م.عقدیست جایز، به عقد لازم تبدیل کرد. به نحوی که فقط با اقاله و تراضی طرفین بتوان عقد را منتفی ساخت و در صورت مثبت بودن پاسخ، راهکار موضوع در نظام حقوقی ایران چیست؟

در نظام حقوقی ایران ظاهراً موضوع از طریق درج شرط میسرخواهد بود. سه گونه شرط ممکن است در مضاربه درج نمود. شرط اجل و شرط عدم فسخ به دو صورت شرط فعل و نتیجه.

در این مقاله قصد داریم شرط عدم فسخ به صورت شرط نتیجه را تحلیل کنیم. شرط عدم فسخ به صورت شرط فعل از موضوع بحث خارج است. زیرا نظر غالب این است که چنین شرطی فقط اثر تکلیفی دارد نه وضعی و اگر یکی از طرفین عقد را فسخ کنند، فسخ صحیح است. بنابراین صرفاً با آوردن شرط لزوم به صورت شرط نتیجه می‌توان مضاربه را بصورت بالعرض لازم کرد. ق.م. در مورد شرط عدم فسخ به هر دو صورت ساکت است.

ولی در باب شرط اجل ماده ۵۵۲ حکمی آورده که قابل انتقاد است. زیرا مضاربه ای که دارای شرط اجل است، اقتضای لزوم دارد. این موضوع، نیازمند تحقیق گسترده است. زیرا باید مبنای جواز مضاربه را بررسی نمود که در این مقاله بصورت مختصر به موضوع می‌پردازیم. اجمالاً باید گفت که اکثر فقها مبنای جواز مضاربه را اذنی بودن آن و ماهیت ترکیبی مضاربه از عقود جایزی چون وکالت و ودیعه و شرکت می‌دانند و بر این قول ادعای اجماع دارند. اما با نگاه تحلیلی می‌توان گفت هیچیک از موارد مذکور در مورد مضاربه مؤجل صدق نمی‌کند. زیرا اولاً اذنی بودن مضاربه شامل مضاربه مؤجل نمی‌شود. زیرا ویژگی اصلی عقود اذنی، اذن و اباحه است که در مورد مضاربه از ویژگیهای فرعی آن و از لوازم اجرای عقد مضاربه است. خصیصه بارز مضاربه عهدی بودن آنست. زیرا در مضاربه طرفین تعهدات متقابل دارند که شامل؛ الف) تعهد مالک سرمایه مبنی بر اقباض سرمایه به عامل و ب) تعهد عامل به انجام دادن عمل تجاری است و اذن مالک به عامل برای تصرف در رأس المال، خارج از ماهیت عقد مضاربه است و نظیر اذن موجد است به مستأجر در تصرف عین مستأجره. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۲۱)

ثانیاً ترکیبی دانستن ماهیت مضاربه از عقود جایز و کالت، ودیعه و شرکت صحیح نیست. زیرا با وجود شریک بودن مالک و مضارب در سود حاصل از تجارت، هیچ یک از آنها به دیگری در زمینه اداره سود، اذن نمی‌دهد تا تصور شود که عقد شرکته منعقد شده است (شهبازی، ۱۳۸۵، ص ۹۲) و کالت

نیز نمی باشد. زیرا هر وکالتی نیابت است ولی هر نیابتی وکالت نیست. مانند عاریه و ودیعه که نیابت اصطلاحی است، ولی وکالت نیست. در وکالت نیابت هدف اساسی وخصیصه بارز آنست که آن را از سایر نیابت (ودیعه و عاریه و شرکت مدنی و مضاربه) جدا می کند. امانت نیز ویژگی مهم ودیعه است. اما در مضاربه مانند اجاره، امانت جنبه فرعی دارد. به همین دلیل ماده ۵۵۶ ق.م مضارب را «در حکم امین» دانسته است لذا مضاربه ماهیت خاص دارد و الا نیاز به تأسیس آن نبود.

ثالثاً اجماع فقها بر فرض اعتبار، شامل مضاربه مؤجل نمی شود و باید از آن قدر متیقن گرفت و آن را صرفاً شامل مضاربه مطلق بدانیم.

از طرفی شباهت زیاد مضاربه با عقود مزارعه و مساقات ما را به سوی لازم دانستن مضاربه سوق می دهد و همان گونه که یکی از حقوقدانان اشاره کرده است، (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۱۱۰) اذن مالک به عامل در تصرف در راس المال، اذن خارج از عقد و از جنس اذن موجه به تسلیم عین مستاجر و اذن مالک به عامل در مزارعه و مساقات می باشد.

نتیجه اینکه در مضاربه مطلق پایان و انتهای زمان قرارداد مشخص نیست و نمی توان عاقد را تا ابد پای بند عقد کرد. در این صورت معامله غرری می شود. لذا حکم ماده ۵۵۰ ق.م در مورد مضاربه مطلق صحیح است، ولی در مضاربه مؤجل که مدت پایبندی طرفین به قرارداد مشخص است، تجدید نظر در ماده ۵۵۲ ق.م ضروری می نماید.

حال سؤال این است که آیا گریزی از ویژگی جواز مضاربه (مصرح در قانون مدنی) وجود دارد؟ برای پاسخ، لازم است، شرط عدم فسخ به صورت شرط نتیجه را تحلیل کنیم. ممکن است ایراد شود، اگر مضاربه اقتضای لزوم میکند، دیگر جایی برای بحث از شرط لزوم نیست و همانگونه که یکی از حقوقدانان فرموده اند، باید گفت قید لزوم نه شرط لزوم. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۷۱)

ممکن است بحث از شرط لزوم از لحاظ نظری بی فایده باشد. اما در حال حاضر که قانون مدنی، مضاربه حتی به صورت مؤجل راجیز دانسته، از لحاظ عملی بحث از شرط لزوم ضروری می نماید. زیرا ممکن است مضارب یا مالک، قصد لازم کردن عقد را داشته باشند. آیا چنین شرطی صحیح است و از نظر تکلیفی و وضعی واجب الوفاست یا اینکه باطل است یا فراتر از این طبق قول مشهور فقها شرط باطل و مبطل عقد است؟

پاسخ به این سؤالات منافاتی با پذیرش لزوم ذاتی مضاربه مؤجل ندارد. همچنان که برخی از فقها نیز علاوه بر دفاع از صحت و واجب الوفا بودن شرط اجل از نظر وضعی، بحث از شرط لزوم در مضاربه را به میان آورده اند. (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱، صص ۷۹-۸۱؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶، صص ۱۴-۱۶)

همچنین لازم است، بررسی شود، آیا آنگونه که ق.م در بند اول م ۵۵۱ بیان داشته، ضروری است که مضاربه با فوت یا حجر طرفین منفسخ شود؟ به عبارت دیگر آیا بهتر نیست که تفکیک قایل شویم و همانند عقود مزارعه و مساقات (ماده ۵۲۹ ق.م) در مضاربه نیز چنانچه شرط مباشرت شده باشد، تحت حکم کلی انفساخ بواسطه موت یا حجر طرفین قرار گیرد و اگر شرط مباشرت نبود عقد با وراث ادامه یابد؟ به عقیده یکی از حقوقدانان دلیلی وجود ندارد که اهلیت عاقد پس از عقد هم باید استمرار داشته باشد پس اگر اذن دهنده پس از عقد جایز بمیرد، وارث او حق مورث رادر باب سلب اختیار از وی ارث می برد و اگر اذن دهنده مجنون یا سفیه شود، ولی یا قیم با رعایت غبطه قائم مقام او می شوند. این نظر با تامین روابط حقوقی افراد جامعه سازگارتر است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۵۹)

#### ۱. ادله بطلان شرط لزوم

قول مشهور فقها بر اینست که شرط لزوم به دلایل زیر باطل است و بطلان به عقد نیز سرایت می کند. برخی دیگر نیز فقط خود شرط را باطل می دانند .

۱-۲- قاعده «أن الشرط فی العقود الجائزۃ غیر لازم العمل»: فقها از این عبارت تفسیرهای متفاوتی دارند. مثلاً صاحب جواهر می گوید، لزوم و جواز تابع عقد است. اگر عقد لازم باشد، وفای به شرط ضمن آن نیز لازم است والا صرفاً یک وعده است. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۳۴۳) در توجیه دیدگاه فوق دلایلی به شرح زیر اقامه شده است:

اول) اجماع بر عدم وجوب شروط ضمن عقد جایز: برخی از فقها شرط ضمن عقد جایز را از جمله شروط ابتدایی دانسته و ادعای اجماع بر بطلان این شروط کرده اند.

دوم) اولویت: برخی از فقها استدلال نموده اند، چون وفا به خود عقد واجب نیست، وفا به شرط ضمن آن نیز، به طریق اولی واجب نیست. (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۸۵)

سوم) تبعیت: دلیل جواز هم بر جواز خود عقد دلالت می کند و هم بر جواز توابع آن و شروط ضمن عقد هم از توابع عقد محسوب می شوند. شهید ثانی می فرماید: قراض از مصادیق عقود جایز

است، که وفا به آن لازم نیست. پس وفا به آنچه در آن شرط شود، هم لازم نیست. زیرا شرط مثل جزئی از عقد است و از آن بیشتر نیست. (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۹۵)

چهارم) اگر التزام به شرط با وجود عدم التزام به عقد لازم است، پس التزام به آن با وجود فسخ عقد هم لازم می شود. در حالی که هیچ کس این مطلب را نمی پذیرد. (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق، ص ۸۵)

پنجم) اصل عدم وجوب، اقتضای جایز بودن (لازم نبودن) شرط را دارد. (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق، ص ۸۵)

دلایلی که برای دیدگاه فوق ارائه شده است، قابل تأمل است. در باب دلیل اول، اولاً اجماع دلیل اجتهادی است نه تعبدی. ثانیاً بر فرض اعتبارش، باید از آن قدر متیقن گرفت، که شامل شروط ابتدایی است و شامل شروط ضمن عقود جایز نیست. زیرا شروط ابتدایی شروط مستقل بدون ارتباط به چیزی هستند و با شروط ضمن عقود تفاوت دارند. (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۹، صص ۲۵۱-۲۵۳) در مورد دلیل دوم نیز باید گفت: در واجب بودن وفا به شرطی که در عقد جایزی مشروط است، مانعی وجود ندارد. همان گونه که در اکثر واجبات مشروط چنین است. مثل سفر که باعث شکسته شدن نماز می شود یا قصد اقامت ده روزه که باعث کامل شدن نماز است. بنابراین در عین اینکه سفر واجب نیست، شکسته شدن نماز واجب است. در باب دلیل سوم نیز باید توجه داشت که دلیل جواز عقد، اجماع یا کوتاهی ادله بر لزوم عقد است. که این عوامل دلیل جواز عقدند نه شرط. به علاوه منظور از تبعیت این نیست، عقدی که ضمن عقد جایز بیاید، به دلیل تبعیت از عقد اصلی در جایز بودن خود مستقلاً قابل بر هم زدن است. بلکه منظور این است که چون عقد اصلی جایز است، پس هر زمان فسخ شود، عقد ضمن آن هم به تبع آن بر هم می خورد. در مورد دلیل چهارم نیز تفسیر به عمل آمده دارای ایراد است. تفسیر صحیح این است که اگر التزام به شرط مادام که عقد باقیست لازم است، پس التزام به شرط در صورت فسخ عقد لازم نیست. در مورد دلیل پنجم نیز که اصل عدم وجوب را حاکم بر اصل التزام به شرط می دانند، باید توجه داشت که وجوب وفا به عقد یا شرط به معنای وجوب تکلیفی نیست که بواسطه ی اصل عدم وجوب منتفی شود. بلکه منظور نفوذ عقد و شرط است. بنابراین زمانی که در تأثیر فسخ برای نابودی شرط و عقد شک کردیم، اصل عدم تأثیر جاری می شود. (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق، صص ۸۴-۸۵)

لذا تفسیر از قاعده «أن الشرط فی العقود الجائزۃ غیر لازم العمل» به این صورت است که مادام که عقد باقیست، شرط هم واجب الوفاست و التزام به آن واجب است. مانند نماز که مادام که مکلف

در نماز است، وضو و سجود و رکوع، در آن، بر او واجب است. هر چند که می‌تواند نماز را ترک کند. (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۹) اما به دلیل اینکه به طور غیر مستقیم با فسخ عقد شرط هم منتفی می‌شود، بنابراین منظور از لازم نبودن شرط به طور غیر مستقیم است نه مستقیم. از اینجاست که به تفاوت شرط لزوم در عقود جایز با سایر شروط پی می‌بریم. که بواسطه‌ی شرط لزوم، عقد جایز به عقد لازم تبدیل می‌شود. لذا فسخش دیگر جایز نیست و فسخ در از بین بردن عقد تأثیری ندارد که از این طریق شرط هم بواسطه انتفای عقد منتفی شود. (موسوی اردبیلی، پیشین، ص ۸۵) برخی از فقها با اینکه نظر به عدم وجوب وفا به شروط ضمن عقود جایز طبق قاعده فرعیت و تبعیت دارند، اما شرط لزوم در این عقود را جدای از سایر شروط دانسته و معتقدند، اگر شرط ضمن عقد جایز، شرط عدم فسخ باشد، عمل به آن لازم است. زیرا موجب تبدیل موضوع شده و عقد جایز را بالعرض لازم می‌کند، بدون آنکه مخالف شرع و اجماع باشد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، صص ۵۵۶-۵۵۷)

برخی از فقها یک قسم از شروط را از ضابطه فوق مستثنا نموده و وفای به آنها را مطلقاً واجب می‌دانند. توضیحاً شروط ضمن عقود جایز دو قسم اند:

- ۱- آنچه که به خواستن کاری از مشروط علیه برگردد. مثل خیاطی لباس و تابعی از ثمن است.
- ۲- شروطی که به ثمن یا مثنی بر نمی‌گردد و صرفاً به محدود کردن اختیار مشروط علیه برمی‌گردد. مثل اینکه کسی چیزی را بفروشد، و شرط کند اگر مشتری عقد را فسخ کند، باید گرامت بپردازد. هدف محدود کردن خیار مشتری است، تا اقدام به فسخ نکند.

شروط قسم اول مشمول ضابطه معروف (شرط در عقود جایز تا زمانی که عقد فسخ نشود لازم الوفاست) می‌شوند. اما شروط قسم دوم از عقد مستقلند. زیرا صحت این نوع از شروط با لزوم آنها و عدم تبعیت از عقد ملازمه دارد. و شاید آنچه سید طباطبایی در عروۃ الوثقی بعد تفسیر ضابطه «شروط تابع عقود» بیان کرده که «... این تمام می‌شود، جز در مورد شرطی که مفادش عدم فسخ است. که آن موجب لزوم عقد می‌شود» همین مسأله باشد. (سبحانی تبریزی، پیشین، صص ۲۰-۲۲)

لذا در پاسخ به این ایراد که شرط عدم فسخ در مضاربه از نوع شرط در عقد جایز است، می‌توان گفت لزوم چنین شرطی از مضاربه جایز به دست نمی‌آید. بلکه لزوم آن، از ناحیه عموم «المؤمنون عند شروطهم» است و روایت مختص شروط ضمن عقد لازم نیست و شامل هر شرطی می‌شود. خواه ضمن عقد لازم باشد یا جایز و عقد مضاربه در این قضیه دخالتی ندارد؛ زیرا مفهوم شرط، التزام در ضمن التزام دیگر است، پس باید یک التزامی باشد تا شرط، در ضمن آن پدید آید. گرچه خود

مضاربه جایز است، ولی این التزام را محقق می کند. لذا این شرط نه تنها با دلیل جواز مضاربه منافاتی ندارد، بلکه با مقتضای عقد مضاربه نیز منافاتی ندارد؛ زیرا از نظر عرف، مضاربه نوعی معاوضه است و اصل در معاوضات، لزوم است و تنها به خاطر اجماع در مورد مضاربه به جواز مضاربه حکم شد، ولی مورد این اجماع جایی است که شرط مدت یا شرط عدم فسخ نشود. (جمعی از مؤلفان، بی تا، ج ۴۵، ص ۴۳)

۲-۲- مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد: برخی فقها شرط لزوم را باطل و به دلیل مخالفت آن با مقتضای ذات مضاربه مبطل عقد می دانند. (حسینی عمیدی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۶۰)

در پاسخ باید گفت، مقتضای عقد موضوعی است که عقد برای ایجاد آن واقع می شود و لازمه ماهیت عقد است. لذا شرط لزوم، شرط خلاف مقتضای عقد نیست. زیرا مسلماً جایز بودن مضاربه، موضوع اصلی عقد نیست. به علاوه لازمه ماهیت عقد نیز نمی باشد. ولی نبودن سود برای طرفین یا نبودن راس المال برای مالک و یا نبودن عمل از عامل را شرط کنند، اینها مخالف مقتضای عقدند. (سبحانی تبریزی، پیشین، ص ۱۶ و موسوی اردبیلی، پیشین، ص ۸۲)

مضافاً عقود وجود دارد، که نسبت به یک طرف جایز و نسبت به طرف دیگر لازم می باشند، اگر جواز یا لزوم اقتضای ذات عقد باشند، چگونه ممکن است عقدی هم اقتضای جواز داشته باشد و هم اقتضای لزوم؟! لذا شرط لزوم منافی اطلاق عقد است. مگر در برخی عقود مثل وعده نکاح که شرط لزوم در آن با مقتضای ذات عقد منافات می یابد.

برخی از فقها به عنوان قاعده گفته اند، شک در اینکه شرط لزوم منافی اطلاق عقدست یا منافی ذات، در عدم ثبوت آن بر منافات داشتن با ذات کفایت می کند. چون منافات داشتن با اطلاق بر هر تقدیر معلوم است و منافات با ذات مشکوک است. پس بر می گردیم به اصل عدم منافات. (سبزواری، پیشین، ص ۲۵۱)

۲-۳- مخالفت با حکم شارع و کتاب و سنت: برخی معتقدند این شرط در عالم خارج عملی نیست و غیرممکن است. زیرا مضاربه جایز است و مالک و عامل به حکم شارع مالک فسخ هستند و شرط مالک نبودن آنها بر فسخ مخالف شرع است. پس با شرط، عقد، لازم نمی شود، بلکه عقد نیز به تبع شرط باطل می شود. (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۴۲)

در پاسخ برخی گفته اند، منظور از عدم مالکیت طرفین برای فسخ، عدم مالکیت در اصل شریعت نمی باشد. بلکه منظور عدم مالکیت برای حق فسخ بعد از اشتراط این شرط است. پس شرط مثل

آنست که فسخ طرفین در نابودی عقد موثر نباشد و این با توجه به (المؤمنون عند شروطهم) مخالف شرع نیست. (موسوی اردبیلی، پیشین، ص ۸۲)

برخی از فقها شرط لزوم را مخالف کتاب و سنت می دانند. ولی قائل به بطلان خود شرط هستند و معتقدند «اگر منظور از شرط عدم قابلیت برای فسخ باشد، در بطلان شرط شکی نیست. چون مخالف کتاب و سنت است. ولی بطلان به اصل مضاربه سرایت نمی کند. به دلیل عدم ملازمت بین فساد شرط و فساد مشروط.» (موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۳۵)

در پاسخ می توان استدلال نمود 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 لیبی است و در آن اکتفا به قدر متیقن لازم است و متیقن از اجماع جواز خود عقد است نه توابع آن. (حکیم طباطبایی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص ۲۶۸)

ثانیاً: قصور ادله لزوم بر شمول عقود اذنی مختص به خود عقد است و شامل شروط ضمن آن نمی شود، با روایت «المؤمنون عند شروطهم» قصور ادله در خصوص شرط منتفی است. چون شکی در صدق حقیقت شرط بر اینگونه شروط، به دلیل وقوع آن در ضمن عقد دیگر نیست.

ثالثاً زمانی که شک کنیم شرط مخالف کتاب است یا خیر؟ استصحاب عدم مخالفت را اجرا می کنیم. رابعاً بر فرض پذیرش مخالفت، لزوم شرط، خلاف حکم اقتضایی مستفاد از کتاب و سنت است و حکم اقتضایی قابل تغییر است و مخالفت با آن ممنوع نیست. (عاملی، ۱۳۸۱، صص ۱۳۹-۱۶۴)

۲-۴- ایراد دور بودن شرط لزوم: عده ای دیگر از فقها معتقدند شرط لزوم در عقود جایز از جمله مضاربه، باعث دور است و بنابراین باطل است. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، صص ۱۰-۱۱؛ اراکی، ۱۴۱۴ق، صص ۵۲-۵۰) بدین صورت که شرط تا زمانی واجب الوفاست که عقد باقی باشد و عقد نیز تا زمانی باقی است که شرط لزوم در آن وجود دارد.

ایراد مذکور قابل رد است. زیرا گرچه لزوم عقد متوقف بر لزوم شرط می باشد، ولی لزوم شرط متوقف بر لزوم عقد نیست. بلکه لزوم شرط متوقف بر عموم حدیث «المؤمنون عند شروطهم» است. اگر شرط در ضمن عقدی باشد - خواه آن عقد لازم باشد یا جایز - مشمول عموم «المؤمنون عند شروطهم» می باشد و وفای به آن لازم است، البته این وجوب وفا تا زمانی ادامه دارد، که شرط باقی باشد. ولی در صورتی که عقد، منفسخ شود و از بین برود، شرطی وجود ندارد تا وفای به آن واجب باشد. (جمعی از مؤلفان، پیشین، ص ۴۵)



اما اگر مفاد شرط مذکور در ضمن عقد مضاربه، لزوم عقد باشد، محقق خوانساری (ره) می‌گوید: «با صحت شرط، عقد لازم می‌شود و با لزوم عقد، مجالی برای بحث ارتفاع شرط نیست.» (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۴۰۸)

یکی از فقها نیز در پاسخ به ایراد مذکور قائل به تفصیل شده‌اند. به عقیده ایشان اگر شرط لزوم، لزوم مطلق عقد را از هر جهت بخواهد، باطل است. اما چنانچه منظور از شرط لزوم، لزوم تعلیقی و اجمالی عقد باشد، صحیح بوده و عموم ادله شروط شامل آن می‌شود. (سبزواری، پیشین، ص ۲۵۰)

۲-۵- مخالفت شرط با قوانین امری: از آنجا که شرط لزوم حق فسخ را از طرفین سلب می‌کند و به تعبیر فقها مالکیت حق فسخ را از طرفین می‌گیرد، ممکن است این فکر به ذهن برسد که با ماده ۹۵۹ ق.م که از قوانین امری است، منافات دارد. طبق این ماده هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند. همچنین ماده ۹۶۰ ق.م می‌گوید: هیچ کس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند یا در حدودی که مخالف قوانین یا اخلاق حسنه است، از استفاده از حریت خود صرف نظر کند. طبق ماده ۲۱ و مفهوم ماده ۲۵ ق.م کار نیز قرارداد کار دایم الزام آور نیست و هر یک از دو طرف حق فسخ آن را دارد. برخی فقها نیز می‌گویند: شرط عدم ملکیت حق فسخ مطلقاً ممنوع است. خواه منظور از آن لزوم عقد باشد یا نباشد. همان طور که عقد جایز لازم نمی‌شود. هر چند که ضمن عقد لازم واقع شود. به دلیل محال بودن سلب سلطنت شخص از خودش و عملش. (بهبهانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۳۰۳)

اما باید در پاسخ گفت، اگر طرفین برای شرط لزوم مدت مشخصی را معلوم کنند، با مواد مذکور هیچ منافاتی ندارد. زیرا طرفین حق فسخ را به طور جزئی از خود سلب می‌کنند. به عبارت دیگر هنگام ایجاد عقد مضاربه با ذکر شرط لزوم تا مدت معین از ایجاد آن جلوگیری می‌کنند و همچنین از مفهوم مخالف ماده ۹۵۹ نیز چنین بر می‌آید که سلب حقوق مدنی به طور جزئی (موقت یا در رابطه خاص) ممکن است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵۷۰)

ماده ۲۵ ق.م کار نیز قرارداد کار به صورت «دایم» را الزام آور نمی‌داند. بنابراین قانون مدنی سلب حق فسخ در عقود جایز را به شرط محدود بودن به مدت معین می‌پذیرد. مثلاً در باب عقد شرکت در ماده ۵۸۶ آمده است، اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد، هر یک از شرکا هر وقت بخواهد می‌تواند رجوع کند.

## ۲. ادله صحت شرط لزوم

در این قسمت، ادله صحت شرط لزوم را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۳- عموماً صحت شرط: در مورد صحت شرط لزوم علاوه بر دلایل خاصی که در ادامه خواهیم آورد، دلایل عامی نیز موجود است که مربوط به تمامی شروط می‌باشند و شرط لزوم هم مانند هر شرط دیگری که نه مخالف کتاب و سنت است و نه مخالف مقتضی ذات عقد، تحت این ادله قرار می‌گیرد. مهم‌ترین این ادله، کلام پیامبر اکرم (ص) در مورد شروطی که مؤمنان با هم منعقد می‌کنند، است. که به صورت امری به آنها امر می‌کند که به شروط خود پایبند باشید. منظور از این روایت در باب شرط لزوم اینست که به این شرط از نظر وضعی پایبند باشید. با پذیرش اینکه شرط از نظر تکلیفی حرام است نه از نظر وضعی، عمل به شرط نمی‌شود. بلکه شرط را لغو و بیهوده می‌کند و این مخالف (المؤمنون عند شروطهم) است. زیرا منظور از صحت شرط یعنی شرط نافذ باشد، نه اینکه فقط از نظر تکلیفی عمل به آن واجب باشد. (موسوی اردبیلی، پیشین، ص ۸۳)

اگر به معنای حکم تکلیفی بگیریم، فسخ صحیح است، ولی مرتکب امر حرام می‌شود که این به مبحث شروط ارتباطی ندارد و فقط حقی برای یکی از طرفین علیه دیگری به شمار می‌آید. در مبحث شروط حکم تکلیفی محض جایگاهی ندارد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۵۵۵)

علاوه بر این روای، اجماع و بنای عقلا نیز از ادله عام صحت شروط ضمن عقد از جمله شرط لزوم می‌باشند. مگر آنکه خلافش ثابت شود.

۲-۳- امضایی و حقی بودن جواز مضاربه: یکی دیگر از ادله صحت شرط لزوم، توجه به مبنای لزوم و جواز عقود است. بدین معنی که آیا لزوم و جواز امر امضایی است یا تأسیسی؟ اگر مبنای جواز مضاربه حکم امضایی باشد، امکان شرط خلاف آن به اراده طرفین وجود دارد. ولی اگر تأسیسی باشد، دیگر این امکان وجود ندارد. سید یزدی بهترین دلیل درباره لزوم را بنای عقلا می‌داند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۳)

مسئله اصلی لزوم عقود از احکامی است که بین فقها به امضایی معروف است. شاهد مطلب اینکه فقهاء در بحث اصالة اللزوم یکی از ادله اصالة اللزوم را بناء عقلاء می‌دانند. لذا در مورد امضایی بودن حکم لزوم بحثی نیست.

اما مسئله مهم مبنای حکم جواز است که امضایی است یا تأسیسی. برخی قائل به امضایی بودن لزوم و تأسیسی بودن جواز هستند. (باقری پور، ۱۳۹۲، صص ۱۱۱-۱۱۲) با این استدلال که اصل اولیه در

تمامی معاملات لزوم بوده اما حکم جواز، تأسیس شارع بوده است. زیرا عرف عقلاء معمولاً عاری از این دقت‌های علمی می‌باشد که بین قراردادهایشان تفصیل قائل شوند و برخی را قابل فسخ و برخی را غیرقابل فسخ تلقی کنند.

این نظر قابل انتقاد است و نمی‌توان گفت جواز حکم تأسیسی است. بلکه لزوم و جواز هر دو از احکام امضایی محسوب می‌شوند. مردم از قدیم در مورد هر عقدی نوع مصالح خود را تشخیص می‌دادند و با توجه به نوع همین مصالح می‌دانستند که عقد لازم منعقد می‌کنند یا عقد جائز. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ص ۱۵۲)

به عبارت دیگر عرف عقلا از همان ابتدا توانایی تشخیص عقود از نظر لزوم و جواز را داشته است و کسی نمی‌تواند بپذیرد که عقود چون عاریه یا هبه یا ... به صورت لازم منعقد می‌شدند. مخصوصاً عقدی مانند مضاربه که خود نیز از امضائات است. فقها در موارد بی‌شمار گفته‌اند، مقررات عقود و ایقاعات از عرف و عادت گرفته شده و احکام امضایی هستند. حال چگونه می‌توان گفت که لزوم و جواز عقود از عرف و عادت گرفته نشده و از احکام تأسیسی است؟

بنای عقلا نه تنها در مشروعیت معامله موثر است، در تعیین خصوصیت قرارداد، مثل لزوم و جواز نقش تعیین‌کننده دارد. (محقق داماد، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۵۷)

مضاف بر امضایی بودن جواز مضاربه، خصلت دیگر جواز این عقد (یا به طور کلی تر همه عقود اذنی) حقی بودن آنست. همانگونه که برخی از فقها گفته‌اند، عقود را از باب لزوم و جواز می‌توان به سه دسته تقسیم نمود: (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۲)

اول) عقودی که ذاتاً اقتضای لزوم می‌کنند مثل نکاح و ضمان که شرط خیار در آنها منافی مقتضای عقداست.

دوم) عقودی که ذاتاً اقتضای جواز می‌کنند مثل وعده نکاح که شرط لزوم منافی مقتضای عقد است.

سوم) عقودی که ذاتاً اقتضای لزوم و جواز را ندارد، مثل مضاربه.

لزوم و جواز در قسم اول و دوم حکمی است و غیر قابل تغییر می‌باشد، ولی در قسم سوم لزوم و جواز حقی است و طرفین می‌توانند در مضاربه که از قسم سوم می‌باشد، حق فسخ را از خود سلب کنند.

اصل برحقی بودن لزوم و جواز عقود است. مگر اینکه استثنائاً برخی عقود مشمول لزوم و جواز حکمی شود. دلیل روشن اینست که اگر لزوم و جواز حکمی را اصل بدانیم، با تخصیص اکثر مواجه می شویم.

۳-۳- نظر قانون مدنی: قانونگذار در برخی مواد به امکان لازم کردن عقود جایز تصریح نموده است. مثلاً در ماده ۵۷۸ آمده: شرکا همه وقت می توانند از اذن خود رجوع کنند، مگر اینکه اذن ضمن عقد لازم داده شده باشد. که در این صورت، مادام که شرکت باقیست، حق رجوع ندارند. همچنین در ماده ۶۷۹، در باب وکالت می گوید: «موکل می تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.»

بدیهی است شرطی که منظور این ماده است، شرط نتیجه است. (خیرالهی، ۱۳۸۹، صص ۵۱-۸۵) برخی حقوقدانان معتقدند که ماده ۶۷۹ استثناست و باید تفسیر مضیق شود. برخی نیز حکم این ماده را نادرست می دانند و معتقدند با شرط عقد اذنی ضمن عقد لازم، وابستگی اذن به اراده طرفین از میان نمی رود والا عقد اذنی با فوت یا حجر یکی از طرفین نباید منحل شود؟ آیا دلیل انحلال جز این است که عقد اذنی همچنان وابسته به اراده طرفین آن می باشد؟ (شهبازی، ۱۳۸۵، صص ۹-۱۸) این نظر قابل انتقاد است. زیرا نه عرف جامعه با آن موافق است و نه روح قانون مدنی. زیرا اولاً عرف جامعه در مورد عقود دیگر هم از حکم ماده ۶۷۹ پیروی نموده است. مثلاً عملکرد بانکها به گونه ای است که عقد مضاربه را به صورت شرط ضمن عقد لازم صلح تا مدتی غیر قابل فسخ (لازم) می کنند. حتی در این مضاربه ها با فوت یا حجر مشتریان بانکها (عاملان مضاربه) عقد منفسخ نمی شود. لذا از نیاز و احتیاج عرفی به لازم نمودن عقود جایز منعقد میان خود به صحت این امر از نظر قانونی و شرعی پی می بریم. چرا که به گفته شیخ انصاری از صحت عرفی، صحت شرعی نیز کشف می شود. (سبحانی تبریزی، به نقل از شیخ انصاری، پیشین، ص ۱۵)

ثانیاً درست است که اذن و امکان رجوع از آن از لوازم همدیگرند، ولی از مواد قانون مدنی نیز چنین بر نمی آید، که رجوع را مقتضای ذات اذن بدانند. زیرا قانونگذار در برخی مواد به واسطه ی مانع قانونی یا قراردادی اذن را غیر قابل رجوع دانسته است. به عنوان مثال ق.م. در ماده ۱۰۸ بیان می دارد: در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد، مالک می تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه مانع قانونی موجود باشد. این مانع قانونی می تواند منع از نبش قبر باشد یا در مواردی که پس گرفتن مال مستلزم زیان جبران ناپذیر باشد یا رهن

مستعار. قرارداد نیز می تواند مانع رجوع شود: ماده ۱۲۰ بیان می دارد: اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که ... هر وقت بخواهد می تواند از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد. یا مثلاً در ماده ۵۷۸ ق.م.آ آمده است که شرکا همه وقت می توانند از اذن خود رجوع کنند، مگر اینکه اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در این صورت، مادام که شرکت باقی است، حق رجوع ندارند. بنابراین ق.م. در مواردی اذن را غیر قابل رجوع دانسته است. ثالثاً همانگونه که اگر عقد جایز را فسخ کنند، همه شروط ضمن آن (ولو عقد لازم) نیز منتفی می شود، عکس آن هم باید صادق باشد. یعنی چنانچه عقدی جایز را ضمن عقدی لازم قرار دهند، عقد جایز هم لازم می شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۳۰)

رابعاً انفساخ عقود بواسطه موت و جنون و سفه بدلیل جایز بودن عقد (برادران، ۱۳۹۱، ص ۹) یا اذنی بودن آن نیست بلکه بدلیل وابستگی عقد به شخصیت متعاقدين است. به بیان دیگر برخی از عقود لازم، با فوت یا حجر یکی از طرفین منفسخ می شوند و برخی عقود جایز با فوت یا حجر یکی از طرفین منفسخ نمی شوند. مثل عقود رهن و کفالت که نسبت به مرتهن و مکفول له جایز می باشند. ولی هیچ یک از آنها در اثر فوت یا حجر طرفی که عقد نسبت به او جایز است منفسخ نمی شود. (مواد ۷۸۸ و ۷۴۸ ق.م.) بنابراین لازم یا جایز بودن یک عقد یعنی اینکه آیا طرفین حق فسخ دارند یا خیر. انفساخ عقد به موت یا حجر طرفین نمی تواند نشان دهنده ی عقد جایز باشد. در واقع این حکم ناشی از غلبه است. لذا لازم کردن عقد جایز به معنی سلب حق فسخ از طرفین است. ق.م. نیز در مواد ۱۸۵ و ۱۸۶ حرفی از انفساخ بواسطه موت و جنون و سفه به میان نیاورده است.

در پاسخ به این ایراد که چرا عقد اذنی که ضمن عقد لازم شده با فوت یا حجر طرفین منفسخ می شود، باید گفت، حکم ماده ۹۵۴ به اذنی بودن عقد نیز بستگی ندارد. (هر چند که ملازمه ی ماده ۹۵۴ با عقود اذنی از عقود جایز منطقی تر است) زیرا غالباً در عقود اذنی نسبت به بقیه عقود شخصیت طرفین مهمتر است. به همین علت ق.م. تمام عقود اذنی را من باب غلبه مشمول این ماده قرار داده است. به علاوه ماده فوق را باید در مورد عقود مستمر بررسی کنیم. زیرا در عقود آنی با انعقاد عقد، همه چیز تمام شده و دیگر نیاز به اهلیت طرفین در طول مدت نیست و از آنجا که عقود اذنی از عقود مستمر هستند، ماده ۹۵۴ در آنها بیشتر نمود دارد. لکن مشمول این ماده به صورت مطلق صحیح نیست. زیرا اولاً هیچ دلیلی وجود ندارد که اهلیت عاقد پس از عقد هم باید استمرار داشته باشد. پس اگر اذن دهنده پس از عقد جایز بمیرد، وارث او حق مورث را در باب سلب اختیار

از وی ارث می برد و اگر اذن دهنده مجنون یا سفیه شود، ولی یا قیم با رعایت غبطه قائم مقام او می شوند. این نظر با تأمین روابط حقوقی افراد جامعه سازگارتر است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۵۹)

ثانیاً در تمامی این عقود مباشرت شخص الزامی نیست، گرچه غالباً اینگونه است. در واقع رابطه این عقود با عقودی که شرط مباشرت (ضمنی یا صریح) طرفین شده است، عموم و خصوص من وجه می باشد. لذا شمول تمام عقود اذنی تحت ماده ۹۵۴ به طور مطلق بی مورد است. مثلاً عقدی مانند مضاربه لازم نیست که با فوت یا حجر یکی از طرفین منفسخ شود و بهتر آن بود که قانون این امر را نیز مانند مزارعه و مساقات قرار می داد که فقط در صورت قید مباشرت با موت یا حجر طرفین منفسخ شوند. مضاف بر موارد فوق به عقود دیگری برمی خوریم که اذنی نیستند ولی تحت حکم این ماده قرار گرفتند. مثلاً مواد ۴۵، ۴۹۷، ۵۲۹، ۴۵۴ و همین طور عقد نکاح که در اثر فوت منفسخ می شود که این هم به دلیل وابسته بودن به شخصیت طرف است. بنابراین ماده ۹۵۴ ملازمه‌ای با عقود اذنی ندارد، به همین دلیل است که اگر ضمن عقد لازم دیگر بیابند، باز هم با فوت یا حجر یکی از طرفین منفسخ می شوند. اگر بپذیریم که مبنای ماده ۹۵۴ عقود اذنی است و انفساخ عقد به واسطه موت یا حجر طرفین مقتضای ذات عقود اذنی بدانیم که به هیچ روی نمی توان شرط خلافش را نمود، حکم ماده ۷۷۷ قابل توجیه نخواهد بود. حتی اگر حکم استثنایی بدانیم همین نشان می دهد که ق.م این امر را مقتضای ذات عقود اذنی نمی داند و شرط خلاف ماده ۹۵۴ ممکن است. همچنان که مواد ۱۲۰ و ۵۷۸ و ۱۰۸ و ۶۷۹ نشان می دهد امکان رجوع از اذن مقتضای ذات اذن نیست. در واقع انفساخ عقود بواسطه ی موت یا حجر طرفین مقتضای ذات عقودی است که مباشرت متعاقدين در آنها شرط است و در این عقود امکان شرط خلاف ماده ۹۵۴ نیست. مثل عقد نکاح یا مزارعه، مساقات، اجاره و هر عقد دیگری که شرط مباشرت در آنها شده است.

بعلاوه به نظر نمی رسد که ماده ۷۷۷ استثنا باشد. زیرا هیچ مغایرتی با نظم عمومی ندارد. اگر طرفین اینگونه خواسته اند نمی توان بی دلیل خواسته شان را نادیده گرفت. اما به دلیل اینکه این عقود از عقود مستمر هستند، اگر چنین شروطی (شرط لزوم و شرط عدم انفساخ) را در عقد بیاورند باید تا مدت معین باشند.

نتیجه اینکه قانون مدنی لازم کردن عقود جایز را تجویز کرده. شرطی که وجود دارد، قالب و شکل رسیدن به این هدف را درج ضمن عقد لازم می داند. ولی این قالب و شکل موضوعیت ندارد. زیرا در این صورت باعث تشریفاتی شدن عقود می شود. در حالیکه اصل بر رضایی بودن عقود

است. اگر جواز رامقتضای ذات عقد بدانیم سلب حق فسخ ولو ضمن عقد لازم دیگر نیز منتفی است. لذا دیگر اهمیتی ندارد که این امر را ضمن خود عقد انجام دهیم یا ضمن عقد لازم دیگر. به همین دلیل برخی گفته اند، از جمله عواملی که بر عدم منافات شرط عدم فسخ با مقتضای عقد و کتاب و سنت، دلالت می کند، امکان اشتراط این شرط ضمن عقد لازم دیگر می باشد. (موسوی اردبیلی، پیشین، ص ۸۳) به عبارت دیگر همینکه میتوان عقدی جایز را ضمن عقدی لازم درج و آنرا غیر قابل فسخ کنیم، دال بر اینست که شرط لزوم یا عدم فسخ با مقتضای عقد جایز منافات ندارد.

لذا اگر شرطی منافی مقتضای عقد باشد، درج آن نه در خود عقد و نه در غیر آن جایز نیست. زیرا مخالف کتاب و سنت است و باعث حرام کردن حلال و حلال کردن حرام است. پس آنچه بین متأخرین از فرق بین این دو، مشهور شده، مبهم است. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۵۵۷)

۳-۴- اصل حاکمیت اراده: اراده انسان در تحقق عقد و آثاری که بر عقد مترتب می شود، بزرگترین قدرت است و محور تمامی روابط قانونی و اجتماعی بشمار می رود. زیرا احترام به آزادی انسان و خواستههای او اولین هدف در اجتماع انسانی است. از این رو سرچشمه ی تمامی مقررات و قوانین حاکم میان او و دیگران اصل آزادی انسان است. (رحمانی، ۱۳۸۸، صص ۱۱۸-۱۴۸)

برخی معتقدند اگر لزوم و جواز ناشی از اراده طرفین باشد، در آن صورت لزوم و جواز مانند شروط ضمن عقد امری توافقی و در اختیار طرفین قرار می گیرد. با پذیرش این نظریه اساساً تقسیم عقد به جایز و لازم تعبیری مسامحی و ناصحیح می گردد. زیرا هیچ عقدی دائماً ماهیتی ثابت ندارد. بلکه با تغییر اراده طرفین ماهیتش عوض می شود. (باقری پور، ۱۳۹۲، ص ۱۱۵)

در پاسخ باید گفت، اولاً لزوم و جواز ماهیت عقود نیستند که بگوییم با تغییر آنها ماهیت عقود عوض می شود. ثانیاً تقسیم بندی عقود به لزوم و جواز نیز بی فایده نیست. در صورت عدم تصریح اصل بر این است که طرفین تقسیم بندی قانونگذار را پذیرفته اند ولی این اصل جنبه امری ندارد. مگر در بعضی عقود مانند نکاح که لزوم آن از جمله قوانین امری بشمار می آید.

اگر طرفین در مورد لزوم یا جواز عقد سکوت کردند، تکلیف لزوم یا جواز عقد را قانون مشخص می کند. مانند بسیاری از احکام عقود که تصریح متعاقدین در مورد آنها بر قوانین تکمیلی اولویت دارد. برخی فقها صراحتاً گفته اند، مضاربه از عقود جایز است. مگر اینکه در ضمن عقد لازمی یا در ضمن همان عقد شرط لزوم کرده باشند.» (محدث قمی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۳۶۹)

بنابراین به عنوان نتیجه می توان گفت، اگر خواست مشترک طرفین بتواند ایجاد التزام کند بدون اینکه از نظر قالب و تشریفات محدودیتی داشته باشد. (ماده ۱۰ قانون مدنی)، چه تفاوتی دارد که این خواست ضمن عقد لازم بیان شود یا ضمن عقد جایز. هیچ کدام از مواد ق.م.بی اعتباری شرط لزوم را به صراحت بیان نمی کنند. لذا باید در تفسیر آن به روح قانون مدنی که حاکمیت اراده می باشد، توجه کنیم و موارد مذکور را ناظر بر موارد شایع بدانیم. بدون اینکه مفهوم آنها، لزوم شرط در عقد جایز را نفی کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۳۱)

آوردن وکالت ضمن عقد جایز نشانه آن است که طرفین نخواستند آزادی خود را به طور کامل از بین ببرند و فقط مایلند وکالت را تابع آن عقد سازند. ولی وقتی سقوط حق عزل ضمن وکالت اعلام گردد، دیگر این نشانه وجود ندارد. در نتیجه لزوم احترام به خواسته آنان و وفای به شرط ایجاب می کند که از مفاد آن پیروی شود و وکالت به صورت عقد لازم درآید. اگر طرفین عقدی نه ضمن عقد لازم و نه ضمن خود وکالت بلکه در یک توافق مستقل، تراضی به عدم عزل نمایند. و تراضی مذکور را تابع ماده ۱۰ قانون مدنی قرار دهند، آیا نمی توانیم این تراضی را بپذیریم؟ لذا چه فرقی می کند که همین تراضی به صورت شرط در عقد وکالت باشد، آنچه الزام می آورد تراضی است و نه شکل. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، عقود معین، ج ۴، ص ۲۰۷)

یکی از موارد اعمال حاکمیت اراده عقد صلح است. و هیچ محدودیتی برای مورد صلح وجود ندارد. قالبی وسیعتر از همه عقود معین که برای تحقق حاکمیت اراده فراهم آمده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ش ۳۵۵) وفق ماده ۷۵۸ ق.م. هر عقدی خواه لازم باشد یا جایز، اگر مورد صلح واقع شود، تابع احکام عقد صلح شده و تبدیل به عقدی لازم می شود. در ماده ۷۶۰ به این امر تصریح شده: «صلح عقد لازم است، اگر چه در مقام عقود جایزه واقع شده باشد و بر هم نمی خورد، مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله.» با وجود صراحت ماده مذکور گفته کسانی که معتقدند عقد جایز حتی اگر ضمن عقد لازم بیاید، تبدیل به عقدی لازم نمی شود، قابل انتقاد است. (شهیدی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۲۳؛ امامی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۳۱۳) چرا که مطابق ماده مذکور با آوردن عقد جایز ضمن عقد صلح تبدیل به عقد لازم به مفهوم تام می شود. لذا می توان گفت جواز مقتضای ذات عقود جایز نیست.

وفق ماده ۱۰ ق.م حاکمیت اراده متعاقدين در صورتی که مخالف صریح قانون امری نباشد، نافذ بوده و تراضی بر قانون تکمیلی حکومت می کند و احکام ق.م. در باب لزوم و جواز عقود از قوانین تکمیلی محسوب می شوند. اگر تردید کنیم که شرط لزوم مخالف قانون امری است یا نه، به قدر



متیقن که مخالفت با قوانین تکمیلی است، اکتفا کرده و حکم به عدم مخالفت با قوانین امری می دهیم.

نتیجه اینکه هم نهاد عقد صلح و هم ماده ۱۰ ق.م که بیانگر اصل حاکمیت اراده می باشند، بر تمامی تشریفات و محدودیتهای اراده آزاد متعاقدين حاکمیت دارند. نه فقط به این معنا که طرفین در انتخاب نوع عقد، طرف قرارداد و شکل عقد آزادند بلکه بدین معنا که هر کجا شک کنیم توافق افراد در امری (در مسایل قراردادها) صحیح است یا خیر، به استناد اصل حاکمیت اراده، آن را صحیح بدانیم لذا اگر شک کنیم شرط لزوم صحیح است یا خیر، به استناد اصل حاکمیت اراده، حکم به صحت آن می دهیم. مگر آنکه عقد منعقدہ میان آنها یا شروط ضمن آن مخالف قوانین امری یا نظم عمومی باشد. که در این مورد نظم عمومی بر اصل حاکمیت اراده حاکم است. لکن در اینجا هم باز هنگام تردید اصل بر عدم مخالفت با نظم عمومی است مگر آنکه خلافش ثابت شود.

### ۳. اهل سنت

فقهای اهل سنت در مورد شرط لزوم بحث چندانی نکرده اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۷۱) اما برخی فقها در فقه حنبلی صراحتاً چنین شرطی را باطل می دانند و معتقدند شرط لزوم مضاربه یا شرطی عدم عزل در مدت معین، از جمله شروط فاسد و منافی مقتضای عقد است. (موفق الدین، ۱۴۰۵ق، کتاب شرکت، ص ۴۲)

برخی فقها نیز در باب عقد شرکت شرطی را که طی مدت معین، عقد فسخ نشود، را از جمله شروط فاسد می دانند. (ابواسحاق، ۱۴۲۱ق، ص ۱۶؛ المرادوی، ۱۳۱۶ق، ص ۴۲۴)

شافعی ها نیز شرط لزوم را منافی مقتضای عقد می دانند. (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص ۴۸) اما در دو مورد قائل به لازم بودن وکالت می باشند. ۱- استعفای وکیل موجب ضایع یا فاسد شدن مال موکل شود. ۲- وکالت به لفظ و دارای شرایط اجاره باشد. (جزیری، ۱۴۲۴ق، ج ۳، ص ۱۸۳) همچنین شافعی ها و برخی حنابله قایل به عدم امکان فسخ عقود جایز، در صورت ایجاد ضرر برای یکی از متعاقدين هستند. (دیان، ۱۴۳۲ق، ج ۱۹، ص ۳۷۷)

حنفی ها نیز در مورد بطلان شرط لزوم با شافعی ها و حنابله هم عقیده اند. اما آنرا از جمله شروط فاسدی می دانند، که باعث بطلان عقد نمی شود. (فخرالدین، ۱۳۱۳ق، ج ۵، ص ۵۶) آنها نیز درسه مورد وکالت را لازم می دانند. ۱- وکالت در فروش مال مرهونه ۲- وکالت در دعوا و خصومت، به

درخواست دائن و غیبت مدیون ۳- وکالت در تسلیم عین در صورت غیاب موکل. (جزیری، ۱۴۲۴ق، ج ۳، صص ۱۸۱-۱۸۲)

از میان فرقه‌های اهل سنت مالکی‌ها به اصل لزوم قراردادهای، اهمیت بیشتری می‌دهند و نظرشان در راستای تحکیم روابط حقوقی افراد جامعه است.

چرا که آنها در غالب موارد قایل به لزوم عقود اذنی هستند. مثلاً از نظر آنها در عقد شرکت رجوع امکان ندارد. (طیار، ۱۴۳۳ق، ج ۶، ص ۱۴۸) یا در باب عقد مضاربه معتقدند که تا قبل از شروع عمل از جانب عامل عقد جایز است. اما همین که عامل شروع به عمل کرد، عقد لازم و غیر قابل فسخ می‌شود. البته در این مورد اختلاف نظر وجود دارد. (مجموعه‌ای از مؤلفین، ۱۴۲۷ق، ج ۳۸، ص ۹۲) همچنین گفته‌اند، مضاربه به موت یکی از طرفین فسخ نمی‌شود. ورثه عامل اگر امین باشند، یا امین بیاورند حق دارند مضاربه را ادامه دهند. (قرطبی، ۱۹۹۵، ج ۲، ص ۲۴۰؛ زحیلی، پیشین، ج ۴، ص ۸۷۳)

مالکی‌ها همچنین در مورد عاریه‌ی مقید به اجل یا عمل تا پایان عمل یا اجل، معتقد به لزوم آن هستند. (مجموعه‌ای از مؤلفین، ۱۴۲۷ق، ج ۲۲، ص ۱۳۵) همینطور وکالت را در موارد زیر عقدی لازم می‌دانند: ۱- وکالت به خصومت: ۲- وکالت به گونه‌ای واقع شود، که در مقابلش عوض به وجه اجاره باشد. (وکالت به عمل معین با اجرت معلوم یا عمل غیر معین، اما در زمان معین) ۳- وکالت به شکل اجاره‌ای واقع شود که در مقابلش عوض به وجه جعله باشد. (جزیری، پیشین، ص ۱۸۲)

نظر مالکی‌ها با اصل حاکمیت اراده نیز تطابق دارد. چرا که در معدود مواردی که عقدی را جایز دانسته‌اند، شرط لزوم را در آن صحیح می‌دانند. مثلاً در مورد عقد وکالت اگر بدون اجرت باشد، به وکیل تبریعی حق فسخ داده‌اند. مگر آنکه موکلش او را منع کرده باشد. (زحیلی، ۱۴۰۵ق، ج ۵، ص ۱۲۸)

نتیجه اینکه - جز اکثر فقهای مالکی - شرط لزوم تقریباً در میان فقهای اهل سنت جایگاهی ندارد. اما در این میان نظر برخی فقها در این زمینه قابل تحسین است و معتقدند اگر فسخ عقود جایز ضرری برای یکی از طرفین یا نفعی برای شخص ثالث در برداشته باشد، فسخ آن عقد ممکن نبوده و آن عقد به عقدی لازم تبدیل می‌شود. (دبیان، ۱۴۳۲ق، ج ۷، ص ۳۸۹)

همچنین برخی بر این باورند که متعاقدين می‌توانند بادرچ شروط معتبر در عقود جایز، حق فسخ را محدود کنند. مثل شرط انضاض رأس المال در مضاربه، یا شرط اطلاع طرف مقابل از فسخ، یا شرط عدم ایجاد ضرر در رجوع. مثلاً کسی که زمینی را برای زراعت عاریه کرده، معیر نمی‌تواند

رجوع کند، تا زمانیکه زرع محصول دهد. یا کسی که مکانی را برای دفن عاریه کرده، معیر در محدوده ی مکانی که دفن انجام شده نمی تواند رجوع کند، تا وقتی که اثر مدفون کهنه شود. (مجموعه ای از مؤلفین، ۱۴۲۷ق، ج ۲۲، ص ۱۳۵)

با تدقیق در نظرات مذکور مبنای عدم امکان فسخ را در عدم اضرار می یابیم در این صورت بحث اثبات ضرر به میان می آید. اما آیا بهتر نیست که حق فسخ را بنا به اراده و خواست طرفین بواسطه ی درج شرط لزوم محدود کنیم؟

بی شک طرفین هنگام انعقاد عقد جایز، به همه جوانب و آثار عقد توجه داشته و برای رسیدن به منفعت یا جلوگیری از ضرری، عقد را اینگونه بسته اند.

لذا زمانیکه برای عدم اضرار، حق فسخ را محدود می کنیم، به طریق اولی می توانیم این حق را به استناد اراده و خواست متعاقدين نیز محدود نماییم.

#### نتیجه

۱. شرط لزوم باطل نیست. زیرا نه مخالف مقتضای ذات عقد نیست و مغایرتی با حکم شارع و کتاب و سنت ندارد. صرفاً با مقتضای اطلاق عقد منافات دارد. بدین معنی که اگر مالک یا عامل هیچ شرطی نکنند، عقد جایز است و اجماع فقها که حکم به جواز مضاربه داده اند بر مضاربه ی مطلق حمل می شود. اما مضاربه ی مشروط به لزوم آن یا مؤجل، از این اجماع خارج است. زیرا اجماع دلیل لبی بوده و باید از آن قدر متیقن گرفت، که فقط شامل مضاربه ی مطلق است.

۲. دلیل جواز عقد مضاربه مطلق که عبارتند از: اجماع فقها و قصور ادله لزوم بر عقود اذنی، بر شروط ضمن عقد مضاربه حاکم نیست. زیرا آنها ادله جواز عقدند نه شرط.

۳. از نظر قانونی نیز نه تنها شرط لزوم با هیچ قانون امری منافات ندارد، بلکه مواد ۶، ۷۹ و ۱۲۰ و ... بیانگر این امر هستند که روح قانون، منافاتی با لازم کردن عقود اذنی ندارد. شرط لزوم صرفاً با ماده ۵۵۰ که از جمله قوانین تکمیلی است، تعارض دارد.

۴. ماده ۱۰ ق.م که بیانگر اصل حاکمیت اراده است به عنوان یکی از مبانی قانونی شرط لزوم است.

۵. شرط لزوم نه تنها در عقد مضاربه واجب الوفاست، بلکه در کلیه عقود اذنی نیز اینگونه است.

۶. منظور از واجب الوفا بودن شرط لزوم وجوب وضعی آن است، نه صرفاً وجوب تکلیفی. بنابراین شرط لزوم باعث لازم شدن عقد می شود.

پیشنهادی که می توان ارائه داد اینست که ماده ۶۷۹ نه تنها باید شامل سایر عقود اذنی شود، بلکه امکان شرط لزوم را در خود عقد هم (مشروط به مقید بودن به زمان معین) بدهد. بدین ترتیب ماده قانونی جدیدی بعنوان ماده ۱۸۶ مکرر در فصل اقسام عقود و معاملات و بعد از ماده ۱۸۶ ق.م که بیان کننده ی امکان فسخ عقود جایز است، بدین شرح گنجانده شود:

«عقود جایز را می توان با اشتراط شرط لزوم، به مدت محدودی، به عقد لازم تبدیل نمود. مگر اینکه جواز مقتضای ذات آن عقود و از جمله قوانین امری باشد. مانند وعده نکاح»

## فهرست منابع

### فارسی

- امامی، سید حسن (۱۳۸۸)، **حقوق مدنی**، ۶ جلد، ج ۲، چاپ بیست و یکم، تهران: انتشارات اسلامیه.
- باقری پور، نرگس (۱۳۹۲)، **مبانی لزوم و جواز در قراردادها**، کانون سردفتران، ماهنامه شماره (۱۳۸-۱۳۹).
- برادران، دلاور (۱۳۹۱)، **لزوم و جواز عقود از دیدگاه وصف حقی یا حکمی**، دانشگاه شهید بهشتی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره (۵۸).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۵)، **لزوم و جواز عقود و ایقاعات**، تحولات حقوق خصوصی، چاپ سوم، دانشگاه تهران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، **فلسفه حقوق مدنی**، ج ۲، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴)، **مضاربه**، چاپ اول، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- خیرالهی، محمدعلی، مهدوی، وحیدرضا (۱۳۸۹)، **وکالت بلاعزل و تشخیص نوع شرط وکالت و کیل یا عدم عزل ضمن عقد لازم**، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بابل، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۷، شماره (۲۲).
- رحمانی، محمد (۱۳۸۸)، **قواعد فقهی (۲) اصل لزوم در معاملات**، فصلنامه فقه اهل بیت فارسی، شماره (۸).
- شهبازی، محمد حسین (۱۳۸۵)، **مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- شهبازی، محمد حسین (۱۳۸۵)، **مقاله نقدی بر ماده ۶۷۹ ق.م**، مؤسسه دادآفرین، ش (۵۹).
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۱)، **اصول قراردادها و تعهدات**، ج ۲، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد.
- عاملی، سید حسن (۱۳۸۱)، **مقاله تبعیت شرط از عقد در لزوم و جواز**، پژوهشنامه متین، ش ۱۵ و ۱۶.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، **عقود معین**، ج ۴، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، **درسهای از عقود معین**، ج ۱، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، **قانون مدنی در نظم حقوق کنونی**، چاپ بیستم، تهران: نشر میزان.
- محقق داماد، سید مصطفی، عبدی پور، ابراهیم، قنواتی، جلیل، وحدتی شبیری، حسن (۱۳۹۲)، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، ج ۱، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.

## عربی

- ابو اسحاق، برهان الدین بن محمد (۱۴۲۱)، **المبدع فی شرح المقنع**، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- اراکی، محمد علی (۱۴۱۴ق)، **الخيارات**، چاپ اول، قم: مؤسسه در راه حق.
- اشتهاودی، علی پناه (۱۴۱۷ق)، **مدارک العروه**، ج ۳۰، جلد ۲۸، چاپ اول، تهران: دار الأسوة للطباعة و النشر.
- بارعی، عثمان بن علی بن محجن و فخر الدین، الزیلعی، (۱۳۱۳ق)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق و حاشية الشلبی**، ج ۶، جلد ۵، چاپ اول، قاهره: مطبعة الكبرى الأميرية.
- بهبهانی، سید علی (۱۴۰۵ق)، **الفوائد العلیه - القواعد الکلیه**، ج ۲، جلد ۲، چاپ دوم، اهواز: کتابخانه دارالعلم.
- جزیری، عبدالرحمن (۱۴۲۴ق)، **الفقه علی المذاهب الاربعه**، ج ۵، جلد ۳، چاپ دوم، بیروت: دارالکتب العلمیه
- جمعی از مؤلفان (بی تا)، **مجله فقه اهل بیت**، ج ۵۲، جلد ۴۵، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- جمعی از مؤلفان (۱۴۲۷-۱۴۰۴ق)، **الموسوعة الفقهیه الكويتیه**، ج ۴۵، ج ۲۲ و ۳۸، چاپ دوم، کویت: دارالسلاسل.
- حسینی عمیدی، سید عمید الدین بن محمد اعرج (۱۴۱۶ق)، **کنز الفوائد**، ج ۳، جلد ۲، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مظهر اسدی (۱۴۱۴ق)، **تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)**، ج ۲۰، جلد ۱۷، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حکیم طباطبایی، سید محسن (۱۴۱۶ق)، **مستمک العروه الوثقی**، ج ۱۲، چاپ اول، قم: مؤسسه دارالتفسیر.
- خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق)، **جامع المدارک**، ج ۷، جلد ۳، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خوبی، سید ابو القاسم موسوی، (۱۴۰۹ق)، **مبانی العروه الوثقی**، ج ۲، جلد ۱، چاپ اول، قم: منشورات مدرسه دارالعلم.
- دیان، ابو عمر دبیان بن محمد (۱۴۳۲ق)، **المعاملات المالیه أصالة و معاصرة**، ج ۷ و ۱۹، چاپ دوم، ریاض: مکتبه الملك فهد الوطنیه.
- زحیلی، وهبه (۱۴۰۵ق)، **الفقه الاسلامی و الادلته**، ج ۸، جلد ۴ و ۵، چاپ دوم، دمشق: دارالفکر.

- سحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶ق)، **نظام المضاربة فی الشریعة الإسلامیة النراء**، در یک جلد، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳ق)، **مهذب الأحكام**، ج ۳۰، جلد ۱۹، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق)، **حاشیه بر مکاسب**، ج ۲، جلد ۲، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۸ق)، **العروة الوثقی مع التعليقات**، دو جلد، ج ۲، چاپ اول، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- طیار، عبدالله بن محمد (۱۴۳۳ق)، **الفقه المیسر**، ج ۱۳، جلد ۶، چاپ دوم، ریاض: مدار الوطن.
- عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**، ج ۱۵، جلد ۴، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- عاملی، کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۱۳، جلد ۸، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- مرداوی، علی بن سلیمان بن احمد (۱۳۱۶ق)، **الانصاف**، بیروت: دار الکتب العلمیة.
- محدث قمی، شیخ عباس (۱۴۲۳ق)، **الغایة القصوی فی ترجمة العروة الوثقی**، ج ۲، جلد ۲، چاپ اول، قم: منشورات صبح پیروزی.
- موحدی لنکرانی، محمد فاضل (۱۴۲۵ق)، **تفصیل الشریعه**، چاپ اول، قم: مرکز فقه ائمه اطهار عليهم السلام.
- موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم (۱۴۲۱ق)، **فقه المضاربه**، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید رحمه الله
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ ه ق)، **القواعد الفقهیة**، ج ۷، جلد ۳، چاپ اول، قم: نشر الهادی
- موفق الدین، عبد الله بن احمد بن قدامه (۱۴۰۵ق)، **المغنی**، ج ۱۰، جلد ۵، کتاب شرکت، چاپ اول، بیروت: دارالاحیاء.
- نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۳۷۳ق)، **منیة الطالب فی حاشیة المكاسب**، ج ۲، جلد ۲، چاپ اول، تهران: المكتبة المحمدیة.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، ج ۴۳، جلد ۲۶، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.