



Ilam University



Iranian Association  
of Constitutional Law

# The Effect of Contract on Condition in Terms of Necessity and Permissibility: A Comparative Study of Imami Jurisprudence and the Law of Iran and Egypt

Ahmad Sabri Majd<sup>1</sup>, Mahdi Miri<sup>2</sup>, Mohammad Reza Khodroisi<sup>3</sup>, Reza Mohamadi<sup>4</sup>

1. Ph.D of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Farabi Faculties, Tehran University, Tehran, Iran.

Email: [ahmadsaberimajd@gmail.com](mailto:ahmadsaberimajd@gmail.com)

2. Ph.D, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran (Corresponding Author).

Email: [mirimahdi276@gmail.com](mailto:mirimahdi276@gmail.com)

3. Level Four, Qom Seminary, Qom, Iran. Email: [mrsh9325@gmail.com](mailto:mrsh9325@gmail.com)

4. Judiciary Judge, Department of Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran.

Email: [rezamohamadi@gmail.com](mailto:rezamohamadi@gmail.com)

## Article Info

## ABSTRACT

### Article type:

Research Article

### Article history:

Received 29 Mar 2025

Received in revised form 7  
May 2025

Accepted 5 Jun 2025

Available online 29 Jun 2025

### Keywords:

Ancillary Condition,

Binding Nature of the Condition,

Revocability of the Condition,

Binding Contract,

Revocable Contract,

Principle of Party Autonomy.

Regarding the effect of the primary contract (aqd) on the ancillary condition (shart) and the dependence or independence of the ancillary obligation, different views exist. The prevailing view among Imami jurists (fuqaha) holds that the condition follows the contract regarding its binding (luzum) or revocable (jawaz) nature; therefore, a revocable condition within a revocable contract is not binding. Conversely, some others have considered the condition binding for the duration of the contract's legal existence.

This research, using a descriptive-analytical method, aims to argue that, aligning with the non-prevailing view, it is possible to hold that a condition within a revocable contract is binding and to reject the associated forms and formalities. Considering the principle of party autonomy mentioned in Article 10 of the [Iranian] Civil Code, the aforementioned approach can be accepted, and stipulation within a revocable contract-except for contracts based on permission ('uqud idhniyya)-can be affirmed as valid and considered binding. Unlike contracts based on permission ('uqud idhniyya), which, due to the nature of permission, are all revocable and terminable and do not lose their nature even if stipulated within a binding contract, in other types of contracts, a condition stipulated within a revocable contract will be binding. This approach can be supported by carefully considering the Egyptian Civil Code, as well as Article 147(1) of the Iranian Civil Code (which regards the contract as the law between the parties, reflecting pacta sunt servanda), and also taking into account the principle of party autonomy and other texts that explicitly affirm the validity of conditions within both binding (lazim) and revocable (ja'iz) contracts.

**Cite this article:** Sabri Majd, Ahmad., Miri, Mahdi., Khodroisi, Mohammad Reza., Mohamadi, Reza. (2025). The Effect of Contract on Condition in Terms of Necessity and Permissibility: A Comparative Study of Imami Jurisprudence and the Law of Iran and Egypt. *Comparative Studies on Islamic Countries Law*, 3 (2), 1- 22. <http://doi.org/10.22034/lcs.2025.2048461.1072>



© The Author(s).

DOI: <http://doi.org/10.22034/lcs.2025.2048461.1072>

**Publisher:** Ilam University.



Ilam University



Iranian Association  
of Constitutional Law

## اثر عقد بر شرط از حیث لزوم و جواز: مطالعه تطبیقی فقه امامیه و حقوق ایران و مصر

احمد صابری مجد<sup>۱</sup> | مهدی میری<sup>۲</sup> | محمدرضا خدروسی<sup>۳</sup> | رضا محمدی<sup>۴</sup>

۱. دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده‌گان فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: [ahmadsaberimajd@gmail.com](mailto:ahmadsaberimajd@gmail.com)

۲. دکتری گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول). رایانامه: [mirimahdi276@gmail.com](mailto:mirimahdi276@gmail.com)

۳. سطح چهار حوزه علمیه قم، قم، ایران. رایانامه: [mrsh9325@gmail.com](mailto:mrsh9325@gmail.com)

۴. قاضی دادگستری، گروه حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: [rezamohamadi@gmail.com](mailto:rezamohamadi@gmail.com)

### چکیده

### اطلاعات مقاله

در خصوص تأثیر عقد بر شرط و تبعیت یا عدم تبعیت تمهد تبعی، دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. مشهور فقهای امامیه، قائل به تبعیت شرط از عقد از حیث لزوم و جواز هستند؛ بنابراین، شرط جایز ضمن عقد جایز، الزام‌آور نیست. در مقابل، برخی دیگر شرط را تا پایان حیات حقوقی قرارداد، لازم‌الوفاء دانسته‌اند. این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی در پی اثبات این مدعاست که می‌توان هم‌سو با نظر غیرمشهور، قائل به الزام‌آور بودن شرط ضمن عقد جایز بود و قالبها و تشریفات مربوط به آن را نپذیرفت. با توجه به اصل حاکمیت اراده مذکور در ماده ۱۰ قانون مدنی، می‌توان رویکرد مذکور را پذیرفت و به اشتراط ضمن عقد جایز در غیر عقود اذن، مهر صحت نهاد و آن را الزام‌آور دانست. برخلاف عقود اذن که به دلیل ماهیت اذن، همگی جایز و قابل فسخ هستند و ماهیت خود را با ذکر در ضمن عقد لازم از دست نمی‌دهند، در سایر عقود، شرط ضمن عقد جایز، لازم‌الوفاء خواهد بود. با دقت نظر در قانون مدنی مصر و همچنین با توجه به بند ۱ ماده ۱۴۷ قانون مدنی ایران که عقد را قانون طرفین می‌داند و نیز با عنایت به اصل حاکمیت اراده طرفین عقد و نصوص دیگری که تصریح به اعتبار شروط ضمن عقد لازم و جایز دارند، می‌توان به این رویکرد دست یافت.

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۰۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۲/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۱۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۸

کلیدواژه‌ها:

شرط ضمن عقد،

لزوم شرط،

جواز شرط،

عقد لازم،

عقد جایز،

اصل حاکمیت اراده.

**استناد:** صابری مجد، احمد؛ میری، مهدی؛ خدروسی، محمدرضا؛ محمدی، رضا (۱۴۰۴). اثر عقد بر شرط از حیث لزوم و جواز: مطالعه تطبیقی فقه امامیه

و حقوق ایران و مصر. *مطالعات تطبیقی حقوق کشورهای اسلامی*، ۳ (۲)، ۱-۲۲.

<http://doi.org/10.22034/lcs.2025.2048461.1072>

© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه ایلام.



## مقدمه

در نظام‌های حقوقی، عقود و قراردادهای ابزاری اساسی برای تنظیم روابط اجتماعی و اقتصادی محسوب می‌شوند. شروط ضمن عقد نیز به‌عنوان یکی از ابزارهای مهم در جهت تنظیم دقیق‌تر روابط طرفین و انعطاف‌پذیر نمودن قراردادهای همواره مورد توجه حقوق‌دانان و فقها بوده است. اما آیا شرط ضمن عقد، الزام‌آور است؟ این پرسش، به‌ویژه در مورد عقود جایز که به اراده هر یک از طرفین قابل فسخ است، اهمیت بیشتری می‌یابد. آیا با فسخ عقد جایز، شرط ضمن آن نیز بی‌اعتبار می‌شود یا همچنان لازم‌الوفای است؟ این مسئله، یعنی تأثیر عقد بر شرط از حیث لزوم و جواز، از دیرباز محل اختلاف‌نظر میان فقهای امامیه و حقوق‌دانان بوده است. ماده ۲۴۶ قانون مدنی ایران ظاهراً مؤید این نظر است که با انحلال عقد، شرط ضمن عقد نیز منحل می‌شود. اما سؤال اینجاست که آیا می‌توان راه حلی را ارائه نمود که شرط ضمن عقد، علی‌رغم خاتمه حیات حقوقی عقد، به حیات حقوقی خود ادامه دهد؟ چالش اصلی پژوهش حاضر تبیین اثر عقد بر شرط از حیث لزوم و جواز، به‌ویژه در خصوص عقود جایز، با توجه به ابهامات و اختلاف‌نظرهای موجود در فقه امامیه و حقوق ایران است. با توجه به اختلاف‌نظر موجود در خصوص لزوم یا جواز شرط ضمن عقد جایز و خلأ قانونی در این زمینه، ارائه پاسخی دقیق و مستدل به این پرسش می‌تواند در رفع ابهامات موجود و ایجاد وحدت رویه در محاکم قضایی مؤثر باشد. همچنین، با توجه به گسترش روزافزون روابط اقتصادی و اجتماعی و افزایش استفاده از عقود و قراردادهای در جامعه، تبیین دقیق احکام مربوط به شروط ضمن عقد می‌تواند به تنظیم هرچه بهتر روابط حقوقی افراد و جلوگیری از بروز اختلافات کمک کند. تاکنون پژوهش مستقلی در خصوص اثر عقد بر شرط از حیث لزوم و جواز در فقه امامیه، حقوق ایران و مصر یافت نشد. برخی پژوهش‌ها به‌صورت مختصر به این موضوع پرداخته‌اند، اما هیچ‌کدام به‌طور جامع و کامل به بررسی این مسئله نپرداخته‌اند. این پژوهش با رویکردی تحلیلی تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق مصر، بر آن است که دیدگاهی نوین و قابل انطباق بر نیازهای امروز در خصوص اثر عقد بر شرط از حیث لزوم و جواز ارائه دهد. این پژوهش با بررسی مبانی فقهی و حقوقی این موضوع، به دنبال ارائه پاسخی مستدل و قابل اتکا به پرسش اصلی پژوهش است.

## ۱. تبعیت شرط از عقد در لزوم و جواز

اصل در تمامی عقود این است که «کلیه عقود لازم هستند، مگر آنکه قانون خلاف آن را تصریح نماید.» (امامی، بی‌تا: ج ۱، ۱۶۱). قانون مدنی نیز در ماده ۲۱۹ مقرر می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم‌مقام آن‌ها لازم‌التبایع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله و یا به علت قانونی فسخ شود.» برخی از فقها در بیان این اصل بیان می‌دارند: «اصل در بیع لزوم است؛ یعنی بنای اصلی و مبنای آن بر لازم بودن است نه بر جایز بودن، اگرچه بر بعضی مصادیق آن جایز بودن عارض گردیده است یا با توجه به اینکه اکثر افراد بیع لازم می‌باشند بهتر است که بیع لازم باشد.» (محقق ثانی، ۱۴۱۴: ج ۴، ۲۸۲). از جمله آیاتی که دال بر این اصل هستند آیه «أوفوا بالعقود» (سوره مائده، آیه ۱) است. شیخ انصاری مطابق یک بنیان اصولی (انصاری، ۱۴۱۶: ۳۵۱) بر این باور است آنچه از جانب شرع به‌طور مستقیم وضع و نهادینه می‌گردد، حکم تکلیفی است نه احکام وضعی. چراکه احکام وضعی مانند ملکیت و شرطیت و سببیت، از احکام تکلیفی تجرید و برداشت می‌شوند، به این معنا که وقتی

شارع مقدس جواز و مباح بودن تصرف در مالی را برای کسی وضع می‌کند، ملکیت از آن برداشت می‌گردد، لذا آیه در تلاش بیان حکم تکلیفی است و حکم وضعی لزوم از حکم تکلیفی برداشت شده است (انصاری، ۱۴۱۱: ۲۸۳).

لکن در مقابل تعداد زیادی از فقهای مابعد شیخ انصاری بر این باورند که احکام وضعی به‌طور مستقیم قابل جعل هستند و منظور آیه بیان حکم وضعی است؛ به عبارت دیگر، هدف آیه اشاره به نفوذ و لزوم عقود و شروط است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ج ۱۲، ۲۶۸-۲۶۹، خوانساری، ۱۳۷۳: ج ۲، ۱۳۱، خویی، بی‌تا: ج ۲، ۱۴۲). در جایگاه ثبوت و اثبات می‌توان عقد را به سه دسته تقسیم کرد: ۱. عقدهایی که بذاته مقتضی لزوم هستند، شرط خیار در این عقدها راه ندارد و خلاف مقتضای این عقود است؛ ۲. عقدهایی که بذاته اقتضای جایز بودن دارند، شرط لزوم در این گونه عقدها خلاف مقتضای عقدی باشد مثل عقد هبه؛ ۳. دسته آخر عقدهایی می‌باشند که بذاته اقتضای لزوم و جواز ندارند، این گونه عقدها، عقدهایی هستند که شرط لزوم و شرط خیار در آنها منافاتی با مقتضای عقد ندارد مانند عقد بیع (خوانساری، ۱۳۷۳: ج ۲، ۲). البته در مقابل گروهی از فقها بر این باورند که لزوم و جواز از مقتضیات عقد نیستند، بلکه نشئت گرفته از حکم شرعی است (انصاری، ۱۴۱۵: ج ۵، ۱۸).

در حقوق کشور مصر نیز عقد را به لحاظ لزوم و جواز به لازم و جایز تقسیم‌بندی می‌کنند: در خصوص تعریف عقد لازم بیان شده است: «به عقدی گفته می‌شود که یکی از طرفین قرارداد بدون رضایت طرف دیگر دارای حق فسخ نباشد، مانند عقد بیع و اجاره و غیر این دو عقد؛ بنابراین عقود لازم، عقود هستند که قابلیت فسخ نداشته و خیارات نیز در آن وجود ندارد، زیرا خیار یعنی اینکه برای یکی از متعاقدين حق فسخ عقد باشد، درحالی که حق فسخ با طبیعت این عقود منافات دارد. دلیل دیگر اینکه خیار یعنی اینکه یکی از متعاقدين ملتزم به التزامات عقد نیست.» (عبداللطیف، ۲۰۰۶: ۲۳۳).

عقد غیر لازم نیز عقدی است که «برای هر یک از طرفین قرارداد یا یکی از آنها فقط حق فسخ عقد باشد؛ مانند عقد کفالت که در آن مکفول‌له فقط حق فسخ دارد و کفیل حق فسخ ندارد و مانند عقد ازدواج که در آن فقط زوج حق فسخ دارد و به‌جز حنفیه آن را عقد جایز می‌نامند.» (عبداللطیف، ۲۰۰۶: ۲۳۴). در حقوق کشور ایران هم می‌توان همین تقسیم‌بندی را ملاحظه نمود. مطابق حقوق ایران نیز عقدها از جهت لزوم و جواز به عقد لازم و جایز تقسیم می‌شوند. مطابق ماده ۱۸۵ «عقد لازم آن است که هیچ‌یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشند، مگر در موارد معینه» و برابر ماده ۱۶۶ «عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقت بخواهد آن را فسخ کند»؛ لذا حقوق ایران و مصر در تقسیم‌بندی عقود به لازم و جایز اشتراک داشته و رویه واحدی را در تبیین عقد لازم و جایز در پیش گرفته‌اند. بحث آتی در رابطه با اثر عقد لازم و جایز بر شرط ضمن این عقود می‌باشد، چراکه شروط یا در ضمن عقد لازم شرط می‌شوند یا در ضمن عقد جایز و هر کدام از این شروط دارای احکام مخصوص به خود هستند، لذا تفصیلاً هر کدام از شروط ضمن عقد لازم و جایز را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۱-۱. تبعیت شروط ضمن عقد جایز از عقد

بررسی این موضوع نیازمند تفکیک نگرش فقها و حقوق دانان است:

### ۱-۱-۱. دیدگاه فقها

همان‌طور که در مطالب سابق بیان شد ارتباط میان عقد و شرط، همانند رابطه میان اصل و فرع است و شرط در قیاس با عقد نوعی تعهد تبعی و فرعی است. با اتکا بر این اصل این امکان وجود دارد که مطابق نظر مشهور فقهای امامیه<sup>۱</sup> بر این باور بود که در صورت جایز بودن عقد، شرط ضمن آن عقد نیز جایز است و الزامی به وفا کردن به آن نیست. برای اثبات این ادعا دلایلی نیز از سوی مشهور فقها بیان شده است که عبارت‌اند از: ۱. مشهور فقها اعتقاد دارند که علت این نظر جایز بودن عقد و لزوم تبعیت کردن شرط و فرعییت آن نسبت به عقدی است که در ضمن آن مندرج است (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۶، ۳۴۳، طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ج ۲، ۱۲۵). البته این دلیل توسط برخی از فقها نقد گردیده است با این توضیح که «آنچه گفته شده است، دلیل جواز عقد، دلالت بر جواز توابع آن و از جمله شرط نیز می‌نماید، قابل دفع است، زیرا جواز عقد مضاربه یا همان‌طور که مشهور بیان نموده‌اند، اجماع است یا همان‌طور که ما می‌گوییم عدم وجود دلیل بر لزوم آن است. آنچه گفته شده، مختص عقد است و شرط را در بر نمی‌گیرد، برای اینکه شرط با قول رسول اکرم<sup>(ص)</sup> و عبارت «المؤمنون عند شروطهم» واجب الوفاء است.» (خویی، ۱۴۰۹: ج ۱، ۴۳)؛ ۲. علت دیگری که برای این نظر بیان شده است تمسک به قیاس اولویت است. به این تقریب که شرط نسبت به عقد تعهد تبعی و فرعی محسوب می‌شود و زمانی که خود عقد جایز است، به طریق اولی شرطی که جنبه تبعی و فرعی دارد نیز جایز خواهد بود (بجنوردی، ۱۴۱۹: ج ۳، ۲۸۵).

گروهی دیگر از فقها در مورد شرط ضمن عقد جایز معتقدند که شرط در ضمن عقد جایز تابع این است که عقد اقتضای لزوم دارد یا جواز. به عبارت دیگر این شرط التزام مطلق نیست، بلکه التزامی است بر تقدیر مقتضای عقد. بنابراین در حالتی که عقد لازم باشد، وفای به شرط نیز لازم خواهد بود و در حالتی که عقد جایز باشد، وفای به شرط نیز جایز خواهد بود و این سخن مورد اجماع فقهاست (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۵). بنابراین بنا به نظر این گروه از علما وفای به شرط ضمن عقد جایز تا زمان بقا اصل عقد جایز لازم و واجب است. این گروه از فقها برای اثبات نظر خود به دلایلی تمسک جسته‌اند، از جمله تمسک به عمومات مانند «المؤمنون عند شروطهم»<sup>۲</sup>. البته نکته‌ای که توجه به آن لازم است این است که گاهی اوقات شرط ضمن عقد جایز الزام‌آور است، مانند شرط عدم عزل و کیل در ضمن عقد وکالت، در این مثال، آنچه از نظر مشهور لازم می‌آید این است که شرط عدم عزل الزام‌آور نباشد، لکن آنچه از نظر فقها دیگر لازم می‌آید این است که وفا به این شرط لازم است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ج ۲، ۱۲۵).

### ۱-۱-۲. دیدگاه حقوق موضوعه

قانون مدنی نیز در مواد مختلفی بر اساس رویه غالب خود دیدگاه مشهور فقها را مورد پذیرش قرار داده و در مواد گوناگونی این مسئله را منعکس کرده است؛ به عنوان مثال ماده ۶۵۱ این قانون مقرر داشته است: «اگر برای اداء قرض به وجه ملزومی اجلی معین شده باشد مقتضی نمی‌تواند قبل از انقضاء مدت طلب خود را مطالبه کند.» یا در ماده ۶۷۹ (ق.م) مقرر می‌دارد: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکالت وکیل با عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.» ماده ۵۲۲ (ق.م) نیز در مورد مضاربه بیان می‌دارد: «هرگاه در مضاربه برای

۱- ولکن ینظر من الفقهاء عدم وجوب الوفاء بالشرط فی العقد الجائز.

۲- «لعموم قوله<sup>(ص)</sup> «المؤمنون عند شروطهم» فإنه غیر مختص بالشروط فی ضمن العقود اللازمة، بل یعم کل ما یصدق علیه الشرط سواء أ كان فی ضمن عقد لازم أم جائز.» (خویی، ۱۴۰۹: ۴۲/۱).

تجارت مدت معین شده باشد تعیین مدت موجب لزوم عقد نمی‌شود، لیکن پس از انقضاء مدت مضارب نمی‌تواند معامله بکند، مگر با اجازه جدید مالک». حقوق‌دانان نیز در این مسئله اختلاف نظر دارند. برخی از حقوق‌دانان با تبعیت از نظر غیر مشهور، معتقدند: «یکی از نتایج تابعیت شرط از عقد این است که هر یک از دو طرف بتواند، با فسخ عقد جایز، شرط را بیهوده و منحل سازد، هر چند که مفاد شرط عقدی لازم باشد. پس اگر انجام فعل یا عقد اجاره‌ای ضمن عقد مضاربه شرط شود، با فسخ عقد مضاربه، شرط نیز منحل خواهد شد. با وجود این، نمی‌توان گفت شرط الزام‌آور نیست؛ زیرا گفته شد که شرط وابسته به عقد و در زمره قیود آن درمی‌آید. طرفی که مایل است از وفای به شرط خودداری کند باید از عقد نیز بگذرد. تبعیض روا نیست و آن دو را یا باید باهم رعایت کرد یا از هر دو چشم پوشید (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۷۹) و این نیز خود نوعی التزام است، منتها در حدود عقد اصلی» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ج ۲، ۱۲۴).

برخی از حقوق‌دانان معتقدند: «هرگاه عقد جایزی به صورت شرط ضمن عقد جایز دیگری قرار گیرد، مثلاً هرگاه در ضمن عقد جایز عاریه و کالت معیر در فروش خانه مستعیر شرط شود، معیر نمی‌تواند مادام که عقد عاریه را فسخ نموده از وکالت استعفا دهد؛ زیرا بستگی شرط ضمن عقد که وکالت است به عقد اصلی که عاریه می‌باشد به نحوی است که آن را جزء عقد اصلی نموده است، ولی هرگاه معیر عقد عاریه را که جایز است برهم زند عقد وکالت را می‌تواند منحل نماید.» (امامی، بی‌تا: ج ۱، ۲۶۹).

در قانون مدنی مصر<sup>۱</sup> در خصوص شرط ضمن عقد جایز مواد مختلفی بیان شده است که نشانگر اعتبار شروط ضمن عقد جایز در حقوق مصر است. به عنوان مثال در بحث ارکان هبه در بند ۲ ماده ۴۸۶ (ق.م.م) مقرر می‌دارد: «هبه کننده می‌تواند بدون اینکه قصد تبرع صرف داشته باشد، اجرای تعهد معین را بر متهدب، مقرر (شرط) کند.» یا در بحث آثار هبه در بند ۱ ماده ۴۹۹ قانون مدنی مصر آمده است: «چنانچه واهب شرط کند متهدب در عوض هبه، ذمه‌اش را بری کند، متهدب تنها ضامن برائت از دین موجود در زمان هبه است، مگر اینکه خلاف آن مقرر شده باشد». از جمله مواد دیگری که در این خصوص می‌توان به آن اشاره نمود در بحث تعهدات عاریه دهنده (معیر) است که بند ۱ ماده ۶۳۸ در این زمینه مقرر می‌دارد: «عاریه دهنده ضامن مستحق للغير شدن مال عاریه نخواهد بود، مگر اینکه توافقی برای چنین ضمانتی صورت گرفته (اشتراطی صورت گرفته) یا عاریه دهنده به طور عمد، مستحق للغير بودن را مخفی کرده باشد». «مستفاد از ماده این است که اصولاً معیر در صورت مستحق للغير درآمدن مبیع و عیوب مخفی در شیء مورد عاریه ضمانتی متوجه او نیست... باین حال در دو مورد استثنائاً معیر ضامن است، حالت اول در جایی است که معیر به عمد مستحق للغير بودن مال مورد عاریه را مخفی نموده باشد... حالت دوم در جایی متصور است که معیر با مستعیر توافق نموده باشد (یعنی اشتراط ضمن عقد عاریه) که معیر ضامن مستحق للغير بودن مال مورد عاریه یا ضامن سلامت شیء از عیوب باشد. لذا در این حالت معیر ضامن بوده و شروط ضمانت و مدت این ضمانت و میزان خسارت توافق شده بین معیر و مستعیر مشخص می‌باشد و باید در تفسیر این اتفاق طرفینی وسعت به خرج داد (یعنی تفسیر موسع) و در هنگام شک به نفع معیر حکم نمود نه فقط به خاطر بدهکار بودن و مدیون بودن او به جهت ضمان بلکه همچنین به خاطر اینکه اصل در عاریه عدم ضمان (معیر) می‌باشد.» (سنهوری، بی‌تا: ج ۶، ۱۵۳۲ - ۱۵۳۴).

همچنین در بحث تعهدات عاریه گیرنده (مستعیر) در بند ۲ ماده ۶۴۲ بیان می‌دارد: «عاریه گیرنده باید مال را در محلی که دریافت کرده است مسترد کند، مگر اینکه توافق (اشتراط)، خلاف آن را مقرر کرده باشد.» همچنین در ماده ۶۴۵ در خصوص انقضای عاریه مقرر می‌دارد: «عاریه با فوت عاریه گیرنده، منقضی می‌شود، مگر اینکه توافق (اشتراط)، خلاف آن را مقرر کرده باشد». از جمله مواد دیگری که می‌توان در خصوص شرط ضمن عقد جایز به آن استناد نمود، ماده ۷۲۴ در خصوص تعهدات مودع (ودیعه گذار) می‌باشد که مقرر می‌دارد: «اصل بر رایگان بودن ودیعه است. مع‌هذا، اگر اجرت، شرط شده باشد، مودع باید اجرت را در پایان مدت ودیعه پرداخت کند، مگر اینکه توافق، خلاف آن را مقرر کرده باشد».

البته در بند ۱ ماده ۷۱۵ و بند ۱ ماده ۷۱۶ قانون مدنی مصر در خصوص توافق و اشتراط خلاف مقتضای عقد وکالت اثری مترتب نشده است. در بند ۱ ماده ۷۱۵ (ق.م.م) مقرر می‌دارد: «موکل می‌تواند در هر زمان ولو با وجود توافق مخالف (اشتراط)، وکالت را خاتمه دهد یا محدود کند...» یا در بند ۱ ماده ۷۱۶ مقرر می‌دارد: «وکیل می‌تواند در هر زمان ولو با وجود توافق مخالف (اشتراط)، از وکالت منصرف شود».

در بیان علت این مسئله باید اظهار داشت: «جایز بودن عزل وکیل توسط موکل، قاعده‌نظم عمومی است (آمره است). لذا اتفاق (اشتراط) برخلاف آن جایز نیست؛ بنابراین، وکیل نمی‌تواند بقای وکالت خود را تا اتمام کار شرط نماید و موکل، به‌رغم وجود شرط (در مورد بقای وکالت وکیل تا اتمام عمل)، می‌تواند پیش از اتمام کار، او را عزل نماید... و (همچنین) همان‌طور که وکیل نمی‌تواند ناتوانی خود را از انجام وکالت شرط نماید، نمی‌تواند شرط کند که در صورت عزل از سوی موکل، تقاضای تعویض خود را بنماید. لذا در این مسئله، موکل آزادی کامل دارد که وکیل را عزل نماید و قانون نیز اراده نموده است که این آزادی و اختیار را به‌صورت کامل برای موکل حفظ نماید.» (همان، ۶۶۴/۸-۶۶۵) البته، با توجه به بند ۱ ماده ۷۱۵ و بند ۱ ماده ۷۱۶، در حالتی که وکالت همراه با مزد باشد، همان‌طور که موکل باید خساراتی را که به‌علت عزل در زمان نامناسب و ناموجه به وکیل وارد شده است، پرداخت کند، وکیل نیز باید خساراتی را که در اثر انصراف او در وقت نامناسب و ناموجه به موکل وارد شده است، جبران نماید.

در بیان علت این مسئله باید اظهار داشت: «جایز بودن عزل وکیل توسط موکل، قاعده‌نظم عمومی است (آمره است). لذا اتفاق (اشتراط) برخلافش جایز نیست؛ بنابراین وکیل نمی‌تواند بقاء وکالت خود را تا اتمام کار شرط نماید و موکل، به‌رغم وجود شرط (در مورد بقاء وکالت وکیل تا اتمام عمل)، می‌تواند قبل از اتمام کار او را عزل نماید... و (همچنین) همان‌طور که وکیل نمی‌تواند عدم توانایی خودش برای وکالت را شرط نماید، نمی‌تواند شرط کند تقاضای تعویض خودش را وقتی که موکل او را عزل می‌نماید. لذا در این مسئله، موکل آزادی کامل دارد که وکیل را عزل نماید و قانون نیز اراده نموده که این آزادی و اختیار را برای موکل به‌صورت کامل حفظ نماید.» (سنه‌وری، بی‌تا: ج ۸، ۶۶۴-۶۶۵). البته با توجه به بند ۱ ماده ۷۱۵ و بند ۱ ماده ۷۱۶، در حالتی که وکالت همراه با مزد باشد، همان‌طور که موکل باید خساراتی را که به‌علت عزل در زمان نامناسب و ناموجه به وکیل وارد شده است را پرداخت کند، همچنین وکیل نیز باید خساراتی را که در اثر انصراف او در وقت نامناسب و ناموجه به موکل وارد شده است را پرداخت نماید.

از دقت نظر در مواد قانونی مذکور در حقوق مدنی کشور مصر به این نتیجه می‌رسیم که مطابق میانی حقوقی کشور مصر و روش تقنین در این کشور، حاکمیت اراده طرفین در توافق برخلاف مقتضای عقود جایزه (به‌عنوان شرط

ضمن عقد) پذیرفته شده است و شرط ضمن عقد جایز، شرطی است دارای اعتبار که لازم است در صورت توافق بر آن، از جانب طرفین عقد مستند و موثق محسوب شده و مطابق آن عمل گردد. مطابق این قانون ملزومات تبعی ضمن عقد جایز دارای اعتبار بوده و وفا به آن‌ها لازم می‌باشد. البته به‌جز یک استثناء که در خصوص عقد وکالت بود و در رابطه با آن توضیح داده شد. بنابراین در مقام قیاس حقوق مصر با حقوق ایران باید گفت که در قانون مصر روش و دیدگاه غیرمشهور از فقهای امامیه مورد تأیید و پذیرش قرار گرفته است و شرط ضمن عقد جایز از جانب قانون و رویه قضایی کشور مصر پذیرفته و تأیید شده است. بنابراین مطابق حقوق کشور مصر هر چند عقد مربوطه جایز می‌باشد، لکن توافق در ضمن این عقد الزام‌آور بوده و تا زمان بقاء حقوقی عقد دارای اعتبار است. به عبارتی شرط ضمن عقد جایز مطابق این قانون از قدرت اجرایی بالایی برخوردار است.

## ۲. تبعیت عقد از شرط در لزوم و جواز

شروط از جهت کیفیت تأثیرگذاری بر عقد به دو صورت قابل تصور هستند: بعضی از شروط موجب می‌شوند که عقد جایز الزام‌آور گردد. در مقابل بعضی از شروط نیز دارای جوهر و حقیقتی مستقل، بنفسه و بذاته هستند، لذا این شروط می‌توانند لازم یا جایز باشند که تفصیلاً به این صورت در مباحث آتی پرداخته می‌شود.

### ۲-۱. شرط لزوم ضمن عقد جایز

#### ۲-۱-۱. دیدگاه فقه امامیه

در جواب به این پرسش باید گفت که مشهور فقها که نظرشان تفصیلاً در مبحث قبلی مورد تحلیل و بررسی قرار گرفت، این الزام را نمی‌پذیرند و «از ظاهر برخی مواد چنین برمی‌آید که نویسندگان قانون مدنی 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.» (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ج ۳، ۱۴۴)؛ از جمله موادی که به این موضوع اشاره دارد ماده ۶۷۹ (ق.م) است که مقرر می‌دارد: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکالت وکیل با عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد». بند دوم ماده فوق‌الذکر اشاره دارد به این مطلب که منحل شدن حق عزل مشروط به گنجاندن در ضمن عقد لازم است و مجرد اشتراط در عقد وکالت نمی‌تواند این حق عزل را از بین ببرد. از دیگر موادی که تأیید کننده دیدگاه مشهور فقهاست، ماده ۵۶۸ (ق.م) در خصوص مبحث شرکت می‌باشد که بیان می‌دارد: «اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد هر یک از شرکا هر وقت بخواهد می‌تواند رجوع کند». مواد دیگری مثل ماده ۵۲۲ (ق.م) در خصوص مبحث مضاربه و ماده ۶۵۱ (ق.م) در خصوص مبحث قرض تأیید کننده این نظر است. بنیاد و ریشه این اختلاف نظر به اختلاف در مبنای لزوم و جواز عقود برمی‌گردد که فقها در این خصوص نظرات گوناگونی دارند:

گروهی از فقها معتقدند که لزوم و جواز دارای یک ماهیت شرعی هستند به این توضیح که حکمی شرعی از جانب شارع می‌باشد (یعنی نشئت گرفته از حکم آمره قانون است)، از جهتی دیگر این گروه از فقها لزوم را به دو قسم لزوم حقی و حکمی تقسیم می‌نمایند (انصاری، ۱۴۱۵: ج ۲، ۳۰۴). در لزوم حقی امکان ساقط کردن وجود دارد برعکس حکمی که صرفاً در موارد خاص و از ناحیه جاعل آن قابل ساقط شدن است (طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۸).

«به‌طور خلاصه لزوم حکمی و لزوم حقی دال بر لزوم مستحکم بودن عقد است و تنها فرق میان این دو آن است که لزوم حکمی قابل اسقاط نیست، مثل طلاق و در لزوم حقی شخص مالک التزام دیگری است و این مالک بودن گاهی از یک طرف و گاهی از دو طرف است و قابل اسقاط خواهد بود (مثل خیار حیوان)» (بجنوردی، ۱۴۰۱: ج ۱، ۶۳). گروهی دیگر از فقها معتقدند که حکم عقلا ریشه و مبنای لزوم و جواز در عقود می‌باشد و در این موضوع تمایزی میان عقود وجود ندارد (خمینی، ۱۴۲۱: ج ۴، ۱۰-۱۱). گروهی دیگر از فقها بر این باورند که اوصاف لزوم و جواز، نشئت گرفته از عرف می‌باشند. به این شرح که بنای عرف و عادت بر این است که هر عاقدی نسبت به عقدی که ایجاد کرده است ملتزم باشد... به این دلیل که هر عقد معاوضی و مشابه آن مثل نکاح قبل از حکم شرع دربردارنده این بنای عرف بوده و لازم بوده‌اند (خوانساری، ۱۳۷۳: ج ۲، ۴)، با دقت در این نظریه، اشکالاتی آشکار می‌شود که پذیرش آن را دشوار می‌سازد. قواعد عرفی معمولاً تکمیلی هستند، نه امری. بنابراین، طبق این نظریه، لزوم یا جواز الگوهای معاملاتی به التزام یا عدم التزام طرفین قرارداد بستگی دارد، نه به ماهیت و ذات عقد. این نتیجه‌گیری، جای تأمل جدی دارد. صرف اینکه عرف، طرفین یک عقد خاص را ملتزم به آن بداند، به این معنی نیست که فسخ عقد توسط یکی از آن‌ها بی‌اثر خواهد بود. همچنین، التزام طرفین به مفاد عقد، بدون در نظر گرفتن ویژگی‌های قانونی آن، نمی‌تواند عقد جایز را به عقد لازم تبدیل کند. به عبارت دیگر، نمی‌توان از التزام طرفین به مفاد عقد، وصف لزوم را برای آن استنتاج کرد. به‌طور خلاصه، این نظریه به دلیل نادیده گرفتن ماهیت و ذات عقد و تأکید صرف بر التزام عرفی طرفین، با اشکالات جدی روبه‌رو است.

## ۲-۱-۲. دیدگاه حقوق موضوعه

در منابع حقوقی، بحث کامل و جامعی در این خصوص یافت نمی‌شود و تنها مطالب پراکنده و نامنظمی وجود دارد که نشان از اختلاف دیدگاه در میان حقوق‌دانان دارد که ذیلاً ذکر می‌گردد. گروهی از حقوق‌دانان معتقدند که «جایز بودن از اوصاف ذاتی بیشتر این عقود نیست، به همین جهت جز در مواردی که قانون استثناء کرده باشد، دو طرف می‌توانند عقد جایز را در رابطه خود به صورت عقد لازم درآورند.» (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ج ۱، ۴۰) (ایشان شاهد بر ادعای خویش را ماده ۶۷۹ (ق.م) بیان کرده و اضافه می‌نمایند): «اگر عقد وکالت به صورت شرط ضمن عقد لازمی دربیاید، یا حق عزل و استعفا اسقاط گردد، این عقد به صورت لازم درمی‌آید.» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ج ۲، ۲۲). وی در محل دیگری از ظاهر ماده ۶۷۹ صرف‌نظر نموده و بیان می‌دارد: «اگر خواست مشترک دو طرف بتواند ایجاد التزام کند و قالب و تشریفات معین نداشته باشد (ماده ۱۰ ق.م)، چه تفاوت می‌کند که این خواست ضمن عقد لازم بیان شود یا در خود عقد؟ تفسیر این مواد که هیچ‌کدام بی‌اعتباری شرط لزوم را به صراحت اعلام نمی‌کند، باید در سایه روح حاکم بر قانون مدنی (حاکمیت اراده) صورت پذیرد. پس می‌توان گفت مفاد این مواد ناظر به مورد شایع است، بدون اینکه مفهوم آن لزوم شرط در عقد جایز را نفی کند.» (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ج ۱، ۱۴۵). این نظر را فقهای که با لزوم وفای به شروط ابتدایی موافقت نموده‌اند، نیز تأیید می‌نمایند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ج ۲، ۱۲۴-۱۲۵). این دیدگاه به‌طور کامل قابل قبول نیست. از یک سو، طبق ماده ۹۵۴ قانون مدنی، همه عقود جایز اذنی با از بین رفتن اهلیت، منفسخ می‌شوند. بنابراین، بقای این عقود در چنین شرایطی به اراده طرفین بستگی ندارد. از سوی دیگر، لزوم و جواز عقد، صفاتی هستند که قانون به الگوهای معاملاتی و قالب‌های عقود نسبت می‌دهد و توافق طرفین نمی‌تواند این صفات

را تغییر دهد. به‌طور خلاصه، این دیدگاه به دلیل نادیده گرفتن قوانین و مقررات مربوط به عقود و تأکید صرف بر توافق طرفین، با مشکل روبه‌رو است.

برخی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند: «لزوم و جواز عقود از احکام و به تعبیری از مقررات آمره است، نه از حقوق و نه مقتضای عقود.» (شهیدی، ۱۳۸۲: ج ۱، ۶۵) ایشان در جای دیگری بیان می‌دارد: «لزوم و جواز، دو وضعیت قانونی عقد است که به اراده طرفین قابل تغییر نیست، یعنی طرفین نمی‌توانند هیچ عقد لازمی را به عقد جایز و هیچ عقد جایزی را به عقد لازم تبدیل کنند.» (شهیدی، ۱۳۸۶: ج ۲، ۲۳). این دیدگاه با اشکالاتی روبه‌رو است و نمی‌توان به‌طور کامل آن را پذیرفت. چراکه در برخی موارد، لزوم و جواز عقود، حقیقی و ذاتی است و نه صرفاً ناشی از حکم قانون. اگر بپذیریم که لزوم و جواز، تنها به حکم قانون ایجاد می‌شوند، این نتیجه نادرست گرفته می‌شود که پیش از وضع قانون، این عقود نه لازم بوده‌اند و نه جایز، درحالی‌که شواهد تاریخی خلاف این را نشان می‌دهد. الگوهای معاملاتی و قالب‌های عقود، معمولاً ریشه در عرف دارند و پیش از هرگونه حکم شرعی یا قانونی وجود داشته‌اند. بنابراین، ناشی از حکم شرع یا قانون بودن لزوم و جواز، به این معنی است که این اوصاف، جنبه حکمی دارند و اراده طرفین در آن‌ها نقشی ندارد، نه اینکه این اوصاف، به‌وسیله حکم ایجاد شده باشند.

یکی از اساتید حقوق معتقد است: «به عکس نظرات دست‌اندرکاران این علم که لزوم یا جواز را از ماهیت عقود لازم و جایز خارج دانسته‌اند، ما لزوم عقود مالی معوض را از عناصر آن عقود می‌دانیم و معتقدیم که در درون این عقود مصلحتی نهفته است که متعاقبین آن را در زمان عقد به خوبی می‌شناسند و اصلاً با توجه به آن مصلحت، عقد را منعقد می‌کند و اصلاً نیاز به راهنمایی کسی ندارند و این را در هزاران قرن پیش از این حتی در اعصاری که قانون‌گذاری‌های اولیه و ساده وجود نداشت می‌دانستند، بعداً مردمانی پیدا شدند و گفتند اساس لزوم عقود بنای عقلا است؛ یعنی عمل عقلا این بوده که برخی از عقود را لازم بدانند، اگر بپرسند چرا عقلا این بنا را نهادند؟ دلیل ندارند که با شما در میان بگذارند و چون دیدند که به دلیل نباید حرف زد، رو به کلید طلایی آوردند و این کلید طلایی نامش استصحاب است.» از نگاه ایشان مصلحت کامنه، مصلحت زیربنایی عقود لازم است. ایشان در تعریف این مصلحت بیان می‌دارد: «مصلحتی است که طبع یا نهاد عقد (یا ایقاع) اقتضای آن مصلحت را دارد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ج ۲، ۲۱۵-۲۱۷).

در بررسی این دیدگاه، می‌توان گفت که این نظریه، با وجود نکات مثبت، از یک جهت قابل انتقاد است. این نظریه، لزوم و جواز عقد را بر اساس مصلحت ذاتی و درونی آن (مصلحت کامنه) تعریف می‌کند. تأکید بر نقش مصلحت در شکل‌گیری عقود و شناخت آن توسط طرفین قرارداد، از نقاط قوت این نظریه است. همچنین، این دیدگاه، مصالح را به یک دسته یا گروه خاص محدود نمی‌کند و آن‌ها را «نوعی» می‌داند که این امر، انعطاف‌پذیری بیشتری را در تفسیر و اعمال مصلحت ایجاد می‌کند. باین‌حال، این نظریه به طرفین قرارداد اجازه می‌دهد که بر اساس مصلحت فردی خود، عقد را لازم یا جایز بدانند. این موضوع می‌تواند به عدم قطعیت و ثبات در عقود منجر شود و درنهایت، به مصلحت عمومی و استقرار نظام حقوقی آسیب برساند. به‌طور خلاصه، این دیدگاه در عین داشتن نکات مثبت، به دلیل اعطای اختیار بیش‌ازحد به طرفین قرارداد در تعیین لزوم یا جواز عقد، قابل انتقاد است.

این نظریه با وجود ارزشمندی و توجه به مفهوم مصلحت در شکل‌گیری، ساختار و هدف نهایی عقود که همانا برقراری نظم و رفع نیازهای افراد جامعه است، از دو جهت قابل انتقاد به نظر می‌رسد. اولاً، این نظریه بنای عقلا

و اندیشه دانایان را در تبیین مصالح امور نادیده می‌گیرد، درحالی‌که خرد جمعی و آرای متخصصان، نقش مهمی در تشخیص و تعیین مصالح در عقود و روابط اجتماعی دارند؛ ثانیاً، این نظریه به متعاقدين اختیار نامحدود در تعیین مصلحت می‌دهد که می‌تواند منجر به هرج‌ومرج و عدم قطعیت در عقود شود و درنهایت به مصلحت عمومی و نظام حقوقی آسیب برساند.

در نتیجه‌گیری این بحث ملاحظه می‌شود که هرکدام از فقها و حقوق‌دانان با عنایت به مبانی مورد پذیرش خود در مبنای لزوم و جواز عقود کیفیت اعتبار یا بی‌اعتباری شرط لزوم ضمن عقد جایز را تحلیل می‌نمایند. از بین نظرات مطروحه می‌توان همگام با برخی از فقها و حقوق‌دانان (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ج ۲، ۱۲۴-۱۲۵) که معتقد به الزام‌آور بودن شرط ضمن عقد جایز بوده و موضوعیتی برای قالبها و تشریفات قائل نبوده و با تکیه بر اصل حاکمیت اراده که مورد اعتبار و تأیید ماده ۱۰ (ق.م) ایران است، اظهار داشت که شرط ضمن عقد جایز الزام‌آور است. از نگاه وی، تفاوتی میان عقود اذنی جایز و غیرعقود اذنی وجود ندارد. صرفاً عقود قرض و هبه جایز هستند و سایر عقود اذنی. این در حالی است که سایر فقها قائل به لزوم این دو عقد از اساس هستند، اگرچه در عقد هبه و قرض قائل به لزوم آن‌ها همراه با حق رجوع گردیده‌اند.<sup>۱</sup>

برخی حقوق‌دانان نیز در تبیین این نوع شرط و حکم آن بیان می‌دارند: «هرگاه عقد جایزی به صورت شرط ضمن عقد جایز دیگری قرار گیرد، مثلاً هرگاه در ضمن عقد جایز عاریه و کالت معیر در فروش خانه مستعیر شرط شود، معیر نمی‌تواند مادام که عقد عاریه را فسخ نموده از وکالت استعفا دهد، زیرا بستگی شرط ضمن عقد که وکالت است به عقد اصلی که عاریه می‌باشد به نحوی است که آن را جزء عقد اصلی نموده است، ولی هرگاه معیر عقد عاریه را که جایز است برهم زند، عقد وکالت را می‌تواند منحل نماید.» (امامی، بی‌تا: ج ۱، ۲۶۹).

لذا، از نگاه این حقوق‌دان «شرط ضمن عقد جایز مادام که عقد جایز باقی است، لازم‌الاتباع می‌باشد اگرچه به تبع عقد جایز منحل می‌گردد» (امامی، بی‌تا: ج ۲، ۱۷۳) برخی دیگر از حقوق‌دانان بر این باورند که «به نظر می‌رسد که شرط ضمن عقد به طور مطلق لازم الوفاست؛ خواه عقد لازم باشد و خواه جایز. بدین معنا که شرط ضمن عقود جایز، مادام که عقد فسخ نشده، لازم الوفاست و متعهد نمی‌تواند از انجام دادن مفاد آن تخلف کند. اگرچه چنین شرطی با انتفای موضوع خود، یعنی انحلال عقد، منتفی می‌شود، اما مادام که عقد معتبر است، جایز بودن شرط به طور مستقل معنا ندارد. به سخن دیگر، شرط یا باطل است و وفای به آن لازم نیست و یا آنکه صحیح است و لازم الوفاست. اگر شرط صحیح باشد، جواز آن بلا وجه است؛ زیرا معنی جواز شرط آن است که شرط مستقلاً قابل فسخ است، بدون آنکه عقد اصلی فسخ شود» (محقق داماد، ۱۴۰۶: ج ۲، ۵۲).

بحث قبلی در این نوع از شرط نیز مورد تأیید و تأکید است؛ یعنی در صورتی که عقد جایز مورد اشتراط در ضمن عقد جزء عقود اذنی باشد، مثل ودیعه و عاریه و در ضمن عقد جایز دیگری (اعم از اذنی یا غیراذنی)، مندرج گردد، این عقد جایز اذنی با این استدلال که حدوث و بقای آن به اراده متعاقدين وابسته است جایز و قابل فسخ می‌باشد.

۱- سید یزدی در حاشیه مکاسب، ج ۲، ص ۱۲۴ در این باره بیان می‌دارد: «و کذا ذکرُوا فی باب القرض أنه لا یلزم اشتراط الأجل فیهِ معلین بما ذکر مع أنهم صرحوا بلزومه إذا کان فی عقد آخر لازم و هذا صریح فی أن الوجه فی عدم اللزوم جواز العقد لا المنافاة للعقد و لا المخالفة للکتاب و السنة و کذا ذکر بعضهم فی وجه تردد المحقق فی باب الرهن فی جواز عزل الوکیل المشترط و کالته فی عقد الرهن بآنه من جهة أن الرهن و إن کان لازماً من طرف الراهن إلا أنه جائز من طرف المرتهن». در ص ۱۲۵ می‌نویسد: «و من الغریب أن صاحب الجواهر ذکر فی باب اشتراط تأجیل القرض أنه لا یلزم مع أنه جعل القرض من العقود اللازمة و تمسک فی ذلك بإطلاق ما دل علی جواز الرجوع فی القرض».

در نقطه مقابل در صورتی که عقد جایز غیراذنی مثل جعاله در ضمن عقد دیگری (اعم از اذنی یا غیراذنی) قرار گیرد تا زمانی که عقد جایز اصلی باقی است، عقد جعاله نیز صحیح و الزام‌آور است و عقد جعاله به تنهایی قابلیت فسخ از جانب متعاقدين را ندارد.

## ۲-۲. شرط لازم ضمن عقد جایز

در تشریح این نوع شرط باید گفت: دو طرف عقد گاهی اراده می‌کنند که عقد لازمی را ضمن عقد جایز دیگری به‌عنوان شرط ذکر کنند. مثل اینکه عقد اجاره که عقد لازمی است در ضمن عقد جایزی مثل مضاربه به‌عنوان شرط مندرج گردد. در این مثال مشهور فقها معتقدند که به دلیل جایز بودن عقد و لزوم تبعیت کردن شرط و فرعیت آن نسبت به عقدی است که در ضمن آن مندرج است، وفای به این شرط لازم نبوده و جواز از عقد به شرط تسری پیدا می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۶، ۳۴۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ج ۲، ۱۲۵). در طرف مقابل گروهی دیگر از فقها در این موضوع بر این باورند که شرط مندرج در ضمن عقد جایز التزام مطلق نیست، بلکه التزامی است بر تقدیر مقتضای عقد.

به عبارتی یعنی تابع اقتضای لزوم و جواز عقد است. بنابراین در فرض لزوم عقد، وفای به شرط نیز لازم است و در فرض جواز عقد، شرط ذکر شده در ضمن عقد جایز نیز وفای به آن جایز است و این مطلب مورد اجماع فقهاست (همچنین این دسته از فقها در تعلیل وجوب وفا به شرط ضمن عقد بیان می‌دارند): «از جمله دلایلی که دال بر وجوب وفا به شرط ضمن عقد می‌باشد این است که شرط جزئی از عوضین قرار می‌گیرد، لذا مانند سایر اجزاء عوضین لازم می‌گردد (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۵). همان‌طور که مشخص می‌شود این دسته از فقها شرطی که عقدی جایز است را لازم الوفاء می‌دانند، لذا به‌طریق اولی این نوع از شرط لازم را الزام‌آور می‌دانند. در این فرض نیز «طرفی که مایل است از وفای به شرط خودداری کند باید از عقد نیز بگذرد. تبعیض روا نیست و آن دو را باید باهم رعایت کرد یا از هر دو چشم پوشید (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۵۰) و این نیز خود نوعی التزام است، منتها در حدود عقد اصلی. لذا طبق دیدگاه این دسته از فقها و قول مختار این پژوهش، شرط لازم به جهت التزام تبعی بودن، از جواز عقد جایز تبعیت نموده و تا زمانی که عقد حیات حقوقی دارد، شرط نیز الزام‌آور بوده و وفای به آن واجب می‌باشد.

## ۳. شروط ضمن عقد لازم و تأثیر عقد بر آن

در این گفتار موضوع بحث مرتبط با شروط مندرج در عقد لازم می‌باشد. مشهور فقهای امامیه این شرط را لازم الوفاء دانسته‌اند (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۵؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ج ۲، ۲۸۱).

برخی از فقها بر این مطلب ادعای اجماع نموده‌اند (حلی، ۱۴۱۰: ج ۲، ۳۲۶). قدر متیقن از حدیث المؤمنون عند شروطهم الزامی بودن وفای به شرطی است که در ضمن عقد لازم باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳/۲۸۵). گر چه که در مقابل مشهور فقها، برخی دیگر از فقها وجوب وفای به شرط ضمن عقد را لازم ندانسته و فایده شرط را فقط در معرض زوال قرار دادن عقد می‌دانند (مکی عاملی، ۱۴۱۰: ۱۲۰). توصیف برخی از فقها از این شرط این است که شرط به‌منزله جزئی از عقد لازم است و علت لزوم وفای به شرط نیز این است که جزء عقد لازم، لازم الوفاء می‌باشد؛ یعنی همان‌طور که عقد لازم الوفاء است اجزائش از جمله شرط نیز لازم

الوفاء می‌باشد (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ج ۹، ۸۲). شروط ضمن عقد لازم اقسام مختلفی دارند، اما بحث فعلی در مورد شروطی است که قابلیت التزام به صورت مستقل را دارا می‌باشند که می‌توان به دو دسته مجزا تفکیک نمود:

### ۳-۱. شرط جایز ضمن عقد لازم

در توصیف و تبیین این شرط باید گفت گاهی طرفین قرارداد عقد جایزی را در ضمن عقد لازمی درج می‌نمایند. مثل اینکه در ضمن قرارداد بیعی فروشنده به مشتری وکالت می‌دهد که شیء خاصی را برای فروشنده خریداری کند یا وکالتاً از جانب فروشنده عمل حقوقی خاصی را انجام دهد. در تشریح وضعیت این شرط، مشهور حقوق دانان بر این باورند که با اندراج عقد جایز در ضمن عقد لازم، عقد جایز دیگر قابلیت فسخ ندارد (امامی، بی‌تا: ج ۱، ۱۶۲، کاتوزیان، ۱۳۷۲: ج ۱، ۴۳، شهیدی، ۱۳۸۲: ج ۱، ۶۳، عابدیان، ۱۳۸۷: ۱۹). البته این مسئله در جایی است که عقد جایز به صورت شرط نتیجه ضمن عقد مندرج گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ج ۴، ۲۰۷). نکته قابل توجه در کلام حقوق دانان که در مباحث قبلی نیز به آن اشاره شد، عدم تفکیک در این موضوع بین عقود اذنی و غیراذنی می‌باشد، درحالی که در اشتراط ضمن عقد لازم بایستی بین عقود اذنی و غیر اذنی تفکیک قائل شد. چراکه عقود اذنی به لحاظ ماهیت اذن، همگی جایز و قابل فسخ هستند و با قرار گرفتن در ضمن عقد لازم ماهیت خود را از دست نمی‌دهند و با شرط شدن عقد اذنی در ضمن عقد لازم دیگر وابستگی اذن به اراده طرفین از بین نمی‌رود. در غیر این صورت چرا عقد اذنی مندرج در ضمن عقد لازم با فوت و یا حجر یکی از طرفین منحل می‌شود؟ لذا هرگاه عقد اذنی در ضمن عقد لازم شرط شود به لحاظ ماهیت اذن همچنان جایز باقی می‌ماند و این نتیجه منطقی است که مقنن آن را با وجود ماده ۶۷۹ (ق.م) نپذیرفته است، لذا باید ماده مذکور را خلاف قاعده و استثناء دانست در نتیجه باید تفسیر مضیق کرد و آن را به سایر عقود سرایت نداد (شهبازی، ۱۳۸۵: ۱۷۴). به همین جهت است که برخی از نویسندگان حقوقی با اینکه مفاد ماده ۶۷۹ را به سایر عقود اذنی سرایت می‌دهند؛ ولی در عقودی مثل مضاربه و ودیعه احتیاط نموده و قید مدت برای لزوم آن را شرط می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ج ۴، ۴۳).

نتیجه‌ای که از بحث مزبور گرفته می‌شود این است که عقود اذنی عقودی هستند که در آن‌ها تعهد و التزام وجود ندارد، بلکه تحقق و بقای آن‌ها تنها در گرو اذن است و با برداشته شدن اذن، آن عقود نیز به هم می‌خورند (همدانی، ۱۴۱۶: ج ۱۴، ۵۵۴)، لذا نمی‌توان در ضمن عقد لازم به‌عنوان شرط غیرقابل فسخ مندرج نمود، چراکه اذن به‌عنوان اثر حقوقی این عقود، منوط به اراده طرفین است و هر وقت بخواهند می‌توانند به حیات حقوقی آن خاتمه دهند و با پایان اذن عقد اذنی نیز بلااثر می‌گردد. در مقابل عقود جایز غیر اذنی را می‌توان به‌عنوان شرط در ضمن عقد لازم آورد و تا هر زمان که عقد لازم دارای حیات حقوقی باشد عقد مربوطه نیز باقی و لازم الوفاء خواهد بود. همچنین در تفکیک میان عقود اذنی و سایر عقود جایز باید افزود: اینکه تحقق و قوام عقود اذنی منوط به رضایت و اذن بوده و تشریفات خاصی مانند صیغه در آن شرط نیست. لذا سایر شرایطی که در عقود دیگر معتبر است، مانند ایجاب، قبول و... در آن معتبر نیست. همچنان که قبول

نیز به هر صورتی که مبین آن باشد، پذیرفتنی است (نائینی، ۱۴۱۳، ق، ج ۱، ۲۹۰؛ همان، ۱۳۷۳، ق، ج ۲، ۹). این مسئله یعنی تحقق عقد اذنی به صرف اذن مورد تصریح سایر فقها نیز می‌باشد.<sup>۲</sup> در مقابل عقود اذنی با خصوصیات متمایزکننده آن، عقود عهدی وجود دارد که وجه تمایز عقود اخیر با عقود اذنی است و آن الزام و التزام طرفین قرارداد می‌باشد یعنی دو طرف در مقابل یکدیگر الزام و التزام دارند.<sup>۳</sup>

### ۳-۲. شرط لازم ضمن عقد لازم

مصادق این شرط در جایی است که متعاقبین در ضمن عقد بیعی مثل فروش ماشین شرط می‌کنند که خریدار تا مدت معینی منزل فروشنده را نیز اجاره نماید. این فرض از جهت لزوم وفای به آن در بین فقها و حقوق‌دانان مورد اختلاف نیست. مسئله مهم و قابل توجه این است که لزوم عقد لازم مندرج در ضمن عقد لازم دیگر، دارای چه وضعیت حقوقی می‌باشد؟ به عبارت واضح‌تر آیا لزوم عقد اجاره مندرج در ضمن عقد بیع ذاتی آن است و در هنگام اندراج در عقد بیع نیز الزام‌آور است یا به جهت نوع رابطه عقد و شرط که در قالب اصل و فرع است، لزوم عقد اجاره به تبعیت از عقد بیع بوده و ذاتی آن نیست و الزام‌آور بودن شرط به جهت تبعیت از عقد می‌باشد؟ دیدگاه صواب در این جهت این است که لزوم عقد اجاره به جهت تبعیت از عقد بیع بوده و ذاتی آن نیست. شاهد بر این مدعا را می‌توان در اندراج عقد لازمی مثل اجاره در ضمن عقد جایزی مثل مضاربه دانست که هنگام انحلال عقد مضاربه شرط مندرج در ضمن آن نیز با وجود اینکه مستقلاً ماهیت لزومی دارد، ولی به تبعیت از شرط منحل می‌گردد و هیچ فقیهی فتوا به بقای عقد اجاره پس از انحلال مضاربه نداده است. در نتیجه لزوم عقد لازم مندرج در ضمن عقد لازم تبعی بوده و به تبع عقد الزام‌آور است.

بررسی در حقوق مصر نشانگر این است که گرایش قانون‌گذار آن بر اعتبار و لزوم شروط مندرج در عقد لازم است. مؤید این استنباط، نصوص متعددی است که به اعتبار توافق طرفین در ضمن عقد لازم اشاره دارد؛ مثلاً در بند ۲ ماده ۴۳۳ (ق.م.م) اشاره می‌دارد: در جایی که مقدار مبیع، زیاده از مبیع معین در عقد باشد و ثمن نیز برحسب واحد معین نشده، در صورتی که مبیع قابل تقسیم نباشد، خریدار کسر ثمن را باید بدهد، مگر اینکه میزان زیاده، زیاد باشد که با بیع می‌تواند قرارداد را فسخ کند، مگر اینکه توافق و اشتراطی خلاف این مسئله صورت گرفته باشد. یا مثلاً در بند ۱ ماده ۴۴۵ (ق.م.م) مقرر می‌دارد که طرفین عقد می‌توانند با توافق و اشتراط خاصی، ضمان درک را افزایش یا کاهش دهند یا این ضمان را ساقط کنند.<sup>۴</sup>

۱- همچنین میرزای در جای دیگری از منیة الطالب، ج ۱، ص ۳۳ می‌نویسد: «و بالجمله ما کان قوامه بالاذن و مجرد رضاء ولی الأمر و مالک لا یکون فیه عهد و التزام و هذه کالودیعة و العاریة بناء علی أن یکون مفادها الإباحة المجانية و أما بناء علی کونها مقيدة للتملیک المجانی فتدخل فی العهدة و کالوکالة علی أحد القسمین فیها فإنها بنوعها و إن کانت تفید إباحة التصرف للوکیل إلا أن قسماً منها عهدی و هو الذی یتوقف علی الإيجاب و القبول مع شرائط خاصة مذکورة فی محلّه».

۲- بحرالعلوم در بلغة الفقیه، ج ۲، ص ۱۳۳-۱۳۴، به این مسئله تصریح کرده و می‌نویسد: «و الوجه فی ذلک جعلها علی الإباحة من قبیل العقود الإذنیة کالعاریة- مثلاً- التي قوامها مجرد الاذن فی التصرف، فتبطل بموت کل من الاذن و المأذون، و یفتقر جواز التصرف إلى إذن جدید ممن له الاذن هذا و لکن بمقتضى ما ذکرناه فیما سبق من انها من المعاوزات علی کل من القول بالملک أو الإباحة».

۳- البته برخی دیگر از فقها و حقوقدانان، عقود اذنی را در مقابل عقود تملیکی قرار داده‌اند. ر.ک: بلغة الفقیه، بحرالعلوم، سیدمحمد، ۱۷۰/۲؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ۱۰۸/۲-۱۰۹.

۴- نصوص دیگری مثل ماده ۴۵۳، ۴۵۶، ۴۵۷، ۴۶۲، ۴۶۴، ۴۶۱، ۴۶۴، ۴۶۷، ۵۷۴، ۵۸۲، ۵۸۶، ۵۸۸، ۶۰۷، ۶۲۰ ق.م.م، نیز بر اعتبار و لازم الوفاء بودن توافق و اشتراط ضمن عقد لازم و اعتبار حاکمیت اراده اشاره دارد.

قانون مدنی مصر به‌عنوان یک قاعده کلی در بند ۱ ماده ۱۴۷ مقرر می‌دارد که «عقد، قانون بین متعاقدين است. می‌توان آن را با توافق طرفین یا به جهات مقرر در قانون، نقض یا تعدیل کرد». همه این مقررات نشانگر این است که توافق و اشتراط در ضمن عقد لازم معتبر بوده و وفای به آن از جانب متعاقدين لازم الوفاء می‌باشد. مستنبط از این ماده این است که حاکمیت اراده طرفین در نقض یا تعدیل قرارداد به‌واسطه اشتراط یا توافق ضمن عقد بسیار گسترده می‌باشد. تعبیر یکی از حقوق‌دانان مصری این است که «نیاز به توضیح نیست که متعاقدين می‌توانند در زمان انعقاد عقد اینکه حق فسخ یا تعدیل را برای یکی از طرفین یا هر دو شرط نمایند؛ مانند اینکه موجر و مستأجر در عقد اجاره این حق را برای یکی یا هر دو در طول مدتی شرط نمایند.» (أبوستیت احمد، ۱۹۴۵: ۲۴۷). گرچه این آزادی اراده در دو مورد استثناء می‌خورد: یکی در بحث نظریه حوادث پیش‌بینی نشده است که مطابق بند ۲ ماده ۱۴۷ (ق.م.م) قاضی می‌تواند قرارداد را تعدیل نماید. استثنای دوم در ماده ۱۴۹ (ق.م.م) است که در مورد مفاد نظریه قراردادهای الحاقی است که به قاضی حق می‌دهد شرایط تحمیلی را مورد تعدیل قرار داده یا آن‌ها را نادیده بگیرد (دادمرسی، ۱۳۹۴: ج ۱، ۴۵۰-۴۵۱). نتیجه‌ای که از این مباحث گرفته می‌شود این است که شرط مندرج در ضمن عقد لازم و به تعبیری توافق در ضمن آن، از نگاه حقوق مصر معتبر شمرده شده و لازم الوفاء است و شاهد بر این مدعا نیز نصوص متعددی می‌باشد که همگی مؤید این ادعا می‌باشد.

در قانون مدنی مصر در مورد اشتراط عقد جایز ضمن عقد لازم و عقد لازم ضمن عقد لازم نص خاص و جداگانه‌ای که مبین این موضوع باشد به چشم نمی‌خورد، لکن با تمسک به بند ۱ ماده ۱۴۷ قانون مدنی مصر که عقد را قانون دو طرف دانسته و اصل حاکمیت اراده طرفین عقد که در نصوص متعددی از این قانون به آن اعتبار بخشیده شده است و همچنین نصوصی که در مباحث قبلی به آن‌ها اشاره شد که تصریح به اعتبار شروط ضمن عقد لازم و جایز داشتند، می‌توان به این نتیجه رسید که رویکرد حقوق مصر در این بخش نیز همانند دیدگاه برخی از فقهای امامیه و حقوق‌دانان ایران بوده و این‌گونه شروط را نیز معتبر شمرده و تا زمان بقای عقد اصلی، این نوع از شروط را نیز لازم الوفاء می‌داند. این مسئله یعنی اشتراط عقدی در ضمن عقدی دیگر در متون فقهی اهل سنت نیز به چشم می‌خورد، چراکه در یک تقسیم‌بندی شرط را با مشروطش به سه قسم تقسیم نموده‌اند. اولین قسم در جایی است که این اشتراط (شرط و مشروط)، مفاد شرایط (عقد) را به‌گونه‌ای تکمیل و پشتیبانی کند که در هر صورت مغایرتی با آن‌ها نداشته باشد؛ مانند شرط کردن رهن... در ثمن بیع می‌باشد. این قسم از شرط از لحاظ شرعی اشکالی در آن وجود ندارد، چراکه مکمل و تکمیل‌کننده هر سببی (قراردادی) است که مقتضی حکمی می‌باشد (ابوزهره، ۱۹۹۶: ۲۳۷). در تکمیل این استنباط از قانون مدنی مصر، باید افزود که با توجه به مقررات دیگر مانند ماده ۲۶۶ (ق.م.م) باید اشتراط شرطی در عقد و یا اشتراط عقدی (لازم یا جایز) در ضمن عقدی دیگر، مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نبوده و غیرممکن نیز نباشد. به تعبیری دیگر، این آزادی اراده متعاقدين باید در چارچوبی باشد که منجر به اشتراط خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه و شروط باطل دیگر نشود. در صورتی که این چارچوب رعایت گردد اشتراط در ضمن عقد چه لازم و چه جایز، معتبر و لازم الوفاء می‌باشد. البته برخی موارد مثل ماده ۷۱۵ و ۷۱۶ (ق.م.م) در بحث وکالت مستثنا از اعتبار توافق متعاقدين در ضمن عقد هستند که در مباحث قبلی به آن‌ها پرداخته شد.

## نتیجه‌گیری

مطابق دیدگاه مشهور امامیه، شرط از حیث لزوم و جواز از عقد تبعیت می‌کند و لذا شرط ضمن عقد جایز نمی‌تواند الزام‌آور باشد. در مقابل برخی دیگر از فقها این شرط را تا زمان بقای حیات حقوقی عقد، لازم‌الوفا می‌دانستند. از بین نظرات مطروحه می‌توان همگام با دیدگاه غیرمشهور که معتقد به الزام‌آور بودن شرط ضمن عقد جایز بوده و موضوعیتی برای قالب‌ها و تشریفات قائل نبوده و با تکیه بر اصل حاکمیت اراده که مورد تأیید ماده ۱۰ قانون مدنی ایران است اظهار داشت که اشتراط ضمن عقد جایز در غیر عقود اذنی صحیح بوده و الزام‌آور می‌باشد، ولی در عقود اذنی این الزام‌آور بودن را نمی‌توان ثابت دانست. چراکه عقود اذنی به لحاظ ماهیت اذن، همگی جایز و قابل فسخ هستند و با قرار گرفتن در ضمن عقد لازم ماهیت خود را از دست نمی‌دهند و با شرط شدن عقد اذنی در ضمن عقد لازم دیگر وابستگی اذن به اراده طرفین از بین نمی‌رود. این مسئله قابل تطبیق بر جایی که عقد جایز مورد اشتراط در ضمن عقد دیگری جزء عقود اذنی باشد؛ مثل ودیعه و عاریه و در ضمن عقد جایز دیگری (اعم از اذنی یا غیراذنی) مندرج گردد، نیز می‌باشد. این عقد جایز اذنی با این استدلال که حدوث و بقای آن به اراده متعاقدین وابسته است جایز و قابل فسخ می‌باشد. در نقطه مقابل در صورتی که عقد جایز غیراذنی مثل جعاله در ضمن عقد دیگری (اعم از اذنی یا غیراذنی) قرار گیرد تا زمانی که عقد جایز اصلی باقی است، عقد جعاله نیز صحیح و الزام‌آور می‌باشد و عقد جعاله به تنهایی قابلیت فسخ از جانب متعاقدین را ندارد. این نکته در جایی که عقد اذنی در ضمن عقد لازمی نیز قرار بگیرد، مصداق پیدا می‌کند و عقد اذنی ماهیت جایز خود را از دست نداده و با اراده یکی از طرفین قابلیت فسخ دارد؛ ولی اگر عقد غیر اذنی بود تابع عقد لازم می‌باشد.

در حقوق مصر نیز با تمسک به نصوص عامی مثل بند ۱ ماده ۱۴۷ قانون مدنی مصر که عقد را قانون دو طرف دانسته و اصل حاکمیت اراده طرفین عقد که در نصوص متعددی از این قانون به آن اعتبار بخشیده شده است و همچنین نصوص زیادی که تصریح به اعتبار شروط ضمن عقد لازم و جایز داشتند، می‌توان به این نتیجه رسید که رویکرد حقوق مصر در این بخش نیز همانند دیدگاه برخی از فقهای امامیه و حقوق‌دانان ایران بوده و این‌گونه شروط را نیز معتبر شمرده و تا زمان بقای عقد اصلی، این نوع از شروط را نیز لازم‌الوفا می‌داند.

با توجه به نتایج این پژوهش، پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار ایران در جهت رفع ابهامات موجود و ایجاد وحدت رویه در رویه قضایی، اقدام به اصلاح قانون مدنی در خصوص شروط ضمن عقد نماید. به‌طور مشخص، می‌توان مواد قانونی جدیدی را به قانون مدنی اضافه کرد که به‌صراحت به لزوم اجرای شرط ضمن عقد جایز در غیر عقود اذنی اشاره داشته باشد. همچنین، می‌توان در خصوص عقود اذنی نیز با پیش‌بینی سازوکارهایی مانند اخذ تضمین یا تعیین خسارت در صورت تخلف از شرط، به حمایت از حقوق طرفین قرارداد پرداخت. می‌توان ماده‌ای با مضمون زیر به قانون مدنی اضافه کرد: «شرط ضمن عقد جایز، در غیر عقود اذنی، تا زمان بقای عقد اصلی، لازم‌الوفا است و طرفین ملزم به اجرای آن هستند.» با تصویب چنین ماده‌ای، قانون‌گذار می‌تواند گامی مؤثر در جهت شفاف‌سازی احکام مربوط به شروط ضمن عقد و حمایت از حقوق طرفین قرارداد بردارد.

مطابق دیدگاه مشهور شرط از حیث لزوم و جواز از عقد تبعیت می‌کند؛ لذا شرط ضمن عقد جایز نمی‌تواند الزام‌آور باشد. در مقابل برخی دیگر از فقها این شرط را تا زمان بقای حیات حقوقی عقد، لازم‌الوفا می‌دانستند. از بین نظرات مطروحه می‌توان همگام با دیدگاه غیرمشهور که معتقد به الزام‌آور بودن شرط ضمن عقد جایز بوده و

موضوعیتی برای قالب‌ها و تشریفات قائل نبوده و با تکیه بر اصل حاکمیت اراده که مورد اعتبار و تأیید ماده ۱۰ (ق.م) ایران است اظهار داشت که اشتراط ضمن عقد جایز در غیر عقود اذنی صحیح بوده و الزام‌آور می‌باشد؛ ولی در عقود اذنی این الزام‌آور بودن را نمی‌توان ثابت دانست. چراکه عقود اذنی به لحاظ ماهیت اذن، همگی جایز و قابل فسخ هستند و با قرار گرفتن در ضمن عقد لازم ماهیت خود را از دست نمی‌دهند و با شرط شدن عقد اذنی در ضمن عقد لازم دیگر وابستگی اذن به اراده طرفین از بین نمی‌رود. این مسئله قابل تطبیق بر جایی که عقد جایز مورد اشتراط در ضمن عقد دیگری جزء عقود اذنی باشد، مثل ودیعه و عاریه و در ضمن عقد جایز دیگری (اعم از اذنی یا غیراذنی)، مندرج گردد، نیز می‌باشد. این عقد جایز اذنی با این استدلال که حدوث و بقای آن به اراده متعاقدین وابسته است جایز و قابل فسخ است. در نقطه مقابل در صورتی که عقد جایز غیراذنی مثل جعاله در ضمن عقد دیگری (اعم از اذنی یا غیراذنی) قرار گیرد تا زمانی که عقد جایز اصلی باقی است، عقد جعاله نیز صحیح و الزام‌آور می‌باشد و عقد جعاله به تنهایی قابلیت فسخ از جانب متعاقدین را ندارد. این نکته در جایی که عقد اذنی در ضمن عقد لازمی نیز قرار بگیرد مصداق پیدا می‌کند و عقد اذنی ماهیت جایز خود را از دست نداده و با اراده یکی از طرفین قابلیت فسخ دارد، ولی اگر عقد غیر اذنی بود تابع عقد لازم می‌باشد.

در حقوق مصر نیز با تمسک به نصوص عامی مثل بند ۱ ماده ۱۴۷ قانون مدنی مصر که عقد را قانون دو طرف دانسته و اصل حاکمیت اراده طرفین عقد که در نصوص متعددی از این قانون به آن اعتبار بخشیده شده است و همچنین نصوص زیادی که تصریح به اعتبار شروط ضمن عقد لازم و جایز داشتند، می‌توان به این نتیجه رسید که رویکرد حقوق مصر در این بخش نیز همانند دیدگاه برخی از فقهای امامیه و حقوق دانان ایران بوده و این‌گونه شروط را نیز معتبر شمرده و تا زمان بقای عقد اصلی، این نوع از شروط را نیز لازم الوفاء می‌داند.

با توجه به نتایج این پژوهش، پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار ایران در جهت رفع ابهامات موجود و ایجاد وحدت رویه در رویه قضایی، اقدام به اصلاح قانون مدنی در خصوص شروط ضمن عقد نماید. به‌طور مشخص، می‌توان مواد قانونی جدیدی را به قانون مدنی اضافه کرد که به‌صراحت به لزوم اجرای شرط ضمن عقد جایز در غیر عقود اذنی اشاره داشته باشد. همچنین، می‌توان در خصوص عقود اذنی نیز با پیش‌بینی سازوکارهایی مانند اخذ تضمین یا تعیین خسارت در صورت تخلف از شرط، به حمایت از حقوق طرفین قرارداد پرداخت. می‌توان ماده‌ای با مضمون زیر به قانون مدنی اضافه کرد: «شرط ضمن عقد جایز، در غیر عقود اذنی، تا زمان بقای عقد اصلی، لازم‌الوفاء است و طرفین ملزم به اجرای آن هستند.» با تصویب چنین ماده‌ای، قانون‌گذار می‌تواند گامی مؤثر در جهت شفاف‌سازی احکام مربوط به شروط ضمن عقد و حمایت از حقوق طرفین قرارداد بردارد.

## منابع

- ابو زهره، محمد (۱۹۹۶). و نظریه العقد فی الشریعة الاسلامیة. قاهره: دار الفکر العربی.
- ابوستیت، احمد حشمت (۱۹۴۵). نظریه الالتزام فی القانون المدنی المصری. قاهره - مصر: مکتبه عبدالله وهبه.
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳). مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازهان. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- امامی، سید حسن (بی تا). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۱). مکاسب، کتاب مکاسب المحرمه و البیع و الخیارات. چاپ اول، قم: منشورات دار الذخائر.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵). مکاسب. چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۶). فرائد الاصول. چاپ پنجم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم.
- بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی (۱۴۱۹). القواعد الفقهیة. چاپ اول، قم: نشر الهادی.
- بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی (۱۴۰۱). قواعد فقهیة. چاپ سوم، تهران: مؤسسه عروج.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳ ق). بلغة الفقیه، چاپ چهارم، تهران-ایران: منشورات مکتبه الصادق.
- برادران، دلاور (۱۳۹۱). «لزوم و جواز عقود از دیدگاه وصف حقی یا حکمی». مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۸.
- توکلی، احمد رضا (۱۳۸۹). پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره پنجم.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸). دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات. چاپ سوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۰). فلسفه حقوق مدنی. چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری نوش آبادی، حمیدرضا (۱۳۸۸). تأثیر متقابل عقد و شرط. پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۶). مستمسک العروة الوثقی. چاپ اول، قم: مؤسسه دار التفسیر.
- حکیم، سید محسن طباطبایی (بی تا). نهج الفقاهة. چاپ اول، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
- حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خمینی، سید روح الله موسوی (۱۴۲۱). کتاب البیع. چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- خوانساری، موسی (۱۳۷۳). منیة الطالب (تقریرات درس میرزای نائینی). چاپ اول، تهران: المکتبه المحمدیة.
- خوانساری، موسی (۱۴۰۹). مبانی العروة الوثقی. چاپ اول، قم: منشورات مدرسه دار العلم - لطفی.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹). مبانی العروة الوثقی. قم: دارالکتب الاسلامیه.
- دامرزی، سید مهدی و دانش کیا، محمدحسین (۱۳۹۴). دوره حقوق تعهدات (اوصاف تعهد). چاپ دوم، قم: انتشارات دانشگاه قم.
- داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶). قواعد فقه. چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- سنهوری، عبدالرزاق (بی تا). الوسیط فی شرح القانون المدنی، (البیع و المقایضه). بیروت - لبنان: دار احیاء التراث العربی.
- شهبازی، محمد حسین (۱۳۸۵). مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی. چاپ اول، تهران: مؤسسه مطالعات حقوقی فرزندگان دادآفرین.

- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲). حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات. چاپ سوم، تهران: انتشارات مجد.
- عاملی، کرکی، محقق ثانی (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد. چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- عبداللطیف، محمد عامر (۲۰۰۶). من نظریات الفقه الاسلامی (نظریه الحق - نظریه العقد). فلسطین: مکتبه فلسطین للکتب المصوره.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، (انعقاد و اعتبار قرارداد). چاپ دوم، تهران: انتشارات بهنشر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). حقوق مدنی، عقود معین. چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷). العناوین الفقهیه. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مکی عاملی (شهید اول) (۱۴۱۰). اللمعه دمشقیه. چاپ اول، قم: بی جا.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. چاپ هفتم، بیروت - لبنان: دار احیاء التراث العربی.
- نراقی، احمد (۱۴۱۷). عواید الایام. چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- نائینی، میرزا محمدحسین غروی (۱۳۷۳ ق). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، چاپ اول، تهران - ایران: المکتبه المحمديه.
- نائینی، میرزا محمدحسین غروی (۱۴۱۳ ق). المکاسب و البیع، چاپ اول، قم - ایران: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- همدانی، آقا رضا بن محمد هادی (۱۴۱۶). مصباح الفقیه. چاپ اول، قم: مؤسسه الجعفریه لاحیاء التراث و مؤسسه النشر الاسلامی.
- یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱). حاشیه المکاسب. چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

## چکیده مبسوط

این تحقیق که مبتنی بر روش توصیفی تحلیلی است با رویکرد مطالعات کتابخانه‌ای صورت گرفته است. مطابق دیدگاه مشهور شرط از حیث لزوم و جواز از عقد تبعیت می‌کند و لذا شرط ضمن عقد جایز نمی‌تواند الزام آور باشد. در مقابل برخی دیگر از فقهاء این شرط را تا زمان بقای حیات حقوقی عقد، لازم الوفاء می‌دانستند. از بین نظرات مطروحه می‌توان همگام با دیدگاه غیر مشهور که معتقد به الزام آور بودن شرط ضمن عقد جایز بوده و موضوعیتی برای قالب‌ها و تشریفات قائل نبوده و با تکیه بر اصل حاکمیت اراده که مورد اعتبار و تأیید ماده ۱۰ ق.م ایران است اظهار داشت که اشتراط ضمن عقد جایز در غیر عقود اذنی صحیح بوده و الزام آور می‌باشد ولی در عقود اذنی این الزام آور بودن را نمی‌توان ثابت دانست. چرا که عقود اذنی به لحاظ ماهیت اذن، همگی جایز و قابل فسخ هستند و با قرار گرفتن در ضمن عقد لازم ماهیت خود را از دست نمی‌دهند و با شرط شدن عقد اذنی در ضمن عقد لازم دیگر وابستگی اذن به اراده طرفین از بین نمی‌رود. این مسأله قابل تطبیق بر جایی که عقد جایز مورد اشتراط در ضمن عقد دیگری جزء عقود اذنی باشد مثل ودیعه و عاریه و در ضمن عقد جایز دیگری (اعم از اذنی یا غیر اذنی)، مندرج گردد، نیز می‌باشد. این عقد جایز اذنی با این استدلال که حدوث و بقای آن به اراده متعاقدین وابسته است جایز و قابل فسخ می‌باشد. در نقطه مقابل در صورتی که عقد جایز غیر اذنی مثل جعاله در ضمن عقد دیگری (اعم از اذنی یا غیر اذنی) قرار گیرد تا زمانی که عقد جایز اصلی باقی است، عقد جعاله نیز صحیح و الزام آور می‌باشد و عقد جعاله به تنهایی قابلیت فسخ از جانب متعاقدین را ندارد. این نکته در جایی که عقد اذنی در ضمن عقد لازمی نیز قرار بگیرد مصداق پیدا می‌کند و عقد اذنی ماهیت جایز خود را از دست نداده و با اراده یکی از طرفین قابلیت فسخ دارد ولی اگر عقد غیر اذنی بود تابع عقد لازم می‌باشد. در حقوق مصر نیز با تمسک به نصوص عامی مثل بند ۱ ماده ۱۴۷ قانون مدنی مصر که عقد را قانون دو طرف دانسته و اصل حاکمیت اراده طرفین عقد که در نصوص متعددی از این قانون به آن اعتبار بخشیده شده است و همچنین نصوص زیادی که تصریح به اعتبار شروط ضمن عقد لازم و جایز داشتند، می‌توان به این نتیجه رسید که رویکرد حقوق مصر در این بخش نیز همانند دیدگاه برخی از فقهای امامیه و حقوقدانان ایران بوده و این گونه شروط را نیز معتبر شمرده و تا زمان بقای عقد اصلی، این نوع از شروط را نیز لازم الوفاء می‌داند. همچنین، می‌توان در خصوص عقود اذنی نیز با پیش‌بینی سازوکارهایی مانند اخذ تضمین یا تعیین خسارت در صورت تخلف از شرط، به حمایت از حقوق طرفین قرارداد پرداخت. می‌توان ماده‌ای با مضمون زیر به قانون مدنی اضافه کرد: «شرط ضمن عقد جایز، در غیر عقود اذنی، تا زمان بقای عقد اصلی، لازم‌الوفاء است و طرفین ملزم به اجرای آن هستند.»

## Extended Abstract

According to the prevailing view, the condition follows the contract in terms of being binding or revocable, and therefore, a condition within a revocable contract cannot be binding. In contrast, some other fuqaha considered this condition enforceable (*lazim al-wafa*) as long as the contract legally exists. Among the presented views, aligning with the non-prevailing view—which believes in the binding nature of the condition within a revocable contract and does not prioritize forms and

formalities—and relying on the principle of party autonomy validated by Article 10 of the Iranian Civil Code, it can be stated that stipulation within a revocable contract, except for contracts based on permission (‘uqud idhniyya), is valid and binding, but this binding nature cannot be established for ‘uqud idhniyya. This is because ‘uqud idhniyya, due to the nature of permission, are all revocable and terminable, and they do not lose their nature by being included within a binding contract; the dependence of permission on the parties’ will is not eliminated when an ‘uqud idhni is stipulated within a binding contract. This principle also applies where a revocable contract, which is one of the ‘uqud idhniyya (like deposit [wadi’a] or gratuitous loan [‘ariyya]), is stipulated within another revocable contract (whether idhni or not). This revocable idhni contract is revocable and terminable based on the argument that its initiation and continuation depend on the will of the contracting parties. Conversely, if a non-idhni revocable contract, such as ju’ala (reward contract), is included within another contract (whether idhni or not), the ju’ala contract remains valid and binding as long as the main revocable contract exists, and the ju’ala contract cannot be terminated solely by the will of the contracting parties. This point also applies where an ‘uqud idhni is included within a binding contract; the ‘uqud idhni does not lose its revocable nature and can be terminated by the will of one party, but if it were a non-idhni contract, it follows the binding contract. In Egyptian law, by resorting to general provisions like Article 147(1) of the Egyptian Civil Code, which considers the contract the law between the two parties (pacta sunt servanda), the principle of party autonomy validated in numerous provisions of this law, and also many texts explicitly affirming the validity of conditions within both binding and revocable contracts, one can conclude that the approach of Egyptian law in this section is similar to the view of some Imami fuqaha and Iranian jurists, considering such conditions valid and enforceable (lazim al-wafa) as long as the main contract survives. Furthermore, regarding ‘uqud idhniyya, the rights of the parties can be protected by providing mechanisms such as obtaining guarantees or determining damages for breach of the condition. An article with the following content could be added to the Civil Code: “An ancillary condition within a revocable contract, other than ‘uqud idhniyya, is enforceable (lazim al-wafa) as long as the main contract remains, and the parties are obligated to perform it.”

