

شرط لزوم در عقود اذنی با تأکید بر عقد مضاربه

محمد جعفری مجده^{۱*}، پگاه علی آبادی^{۲**}

۱. (نویسنده‌ی مسئول)، استادیار وزارت علوم تحقیقات و فناوری
۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد واحد نراق

(تاریخ دریافت: ۱۴۰۵/۱۲/۲۵ – تاریخ تصویب: ۱۴۰۵/۰۵/۱۶)

چکیده

مستفاد از مواد ۵۵۰ و ۵۵۲ قانون مدنی این است که مضاربه ولو اینکه مؤجل باشد جائز است و تعهد لازمی برای طرفین ایجاد نمی‌کند. حکم قانون مدنی درمورد مضاربه مطلق 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 جائز 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 معتقدند 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 تعیین کننده 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 جائز است و هر عقدی که با فوت یا حجر طرفین منفسخ شود جائز است یا این مقوله ارتباطی به لازم یا جائز بودن عقود ندارد؟ اجمالاً می‌توان گفت هر جا که شخصیت متعاقده‌ین در عقد مهم باشد، حکم ماده ۹۵۴ جاری می‌شود خواه عقد لازم باشد یا جائز.

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؟

کلیه واژگان: عقد اذنی، شرط لزوم، مضاربه، جواز، شرط نتیجه.

* Email: mjaafarimajd@gmail.com

** Email: pegahaliabadi.1234@gmail.com

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 ساخت 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 فقهاء 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 عهده 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 موجر است به مستأجر در تصرف عین مستأجره. (جعفری لنگروodi، ۱۳۸۴، ص ۲۱)

ثانیاً ترکیبی دانستن ماهیت مضاربه از عقود جایز وکالت، 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 شرکتی منعقد شده است (شهبازی، ۱۳۸۵، ص ۹۲) وکالت

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 و خصیصه بارز آنست که آن را از سایر نیابتات (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 فقهاء بر فرض اعتبار، شامل مضاربه مؤجل نمی شود و باید از آن قدر متین گرفت و آن را صرفاً شامل مضاربه مطلق بدانیم.

از طرفی شیاهت 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 موجز به تسليم عین مستاجره 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 پاییندی 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 اقضای 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 فقهاء شرط باطل و مبطل عقد است؟

پاسخ به این سوالات منافاتی با پذیرش لزوم ذاتی مضاربه مؤجل ندارد. همچنان که برخی از فقهاء 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 قابل 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 باوراث ادامه یابد؟ به عقیده یکی از حقوقدانان دلیل 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 معجون 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. ادلہ بطلان شرط لزوم

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

۱-۱- قاعده «أن الشرط في العقود الجائزه غير لازم العمل»: فقهاء 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 فقهاء شرط ضمن عقد جایز را از جمله شروط ابتدایی دانسته و ادعای اجماع بر بطلان این شروط کرده اند.

دوم) اولویت: برخی از فقهاء 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 پنداشد. (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 متین 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 عقد 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، مانع 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 عقد نه شرط. به علاوه منظور از تبعیت این نیست، عقدی که ضمن عقد جایز باید، به دلیل تبعیت از عقد اصلی در جایز بودن خود مستقلانه 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 مدام 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 بواسطه‌ی 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 في العقود الجائزه غير لازم العمل» به این صورت است که مدام که عقد باقیست، شرط هم واجب الوفاست و التزام به آن واجب است. مانند نماز که مدام 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، ص ۱۴۱۶، ۱۴۱ق) اما به دلیل اینکه به طور غیر مستقیم با فسخ عقد شرط هم متنفی 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 بواسطه‌ی انتقامی عقد متنفی شود. (موسوی اردبیلی، پیشین، ص ۸۵) برخی از فقهاء اینکه نظر به عدم وجوب وفا به شروط ضمن عقود جایز طبق قاعده‌فرعیت 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 بزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، صص ۵۵۶-۵۵۷)

برخی از فقهاء یک قسم از شروط را از ضابطه فوق مستانا نموده و وفای به آنها را مطلقاً واجب می‌دانند. توضیح‌آشروع ضمن عقود جایز دو قسم‌اند:

- ۱- آنچه که به خواستن کاری از مشروط علیه برگردد. مثل خیاطی لباس و تابعی از ثمن است.
- ۲- شروطی که به ثمن یا مثمن برنمی‌گردد 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 غرامت پردازد. 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 عروه 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 مخصوص 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، الترا م در ضمن الترا م دیگر است، پس باید یک الترا می 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 فقهاء 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 مسلمانًا 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 مقتضی عقدند.

(سبحانی تبریزی، پیشین، ص ۱۶ و موسوی اردبیلی، پیشین، ص ۸۲)

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

برخی از فقهاء به عنوان قاعده گفته اند، شک در اینکه شرط لزوم منافي اطلاق عقدست یا منافی ذات، در عدم ثبوت آن بر منافات داشتن با ذات کفايت 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. (سیزواری، پیشین، ص ۲۵۱)

۳-۲- 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 باشرط، عقد، لازم نمی شود، بلکه عقد نیز به تبع شرط باطل می شود.» (حویی، 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 درنابودی عقد موثر نباشد و این با توجه به «المؤمنون عند شروطهم» مخالف شرع نیست. (موسی اردبیلی، پیشین، ص ۸۲)

برخی از فقهاء شرط لزوم را مخالف کتاب و سنت می‌دانند. 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 سراست نمی‌کند. به دلیل عدم ملازمت بین فساد شرط و فساد مشروط.» (موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۳۵)

در پاسخ می‌توان 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 لبی است و در آن اکتفا به قدر متین‌تر لازم است و متین از اجماع جواز خود عقد است نه توازع آن. (حکیم طباطبائی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص ۲۶۸)

ثانیاً: قصور ادله لزوم بر شمول عقود اذنی مختص به خود عقد است و شامل شروط ضمن آن نمی‌شود، با روایت «المؤمنون عند شروطهم» قصور ادله در خصوص شرط متینی 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 می‌کنیم. 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، ص ۱۳۹-۱۴۴) ۴-۲-۴-۵-۵-۵۰ 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 می‌باشد، 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» می‌باشد و وفای به آن لازم است، البته این واجب 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 ارتقای شرط نیست.» (خوانساری، ۱۴۰۵، ج، ۳، ص ۴۰۸)

یکی از فقهاء 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 تعليقی 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 آنجاکه شرط لزوم حق فسخ را از طرفین سلب می‌کند و به تعبیر فقهاء مالکیت حق فسخ را از طرفین می‌گیرد، ممکن است این فکر به ذهن بررسد که با ماده ۹۵۹ ق.م. که از قوانین امری است، منافات دارد. طبق این ماده هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمنع 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 حسن است، از استفاده از حریت خود صرف نظر کند. طبق ماده ۲۱ و مفهوم ماده ۲۵ ق. کار نیز قرارداد کار دائم الزام آور نیست و هر یک از دو طرف حق فسخ آن را دارد. برخی فقهاء 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، ۱۴۰۵، 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 جزیی 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 جزیی (موقعی یا در رابطه خاص) ممکن است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵۷۰)

ماده ۲۵ ق. کار نیز قرارداد کار به صورت «دائم» 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.

۳-۱- عمومات صحت شروط: در مورد صحت شرط لزوم علاوه بر دلایل خاصی که در ادامه خواهیم آورد، دلایل عامی نیز موجود هست 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 رالغو و بیهوده می‌کند و این مخالف (المونون 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 بزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۵۵۵)

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

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

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

اما مسئله مهم بنای 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 عقلاً عاری از این دقت‌های علمی می‌باشد که بین قراردادها یشان 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. (جهانی لنگرودی، ۱۳۷۵، ص ۱۵۲)

به عبارت دیگر عرف عقلاً از همان ابتدا توانایی تشخیص عقود از نظر لزوم و جواز را داشته است و کسی نمی‌تواند پذیرد که عقودی چون عاریه یا هبه یا ... به صورت لازم منعقد می‌شوند. مخصوصاً عقدی مانند مضاربه که خود نیز از امضایات است. فقهاء 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 شده و از احکام تأسیسی است؟

بنای عقلانه تنها در مشروعيت معامله موثر است، در تعیین خصوصیت قرارداد، مثل لزوم و جواز

نقش تعیین کننده 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 فقهاء گفته‌اند، عقود را از باب لزوم و جواز می‌توان به سه دسته تقسیم نمود: (نانینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۲)

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

دوم) عقودی که ذاتاً اقتضای جواز می‌کنند مثل وعده نکاح که شرط لزوم منافي 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 می‌شویم.

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 می‌توانند از اذن خود رجوع کنند، مگر اینکه اذن ضمن عقد لازم داده شده باشد. که در این صورت، مدام که شرکت باقیست، حق رجوع ندارند. همچنین در ماده ۶۷۹، در باب وکالت می‌گوید: «موکل می‌تواند 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. (خیراللهی، ۱۳۸۹، صص ۵۱-۸۵) برخی حقوق‌دانان معتقدند که ماده ۶۷۹ استثناست و باید تفسیر مضيق شود. برخی نیز حکم این ماده را نادرست می‌دانند و معتقدند با شرط عقد اذنی ضمن عقد لازم، وابستگی اذن به اراده طرفین از میان نمی‌رود 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 می‌باشد؟ (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 گونه‌ای است که عقد مضاربه را به صورت شرط ضمن عقد لازم صلح تا مدتی غیر قابل فسخ (لازم) می‌کنند. حتی در این مضاربه‌ها با فوت یا حجر مشتریان بانک‌ها (عاملان مضاربه) عقد منفسخ نمی‌شود. لذا از نیاز و احتیاج عرفی به لازم نمودن عقود جایز منعقده میان خود به صحت این امر از نظر قانونی و شرعی پی می‌بریم. چرا که به گفته شیخ انصاری از صحت عرفی، صحت شرعی نیز کشف می‌شود. (سبحانی تبریزی، به نقل از شیخ انصاری، پیشین، ص ۱۵)

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

مستعار. قرارداد نیز می‌تواند مانع رجوع شود: ماده ۱۲۰ بیان می‌دارد: اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که ... هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه به وجه ملزمی این حق را از خود سلب کرده باشد. یا مثلاً در ماده ۵۷۸ ق.م آمده است که شرکا همه وقت می‌توانند از اذن خود رجوع کنند، مگر اینکه اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در این صورت، مدام 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 می‌شود، عکس آن هم باید صادق باشد. یعنی چنانچه عقدی جایز را ضمن عقدی لازم قرار دهنده، عقد جایز هم لازم می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج. ۳، ص. ۱۳۰)

رابعاً انفاسخ عقود بواسطه موت و جنون و سفه بدلیل جایز بودن عقد (برادران، ۱۳۹۱، ص. ۹) یا اذنی بودن آن نیست بلکه بدلیل واستگی عقد به شخصیت متعاقدين است. به بیان دیگر برخی از عقود لازم، با فوت یا حجر یکی از طرفین منفسخ می‌شوند و برخی عقود جایز با فوت یا حجر یکی از طرفین منفسخ نمی‌شوند. مثل عقود رهن و کفالت که نسبت به مرتضی و مکفول له جایز می‌باشند. ولی هیچ یک از آنها دراثر فوت یا حجر طرفی که عقد نسبت به او جایز است منفسخ نمی‌شود. (مواد ۷۸۸ و ۷۴۸ ق.م) بنابراین لازم یا جایز بودن یک عقد یعنی اینکه آیا طرفین حق فسخ دارند یا خیر. انفاسخ عقد به موت یا حجر طرفین نمی‌تواند نشان دهنده ای 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 حرفي از انفاسخ بواسطه موت و جنون و سفه به میان نیاورده است.

در پاسخ به این ایراد که چرا عقد اذنی که ضمن عقد لازم شرط شده با فوت یا حجر طرفین منفسخ می‌شود، باید گفت، حکم ماده ۹۵۴ به اذنی بودن عقد نیز باستگی ندارد. (هر چند که ملازمتی 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 شمول 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 رادر باب سلب اختیار

از وی ارث می‌برد و اگر اذن دهنده مجنون یا سفیه شود، ولی یا قیم با رعایت غبطه قائم مقام او می‌شوند. 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 (ضمی یا صريح) طرفین شده است، عموم و خصوص من وجه می‌باشد. 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 می‌داد که فقط در صورت قید مباشرت با موت یا حجر طرفین منفسخ شوند. مضاف بر موارد فوق به عقود دیگری برمی‌خوریم که اذنی نیستند ولی تحت حکم این ماده قرار گرفتند. مثلاً مواد ۴۵، ۴۹۷، ۵۲۹، ۴۵۴ و همین طور عقد نکاح که در اثرفوت منفسخ می‌شود 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 بیایند، باز هم با فوت یا حجر یکی از طرفین منفسخ می‌شوند. اگر پذیریم 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 نمی‌توان شرط خلافش را نمود، حکم ماده ۷۷۷ قابل توجیه نخواهد بود. حتی اگر حکم استثنایی بدانیم همین نشان می‌دهد که ق.م این امر را مقتضای ذات عقود اذنی نمی‌داند و شرط خلاف ماده ۹۵۴ ممکن است. همچنان که مواد ۱۲۰ و ۵۷۸ و ۱۰۸ و ۶۷۹ نشان می‌دهد امکان رجوع از اذن مقتضای ذات اذن نیست. در واقع انفساخ عقود بواسطه‌ی 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 نمی‌رسد که ماده ۷۷۷ استثنا باشد. زیرا هیچ مغایرتی با نظم عمومی ندارد. اگر طرفین اینگونه خواسته اند نمی‌توان 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 می‌داند. ولی این قالب و شکل موضوعیت ندارد. زیرا در این صورت باعث تشریفاتی شدن عقود می‌شود. 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 مقتضی عقد و کتاب و سنت، دلالت می کند، امکان اشتراط این شرط ضمن عقد لازم دیگر می باشد. (موسی اردبیلی، پیشین، ص ۸۳) به عبارت دیگر همینکه میتوان عقدی جایز را ضمن عقدی لازم درج و آنرا غیر قابل فسخ کنیم، دال برایست که شرط لزوم یا عدم فسخ با مقتضای عقد جایز منافات ندارد.

لذا اگر شرطی منافی مقتضی 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 متاخرین از فرق بین این دو، مشهور شده، مبهم است. (طباطبایی بزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۵۵۷)

۴-۳- اصل حاکمیت اراده: اراده انسان در تحقیق عقد و آثاری که بر عقد مترب می شود، بزرگترین قدرت است و محور تمامی روابط قانونی و اجتماعی بشمار می رود. زیرا احترام به آزادی انسان و خواستهای او اولین هدف در اجتماع انسانی است. از این رو سرچشمۀ 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 وجود از اراده این طرفین قرار می گیرد. با پذیرش این نظریه اساساً تقسیم شروط ضمن عقد امری توافقی و در اختیار طرفین قرار می گیرد. زیرا احترام به آزادی انسان و خواستهای او اولین هدف در اجتماع انسانی است. از این رو سرچشمۀ تمامی مقررات و قوانین حاکم میان او و دیگران اصل آزادی انسان است. (رحمانی، ۱۳۸۸، صص ۱۱۸-۱۴۸)

بلکه با تغییر اراده طرفین ماهیتش عوض می شود. (باقری پور، ۱۳۹۲، ص ۱۱۵)

در پاسخ باید گفت، اولاً لزوم وجود از اراده این طرفین قرار می گیرد. 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 براین 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 درمورد لزوم یا جواز ماهیت عقود نیستند که بگوییم با تغییر آنها ماهیت عقود می کند. مانند بسیاری از احکام عقود که تصریح متعاقدين در مورد آنها بر قوانین تکمیلی اولویت دارد. برخی فقهاء 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 می‌توان 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 نمی‌کنند. لذا باید در تفسیر آن به روح قانون مدنی که حاکمیت اراده می‌باشد، 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 و کالت ضمن عقد جایز نشانه آن است که طرفین نخواسته اند آزادی خود را به طور کامل از بین ببرند و فقط مایلند و کالت را تابع آن عقد سازند. ولی وقتی سقوط حق عزل ضمن و کالت اعلام گردد، دیگر این نشانه وجود ندارد. در نتیجه لزوم احترام به خواسته آنان و فای بـه شرط ایجاب می‌کند که از مفاد آن بپروری شود و کالت به صورت عقد لازم درآید. اگر طرفین عقدی نه ضمن عقد لازم و نه ضمن خود و کالت بلکه در یک توافق مستقل، تراضی به عدم عزل نمایند. و تراضی مذکور را تابع ماده ۱۰ قانون مدنی قرار دهنند، آیا نمی‌توانیم این تراضی را بپذیریم؟ لذا چه فرقی می‌کند که همین تراضی به صورت شرط در عقد و کالت باشد، آنچه الزام می‌آورد 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 می‌شود. در ماده ۷۶۰ به این امر تصریح شده: «صلح عقد لازم است، اگر چه در مقام عقود جایزه واقع شده باشد و بر هم نمی‌خورد، 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 نمی‌شود، 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 می‌شود. لذا می‌توان گفت جواز مقتضای ذات عقود جایز نیست.

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

متین 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 باشد، بر تمامی تشریفات و محدودیتهای اراده آزاد متعاقدین حاکمیت داردند. 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 صحبت آن می دهیم. مگر آنکه عقد منعقده 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 فقهاء در فقه حنبی مراجحتاً 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 فقهاء نیز در باب عقد شرکت شرطی را که طی مدت معین، عقد فسخ نشود، را از جمله شروط فاسد می دانند. (ابوسحاق، ۱۴۲۱ق، ص ۱۶؛ البرداوی، 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 و کالت می باشند. ۱- استعفای وکیل موجب ضایع یا فاسد شدن مال موکل شود. ۲- و کالت به لفظ و دارای شرایط اجاره باشد. (جزیری، ۱۴۲۴ق، ج ۳، ص ۱۸۳) همچنین شافعی ها و برخی حنبله قایل به عدم امکان فسخ عقود جایز، در صورت ایجاد ضرر برای یکی از متعاقدین هستند. (دیان، ۱۴۳۲ق، ج ۱۹، ص ۳۷۷)

حنفی ها نیز در مورد بطلان شرط لزوم با شافعی ها و حنبله 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 موردو کالت را لازم می دانند. ۱- و کالت در فروش مال مرهونه ۲- و کالت در دعوا و خصوصت، به

در خواست دائم و غیبت مديون^۳-وکالت در تسلیم عین در صورت غیاب موکل. (جزیری، ۱۴۲۴ق، ج ۳، ص ۱۸۱-۱۸۲)

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

چرا که آنها در غالب موارد قابل 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 باشدند، یا امین بیاورند حق دارند مضاربه را ادامه دهنند. (قرطی، ۱۹۹۵ج، ج ۲، ص ۲۴۰؛ زحلی، پیشین، ج ۴، ص ۸۷۳)

مالکی‌ها همچنین در مورد عاریه‌ی مقید به اجل یا عمل تاپایان 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 خصوصت: 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 جuale باشد. (جزیری، پیشین، ص ۱۸۲)

نظر مالکی‌ها با اصل حاکمیت اراده نیز تطابق دارد. چرا که در محدود مواردی که عقدی را جایز دانسته‌اند، شرط لزوم را در آن صحیح می‌دانند. مثلاً در مورد عقد وکالت اگر بدون اجرت باشد، به وکیل تبرعی حق فسخ داده‌اند. مگر آنکه موکلش او را منع کرده باشد. (زحلی، ۱۴۰۵ق، ج ۵، ص ۷۲۸)

نتیجه اینکه - جز اکثر فقهای مالکی - شرط لزوم تقریباً در میان فقهای اهل سنت جایگاهی ندارد. اما در این میان نظر برخی فقهای 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. (دیان، ۱۴۳۲ق، ج ۷، ص ۳۸۹)

همچنین برخی براین باورند که متعاقدین می‌توانند بدرج شروط معتبر در عقود جایز، حق فسخ را محدود کنند. مثل شرط انصاص 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 محدوده‌ی مکانی که دفن انجام شده نمی‌تواند رجوع کند، تا وقتی که اثر مدفون کهنه شود.
(مجموعه‌ای از مؤلفین، ۱۴۲۷ق، ج ۲۲، ص ۱۳۵)

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

بی‌شک 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 بسته‌اند.

لذا زمانیکه برای عدم اضرار، حق فسخ را محدود می‌کنیم، به طریق اولی می‌توانیم این حق را به استناد اراده و خواست متعاقدین نیز محدود نماییم.

نتیجه

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

پیشنهادی که می‌توان 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 کننده‌ی امکان فسخ عقود جایز است، بدین شرح گنجانده شود:

«عقود جایز را می‌توان 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 (۱۳۹-۱۴۰).
- برادران، دلاور (۱۳۹۱)، **لزوم و جواز عقود از دیدگاه وصف حق یا حکمی**، دانشگاه شهید بهشتی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره (۵۸).
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۵)، **لزوم و جواز عقود و ایقاعات**، تحولات حقوق خصوصی، چاپ سوم، دانشگاه تهران.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۰)، **فلسفه حقوق مدنی**، ج ۲، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۴)، **مضاربه**، چاپ اول، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- خیرالهی، محمدعلی، مهدوی، وحیدرضا (۱۳۸۹)، **وکالت بلاعزال و تشخیص نوع شرط وکالت وکیل یا عدم عزل ضمن عقد لازم**، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بابل، پژوهش‌های 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).
- شهیازی، محمد حسین (۱۳۸۵)، **مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- شهیازی، محمد حسین (۱۳۸۵)، **مقاله نقدي بر ماده ۶۷۹ ق.م**، مؤسسه دادآفرین، ش (۵۹).
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۱)، **اصول قراردادها و تعهدات**، ج ۲، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجده.
- 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)، درس‌هایی 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 نظر حقوق کنونی، چاپ بیستم، تهران: نشر میزان.
- محقق داماد، سید مصطفی، عبدی پور، ابراهیم، قواتی، جلیل، وحدتی شیری، 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 الكتب العلمية.
- اراکی، محمد علی (۱۴۱۴ق)، الخیارات، چاپ اول، قم: مؤسسه در راه حق.
- اشتهرادی، علی پناه (۱۴۱۷ق)، مدارک العروه، ۳۰ جلد، ج ۲۸، چاپ اول، تهران: دار الأسوة للطباعة و النشر.
- بارعی، عثمان بن علی بن محجن و فخر الدین، الزیلیعی، (۱۳۱۳ق)، تبیین الحقائق شرح کنز الدفائق و حاشیة الشلبی، ۶ جلد، ج ۵، چاپ اول، قاهره: مطبعة الكبری الامیریة.
- بهبهانی، سید علی (۱۴۰۵ق)، الفوائد العليه - القواعد الكلیه، ۲ جلد، ج ۲، چاپ دوم ، اهواز: کتابخانه دارالعلم.
- جزیری، عبدالرحمن (۱۴۲۴ق)، الفقه علی المذاهب الاربعه، ۵ جلد، ج ۳، چاپ دوم، بیروت: دارالكتاب العلمي
- جمعی از مؤلفان (بی تا)، مجله فقه اهل بیت، ۵۲ جلد، ج ۴۵، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- جمعی از مؤلفان (۱۴۲۷-۱۴۰۴ق)، الموسوعة الفقیہ الکوئیتیہ، ۴۵ جلد، ج ۲۲ و ۳۸، چاپ دوم، کویت: دارالسلاسل.
- حسینی عمیدی، سید عمید الدین بن محمد اعرج (۱۴۱۶ق)، کنز الفوائد، ۳ جلد، ج ۲، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴ق)، تذکرة الفقهاء (ط - الحدیثة)، ۲۰ جلد، ج ۱۷، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- حکیم طباطبائی، سید محسن (۱۴۱۶ق)، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۲، چاپ اول، قم: مؤسسه دارالتفسیر.
- خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک، ۷ جلد، ج ۳، چاپ دوم ، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خوبی، سید ابو القاسم موسوی، (۱۴۰۹ق)، مبانی العروه الوثقی، ۲ جلد، ج ۱، چاپ اول ، قم: منشورات مدرسة دارالعلم.
- دیان، ابو عمر دیان بن محمد (۱۴۳۲ق)، المعاملات الماليه أصله و معاصره، ۲۰ جلد، ج ۷ و ۱۹، چاپ دوم، ریاض: مکتبة الملك فهد الوطنية.
- زحلی، وهبة (۱۴۰۵ق)، الفقه الاسلامی و الادله، ۸ جلد، ج ۴ و ۵، چاپ دوم، دمشق: دارالفکر.

- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶ق)، **نظام المضاربة فی الشريعة الإسلامية الغراء**، در یک جلد، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳ق)، **مهدّب الأحكام**، ۳۰ جلد، ج ۱۹، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیة الله.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق)، **حاشیة بر مکاسب**، ۲ جلد، ج ۲، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۸ق)، **العروة الوثقى 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**، ۱۳ جلد، ج ۶، چاپ دوم، ریاض: مدار الوطن.
- عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**، ۱۵ جلد، ج ۴، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
- عاملی، کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، ۱۳ جلد، ج ۸، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- مرداوی، علی بن سلیمان بن احمد (۱۳۱۶ق)، **الانصاف**، بیروت: دار الكتب العلمية.
- محدث قمی، شیخ عباس (۱۴۲۳ق)، **الغاية القصوى في ترجمة العروة الوثقى**، ۲ جلد، ج ۲، چاپ اول، قم: منشورات صبح پیروزی.
- موحدی لنکرانی، محمد فاضل (۱۴۲۵ق)، **تفصیل الشريعة**، چاپ اول، قم: مرکز فقه ائمه اطهار علیهم السلام.
- موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم (۱۴۲۱ق)، **فقہ المضاربة**، چاپ اول، قم: مؤسسه الشتر لجامعة المفید رحمه الله.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق)، **القواعد الفقهية**، ۷ جلد، ج ۳، چاپ اول، قم: نشر الهادی.
- موفق الدین، عبد الله بن احمد بن قدامه (۱۴۰۵ق)، **المغنی**، ۱۰ جلد، ج ۵، کتاب شرکت، چاپ اول، بیروت: دارالاحیاء.
- نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۳۷۳ق)، **منیة الطالب في حاشیة المکاسب**، ۲ جلد، ج ۲، چاپ اول، تهران: المکتبة المحمدیة.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام**، ۴۳ جلد، ج ۲۶، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربي.