

## تبعیت شرط از عقد در لزوم و جواز

سید حسن عاملی<sup>۱</sup>

**چکیده:** مقاله حاضر، تلاشی است در جهت بررسی و تبیین چگونگی تبعیت شرط ضمن عقد؛ به این معنا که شرط علی‌الاطلاق، باید از لزوم و جواز عقد تبعیت کند یا اینکه می‌توان ماهیتی مستقل از عقد برای آن قائل شد.

نگارنده برای بررسی تفصیلی بحث، ابتدائاً شروط را به دو دسته کلی شروط دارای التزام مستقل از عقد (شرط وکالت ضمن عقد نکاح) و شروط فاقد التزام مستقل از عقد (شرط صفت) تقسیم کرده سپس اقدام به بررسی تفصیلی و بیان نظریات مختلف هر یک از این صور نموده است.

در ادامه، شروطی را که قابلیت التزام مستقل ندارند به دو مبحث کلی شروط ضمن عقد جایز و شروط ضمن عقد لازم تقسیم کرده و هر کدام طبق نظریات مشهور فقها، قانون مدنی و ... نقد و بررسی شده است.

در پایان به بررسی شروط ضمن عقدی که قابلیت التزام مستقلی دارند، پرداخته و بحث را با توجه به حالات مختلف جواز یا لزوم عقد و شرط به صور چهارگانه زیر تقسیم نموده است.

۱- عقد و شرط هر دو لازم باشند؛ ۲- عقد و شرط هر دو جایز باشند؛ ۳- عقد لازم و شرط جایز باشد؛ ۴- عقد جایز و شرط ذاتاً عقد لازم باشد.

**کلیدواژه‌ها:** تبعیت شرط ضمن عقد، شرط وکالت ضمن عقد، شرط صفت، شروط ضمن عقد جایز، شروط ضمن عقد لازم.

## مقدمه

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

الف. شروطی که بر حسب طبیعت موضوع خود التزامی مستقل ندارند و ناچار باید در زمره توابع عقود دیگر باشند. مانند شرطی که مربوط به اوصاف مورد معامله اصلی است (شرط صفت)، یا زمان وفای به عهد را معین می‌کند (شرط اجل)، یا حدود و قلمرو التزامهای اصلی عقد را معین می‌کند و یا قوانین تکمیلی را تغییر می‌دهد. این شروط، در واقع، به کمال و روشنی و شیوه اجرای تعهد کمک می‌کنند و خود التزامی جداگانه ندارند.

ب. شروطی که می‌توانند به عنوان قرارداد مستقل مورد توافق باشند ولی دو طرف به ملاحظاتی مثل کسب لزوم از عقد اصلی آن را تابع عقد دیگر ساخته‌اند تا نام شرط بر آن نهاده شود. مانند وکالتی که ضمن نکاح شرط می‌شود یا مضاربه‌ای که در قرارداد بیع می‌آید و در این فرض آنچه به تراضی ارتباط دارد عقدی است مرکب از دو قرارداد، با این قید که یکی از آنها جنبه اصلی دارد و دیگری فرعی و تبعی.

در بحث تبعیت شرط از جهت لزوم و جواز هر دو قسم شرط مورد بحث است و لذا در زیر هریک به‌طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد:

## قسمت اول. شروطی که قابلیت التزام مستقل ندارند

این شروط بر دو قسمتند چون یا در ضمن عقد جایز واقع می‌شوند و یا در ضمن عقد لازم.

## الف. شرط در ضمن عقد جایز

اصلی‌ترین بحث در این قسم این است که شرط با قرار گرفتن در ضمن عقد جایز، آیا لازم الوفاست یا حتماً باید در ضمن عقد لازم قرار گیرد تا از آن کسب لزوم کند؟

اگر قائل شویم شرط در ضمن عقد، زمانی لازم الوفا می‌شود که خود عقد هم لازم باشد، در این صورت شرط در لزوم و جواز تابع عقد است. بر خلاف اینکه بگوییم شرط حتی در ضمن عقد جایز، لازم الوفاست که در آن صورت بین عقد و شرط از حیث لزوم و جواز انفکاک

حاصل می‌شود. بنابراین، اگر در ضمن عقد وکالت شرط عدم عزل کردیم طبق فرض دوم شرط الزام‌آور است. در حالی‌که بنا بر فرض اول الزامی در کار نیست. در این خصوص، نظریات و آرای متعددی ابراز شده است که به ذکر آنها می‌پردازیم.

### نظریه مشهور

نظر مشهور فقها این است که شرط در لزوم و جواز تابع عقد است و شرط ضمن عقد جایز نمی‌تواند الزام‌آور باشد.<sup>۱</sup>

### قانون مدنی

نویسندگان قانون مدنی نیز از نظر مشهور در فقه پیروی کرده‌اند و شرط در عقد جایز را برای از بین بردن حق فسخ دو طرف حتی در مدت معین کافی نشمرده‌اند. از جمله در ماده ۶۷۹ می‌خوانیم:

موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.

در ماده ۵۸۶ در شرکت نیز آمده است:

اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی، مدت معین نشده باشد هر یک از شرکا هر وقت بخواهد می‌تواند رجوع کند.

۱. سید محمد کاظم طباطبایی در این خصوص می‌فرماید: «یظهر من الفقهاء عدم وجوب الوفاء بالشرط فی العقد الجائز فانهم ذکروا انه لو اشترط الاجل فی عقد الشركة لایلزم... و کذا ذکروا فی باب المضاربه انه لو اشترط الاجل لایلزم الوفاء به... و ایضاً ذکر جماعة کالشیخ و العلامة و المحقق الثانی فی الباب المذكور انه لو اشترط فی العقد، مضاربه مال اخر او خدمة او عملاً اخر صح ولا یلزم الوفاء به و صرح به صاحب الجواهر ایضاً و کذا ذکروا فی باب القرض انه لا یلزم اشتراط الاجل فی... و کذا ذکر بعضهم فی وجه تردد المختلف فی باب الرهن فی جواز عزل الوکیل المشرط وکالته فی عقد الرهن و ان کان لازماً من طرف الراهن الا انه جائز من طرف المرتهن» [طباطبایی، ج ۲: ۱۲۴].

همچنین ماده ۵۵۲ در مضاربه اعلام می‌کند:

هرگاه در مضاربه برای تجارت، مدت، معین شده باشد؛ تعیین مدت موجب لزوم عقد نمی‌شود لیکن پس از انقضای مدت مضارب نمی‌تواند معامله بکند، مگر به اجازه جدید.

و در ماده ۶۵۱ مقرر شده است:

اگر برای ادای قرض به وجه ملزومی، اجلی معین شده باشد، مقتضی نمی‌تواند قبل از انقضای مدت، طلب خود را مطالبه کند. در حالی که کافی بود اگر در عقد قرض برای ادای دین اجلی معین شده باشد ... .

نویسنده گوید: ظهور، بلکه صراحت این مواد در آنچه مشهور فقها به آن معتقدند قابل انکار نیست و نویسندگان قانون مدنی در این حکم مخالفی با مشهور فقها ندارند. با این حال بعضی از حقوقدانان معاصر که نظر مشهور فقها را چنان غیر منطقی می‌دانند که معتقدند باید از آن دست کشید، می‌گویند که اگر خواست مشترک دو طرف بتواند ایجاد التزام کند و قالب و تشریفات معینی نداشته باشد (ماده ۱۰ ق.م) چه تفاوتی می‌کند که این خواست، ضمن عقد لازم بیان شود یا در خود عقد جایز؟ وی با این استدلال می‌گوید: تفسیر مواد قانون مدنی باید در سایه روح حاکم بر قانون مدنی (حاکمیت اراده) صورت پذیرد و نتیجه می‌گیرد که مواد یاد شده از قانون مدنی که ظاهرش عدم لزوم شرط در ضمن عقد جایز است، ناظر به موارد شایع است بدون اینکه مفهوم آن لزوم شرط در عقد جایز را نفی کند. وی ادامه می‌دهد:

این نظر را فقیهانی که با لزوم وفای به شروط ابتدایی موافقت کرده‌اند بشدت تأیید می‌کنند و می‌توان گفت این آخرین تحول در فقه امامیه به سوی حکومت اراده و گریز از تشریفات است [کاتوزیان ۱۳۷۴ ج ۳: ۱۴۵].

نویسنده می‌گوید: استظهار فوق از مواد یاد شده قانون مدنی استظهار خیلی مشکلی است و ظهور بلکه صراحت مواد یاد شده قابل رفع ید نیست و در قانونگذاری ترک ضابطه و قاعده و لحاظ مورد شایع، معهود و معقول نمی‌باشد.

## نظریه مقابل مشهور

در برابر مشهور جمع زیادی از بزرگان و اعیان فقها شرط ضمن عقد جایز را لازم الوفا می‌دانند که تعداد این فقها آنقدر زیاد است که نسبت عدم لزوم شرط ضمن عقد جایز را به مشهور مورد تردید قرار می‌دهد و شاید به همین جهت است که صاحب مستمسک نسبت قاعده عدم لزوم شرط ضمن عقد جایز را به مشهور از اساس انکار کرده است<sup>۱</sup> در هر صورت در میان فقهای که شرط بیان شده را لازم الوفا می‌دانند می‌توان از علامه حلی<sup>۲</sup>، شهید ثانی<sup>۳</sup>، محقق اردبیلی<sup>۴</sup>، محقق خوئی<sup>۵</sup> و محقق خوانساری<sup>۶</sup> و سید محسن حکیم (۱۳۹۱ج: ۱۲؛ ۲۶۸) نام برد.

۱. ... و بالجمله فکلمات الصحاب خالیه عن التعرض لهذه القاعدة و يظهر منهم عدم البناء عليها و لزوم العمل بالشروط و ان كانت فی عقد جایز و العبارات السابقة لابد من حملها علی غیر هذا المعنی... [طباطبایی الحکیم ۱۳۹۱ ج: ۱۲؛ ۲۶۸].

۲. وی در بنیاری از کتابهای خود شرط ضمن عقد جایزه را لازم الوفا دانسته است. در تذکره می‌فرماید: «لو شرط فی المضاربه ان يعطيه بهيمه يحمل عليها جاز لانه شرط سائغ لاينافي الكتاب و السنه فوجب الوفاء به عملا بقوله (المسلمون عند شروطهم)» [طباطبایی الحکیم ۱۳۹۱ ج: ۱۲؛ ۲۶۶].

۳. ایشان لزوم شرط مورد بحث را مطابق قاعده می‌داند. وی درباره شرط ضمن عقد مضاربه می‌فرماید: «الذی تقتضيه القواعد انه يلزم العامل الوفاء و به صرح فی التحرير فمتی ادخل به تسلط المالك علی فسخ العقد و ان كان ذلك له بدون الشرط اذ لا يمكن هنا سوى ذلك» [شهید ثانی ۱۴۱۴ ج: ۱؛ ۲۹۱].

۴. این محقق با اینکه قرض را از عقود جایزه می‌داند [مقدس اردبیلی ۱۳۷۸ ج: ۹؛ ۵۸] اما با استفاده از دلیل نقلی شرط اجل را در ضمن آن لازم می‌داند [مقدس اردبیلی ۱۳۷۸ ج: ۹؛ ۸۱ و ۸۲]. استدلال وی در قسمت نقل دلایل خواهد آمد.

۵. وی با سید محمد کاظم طباطبایی هم عقیده است. با این تفاوت که ایشان با اینکه شرط را از جهت مفهوم لغوی شامل شروط ابتدایی نمی‌داند و مبنایش عدم لزوم شروط ابتدایی است اما در اینجا شرط را لازم الوفا می‌داند [خوئی کتاب المضاربه: ۴۲].

۶. ایشان لزوم شرط اجل را در ضمن عقد قرض تقویت کرده و مطابق قاعده می‌داند [حسینی خوانساری ۱۳۶۴ ج: ۳؛ ۳۲۳].

## نظریه حقوقدانان

تمایل در حقوق فعلی نیز به وجود استقلالی برای شرط ضمن عقد جایز است و به لحاظ لزوم تبعیت عقد و شرط از قصد متعاقدين در نظریه جدید بر این باورند که چنین شرطی را باید لازم الوفا دانست و عقد جایز وکالت را با شرط عدم عزل، مثلاً غیر قابل رجوع تلقی نمود.

## ثمره اختلاف

ثمره اصلی نزاع در جایی ظاهر می‌شود که مفاد شرط، اعطای لزوم به عقد جایز باشد. طبقاً با نظر مشهور، عقد، کسب لزوم نمی‌کند؛ اما در نظر مقابل تردیدی در کسب لزوم نیست. بنابراین، اگر به شرط از جهت لزوم، استقلال داده شود در امثال عقد وکالت که در آن شرط عدم عزل شود تا شرط باقی است نمی‌توان عقد را به هم زد ولو خود عقد، ذاتاً جایز است در حالی که در غیر شرطی که مفاد آن اعطای لزوم به عقد جایز است، مثل شرط خیاطت در ضمن عقد وکالت، طبق نظر غیر مشهور، اول باید عقد به هم زده شود تا راه برای به هم زدن شرط باز شود و از همین جاست که می‌گوییم تبعیت شرط از عقد، طبق نظر غیر مشهور بالکلیه از بین نرفته است و همچنان که ذکر شد، تبعیت فی‌الجمله باقی است.

اما طبق نظر مشهور در مثال شرط عدم عزل حتی با وجود شرط می‌توان عقد را به هم زد چون شرط ضمن عقد جایز در نظر آنان جایز الوفاست.

حاصل اینکه عقد وکالت و نظایر آن با اشتراط عدم عزل در مبنای مشهور فقها در جواز خود باقی است، در حالی که در نظر مقابل، عقد از جواز به لزوم منقلب شده است.<sup>۱</sup>

۱. سید محمد کاظم طباطبایی در این خصوص می‌نویسد: «ان لازم ما ذکرنا لزوم عقد الوکالة اذا اشترط فیها عدم العزل و لازم ما ذکره عدم لزومه من جهة ان العقد من حیث هو جایز فیکون الشرط ایضاً جایزاً فلا یفید للزوم دعوی انه اذا اشترط عدم العزل فلا یبقی مجال لجواز الفسخ حتی یکون العقد جایزاً و تبعه الشرط مدفوعه بانه اذا فرض کون لزوم الشرط موقوفاً علی لزوم العقد فلا یلزم ذلك العقد بهذا الشرط والا لزم الدور» [حاشیه المکاسب: ۲، ۱۲۵].

## دلایل جواز شرط ضمن عقد جایز

### دلیل اول) تبعیت

آنچه از کلام مشهور فقها استفاده می‌شود، علت فقط جواز خود عقد و لزوم تبعیت و فرعیّت شرط است بلکه سید محمد کاظم طباطبایی فرموده دلیلی غیر از آنچه ذکر شد برای این نظر وجود ندارد.<sup>۱</sup> شاید مشهورترین عبارت در این سخن صاحب جواهر است که فرموده:

... و اما اللزوم و عدمه فیتبع العقد الذی تضمن الشرط فان كان لازماً

وجب الوفاء بالشرط لكونه حیثیة من توابع العقد و الا لم يجب بل یكون

حیثیة شبه الوعد [نجفی ج ۲۶: ۳۴۳].

لذا می‌توان گفت دلیلی که بر جواز خود عقد دلالت دارد، دلیل جواز شرط ضمن آن هم هست، چون شرط از توابع عقد و به تعبیر بعضی از فقها کالجزء است. شهید ثانی می‌فرماید:

القراض من العقود المجائزة لا يلزم الوفاء به فلا يلزم الوفاء بما شرط فی

عقده لان الشرط كالجزء من العقد فلا یزید علیه [۱۴۱۴ ج ۱: ۲۹۱].

همچنان که نظیر این استدلال در خصوص شرط ضمن عقد لازم هم شده است.

مقدس اردبیلی در ذیل کلام علامه که در این باب فرموده: «ولا یلزم تأجیل الحال الا ان

یشرط فی لازم». می‌فرماید: «... و لان جزء عقد لازم لازم» [مقدس اردبیلی ۱۳۷۸ ج ۹: ۸۲].

بعضی از محققین معاصر قبول ندارند که مشهور از این دلیل استفاده کرده‌اند صاحب

مستمسک می‌فرماید: اینکه می‌بینیم فقها در عقود جایز، شروطی را می‌پذیرند و شروطی را رد

می‌کنند و در رد و قبول این شروط اصلاً از این قاعده «الشرط فی العقود العین الالزامه غیر لازم

الوفاء» حرفی به میان نمی‌آورند، دلیل است بر اینکه این قاعده در نزد مشهور معتبر نیست و

بنابراین نباید آن را به مشهور فقها نسبت داد. سپس در توجیه بعضی از عبارات فقها که از این

قاعده استفاده کرده‌اند، می‌فرماید:

۱. «... و کیف كان فلاجیه لما ذكره الا ما ادعاه صاحب الجواهر فی بحث المضاربه من ان عموم المومنون انما

یقتضی صحة الشرط و اما وجوب الوفا به فهو من جهة تبعته للعقد و كونه كالجزء له فاذا كان جایزاً فیکون هو

ایضاً كذلك...» [طباطبایی ج ۲: ۱۲۴ و ۱۲۵].

و ما فی بعض الکلمات المتقدمة و نحوها محمول علی خلاف ظاهره او  
 انه رأی خاص للقائل نفسه [طباطبایی الحکیم ۱۳۹۱ ج ۱۲: ۲۶۶].

ایشان در جای دیگر می‌فرماید:

... و بالجملة فکلمات الاصحاب خالية عن التعرض لهذه القاعدة، و یفسر  
 منهم عدم البناء علیها و لزوم العمل بالشروط و ان كانت فی عقد جائز و  
 العبارات السابقة لابد من حملها علی غیر هذا المعنى [طباطبایی الحکیم ۱۳۹۱  
 ج ۱۲: ۳۶۸].

حقیقت این است که این قاعده به وفور در استدلالات فقها به کار گرفته شده است بلکه  
 سید محمدکاظم طباطبایی مدرک نظر مشهور را فقط تبعیت می‌داند و عبارت صاحب جواهر  
 نیز در این باب که صریحاً با قاعده فوق بر مختار مشهور استدلال کرده است، اخیراً ذکر شد و  
 در ریاض می‌فرماید:

ان الاجل المشترط فی المضاربه حیث کان غیر لازم بل جائز یجوز لکل  
 منهما الرجوع لجواز اصله بلا خلاف كما مضى فلان یكون الشرط المثبت  
 فيه جائزاً بطریق اولی [طباطبایی کرلایی ۱۴۱۲ ج ۱: ۴۹۴].

و در حدائق فرموده:

المشهور ان القراض من العقود المجائزة التي یجوز الرجوع فیها من الطرفين  
 بل ادعی علیه الاجماع و علی هذا فلو شرط التأجيل فيه لم یلزم و بل لیس  
 صرحوا ایضاً و کذا کل شرط سائق [طباطبایی الحکیم ۱۳۹۱ ج ۱۲: ۲۶۴].

عبارات فراوان دیگری در این مورد هست که نیازی به ذکر آنها نیست.

## نقد

این استدلال که دلیل جواز عقد، دلیل جواز شرط ضمن آن هم هست، قابل التزام نیست چون  
 در دلیل جواز عقود جایز دو نظر وجود دارد:



- ۱- اجماع که از ادله لیبی است در حالی که در دلیل لیبی اکتفا به قدر متیقن لازم است و متیقن از اجماع جواز خود عقد است نه توابع آن [طباطبایی الحکیم ۱۳۹۱ ج ۱۲: ۲۶۸].
- ۲- دلیل، قصور ادله و عدم دلیل بر لزوم چنین عقودی است این دلیل نیز به خود عقود مختص است و شامل شروط ضمن آن نمی‌شود، چون 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.<sup>۱</sup>

### دلیل دوم) اولویت

اولویت به این معنی است که وقتی خود عقد جایز باشد، شرط ضمن آن، به دلیل پایین بودن رتبه فرغ، به طریق اولی جایز خواهد بود. موسوی بجنوردی می‌نویسد:

... لانه بعد ما کانت نفس العقد غیر واجب الوفاء فالشروط الواقع فی  
ضمنه بطریق اولی [۱۴۱۹ ج ۳: ۲۵۱].

و اخیراً از ریاض نقل شد:

ان الاجل المشترط فی المضاربه حیث کان غیر لازم بل جائز یجوز لكل  
منهما الرجوع لجواز اصله بلا خلاف كما مضى فلان یكون الشرط المثبت  
فیه جائزاً بطریق اولی [طباطبایی کربلایی ۱۴۱۲ ج ۱: ۴۹۴].

صاحب جواهر نیز در ردّ کسانی که در تفسیر فاعده جواز شرط ضمن عقد جایز می‌گویند: مراد این است که از طریق فسخ خود، عقد جایز می‌توان شرط را بر هم زد، می‌فرماید:

۱. و ما قد یقال من ان ما دل جواز العقد دال علی جوازه بتوابعه و منها الشرط مدفوع بان دلیل الجواز فی عقد المضاربه اما هو الاجماع كما ذهب الیه المشهور و هو یختص بنفس العقد واما هو ما ذکرناه من عدم الدلیل علی اللزوم فیه فهو مختص بالعقد ایضاً و لا یمع الشرط لانه واجب الوفاء لقوله (ص) «المؤمنون عند شروطهم» فلا یمکن ان یقال انه لا دلیل علی لزومه [خویی ج ۳: ۴۳].

... لا دليل عليه بل المعلوم خلافه ضرورة عدم كون الشرط اولى من

مقتضى العقد الذى لا يجب الوفاء به و ان لم يفسخ العقد [نجنى ج ۲۶:

{۳۴۳}

### نقد

نویسنده را اعتقاد بر این است که بعد از ثبوت دلیل بر لزوم شرط ضمن عقد همچنان که در ذیل دلیل اول بیان شد، اینگونه امور اعتباری اثری نخواهد داشت.

### دلیل سوم) منافات با اقتضای عقد

طبق این استدلال، دلیل جواز شرط ضمن عقد جایز، صرفاً جواز عقد و لزوم تبعیت شرط نیست، بلکه دلیل این است که اگر شرط فوق لازم باشد در موارد خاصی، منافات با اقتضای عقد پیدا می‌شود و آن زمانی است که مفاد شرط، اعطای لزوم به خود عقد باشد؛ مثل شرط عدم فسخ و شرط نداشتن حق فسخ در امثال عقد مضاربه و شرط عدم عزل در امثال عقد وکالت. بنابراین با این شروط عقد جایز منقلب به لازم می‌شود و آن منافات ذات عقد جایز است. به همین جهت مشهور فقها در شرط عدم فسخ در عقود جایز هم شرط و هم عقد را باطل دانسته‌اند.<sup>۱</sup> علامه حلی در باب مضاربه می‌فرماید:

۱. نسبت بطلان شرط و عقد به مشهور در شروط فوق‌الذکر که توسط سید محمدکاظم طباطبایی ادعا شده، [العروه الوثقی ج ۲: ۶۴۴] مورد اعتراض واقع شده است. چون برگشت شرط عدم فسخ به شرط اجل و شرط توقیت است و اینها نه مخالف مقتضای عقد است و نه مخالف کتاب و سنت. لذا فقها هم شرط اجل و هم شرط توقیت را در امثال مضاربه صحیح می‌دانند. محقق در شرائع می‌گوید: «ان عقد المضاربه جائز من الطرفين و لسو اشتراط فيه الاجل لم يلزم... و ليس كذلك لو قال على ان لا املك فيها منعك لان ذلك منساف لمقتضى العقد» [۱۳۳: ۱۴۰۹] علامه در قواعد می‌فرماید: «لو شرط توقیت المضاربه لم يلزم الشرط و العقد صحيح» [کرکی ۱۴۰۸ ج ۸: ۵۵]. بده، اگر نداشتن حق فسخ از اساس شرط شود منافات مقتضای عقد خواهد بود همچنان که اگر لزوم معامله شرط شود، اینطور است.

ولو شرط ما بنا فيه فالوجه بطلان العقد مثل ان يشترط ضمان المسال او  
سهما من الخسران او لزوم المضاربه [كركى ۱۴۰۸ ج ۸: ۵۶].

## نقد

التزام به این دلیل مشکل است، چون شرط عدم فسخ مخالف مقتضای اطلاق عقد جایز است نه ذات آن. اقتضای اطلاق عقد مضاربه، مثلاً مخالف با لزوم شرط عدم فسخ است اما ذات آن منافاتی ندارد، به دلیل اینکه اگر همین شرط در ضمن عقد لازم آورده شود؛ مثلاً در ضمن عقد بیع شرط شود که فلان عقد مضاربه غیر قابل فسخ باشد، صحیح است و عقد مضاربه نباید فسخ شود و الا هیچ وقت نمی توان عقد جایز را عرضاً و تبعاً متقلب به لازم کرد.<sup>۱</sup>

## دلیل چهارم) مخالفت با کتاب و سنت

به نظر این مستدل اقتضای شرعی عقود جایز، عدم لزوم شرطی است که در ضمن آن واقع شده است. لذا مشهور فقها جواز عقد را دلیل عدم امکان لزوم شرط ضمن آن می دانند. بنابراین، لزوم شرط برخلاف دلیل شرعی برگرفته از کتاب و سنت است.

۱. سید محمد کاظم طباطبایی در حاشیه المکاسب می فرماید: «و دعوی انه من جهة كونه منافياً لمقتضى العقد كما ترى، مع انه لو كان كذلك وجب بطلان الشرط المذكور اذا كان في عقد لازم ايضا ... مع انهم صرحوا بلزومه اذا كان في عقد لازم و هذا صريح في ان الوجه في عدم اللزوم جواز العقد لا المنافاه للعقد» [ج ۲: ۱۲۴] و در العروه می فرماید: «لو اشترط في المضاربة عدم الفسخ الى زمان كذا يمكن ان يقال بعدم جواز فسخها قبله بل هو الاقوى لوجوب الوفاء بالشرط و لكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور بل العقد ايضا لانه مناف لمقتضى العقد و فيه منع بل هو مناف لاطلاقه... و لو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم اخر فلا اشكال في صحة الشرط و لزومه و هذا يؤيد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد اذ لو كان منافياً لزوم عند صحته في ضمن عقد اخر أيضاً» [ج ۲: ۶۴].

## نقد

التزام به این استدلال نیز مشکل است چون 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. تفصیل این مطلب در بررسی شروط باطل در بحث شرط مخالف کتاب و سنت بیان شد.

از طرف دیگر، دلیل شرعی برای جواز عقد هر چه باشد همچنان که در بررسی دلیل اول گذشت مخالفتی با لزوم شرط ندارد.

## دلیل پنجم) جواز فسخ عقد جایز

در این استدلال، در معرض فسخ بودن عقد جایز علت جواز شرط ضمن آن است چون با فسخ عقد، موضوعی برای وجوب شرط باقی نمی‌ماند. این دلیل برخلاف ادله گذشته، بیانگر این است که با وجود عقد، شرط لازم‌الوفاء است و راه به هم زدن شرط به هم زدن خود عقد است و از این جهت شرط در معرض زوال اoadی و اختیاری است و لذا گفته می‌شود شرط ضمن عقد جایز، لازم‌الوفاء نیست.

به تعبیر دیگر، حکم در این مسأله واسطه در ثبوت دارد و عدم لزوم شرط، به واسطه جواز فسخ عقد، برای شرط ثابت است. سید محمد کاظم طباطبایی که در شروط ضمن عقد جایز قائل به لزوم وفاء است در کتاب العروه مسلک مشهور فقها را که شرط مزبور را لازم نمی‌دانند با همین استدلال توجیه می‌کند.<sup>۱</sup>

۱. «و لو شرط فی عقد مضاربه عدم فسخ مضاربه اخری سابقه صح و وجب الوفاء به الا ان یفسخ هذه المضاربه فیسقط الوجوب كما انه لو اشترط فی مضاربه مضاربه اخری فی مال اخر او اخذ بضاعة منه او قرض او خدمة او نحو ذلك وجب الوفاء به مادامت المضاربه باقیه و ان فسخها سقط الوجوب و لابد ان یحمل ما اشترط من ان الشروط فی ضمن العقود الجائزة غیر لازمة الوفاء علی هذا المعنی و الا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد علی

ایشان به تنهایی به این نظریه معتقد نیست و بعضی از فقها نیز در این باب از وی تبعیت می‌کنند [طباطبایی الحکیم ۱۳۹۱ ج ۱: ۲۶۶].

### نقد

این استدلال دواشکال عمده دارد:

اولاً، مستلزم تفصیلی است که مشهور به آن قائل نشده‌اند، چون لازمه آن این است که در مواردی که اقتضای شرط، لزوم خود عقد است — مثل شرط عدم عزل در عقد وکالت — و شرط عدم فسخ در مضاربه و قرض و شرکت، شرط لازم الوفا باشد. درحالی که مشهور به طور مطلق، شرط ضمن عقد جایز را لازم الوفا نمی‌دانند.

ثانیاً، فقهای مشهور خودشان تصریح کرده‌اند که مراد از عدم وجوب وفا به شرط ضمن عقد جایز، عدم وفا به سبب جواز خود عقد است نه به لحاظ فسخ عقد که مستلزم از بین

---

حاله كما اختاره» صاحب الجواهر بدعوی: «انها تابعة للعقد لزوماً و جوازاً، بل مع جوازه می‌اولی بالجواز و انها معه شبه الوعد و المراد من قوله تعالى اوفوا بالعقود، اللازمه منها لظهور الامر فيها فی الوجوب المطلق و المراد من قوله<sup>(۱)</sup> المومنون عند شروطهم بیان صحة اصل الشرط لا اللزوم و الجواز اذ لا یخفی ما فیہ» [طباطبایی، ج ۲: ۶۴۵].

البته ایشان این معنی را در شروطی می‌پذیرد که مفاد آنها اعطای لزوم به عقد نیست؛ مثل شرط عدم فسخ در مضاربه و عدم عزل در وکالت و لذا در حاشیه مکاسب می‌فرماید: «فان قلت لعل نظرهم فی عدم وجوب الوفاء الی ما اعترفت به من جواز فسخ العقد لیرتفع موضوع الوجوب لا الی عدمه و ان كان العقد باقیاً قلت هذا و ان كان محتملاً فی المورد الاخیر (در شرط فعل) الا انه لا یتیم فی غیره من الموارد المذكورة اذ مقتضى الشرط لزوم العقد فیها فمع كونه مما يجب الوفاء به فی حد نفسه یلزم كون العقد لازماً الی اخر الاجل نعم فی الموارد الاخیر یمکن ذلك حیث ان الشرط فی غیر مستلزم للزوم العقد» [ج ۲: ۱۲۵].

و در العروه می‌فرماید: «دعوی ان الشرط فی العقود الغير اللازمة غیر لازم الوفاء ممنوعة نعم یجوز فسخ العقد فیسقط الشرط و الا فمادام العقد باقیاً یمکن الوفاء بالشرط و هذا انما یتیم فی غیر الشرط الذي مفاده عدم الفسخ مثل المقام فانه یوجب لزوم ذلك العقد» [ج ۲: ۲۶۹].

رفتن موضوع وجوب وفای به شرط می‌گردد. به عنوان مثال صاحب جواهر در ردّ این دلیل می‌فرماید:

این نظریه فاقد دلیل است بلکه دلیل برخلاف آن وجود دارد چون بدیهی است که شرط بالاتر از مقتضیات خود عقد نیست وقتی مقتضیات خود عقد حتی در صورت عدم فسخ عقد لازم الوفا نیست چطور شرط ضمن آن لازم می‌شود.<sup>۱</sup>

### دلایل لزوم شرط ضمن عقد جایز

استدلالها در این باب بر دو قسم است: قسمی از آن مبنایی است و به وسیله آن نمی‌توان با هر فقهی مواجه کرد، مثل استدلال به لزوم وفا به شروط ابتدایی که اقتضای ضروری آن لزوم شرط ضمن عقد جایز است. با این مبنا با استقلالی که شرط پیدا می‌کند لزوم تبعیت از عقد بی‌مفهوم است و لذا تمام کسانی که مبنای آنان لزوم شروط ابتدایی است؛ مثل سید محمدکاظم طباطبایی، نراقی، سبزواری، ابن البراج، شرط ضمن عقد جایز را لازم الوفا می‌دانند.<sup>۲</sup> بنابراین

۱. ... و اما للزوم و عدمه فیتبع العقد الذى تضمن الشرط، فان كان لازماً وجب الوفاء بالشرط لكونه حينئذ من توابع العقد، و الا لم يجب بل يكون حينئذ شبيه الوعد و لعل هذا مراد الشيخ و الفاضل فى التحرير من المحكى عنهما لا ان المراد عدم لزوم الوفاء بالشرط - باعتبار جواز العقد و الا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد - اذ هو كما ترى لا دليل عليه بل المعلوم خلافه ضرورة عدم كون الشرط اولى من مقتضى العقد الذى لا يجب الوفاء به و ان لم يفسخ العقد فان من استودع او وكل او استعار او ضارب: أى جاء بعقد من هذه العقود، لا يجب عليه الوفاء بمقتضى ذلك فياخذ الوديعة مثلاً، و يفعل ماوكل و يتناول العارية و ياخذ عين مال القراض فالشرط اولى» [تجففى ج ۲۶: ۳۴۳] سید محمدکاظم طباطبایی در حاشیه المکاسب بعد از نقل کلام ایشان به دنبال آن، می‌فرماید: «و انت خبير بما فيه اذ مقتضى عموم المومنون و سائر الاخبار وجوب الوفاء به بل وجوب الوفاء بالشروط البدويه ايضاً اذا قلنا بصدق الشرط عليها هذا مضافاً الى الاخبار الواردة فى وجوب الوفاء بالوعد...» [ج ۲: ۱۲۵].

۲. نراقی می‌نویسد: «فان قيل لو تم ما ذكرت لاقتضى وجوب الوفاء بكل ما يوعد و يلتزم به ولو لم يكن فى ضمن عقد او كان فى ضمن العقد الجائز و الظاهر انه لم يقل به احد قلنا نعم نحن نقول بوجوب الوفاء بكل وعد و قد صرح به جماعه نعم لما لم يكن وظيفة كتاب المكاسب الا الشرط فى ضمن العقد فخصوا الكلام» [۱۴۲۰: ۱۳۴، ۱۳۵].

فایده وقوع چنین شرطی در ضمن عقد جایز فقط این است که لزوم وفای به شرط در ظرف این عقد است و با زوال این عقد شرط نیز از بین می‌رود [تراقی: ۱۴۲۰: ۱۳۵].

به همین جهت فقهای که مبنای آنان لزوم شرط ابتدایی است، در مورد بحث، حتی به اخباری که در خصوص وجوب وفا به وعد وارد شده تمسک کرده‌اند [طباطبایی، ج ۲: ۱۲۵].

قسم دوم از استدلالها در این باب مبنایی نیست و با هر فقیه مخالفی می‌توان با آن مواجهه کرد. این استدلالها یا حلکی هستند و یا نقضی. ذیلاً هر دو نوع این استدلالها مورد بررسی قرار می‌گیرند.

## استدلال حلی

### دلیل اول) عموم «المؤمنون عند شروطهم»

تمام فقها به این امر معتقدند که شرط در لغت یا مطلق الزام و التزام است و یا الزام و التزام مقید و در هر دو مبنی استدلال به این روایت برای اثبات لزوم شرط ضمن عقد جایز صحیح است. بر اساس مبنای اول مطلب کاملاً روشن است و بر اساس مبنای دوم حقیقت شرط که الزام و التزام در ضمن بیع است با وقوع شرط در ضمن عقد (ولو عقد، عقد جایز باشد) تحقق یافته است. محقق خوئی با اینکه شروط ابتدایی را لازم الوفا نمی‌داند، اما شرط ضمن عقد جایز را لازم الوفا می‌داند و در اثبات آن به عموم روایت فوق تمسک می‌کند.<sup>۱</sup>

پرتال جامع علوم انسانی

۱. لعموم قوله (ص): «المؤمنون عند شروطهم» فانه غير مختص بالشروط في ضمن العقود اللازمة بل يعم كل ما يصدق عليه الشرط سواء كان في ضمن عقد لازم او جائز بل لو لم يكن الشرط ظاهراً في نحو ارتباط شيء بشيء، لقلنا بوجوب الوفاء بالشروط الابتدائية لكن الامر ليس كذلك باعتبار ان الشرط الابتدائي ليس شرطاً في الحقيقة و إنما هو وعد محض [خوئی کتاب المضاربة: ۴۲].

جماعتی از معاصرین نیز در این باب از ایشان تبعیت کرده‌اند [ابروانسی ج ۲: ۸۳]. نظیر این استدلال را خوانساری درباب قرض در لزوم شرط اجل دارد.<sup>۱</sup>

### دلیل دوم) عموم «أوفوا بالعقود»

با این بیان که شرط به منزله جزئی از عوضین یا از متعلق تراضی است، پس با وجوب وفای به عقد شرط نیز لازم الوفا خواهد بود. این استدلال مردود است، چون فرض بر عدم وجوب وفای به عقد است چرا که بحث در عقود جایز است [طباطبایی، ج ۲: ۱۲۴].

### استدلال نقضی

این استدلال از طرف سیدمحمدکاظم طباطبایی در حاشیه‌ی المکاسب اقامه شده و بر مشهور فقها این نقض را وارد کرده است که اگر علت جواز شرط ضمن عقد جایز، جواز خود عقد باشد، پس شرط ضمن عقود لازمه در مدت خیار نیز باید جایز الوفا باشد.<sup>۲</sup>

### خاتمه

محقق مقدس اردبیلی با اینکه قرض را از عقود جایز می‌داند [۱۳۷۸ ج ۹: ۵۸]<sup>۱</sup> با این حال با دلیل نقلی، شرط اجل را در ضمن آن لازم الوفا می‌داند. مستمسک وی روایت حسین بن سعید است که می‌فرماید:

۱. «و اما عدم لزوم اشتراط الاجل فيه بمعنى انه لو اشترط الاجل لا يلزم الوفاء به فهو المشهور بين الاصحاب و مع قطع النظر عن الشهرة يمكن تقوية اللزوم اما بناء على كون القرض من العقود اللازمة فلان لزوم الشرط من توابع لزوم العقد و اما بناء على كونه من العقود الجائزة فلاذلة لزوم الشرط و لو كان في ضمن العقد المجانز غاية الامر انه مع رفع اليد عن العقد من جهة جوازه لا شرط حتى يجب الوفاء به» [حسینی خوانساری ۱۳۶۶ ج ۳: ۳۲۳].
۲. «و لا يخفى ان لازم كلماتهم عدم وجوب الوفاء بالشروط في ضمن البيع و نحوه ايضاً في مدة الخيار مع ان ظاهر كلماتهم عدم التزامهم به» [ج ۲: ۱۲۵].



سالته من رجل اقترض رجلاً دراهم الى اجل مسمى ثم مات المستقرض  
ايحل مال القارض عند موت المستقرض منه؟ او لو وثقه من الاجل ما  
للمستقرض في حياته؟ فقال اذا مات فقد حل مال القارض [حر عاملی ۱۴۱۲  
باب ۱۲ از ابواب دين و قرض ح ۲].

وی در ذیل این روایت فرموده:

این روایت صریح است در اینکه شرط اجل در عقد قرض لازم الوفاست.  
در این روایت تفصیل داده نشده که اگر شرط مزبور در ضمن عقد لازمی  
واقع شود لازم الوفاست والا لازم نیست به این مطلب همچنین مفهوم  
شرط فوق‌الذکر که در نزد اصولیون حجت است، دلالت می‌کند [مقدس  
اردبیلی ۱۳۷۸ ج ۹: ۸۲].

در حالی که صاحب جواهر درست برعکس ایشان عمل کرده است. چون همچنان که در  
فرع بعدی خواهد آمد وی شرط اجل را در عقد قرض، جایز می‌داند با اینکه اعتقاد دارد که  
قرض از عقود لازمه است.

قابل توجه است که محقق اردبیلی لزوم شروط ابتدایی را طبق قاعده می‌داند ولی از ترس  
مخالفت با اجماع متوقف می‌شود.<sup>۲</sup> بنابراین حال که بعد از ایشان بزرگانی چون سبزواری،

۱. تا زمان فیض کاشانی همه فقها عقد قرض را جایز دانسته‌اند. ایشان برای اولین بار آن را لازم دانست [نجفی ج  
۲۵: ۳۰؛ فیض ج ۳: ۱۲۶] صاحب جواهر نیز به لزوم آن اعتقاد دارد [طباطبایی، ج ۲: ۱۲۵؛ نجفی ج ۲۵: ۳۳].  
۲. وی در ذیل کلام علامه که در باب قرض فرموده «و لا يلزم تأجيل الحال الا ان يشترط في لازم» می‌فرماید:  
«دلیله الاصل مع عدم موجه اذ القول ليس بموجب عندهم بالاجماع عندهم ظاهراً بل وعد يستحب الوفاء به ولا  
كلام في ذلك عندهم و لكن نفهم وجوب الوفاء بالوعد من العقل والنقل الا ان عدم العلم بالقول به يمنع عن ذلك  
و الا كان القول به جيداً كما نقل عن بعض العامة... و الظاهر ان دلیله الاجماع و الاصل مع عدم الموجب كما مر  
الا ان ما قلناه مما يدل على وجوب الوفاء بالوعد و المقدم مثل افوا و لم تقولون ما لا تفعلون و المسلمون عند  
شروطهم و غیر ذلك على اللزوم و لو وجد القائل لكان القول به جيداً و ان لم يكن - لعدم الخروج عن قولهم  
ايضاً - دليل واضح اذ الجماع غير واضح و لا دليل غيره الا انه يحتاج الى جراه» [مقدس اردبیلی ۱۳۷۸ ج ۹: ۸۰ -  
[۸۱]

سید محمد کاظم طباطبایی و دیگران به لزوم شروط ابتدایی فتوا داده‌اند، پس نظر خود محقق اردبیلی نیز بر لزوم شروط ابتدایی و لزوم شرط ضمن عقد جایز خواهد بود.

### نظر مختار

شمول «المؤمنون عند شروطهم» به شرط مورد نظر امری مسلم است، چون به سبب وقوع آن در ضمن عقدی دیگر، مفهوم و حقیقت شرط بر آن صدق می‌کند. تنها مانعی که متصور است این است که شرط فوق‌الذکر با پیدا کردن وصف لزوم، از فرعیت و تبعیت خارج شده و از این جهت استقلال پیدا می‌کند چون با وجود جواز عقد، خود شرط، لازم است هر چند تبعیتی دیگر هنوز باقی است و آن تبعیت وجود شرط از وجود عقد است به حدی که با زوال عقد، امکان وجود برای شرط وجود ندارد و شرط، صرفاً در حیطة وجود عقد، لازم الوفاست. بنابراین از یک طرف، در شمول «المؤمنون عند شروطهم» شکی نیست، ولی از طرف دیگر فرعیت و تبعیت شرط، ظهور در تبعیت مطلقه دارد و تبعیت فی‌الجمله که مستلزم استقلال فی‌الجمله است، کافی نیست. به همین جهت مشهور فقها برای این شرط لزومی قائل نیستند. با عنایت به اعتباری بودن تبعیت که طبعاً در برابر دلیل اجتهادی تاب مقاومت ندارد و با توجه به بقای تبعیت فی‌الجمله و با در نظر گرفتن شأن اراده متعاملین، به نظر می‌رسد تردیدی در لزوم شرط مورد بحث نیست. مگر نه این است که تبعیت و فرعیت و اصلیت به سبب اراده و خواست مشترک متعاملین برقرار شده است، پس با همین خواست مشترک می‌توان دامنه تبعیت را محدود کرد و فرض این است که مفاد این خواست مشترک با هیچ قانون مسلمی مخالفت ندارد، بلکه با عموم «المؤمنون عند شروطهم» در قالب قانون هم هست.<sup>۱</sup>

۱. در کلمات قدما نیز استدلال به «المؤمنون عند شروطهم» و سایر ادله وفا به شرط برای اثبات لزوم شرط ضمن عقد جایز به چشم می‌خورد. علامه در تذکره می‌فرماید: «لو شرط فی المضاربه ان يعطيه بهيمة يحمل عليها جاز لانه شرط سائغ لا ينافي الكتاب والسنة فوجب الوفاء به عملاً بقوله<sup>(۲)</sup> «المسلمون عند شروطهم» [حلی ج ۲: ۲۳۳] و در قواعد می‌فرماید: «و لو شرط على العامل المضاربة في مال اخر او ياخذ منه بضاعة او قرضاً او يخدمه فسی

تنها مسأله‌ای که در اینجا باید پاسخ داده شود، اشکالی است که از طرف صاحب جواهر به استدلال بر عموم «المؤمنون عند شروطهم» برای اثبات لزوم شرط ضمن عقد جایز وارد شده است. ایشان اعتقاد دارند که حدیث درصدد بیان صحت شرط است و ناظر به لزوم و جواز شرط نیست [طباطبایی، ج ۲: ۶۴۴]. نویسنده می‌گوید:

متفاهم عرفی و لغوی از جمله «زید عند شرطه» حکم تکلیفی محض است نه حکم وضعی، یعنی صحت. به همین جهت، این روایت نظیر روایت «المؤمن عند عِدَّتِهِ» دانسته شده است که قهراً مفادش جز دستور وفای به وعد چیز دیگری نیست. البته در اینکه حدیث فوق متضمن حکم وضعی هم هست تردیدی نیست و لذا فقها در ابواب مختلف برای اثبات صحت شرط به این روایت تمسک می‌کنند، اما افاده حکم وضعی در این روایت به ملازمه حکم تکلیفی است و حدیث هیچ‌گونه دلالت مطابقی بر حکم وضعی ندارد [خویی ج ۳: ۴۸].

### ب. شرط در ضمن عقد لازم

سابقاً بیان شد شرطی که قابلیت التزام مستقل ندارد از دو حال خارج نیست یا در ضمن عقد جایز است و یا در ضمن عقد لازم. آنچه تا به حال بیان شد، احکام قسم اول بود. در خصوص قسم دوم باید گفت شکی در وجوب وفا به چنین شرطی نیست. به دلیل:

- ۱- اقتضای فرعیت و تبعیت شرط؛
- ۲- اطلاعات و عمومات لزوم وفای به شرط؛
- ۳- بعضی از فقها فرموده‌اند: «لان جزء عقد لازم لازم» [مقدس اردبیلی ۱۳۷۸ ج ۹: ۸۲]. پس در این عقیده، به ادله لزوم خود عقد مثل «أوفوا بالعقود» نیز می‌توان بر لزوم آن استدلال کرد.
- ۴- اگر لازم نباشد خلاف مقتضای عقد، لازم می‌گردد؛ اما این دلیل، بنا بر آنچه در فرع سابق بیان شد، قابل التزام نیست.

تی - بعینه فالوجه صحة الشروط» محقق ثانی در شرح آن می‌فرماید: «وجه الصحة عموم قوله تعالى «أوفوا بالعقود» وقوله «المسلمون عند شروطهم» [کرکی ۱۴۰۸ ج ۸: ۵۵].

۵- به دلیل اجماع هم نمی‌توان ملتزم شد، چون به خاطر احتمال استناد به بعضی از وجوه سابق مدرکی است.

### آیا تفکیک بین عقد لازم و شرط ضمن آن از جهت لزوم ممکن است؟

یکی از مهمترین مباحث شرط مورد بحث این است که آیا ممکن است با وجود لزوم عقد، شرط از لزوم آن تخلف کند و جایز گردد. طبعاً با اقتضای قاعده این تخلف محال است، اما بعضی از فقهای عظام اعتقاد دارند که به واسطه نقل و ورود دلیل شرعی این تفکیک در شرع مقدس واقع شده است. صاحب جواهر این معنی را در عقد قرض قائل شده است [نجنی ج ۲۵: ۳۳؛ طباطبایی، ج ۲: ۱۲۵]. وی با اینکه برخلاف نظر مشهور، مثل فیض کاشانی [ج ۳: ۱۲۶]، قرض را از عقود لازمه می‌داند [نجنی ج ۲۵: ۳۳؛ طباطبایی، ج ۲: ۱۲۵]. اما شرط اجل را در آن لازم الوفا نمی‌داند. وی در اثبات آن به اطلاق ادله‌هایی تمسک کرده که مضمون آنها جواز رجوع قرض‌دهنده در قرض، اما استحباب امهال و انظار برای وی می‌باشد. طبعاً این اطلاق شامل صورت اشتراط اجل نیز می‌شود. بنابراین طبق مذهب ایشان می‌توانیم بگوییم شرط اجل در قرض که عقد لازم است لازم الوفا نیست، چون قرض‌دهنده می‌تواند در آن رجوع کند. هر چند که مستحب است رجوع نکند و به مقتضای مهلت دهد. وی در آخر بحث خود به طور صریح می‌فرماید:

فقد بان لک انه لا محیض عما علیه الاصحاب من اللزوم فی الشرط بعقد لازم و عدم اللزوم فی عقد القرض و ان قلنا بكونه من العقود اللازمة [نجنی ج ۲۵: ۳۳؛ طباطبایی، ج ۲: ۱۲۵].

این مقال و این استدلال را بعد از ایشان هیچ فقیهی نپذیرفته است. از میان تمام اشکالاتی که به این نظریه وارد است ما فقط به این اشکال عمده اشاره می‌کنیم که در فرض جواز رجوع قرض‌دهنده برای اخذ بدل آنچه قرض داده، آن هم در هر وقتی که بخواهد، عقد دیگر عقد

لزم نیست، ولو حق استرداد خود عین را ندارد. سید محمد کاظم طباطبایی در آخر اشکالات فراوانی که به صاحب جواهر در خصوص نظریه فوق دارد، می‌فرماید:

و كان الاولى لصاحب الجواهر الذي مذهبه عدم لزوم الشرط في ضمن العقد الجائز ان يقول في المقام ان عقد القرض و ان كان لازماً من حيث عدم جواز نسخه و مطالبته عين المال المقترض اذا كانت موجودة الا انه لما كان يجوز له المطالبة بالاداء كل وقت شاء كان كالمقود الجائز فيلزمه حكمها من عدم لزوم الشرط فيها بناء على ما ذهب اليه فان ملاك عدم اللزوم في العقد الجائز موجود هنا ايضاً بل هذا المعنى المذكور ايضاً نوع من جواز العقد، فتدبر [حاشية المكاسب ج ٢: ١٢٥].

### قسمت دوم، شروطی که قابلیت التزام مستقل دارند

در این فرض هر یک از عقد و شرط یا لازم است یا جایز، پس مجموع صور، چهار قسم است که هر قسمی جداگانه در زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۱- عقد و شرط هر دو لازم هستند

در مثل شرط اجاره در ضمن عقد بیع، شکی در لزوم شرط نیست، اما آیا این لزوم از باب تبعیت است یا برای اینکه خود عقد اجاره ذاتاً از عقود لازمه است و احتیاجی به تبعیت ندارد؟ اگر در عقد جایزی که شرط آن ذاتاً عقد لازمی است، مثل اجاره در ضمن مضاربه، مبنی بر عدم لزوم شرط باشد همچنان که فتوای مشهور است در این صورت، این حکم کاشف از این می‌شود که مجرد لزوم ذاتی در شرط کافی در وجوب وفا نیست، بلکه علاوه بر آن عقد اصلی نیز باید لازم باشد. نتیجه این می‌شود که در مورد بحث لزوم عقد در لزوم شرط تأثیر دارد و این خود نوعی تبعیت است.

## ۲- عقد و شرط هر دو جایزند

مثل شرط وکالت در عقد مضاربه. شرط در اینجا با مبنای مشهور فقها در جواز خود باقی است، اما طبق فتوای بسیاری از فقها که در مقابل مشهور قرار دارند، با تفصیلی که گذشت، شرط لازم الوفاست. پس در نظر آنان در اینجا بین عقد و شرط از حیث جواز تبعیتی نیست. تنها تبعیتی که وجود دارد این است که وجود شرط به وجود عقد بسته است و با بطلان یا انحلال عقد، شرط نیز ولو واجب الوفا شده زایل شدنی است. ادلّه طرفین به تفصیل در قسمت اول بحث بیان شد.

در ابتدا چنین به نظر می‌رسد که جواز شرط در این قسم، که مشهور به آن قائل است، از باب تبعیت نیست؛ در حالی که مجرد جواز ذاتی شرط، در عدم وجوب وفا به آن کافی نیست، چون اگر خود عقد لازم باشد شرط جایز به لازم متقلب می‌شود. پس جواز خود عقد در جواز شرط تأثیر دارد و این خود نوعی تبعیت است.

## ۳- عقد، لازم و شرط عقدی جایز است

مثل شرط وکالت در ضمن عقد بیع. در این صورت بالاتفاق لزوم از عقد اصلی به عقد فرعی سرایت می‌کند. در اینجا می‌توان هم با دلیل لزوم عقد و هم با ادلّه وجوب وفای به شرط، لزوم شرط مورد بحث را ثابت کرد. بنابراین لزوم آن در تمامی مبنای ثابت است. چهره فرعی و تبعی دادن به عقد جایز در ضمن عقد لازم به دو منظور انجام می‌شود.

### الف. استفاده از لزوم عقد اصلی

عقدی که به حسب طبیعت خود جایز است - خواه جواز از دو طرف باشد مثل ودیعه، عاریه، مضاربه، شرکت، وکالت، وصیت، قرض، جعاله و هبه در بعضی از صور، و خواه از یک طرف مثل رهن، کفالت بدن، عقد ذمه و امان [شهید اول: ۲۶۹] - در لباس شرط از توابع عقد لازم می‌شود و دو طرف را بدین وسیله پایبند می‌کند. موجری که می‌خواهد مستأجر در دوران

اجاره از اموال او حفاظت کند، می‌تواند ودیعه را که از عقود اذنی است و مودع و امین هر زمان که بخواهند می‌توانند آن را بر هم زنند و مال امانت را بازگردانند، تابع اجاره کند تا از این طریق تا پایان مدت اجاره، ودیعه نیز به صورت پیمانی الزام‌آور درآید. همچنین، موکل می‌تواند هر وقت که بخواهد وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکالت و کیسل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.

روشن است که این فایده بر مبنای نظر مشهور فقهاست که شرط ضمن عقد جایز را لازم الوفا نمی‌دانند. اما در نظر مقابل، از راهی دیگر نیز می‌توان این فایده را تأمین کرد و آن آوردن شرطی در ضمن عقد جایز است که مفاد آن اعطای لزوم به عقد جایز باشد.

#### ب. تبعی ساختن وجود عقد جایز

در صورتی که پیمانی به چهره شرط درآید بقا و انحلال آن تابع عقد اصلی می‌شود. پس اگر عقد به سببی، فسخ یا اقاله شود یا مدت آن پایان باید تعهد ناشی از شرط نیز از بین می‌رود، مگر در مواردی که انحلال شرط نیازمند اسباب و تشریفات خاص باشد. مانند موردی که مفاد شرط، نکاح بین دو طرف باشد که انحلال آن نیاز به طلاق و تشریفات خاص دارد.

#### ۴- عقد، جایز و شرط، ذاتاً عقودی لازم است

مثل اجاره در ضمن مضاربه. در چنین موردی نظر مشهور فقها بر لزوم سرایت جواز از عقد به شرط است. بنابراین اجاره که ذاتاً عقودی لازم است به اعتبار اینکه در ضمن عقد جایز مضاربه قرار گرفته، لازم الوفا نخواهد بود. همچنان که صاحب جواهر می‌فرماید:

و اما للزوم و عدمه فیتبع العقد الذی تضمن الشرط فان كان لازماً وجب الوفاء بالشرط لكونه حينئذ من توابع العقد والألم يجب بل یکون حينئذ شبه الوعد [نصفی ج ۲۶: ۳۴۳].

در حالی که با مبنای غیر مشهور، به تفصیلی که گذشت، این شرط لازم الوفا خواهد بود، اما در حدود عقد اصلی. بنابراین طرفی که مایل است از وفای به شرط خودداری کند باید از عقد نیز بگذرد و تبعض روا نیست و آن دو را یا باید با هم رعایت کند و یا از هر دو چشم بپوشد و این نیز خود نوعی التزام است منتهی در حدود عقد اصلی. پس اگر ضمن عقد جایزی شرط اجاره بر یکی از دو طرف شود می‌توان التزام آن را از دادگاه خواست. خواننده دعوی می‌تواند با فسخ عقد اصلی خود را از آن قید التزام رها سازد، ولی پیش از این اقدام، انجام کار مشروط به عهده اوست. در حالی که با مبنای مشهور حتی با وجود عقد، التزام به شرطی که خود ذاتاً عقد لازم است اما در ضمن عقد جایز قرار گرفته لازم نیست؛ اما باید توجه داشت که در نظر غیر مشهور خلاص شدن از التزام شرط از طریق فسخ عقد، زمانی درست است که مفاد شرط اعطای لزوم به عقد جایز نباشد. اما از آنجا که بحث در این قسمت در شرطی است که خود فی حدّ نفسه عقدی مستقل است تحقق شرطهایی که مفاد آنها اعطای لزوم به عقد است؛ مثل شرط عدم فسخ و عدم عزل، در اینجا ممکن نیست.

### منابع

- ایروانی. درس تمهید فی الفقه الاستدلالی.
- بحر عاملی، محمدبن حسن. (۱۴۱۲). وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حسینی خوانساری، احمد. (۱۳۶۴). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. قم: مکتب الصدوق.
- حلی. [علامه]. تذکره الفقهاء.
- حلی، جعفر بن حسن. [محقق]. (۱۴۰۹). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. تهران: استقلال.
- خوین، محمدتقی. مبانی العروه الوقفی.
- شهید اول. القواعد و الفوائد.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۴). مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: موسسه البلاغ.
- طباطبایی، سید محمدکاظم. حاشیه المکاسب.



\_\_\_\_\_ ۲. العروه الوثقی.

- طباطبایی الحکیم، سید محسن. (۱۳۹۱ ق.). مستمسک العروه الوثقی. بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- طباطبایی کرلایی، علی بن محمد علی. (۱۴۱۲). ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل. بیروت: دار الهادی.
- فیض کاشانی. مفاتیح الشرائع.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کرکی، علی بن الحسین. (۱۴۰۸). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: موسسه آل البيت.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمود. (۱۳۷۸). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان. قم: موسسه النشر الاسلامی.
- موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن. (۱۴۱۹). القواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی.
- نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۲۰). عوائد الایام. بیروت: دار الهادی.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



پروشکاه علوم انسانی ومطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی