

## تحلیلی و بررسی حکم شرط ضمن عقد جایز

مرجان حسینی

کارشناسی ارشد حقوق ثبت اسناد و املاک دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب

### چکیده

لازم‌الوفاء بودن یا نبودن شروط ضمن عقد جایز از مباحثی است که معرکه آرای فقها و حقوقدانان قرار گرفته است. مشهور فقها عمل به چنین شروطی را جایز می‌دانند. با این حال برخی مانند علامه حلی آن را لازم دانسته‌اند. اوج اختلاف این دو گروه در جایی است که در ضمن عقد جایز لازم بودن عقد شرط شود. قائلین به عدم لزوم وفاء به چنین شروطی عمدتاً به استدلال‌هایی تمسک کرده‌اند که تاب مقاومت در برابر نقد عقلی را نداشته و قابل تأمل هستند. به نظر می‌رسد ادله طرفداران لزوم وفاء به شروط ضمن عقد جایز که با استدلال‌هایی قوی و محکم و مبنی بر کتاب و سنت خصوصاً آیه‌ی شریفه «اوفوا بالعقود» و حدیث «المؤمنون عند شروطهم» پذیرش نظریه خود را بر مخاطبان و پژوهشگران ارائه و پیشنهاد داده‌اند، قابل دفاع بوده و با مکتب فقهی حقوقی اسلام سازگارتر است. در نوشتار حاضر به روش توصیفی-تحلیلی به بررسی حکم شروط ضمن عقد جایز پرداخته شده است.

**واژگان کلیدی:** شرط، عقد، عقد جایز، وفا به شرط.

## 1- مقدمه

عقدی که ذاتاً قابل فسخ می‌باشد و یکی از دو طرف عقد بتوانند بدون رضای دیگری آن را فسخ کند، عقد جایز نامیده می‌شود. (مراغی، 1417ق، ج 2، ص 36). در مورد شروط ضمن عقد جایز، مشهور فقها چنین شرطی را جایز می‌دانند با این حال برخی مانند علامه حلی (1414ق، ج 17، ص 34). طباطبایی حکیم (1416ق، ص 268). آن را لازم دانسته‌اند. اوج اختلاف این دو گروه در جایی است که در ضمن عقد جایز لازم بودن عقد شرط شود. بنابراین اگر به شرط از جهتی جنبه لزومی 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، طبق نظر غیر مشهور باید عقد به هم زده شود تا راه برای به هم زدن شرط باز شود. اما طبق نظر مشهور در مثال شرط عدم عزل حتی با وجود شرط می‌توان عقد را به هم زد چراکه شرط ضمن عقد جایز در نظر آنان جایز الوفاست. حاصل اینکه عقد وکالت و نظایر آن با اشتراط عدم عزل در بنای مشهور فقها در جواز خود باقی است در حالی که در نظر مقابل، عقد از جواز به لزوم منقلب شده است. مهم‌ترین اثر شرط ضمن عقد جایز این است که اگر ضمن عقد لازمی شرط شود، عقد جایز لازم‌الاجرا است و تا زمانی که عقد اصلی باقی است، طرفین حق بر هم زدن آن را ندارند مگر آنکه عقد جایز اصلی را بر هم بزنند. ذیلاً به آثاری که شرط ضمن عقد جایز دارد اشاره می‌کنیم.

## 2- بطلان عقد جایز در صورت فوت و جنون و بیهوشی

طبق ماده 954 قانون مدنی «کلیه عقود جایز به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است» باوجود اینکه قانون‌گذار در این ماده مطلقاً گفته کلیه عقود جایز با عروض این عوامل از بین می‌روند لذا با تتبع در آثار فقیهان متوجه می‌شویم اگرچه بعضی از عقود جایزند ولی موت احد طرفین باعث انفساخ آن نمی‌شود؛ فلسفه این امر چیست؟ مثال هبه با اینکه وصف جایز بودن را دارد اما با موت یکی از آنان منفسخ نمی‌شود و حتی با مرگ طرف استحکام بیشتری می‌یابد؛ در واقع باید گفت آن دسته از عقود جایز با عروض این عوامل منفسخ می‌شوند که ماهیت اذنی داشته باشند. پس از جمله عواملی که ادامه عقد را منحل می‌کند مرگ، جنون و سفاقت می‌باشد چه زمان آنها طولانی باشد و چه کوتاه. عقود که به خاطر این عوامل باطل می‌شوند، عقود جایز است. فقهای امامیه در آثار خود از عاملی به نام «اغماء» سخن گفته‌اند و آن را از اسباب بطلان عقد جایز شمرده‌اند چنین امری در قانون مدنی ایران نیامده است و از آنجایی که مرجع اصلی قوانین ما، فقه است و این یک امر طبیعی است که در صورت فقد قوانین باید به مرجع آن مراجعه کرد و در فقه نیز اجماع فقها بر باطل شدن عقد جایز به وسیله اغماء می‌باشد. حال باید ببینیم که اگر شخصی مثال چند ساعت از هوش برود، این بیهوشی چه تأثیری در روابط حقوقی او با دیگران دارد آیا به اندازه‌ای است که عقود جایز او را باطل می‌کند؟ همچنین اگر جنون عاملی برای بطلان عقد جایز باشد، جنون ادواری را هم در برمی‌گیرد یا فقط جنون اطلاق مد نظر است؟ جنون در ماده 551 و 678 به صورت مطلق آمده و فرقی بین جنون ادواری و اطلاق قائل نشده. برای پاسخ به این سؤال دیدگاه فقها را در این باره بررسی می‌کنیم.

شهید ثانی می‌گوید: عقد ودیعه مثل بقیه عقود جایز با فوت هر یک از طرفین و جنون و بیهوشی آنها باطل می‌شود هرچند مدت جنون و بیهوشی کوتاه باشد؛ پس در صورت عروض این حالات برای ودیعه گذار، مال مورد ودیعه در دست ودیعه گیر به عنوان امانت شرعی باقی می‌ماند و در صورت رخ دادن این حالات برای ودیعه گیر حافظ مال مورد ودیعه، وارث او خواهد بود (شهید ثانی، 1410ق، ج 4، ص 234). در مبحث وکالت نیز می‌گوید: وکالت از عقود جایز است پس به وسیله فوت و جنون و بیهوشی وکیل یا موکل، خواه جنون اطلاق باشد یا ادواری، و فرقی بین کوتاه مدت و طولانی مدت بودن زمان بیهوشی نیست و

همچنین به واسطه محجوریت موکل به واسطه سفاقت و ورشکستگی از تصرف کردن در آن وکیل گرفته است، باطل می‌شود ولی به واسطه خوابیدن حتی در صورت طولانی مدت بودن زمان خواب، وکالت باطل نمی‌شود مگر اینکه خواب به بیهوشی بینجامد و مست شدن نیز وکالت را باطل نمی‌کند (شهید ثانی، 1410ق، ج 4، ص 370). البته ناگفته نماند این حکم مختص وکالت نیست و به سایر عقود جایز نیز می‌توان تسری داد. شیخ طوسی نیز می‌گوید: در وکالت هنگامی که یکی از طرفین به اغماء یا جنون دچار شود عقد وکالت باطل می‌شود زیرا مرگ سبب بطلان ملکیت می‌شود مثل بیع و عتق، و به وسیله نوم باطل نمی‌شود و از آنجایی که حجر مانع از تصرف است و شخص سفیه نمی‌تواند در عین مال تصرف کند اگر یکی از طرفین به سفه مبتلا شود وکالت باطل می‌شود (طوسی، 1387، ج 2، ص 368). ابن ادریس می‌گوید: وکالت به وسیله موت و جنون و اغماء منفسخ می‌شود پس اگر یکی از آن‌ها بمیرد یا دیوانه شود یا به اغماء رود وکالت باطل می‌شود و با خواب وکالت باطل نمی‌شود همانگونه که نوم در فرض نماز، نماز را باطل نمی‌کند ولی جنون و اغماء باطل کننده نماز می‌باشد (ابن ادریس، 1410ق، ج 2، ص 88). امام خمینی نیز در مورد جنون اطباقی بنابر قول قوی و در جنون ادواری بنا بر احتیاط و بیهوشی آنان قائل به بطلان وکالت هستند (خمینی، بی‌تا، ج 2، ص 45). قراض از عقود جایزه می‌باشد و با موت عامل یا مالک یا جنون یکی از آن‌ها یا اغماء یا حجر به واسطه سفه باطل می‌شود (علامه حلی، 1410، ج 17، ص 139). همچنین شرکت باطل می‌شود به موت و جنون و اغماء و حجر به سبب سفه بدین معنا که دیگری نمی‌تواند در آن تصرف کند (قمی، 1423ق، ج 2، ص 384). امامی می‌گوید: در صورت موت یا جنون یا سفه احد طرفین عقد جایز منفسخ می‌شود و عقد مضارب به یک عقد جایز است با عروض چنین عواملی برای طرفین، عقد باطل می‌شود و انفساخ آن در صورت فوت مضارب به این دلیل است که مالک به شخص مضارب اذن می‌دهد که در سرمایه تصرف کند و با فوت مالک این اذن از بین می‌رود و این به خاطر این است که سرمایه مالک به وارث مالک منتقل می‌شود و با فوت مالک اذن در تصرف از ناحیه مالک سابق از بین می‌رود و در صورت عروض جنون چه ادواری چه اطباقی برای مالک و مضارب موجب انفساخ عقد می‌شود (امامی، بی‌تا، ج 2، ص 114). با توجه به مطالب گفته شده از آنجایی که در ماده 954 قانون مدنی هیچ قیدی مبنی بر انواع موت و انواع جنون نیامده و به صورت مطلق آمده است و همچنین فقها در بیانات خود هم به جنون ادواری و هم به جنون اطباقی اشاره کرده‌اند در انفساخ عقد جایز به سبب مرگ و جنون فرقی بین مرگ حقیقی و فرضی و همچنین بین جنون ادواری و اطباقی وجود ندارد.

## 2- منفسخ شدن عقد جایز به وسیله غیبت طرف

با تعریف ماده 1011 قانون مدنی «غایب مفقودالآثر کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچ وجه خبری نباشد» و مطابق ماده 1019 همین قانون، «حکم موت فرضی غایب در موردی صادر می‌شود که از تاریخ آخرین خبری که از حیات او رسیده است مدتی گذشته باشد که عادتاً چنین شخصی زنده نمی‌ماند» در این باره سؤالی که پیش می‌آید این است که آیا وضعیت حقوقی غایب مفقودالآثر بعد از صدور حکم موت فرضی او مانند کسی است که واقعا فوت نموده و در نتیجه وکالت چنین فردی باطل می‌باشد؟ قانون مدنی در این خصوص حکم صریحی ندارد ولی در جایی که خود غایب مفقودالآثر یک طرف وکالت‌نامه مثال موکل باشد و بر اساس درخواست ورثه او دادگاه پس از تحقیق حکم قطعی موت فرضی او را اعلام می‌کند پس در این صورت وکالت‌نامه مثال موکل را یکی از راه‌های انقضای وکالت می‌داند بند 3 ماده 678 قانون مدنی متوجه شد زیرا در این بند فوت یا جنون وکیل یا موکل از یکی از راه‌های انقضای وکالت می‌داند پس به صورت مطلق گفته و آن را مقید به امر دیگر نکرده است؛ پس نتیجه می‌گیریم که اثر حقوقی هر دو یکی است و فوت فرضی مثل فوت حقیقی وکالت را از بین می‌برد و با توجه به ماده 1026 قانون مدنی و 1156 این‌طور به دست می‌آید که با صدور حکم قطعی فوت فرضی غایب مفقودالآثر، اثر حکم فوت فرضی به وکالت‌نامه نیز تسری پیدا می‌کند و وضعیت حقوقی غایب مفقودالآثر پس از صدور حکم فوت فرضی مانند کسی است که حقیقتاً مرده است (امامی، بی‌تا، ج 4، ص 251).

## 3- توافق طرفین عقد جایز بر عدم انفساخ آن

از بدیهیات شرایط انعقاد هر عقدی داشتن اهلیت و اراده می‌باشد و از آنجایی که ماده 954 بیان می‌دارد «کلیه عقود جایز به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین.....» سؤالی که به ذهن متبادر می‌شود این است که، آیا متعاقدين می‌توانند توافق کنند که عقد جایز با موت هر یک از طرفین منفسخ نشود و ورثه جانشین آنها بوده؟ تنها ماده‌ای که از این عمل حقوقی سخن به میان آورده ماده 777 قانون مدنی است و برخی از مؤلفان حقوقی با استناد به این ماده چنین توافقی را صحیح دانسته‌اند. در این ماده چنین آمده است «در ضمن عقد رهن یا به موجب علی‌حده ممکن است راهن مرتهن را وکیل کند که اگر در موعد مقرر راهن قرض خود را ادا ننموده مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن طلب خود را استیفاء کند و نیز ممکن است قرار دهد وکالت مزبور بعد از فوت مرتهن با ورثه او باشد و بالاخره ممکن است که وکالت به شخص ثالث داده شود» در تبیین این ماده می‌توان گفت عقد وکالت در زمره عقود اذنی است و علاوه بر اراده آذن، به اراده مأذون نیز نیاز دارد پس در هیچ صورتی نمی‌توان وکالت را پس از فوت وکیل باقی و برقرار دانست.

کاتوزیان این ماده را مربوط به موردی می‌داند که وکالت به ورثه ارث می‌رسد و آنان از جانب مرتهن نیابت در فروش آن پیدا می‌کنند (کاتوزیان، 1384، ج 4، ص 213-212). بنابراین حقیقتاً بعد از فوت وکیل، وکالت به ورثه منتقل نمی‌شود بلکه حق فروش است که راهن، در ضمن عقد رهن به مرتهن داده است. شرط وکالت که در حقیقت اعطای حق فروش به ورثه است، در جایی معتبر است که طرفین قرارداد رهنی، انتقال آن را به ورثه مرتهن تصریح کرده باشند وگرنه در زمانی که وکالت در ضمن عقد رهن و به صورت مطلق داده شود ماهیت اصل خود را حفظ نموده و با فوت مرتهن منفسخ می‌گردد. (امامی، بی‌تا، ج 2، صص 364-365). صاحب جواهر معتقد است که وکالت ورثه، وکالتی مستقل در طول وکالت مرتهن است نه از باب وراثت (نجفی، 1404، ج 25، ص 167).

به نظر می‌رسد استدلال این بزرگان به ماده 777 قانون مدنی مبنی بر صحیح بودن توافق بر عدم انفساخ عقد جایز مناسب نمی‌باشد به دلیل اینکه با مرگ شخص دیگر اذنی وجود ندارد و چطور ممکن است که شخص بمیرد ولی اذن او هنوز باقی باشد پس قاعده انفساخ عقود اذنی بر اثر فوت و جنون قاعده امری است و هرگونه توافق برخلاف آن باطل است.

#### 4-خيار شرط در عقود جایز

فقیهان مسئله جریان خيار و عدم جریان آن را در عقود جایز مورد بررسی قرار نداده‌اند شاید به خاطر مسلم بودن عدم جریان خيار در عقود جایز است و طبق ماده 185 قانون مدنی عقد جایز، عقدی است که هر یک از طرفین می‌توانند آن را فسخ کنند. ماهیت چنین عقدی باعث شده که بعضی از فقها و حقوقدانان در این مسئله اختلاف داشته باشند که در ذیل به بررسی نظرات فقها و ادله آن‌ها در صحت و عدم صحت جریان خيار شرط در عقود جایز می‌پردازیم.

##### 1-4-اقوال فقها

اکثر فقهای امامیه به جریان خيار شرط در عقود جایز و عدم جریان خيار شرط در عقود لازم تصریح کرده‌اند. به نظر می‌رسد علت رأی این بزرگان بر جریان خيار در این عقود به دلیل ماهیت چنین عقودی باشد. شیخ طوسی جریان دو خيار مجلس و شرط را در وکالت، عاریه، قرض، جعاله و حواله صحیح می‌داند (طوسی، 1387، ج 2، ص 82). ابن ادریس نیز جریان دو خيار مجلس و شرط را در عقود جایز پذیرفته است زیرا این عقود از جانب متعاقدين جایزند پس هرگاه بخواهند می‌توانند آن را فسخ کنند (ابن ادریس، 1410، ج 2، ص 246). قاضی ابن براج هم جریان خيار شرط را در عقود جایز نظیر وکالت، عاریه، قرض، جعاله و حواله قبول نموده است (ابن براج، 1406، ج 1، ص 356). نراقی در کتاب مشارق الحکام می‌گوید: خيار شرط در مطلق عقود جاری است مگر اینکه دلیلی آن را خارج کرده باشد. (نراقی، 1422، ص 330). محقق حلی می‌گوید: «خيار شرط در همه عقود به جز نکاح و وقف و همچنین در ابراء و طلاق و عتق جاری است (محقق حلی، 1408، ج 2، ص 17). محقق سبزواری بیان می‌دارد که خيار شرط در هر نوع عقدی ثابت است به جز نکاح، وقف، ابراء و طلاق و عتق، مستند او اجماع است اگر ثابت شده باشد (محقق سبزواری، 1423، ج 1، ص 470).

خیار شرط در جمیع عقود، تا مدت معینی جایز است خواه عقود لازمه باشند مثل بیع و اجاره و صلح و ضمان و غیره، و خواه عقود جایزه باشند، مثل شرکت، مضاربه و وکالت و عاریه و جعاله و قرض، یعنی هرگاه طرفین یا یکی از ایشان شرط کنند که در عرض مدت معینی در یکی از این عقود اختیار فسخ داشته باشند، جایز است (نراقی، 1425ق، ج 1، ص 470).

## 2-4- ادله رد خیار در عقود جایز

فقه‌ها، ادله مختلفی را برای رد جریان خیار در عقود جایز بیان کرده‌اند که ذیلاً به آن‌ها اشاره خواهد شد.

### 1-2-4- اجماع فقها

شیخ طوسی در کتاب خلاف، ادعای اجماع کرده بر اینکه خیار مجلس در عقود جایزی مانند وکالت، عاریه، قرض، جعاله و ودیعه جاری نمی‌شود (طوسی، 1407ق، ج 3، ص 13). ابن زهره در کتاب غنیه النزوع نقل اجماع فقها را مبنی بر عدم جریان خیار مجلس در عقود جایز را پذیرفته است (ابن زهره، 1417ق، ص 298).  
نقد: ایراد این دلیل آن است که دلیل اخص از مدعاست، زیرا ادعا عدم جریان تمام خیارها در عقود جایز است و دلیل مذکور، تنها در مورد عدم جریان خیار مجلس نقل اجماع می‌کند، همچنین بحث ما همه عقود جایز است، در حالی که دلیل مذکور، بخشی از عقود جایز را در برمی‌گیرد.

### 2-2-4- خیار شرط در عقود جایز موجب لغویت است

طبق نظر مشهور فقهای امامیه، خیار در عقود جایز جاری نمی‌شود به دلیل منافات بین ماهیت عقود جایز و جریان خیار در آنها، شهید ثانی، محقق اردبیلی، علامه حلی به عدم جریان خیار در عقود جایز تصریح کرده‌اند. (شهید ثانی، 1413ق، ج 3، ص 311، اردبیلی، 1403ق، ج 8، ص 388، علامه حلی، 1410ق، ج 1، ص 151). شیخ انصاری می‌گوید: معنایی برای جریان خیار در عقود جایز نیست. (انصاری، 1415، ج 5، ص 151). علامه حلی گفته است که: بودن خیار در عقود جایزه معنی ندارد، زیرا که عقود جایزه آن است که هر یک از طرفین هر وقت بخواهند می‌توانند آن را فسخ کنند، دیگر خیار شرط بی‌فایده است، بلکه اگر شرط کنند در عقود جایزه که خیار نداشته باشند، آن شرط صحیح نیست (علامه حلی، 1413ق، ج 7، ص 173). آیت‌الله خویی نیز معتقد است: قرار دادن خیار شرط در عقود جایز، مانند ودیعه و عاریه، صحیح نیست (خویی، 1410ق، ج 2، ص 30، مسأله 115).

به نظر می‌رسد با توجه به فوایدی که برای خیار شرط در عقود جایز متصور است اشکال لغویت، قابل رد می‌باشد. از آنجایی که این اشکال مهم‌ترین اشکال بر جریان خیار شرط در عقود جایز است پس به مهم‌ترین اقوال فقها در این زمینه می‌پردازیم.

### بیان شیخ طوسی (جریان خیار در عقود جایز)

شیخ طوسی در مبسوط (طوسی، 1387ق، ج 2، ص 82). جریان دو خیار مجلس و شرط را در عقود جایز پذیرفته‌اند و آن را صحیح دانسته‌اند.

### توجیه بیان شیخ طوسی از سوی شیخ انصاری

شیخ انصاری می‌گوید: به نظر می‌رسد منظور شیخ طوسی در جریان دو خیار مجلس و شرط در عقود جایز، این باشد که آن‌ها در ضمن عقد بیع واقع می‌شوند و آن‌ها با فسخ خیار مجلس، بیع منفسخ گردد. (انصاری، 1415ق، ج 5، ص 151). و همچنین قول صاحب سرائر (ابن ادریس، 1410ق، ج 2، ص 226). مبنی بر قبول جریان دو خیار مجلس و شرط در عقود جایز را به این توجیه حمل کرده است (انصاری، 1415ق، ج 5، ص 151). و استدلال صاحب سرائر را به امکان فسخ دائمی، هم در مجلس عقد و هم در غیر مجلس عقد را در عقود جایز مؤید سخن خود دانسته ولی این نظر دارای اشکال است و خود شیخ انصاری می‌گوید این توجیه بعید است. (همان). و مخالف سخن شیخ طوسی در مبسوط است چراکه منظور صاحب سرائر این است که دو خیار مجلس و شرط در ضمن عقد دیگری واقع شوند حال آنکه شیخ طوسی جریان آنها در عقود جایز را به صورت مستقل متذکر شده و ثانیاً اگر منظور شیخ طوسی مطابق تحلیلی که شیخ انصاری از قول او نموده، باشد این دو خیار در تمامی عقود جایز جاری می‌شود و به عقود جایز مذکور اختصاص نمی‌یابد.



### استدلال شیخ طوسی از سوی شهید اول

شهید اول در بیان نظر شیخ طوسی مبنی بر اینکه دو خيار مجلس و شرط در عقود جایز مذکور جاری می‌شود و فرموده شاید منظور شیخ، عدم جواز تصرف قبل از اتمام خيار باشد. (شهید اول، 1417ق، ج 3، ص 268). شیخ انصاری در تفسیر سخن شهید می‌فرماید: شاید منظور شهید (منع از تصرف قبل از انقضای خيار) منع از تصرف ترخیصی شرع در این عقود برای قبول‌کننده این عقود باشد نه برای موجب؛ چراکه اثر این عقود در واقع تمکن تصرف برای قابل است و از آنجایی که مالک، صاحب مال است و دائماً امکان دخل و تصرف در آن را دارد پس تنها کسی که تصرفش بر انقضای خيار منوط است قابل است نه موجب و طبق یک رأی شیخ طوسی، اثر بیع در تصرف عوضین برای متبایعین، بعد از انقضای خيار است (انصاری، 1415ق، ص 151).

### نقد کلام شهید اول

طبق نظر شهید اول آنچه از کلام شیخ طوسی مستنبط می‌شود جریان دو خيار شرط و مجلس در عقود جایز مذکور می‌باشد و اگر کسی بگوید جریان خيار در عقود جایز لغو است، با این استدلال که این عقود همان‌گونه که از نام آن‌ها پیداست قابل فسخ‌اند و جریان خيار در آنها اثری ندارد در پاسخ می‌گوییم: اثر این دو خيار این است که ذوالخيار، دو فسخ را نسبت به این عقود جایز پیدا می‌کند (نائینی، 1373ق، ج 2، ص 57). یکی جواز فسخ طبق طبیعت و ذات این عقود که نوعی حکم شرعی شارع است و دیگری، فسخ بر اساس خيار مجلس و شرط که نوعی حق است.

### استدلال محقق تبریزی بر لغویت خيار در عقود جایز

استدلال به اینکه خيار شرط در عقود جایز جاری نمی‌شود، در بین فقهای امامیه مشهور بوده است به این دلیل که شرط خيار در آن لغو محض است. اما این استدلال در عقود که ذاتاً جایز هستند مثل وکالت، ودیعه و عاریه مقبول‌تر است اما عقود جایزی که جواز حکمی در آن‌ها بعد از مدتی تمام می‌شود مثل هبه، وقتی که عین آن تلف شود لازم می‌شود و جواز آن به لزوم تبدیل می‌شود این استدلال مقتضی عدم جواز اشتراط خيار تا مدتی یا تا ابد نمی‌باشد زیرا نتیجه اشتراط خيار، جواز فسخ و رجوع است حتی بعد از تلف عین (تبریزی، 1416ق، ج 4، ص 194).

### نقد محقق ایروانی بر لغویت خيار در عقود جایز

محقق ایروانی در حاشیه مکاسب می‌فرماید: در عقد جایز، خيار شرط مشکلی ندارد اما از آنجاکه این عقود از حیث ماهیت و ذاتا جایز هستند هیچ اثری برای اشتراط خيار نیست و چون شرط خيار در آنها صحیح است جاری کردن خيار در آنها از باب تأکید است (ایروانی، 1406ق، ج 2، ص 26). شهید اول در جواب علامه حلی که می‌گوید: خيار شرط در عقود جایز معنایی ندارد، می‌گوید: «فایده خيار شرط در این عقود می‌تواند آن باشد که در مدت خيار تصرفی صورت نگیرد. (شهید اول، 1417ق، ج 3، ص 268). مثلاً هرگاه کسی چیزی را عاریه به دیگری بدهد و شرط خيار بکند تا مدت معینی، می‌تواند فائده این خيار آن باشد که آن شخصی که این چیز را به عاریه می‌گیرد، در مدت خيار نتواند در آن تصرف کند.

### نقد محقق اصفهانی بر لغویت خيار در عقود جایز

محقق اصفهانی می‌گوید: «مانع سوم برای خيار در عقود جایز لغویت است یعنی غرض و هدف از شرط خيار سلطنت بر انحلال عقد است و این غرض با فردی ممائل با خيار شرط (جواز عقد) حاصل است و از عقد نیز جدایی‌ناپذیر است». این اشکال قابل رد است چراکه خيار مجعول به شرط حق انحلال عقد است و آنچه با عقد حاصل می‌شود مجرد جواز رجوع است (حکم) و فایده‌ای که بر حق مترتب می‌شود مانند امکان مصالحه بر آن و بقاء آن با تصرف و انتقال آن به وارث در مورد حکم صدق نمی‌کند پس طبق استدلال و بیاناتمان اشکالی در اشتراط خيار در عقود جایز وجود ندارد (اصفهانی، 1418، ج 4، ص 217). آیت‌الله خویی می‌گوید: سخن محقق اصفهانی تام و جداً متین است چراکه آثاری که بر شرط خيار در عقود جایز مترتب

می‌شوند مانند امکان مصالحه بر آن و بقای آن با تصرف و تلف و انتقال آن به وارث و .... اصالتاً بر جواز ثابت با عقد، مترتب نمی‌شود؛ پس اشتراط خيار در عقود جایز امری معقول که اشکالی در آن وجود ندارد (خویی، 1414ق، ج 2، ص 86).

### 3-2-4- خيار شرط در عقود جایز از باب تحصیل حاصل است.

محقق اصفهانی می‌گوید: ممکن است گفته شود خيار شرط در عقود جایز از قبیل تحصیل حاصل است چون که سلطنت دائم برای فسخ در عقد جایز حاصل است و با اسقاط نیز حاصل نمی‌شود و این فارق میان ما نحن فیه و جایی است که در عقدی حقوق متعدد باشد پس در عقد بیع که سلطنت فسخ با خيار مجلس در آن وجود دارد، جعل خيار شرط در آن صحیح است چونکه ممکن است خيار مجلس ساقط شود اما جواز عقد جایز قابل اسقاط نیست (اصفهانی، 1418ق، ج 4، ص 217). اما این استدلال قابل رد است چون شبهه تحصیل حاصل عقلاً محال است و در جایی است که با شرط خيار ایجاد آنچه به نفس عقد موجود است، اراده شود اما ایجاد فردی مماثل با موجود از باب تحصیل حاصل محال نیست (همان). طباطبایی قمی نیز می‌گوید: ایجاد فردی از خيار مماثل با موجود از باب تحصیل حاصل غیرممکن نیست (طباطبایی قمی، 1426ق، ج 8، ص 42).

میر فتاح شهیدی می‌گوید: «اینکه شیخ انصاری گفته معنایی برای خيار شرط در عقد جایز نیست و علت آن را تحصیل حاصل دانسته این نظر قابل نقد و انتقاد می‌باشد، چراکه تحصیل حاصل در جایی است که غرض و هدف از شرط خيار، صرفاً تحصیل جواز عقد باشد، ولی اگر مقصود از اشتراط خيار تسلط شرعی بر فسخ عقد در موارد حاجت باشد، اشکالی در این زمینه به وجود نمی‌آید چرا که باوجود اینکه جواز عقود جایز، ذاتی باشد ولی ممکن است شخص نتواند عقد را فسخ کند به جهت عارضه شرعی مثل نذر و مانند آن، در جایی که این عارضه به جواز ذاتی عقد تعلق بگیرد؛ به علاوه اینکه برای خيار شرط در عقود جایز فواید دیگری نیز وجود دارد مانند صلح بر آن» (شهیدی، 1375، ج 3، ص 450).

### 4-2-4- خيار شرط در عقود جایز از باب اجتماع مثلین است

بعضی از فقها می‌گویند: چون عقد جایز ذاتاً قابل فسخ می‌باشد پس خيار شرط در آن‌ها موجب اجتماع مثلین است یعنی موجب به وجود آمدن دو فسخ مماثل به هم می‌باشد (روحانی، 1412ق، ج 17، ص 161). و پاسخی که در اینجا داده می‌شود این است که این شبهه مختص به عقود جایز نمی‌باشد بلکه در عقود لازم نیز جاری می‌شود بلکه عقد لازم که حقوق متعددی در آن اجتماع کرده باشد متصف به این شبهه می‌باشد (اصفهانی، 1418ق، ج 4، ص 217). بعضی می‌گویند اگر چنین اشکالی درست باشد باید علی الاطلاق، فرض تعدد خيار نیز ناممکن باشد ولی اشکالی در جواز تعدد خيار در صورت اجتماع آن‌ها نیست؛ مانند اجتماع خيار حیوان با خيار مجلس و عیب به علاوه اینکه خيار حکمی متعلق به عین است و خيار حقی متعلق به عقد است و نهایتاً مجالی برای این اشکال وجود ندارد؛ چرا که اجتماع مثلین در امور حقیقی متصور است در حالی که خيار شرط در عقود جایز از امور اعتباری است (قمی طباطبایی، 1418ق، ج 4، ص 217).

### 3-4- ادله صحت خيار شرط در عقود جایز

#### 1-3-4- عمومات وفای به شرط

فقهایی همچون شیخ طوسی در مبسوط (طوسی، 1387، ج 2، ص 82). ابن براج در کتاب مهذب (ابن براج، 1406ق، ج 1، ص 356). ابن ادریس حلی در کتاب سرائر (ابن ادریس، 1410ق، ج 2، ص 246). به جریان خيار شرط در برخی از عقود جایز تصریح کرده‌اند ادله آن‌ها استناد به عموم احادیث از قرار ذیل است: «المؤمنون عند شروطهم» مؤمنون پایبند به شروط خود هستند (طوسی، 1407ق، ج 7، ص 371، حدیث 1503، طوسی، 1390ق، ج 3، ص 232، حدیث 835). «کل شرط لا یخالف الکتاب و سنه فانه جایز» هر شرطی که مخالف کتاب و سنت نباشد، جایز است. (طوسی، 1407ق، ج 7، حدیث 94). شیخ انصاری می‌گوید: به نظر می‌رسد که این احادیث، اثبات کننده صحت شرط در هر عقد جایزی می‌باشد و شاید منظور چنین فقهایی مبنی بر جواز و صحت جریان خيار شرط در عقود جایز، همان اخباری باشد که بر صحت شروطی که مخالف با کتاب و

سنت نباشد، دلالت دارد؛ پس این ادله هیچ‌گونه تضاد و منافاتی با جریان خيار شرط در عقود جايز ندارد و فقهای امامیه بر این مسئله اجماع دارند که خيار مجلس فقط در بيع جاری می‌شود (انصاری، 1415ق، ج 5، ص 151).

## 2-3-4- قول به عدم فصل

برخی از فقیهان برای اثبات خيار شرط در عقود جايز به نهاد قول به عدم فصل تمسک کرده‌اند: «مبنای ادعای امکان جریان خيار شرط در همه عقود جايز، تمسک به قول عدم فصل و عدم اجماع مرکب فقیهان در مسئله است؛ پس تمسک قول عدم فصل و عدم اجماع مرکب در مسئله چنین است از آنجایی که فقیهان بین جریان و عدم جریان خيار شرط در عقود جايز اجماع مرکب ندارند و اجماع آنان به صورت تفصیل است یعنی فقیهی که جریان خيار شرط را در عقدی از عقود جايز پذیرفته باید جریان آن را در سایر عقود جايز بپذیرد و برعکس آن، یعنی اگر جریان خيار شرط را در عقد جايزی نپذیرفته جریان آن را در سایر عقود جايز نمی‌پذیرد. می‌توان چنین برداشت کرد که یا باید جریان خيار شرط را در همه عقود جايز بپذیریم یا در تمامی موارد به عدم جریان خيار شرط در عقود جايز رأی دهیم.

بنابراین فقدان اجماع مرکب و قول عدم فصل برخلاف مسئله مذکور که ادله صحت جعل خيار شرط در عقود جايز و جریان خيار در عقود مذکور تقویت شود. و ادله جعل خيار شرط سالم از تعارض باشد به‌طوری که می‌توان گفت: خيار شرط در تمامی عقود جايز جاری است (باقری، 1391، ش 6، ص 41).

## 4-4- فواید خيار شرط در عقود جايز

آخوند خراسانی می‌گوید: شرط خيار در عقود جايز لغو نیست چرا که ممکن است به‌واسطه نذر و امثال آن رجوع در آن عقد جايز ممکن نباشد (خراسانی، 1406ق، ص 181). و هم‌چنین بر خيار اثر و مزایایی مترتب می‌شود که بر مجرد جواز عقد مترتب نیست مثل اینکه می‌تواند خيار را صلح کند (مامقانی، 1358، ص 233).

بنابراین خيار شرط در عقود جايز مفید فوایدی است که صرف جواز عقد فاقد این فواید است و عقود جايز نیز مشمول اصل جواز جعل خيار می‌باشند. شاید به خاطر همین دلایل است که بزرگانی چون شیخ طوسی و ابن ادریس و محقق بحرانی و آخوند خراسانی خيار شرط در عقود جايز را تجویز نموده‌اند (اقوال آن‌ها ذکر شد). حتی ابن ادریس با اینکه معمولاً با شیخ طوسی مخالفت در فتوا داشته است در این مسأله از او تبعیت کرده است.

## 5-4- شک در لزوم و جواز عقود

یکی از قواعدی که در قانون مدنی ایران در ماده 219 به عنوان یک اصل مسلم حقوقی پذیرفته شده است، قاعده اصاله اللزوم است؛ بدین معنا که اگر انسان‌ها عقود و قراردادهایی را می‌بندند، باید بدان پایبند و وفادار باشند. کاربرد این قاعده هنگامی است که در لازم یا جايز بودن عقدی شک کنیم که در اینجا گفته می‌شود اصل بر لزوم است مگر آنکه دلیلی بر جايز بودن آنها دلالت کند. حال باید ببینیم منظور از اصل چیست؟ فقهای امامیه در اینجا دیدگاه‌های متفاوتی دارند.

1- منظور از اصل رجحان و اغلب بودن است بدین معنا که در اکثر موارد عقود لازم‌اند نه جايز (محقق ثانی، 1414ق، ج 4، ص 282، عاملی، 1419ق، ج 14، ص 121).

2- اصل لزوم مبتنی بر کتاب و سنت است و به هنگام شک، به آن مراجعه می‌شود. (محقق اردبیلی، 1403ق، ج 8، ص 382).

3- اصل به معنای استصحاب می‌باشد یعنی در صورت فسخ عقد توسط یکی از متعاملین در صورت شک در ترتب اثر عقد، اصل بر بقای اثر عقد است و نتیجه آن لزوم عقد است (بجنوردی، 1419ق، ج 5، ص 195). مثالی که در اینجا می‌توان زد این است که بایع قالی را به زید می‌فروشد و سپس ادعای عین می‌کند، بایع می‌گوید مغبون شده‌ام، مشتری می‌گوید: مغبون نشده‌ای؟ اصل در اینجا لزوم است یعنی ملکیت مشتری را نسبت به این قالی استصحاب می‌کنیم.

4- معنی عرفی و لغوی واژه بيع لزوم است (انصاری، 1415ق، ج 5، ص 14).



پس در حقیقت از میان این نظرات معنای اول صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا اگر منظور از اقلیت، اقلیت افرادی باشد؛ با توجه به وجود خیار مجلس و شرط و حیوان در اغلب خرید و فروش‌ها نتیجه آن، این است که اغلب خرید و فروش‌ها جایز باشند نه لازم، و اگر اقلیت ازمانی باشد چنین اصلی برای افراد مشکوک کاربرد ندارد. معنای سوم نیز به این معنا برمی‌گردد که در موارد شک در تأثیر فسخ گفته شود که به موجب استصحاب اصل، عدم تأثیر فسخ است و در نتیجه آثار عقد همچنان باقی است اما در واقع این امر ثابت‌کننده اینکه عقد مشکوک از مصادیق عقد لازم باشد نیست.

معنای چهارم نیز اصل لزوم را به عقد بیع محدود می‌سازد و این اصل را نمی‌توان در عقود دیگر جاری کرد. پس معنای دوم صحیح می‌باشد چرا که دلایل شرعی که در کتاب و سنت می‌باشند در واقع عام هستند که دلالت بر لزوم می‌کنند و اختصاص به عقد بیع ندارند.

## 5- مبانی فقهی اصل لزوم

### 1-5- آیات

#### 1-1-5- آیه اول: آیه اوفوا بالعقود (مأثده، 1)

(ای کسانی که ایمان آورده‌اید به قراردادهایتان وفا کنید).

در اینجا لازم است ابتدا بیان کنیم که مراد از عقد در این آیه چه بوده و وفای به عقد به چه معناست؟ مراد از عقود هر آنچه مردم آن را در معاملاتشان منعقد می‌کنند، می‌باشد و گفته شده عهدهایی که خداوند بر بندگان منعقد فرموده است. بهتر آن است که آن را حمل بر جمیع این معانی بنماییم به خاطر عمومیت لفظ و عدم ثبوت مخصص (فاضل مقداد، 1425ق، ج 2، ص 71). در کتاب قواعد الفقهیه مراد از عقود در این آیه، در چهار مضمون به شرح ذیل ذکر شده است:

اول اینکه: مراد از این کلمه عهدهای اهل جاهلیت است که این را جمعی از مفسرین که ابن عباس از جمله آنهاست ذکر کرده‌اند و برای این معنا ناچار از توجیه هستیم و گرنه به ظاهر فساد است.

دوم: منظور عهدهایی است که خداوند از بندگان خود گرفته تا اینکه عبادت شیطان را نکنند.

سوم: مقصود عقدها و عهدهایی است که بین مردم در معاملاتشان و غیر معاملاتشان منعقد می‌شود.

چهارم: مراد از عقود، عهدها و میثاق‌هایی که در تورات از اهل کتاب گرفته شده که انکار نبوت پیامبر ما حضرت محمد را نکنند و نبوت را تصدیق کنند و اینکه تصدیق نمایند آنچه را که از احکام آورده‌اند حق و از نزد خداوند است (بجنوردی، 1419ق، ج 5، ص 210). وفا نیز به معنای تمام و کامل بودن است (سعدی، 1408ق، ص 384). مراد از وفای به عقد ترتیب اثر عنوان حدوثا و بقاعا می‌باشد، بدین معنی که در عقد جایز فقط ترتیب اثر در مرحله حدوث اثر مثل مالکیت است؛ ولی در عقد لازم در مرحله حدوث و بقاء ترتیب اثر داده می‌شود (طباطبایی حکیم، بی تا، ص 49). البته این در جایی است که وفاء به نتیجه فعل تعلق بگیرد مثل عقد بیع که در آن ملکیت انشاء می‌شود. شیخ انصاری در تبیین آیه وفا می‌فرماید: «المراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد فی نفسه بحسب الداللة اللفظیه نظیر الوفاء بالنذر فإذا دل العقد مثال علی تملیک العاقد ماله من غیره وجب العمل بما یقتضیه التملیک من ترتیب آثار ملکیه ذلک الغیر له فأخذ من یده بغیر رضاه و التصرف فیہ کذلک نقض لمقتضی ذلک العهد فهو حرام» مراد از وجوب وفاء عمل به مقتضای عقد است پس اگر عقد مثلاً بر تملیک عاقد نسبت به مالش دلالت داشت، عمل طبق تملیک یعنی ترتیب آثار ملکیت طرف مقابل نسبت به آن مال واجب است پس اگر بایع مال را بدون رضایت او از دستش بگیرد، تصرف در آن مال نقض آن عهد به حساب می‌آید و حرام است (انصاری، 1411ق، ج 2، ص 306).

شیخ طوسی در کتاب خلاف از این آیه برای اثبات اصله اللزوم در عقود استدلال کرده است و می‌فرماید: «یلزم الرهن بالایجاب و القبول دلیلنا قوله تعالی: اوفوا بالعقود» (طوسی، 1407ق، ج 3، ص 233). ابن ادریس در سرائر می‌فرماید: عقد سبق و رمایه از جانب طرفین لازم می‌باشد به خاطر قول خداوند تعالی «اوفوا بالعقود» (ابن ادریس حلی، 1410ق، ج 2، ص 89). ابن زهره نیز برای اثبات لزوم اجاره به آیه وفاء استدلال کرده است (ابن زهره، 1417، ص 288). پس با مشاهده کتب فقها در می‌یابیم که فقها از همان ابتدا از این آیه برای اثبات اصله اللزوم در عقود استفاده می‌کرده‌اند.

از آنجایی که امر، ظهور در وجوب دارد آیه مزبور بر لزوم اجرای مدلول عقد و مترتب ساختن آثار آن دلالت می‌کند و طرفین عقد نسبت به ترتب آثار آن ملزم و متعهد هستند و حق فسخ آن را ندارند و این معنای لزوم است.

اشکالاتی بر این آیه وارد شده است که ذیلاً به آنها اشاره می‌نماییم:

اولاً: دلالت آیه بر لزوم عقد، مستلزم تخصیص اکثر است زیرا در بیشتر عقود، فسخ جایز است مانند عقود جایز و عقود که مشتمل بر خیار هستند و چنانچه مدلول آیه عام نباشد و اثبات قاعده لزوم نکند با خروج موارد مذکور تخصیص اکثر لازم می‌آید.

پاسخ: عقدهای جایز اگرچه نام عقد بر آنها صدق می‌کند ولی عقود اذنی هستند نه عهده؛ لذا از این عموم خارج‌اند زیرا قوام آنها اذن می‌باشد و در آنها عهد موثق و مؤکد وجود ندارد.

ثانیاً: اکثریت عقود جایز نسبت به عقود لازم ثابت نیست و بر فرض قبول این حرف صرف کثرت داشتن عقود الزم‌های که پس از تخصیص عموم آیه می‌مانند، مانع استهجان است و وجود عقدهای لازمی که مشتمل بر خیار هستند نیز باعث استهجان نیست چرا که ما دو نوع خیار داریم: دسته‌ای که شارع آن‌ها را به وجود آورده؛ مانند خیار مجلس و حیوان و دسته‌ای که متعاقبین آن‌ها را به وجود آورده‌اند؛ مانند خیار شرط، پس قسم دوم تخصصاً از عموم آیه اوفوا بالعقود خارج است زیرا مضمون و مفاد آیه به لزوم وفا به تعهدات که در این قسم اختیارات تعهدات مشروط به قیدی که با فقدان آن قید، تعهدی نیست که واجب الوفا باشد. (نائینی 1373، ج 2، ص 133).

اشکال دیگر از محقق اصفهانی است که اوفوا نمی‌تواند ارشاد به لزوم باشد چون خود وفا مطلوب مولاست و نمی‌تواند مولوی باشد که در این صورت مکلف باید قدرت بر انجام آن داشته باشد که بتواند عقد را فسخ کند پس لازمه مولوی بودن جواز عقد است. (اصفهانی، 1426، ج 4، ص 26).

پاسخ: مالک ارشادی بودن مطلوبیت و محبوبیت آن امر نیست چرا که اطاعت خدا مطلوب شارع است در حالی که حمل بر ارشاد می‌شود. پس دلالت آیه بر لزوم چه ارشادی و چه مولوی تمام است و اشکالی بر آن نیست.

## 2-1-5- آیه یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکنون تجاره عن تراض منکم (نساء، 29).

ای کسانی که ایمان آورده‌اید دارائی‌های خود را در میان خودتان از راه باطل و نامشروع نخورید، مگر آنکه دستیابی به این اموال، تجارت و دادوستدی با رضایت شما باشد.

در توجیه استناد به این آیه می‌توان گفت: پس از انجام یافتن عقد و انتقال مالکیت، رجوع هر یک از طرفین و گرفتن اموال بدون رضایت مالک، در زمره مصادیق اکل به باطل است؛ یعنی فسخ عقد مؤثر نخواهد بود و به موجب ذیل آیه، اکل اموال حاصل از تجارت مبتنی بر تراضی معتبر شناخته نشده و اقدام فسخ از جانب احد طرفین از مصادیق تجارت همراه با تراضی نیست (سبحانی، 1398، ص 42). شیخ انصاری دو تقریب بیان کرده چرا که وی به مستثنی و مستثنی منه تمسک کرده است و به مستثنی منه استدلال کرده و می‌فرماید: تصرف در اموال از راه فسخ مصداق اکل به باطل است و حرام شمرده شده است چون آیه راه‌های تصرف در اموال دیگران را که تجارت از روی رضایت نباشد، باطل می‌داند؛ بنابراین فسخ عقد نافذ نیست و عقد لازم خواهد بود و به مستثنی تمسک کرده و فرموده: تصرف در مال از راه فسخ، مصداق تجارت از روی تراضی که شارع آن را امضا کرده باشد، نیست؛ پس باطل است و در نتیجه فسخ عقد نافذ نیست و عقد لازم است (انصاری، 1411، ق، ج 2، ص 307).

نقد: آنچه از سوی خدای متعال مورد نهی واقع شده اکل مال به باطل است و معلوم نیست که فسخ عقد بدون رضایت طرف مقابل از مصادیق آن محسوب می‌شود یا نه. شاید عقدی که طرفین تراضی بر فسخ آن کرده‌اند، عقد جایزی باشد که همیشه توسط طرفین امکان فسخ آن وجود دارد.

ب: این آیه می‌تواند مستند اصل لزوم در عقود تملیکی باشد ولی مستند لزوم عقود عهده نیست، چرا که در این عقود نقل و انتقال مال مطرح نیست ولی در عقود تملیکی که مالی به ملکیت دیگری در می‌آید، امکان اکل مال به باطل صورت می‌گیرد.

### 3-1-5- آیه دیگری که برای اثبات لزوم عقد بدان استناد شده «احل الله بیع» است (سوره بقره).

خداوند دادوستد را حلال و ربا را حرام کرده است.

تقریب دلالت: آیه دلالت دارد بر اینکه دادوستد از راه بیع حلال است؛ پس دادوستد از راه فسخ، حلال نیست، نتیجه بطلان فسخ و لزوم عقد است.

بر این آیه ایراد وارد شده است که این آیه در مقام بیان اصل لزوم نمی‌باشد چراکه منظور خداوند این بوده که بیع را حلال شمرد. (خوبی، بی‌تا، ج 4، ص 20). و درصدد امضای شرعی بیع و کلیه احکام عرفی و عقلایی آن نیست بلکه در مقام بیان تفاوت ربا و بیع است پس در موارد مشکوک نمی‌توان به اطلاق آن تمسک کرد (محقق داماد، 1406ق، ج 2، ص 165).

### 2-5- روایات

#### 1-2-5- روایت «لا یحل دم امریء مسلم و لا ماله إلا بطیب نفسه»

روایتی است که از رسول خدا نقل شده و می‌فرماید: خون و مال مسلمان حلال نیست مگر با رضایت او (کلینی، 1429ق، ج 10، ص 478).

تقریب دلالت حدیث: چنانچه بر هم زدن عقد و گرفتن مال از مالک، با فسخ عقد صحیح و جایز باشد، مال بدون رضایت مالک از ملک او خارج می‌شود؛ پس این امر طبق حدیث ممنوع است لذا این احادیث بر بطلان فسخ و لزوم عقد دلالت دارد.

بعضی از فقها می‌گویند: این روایت، نه‌تنها اصل لازم بودن بیع را ثابت می‌کند بلکه در تمامی عقدها که سبب خارج شدن ملکی از دست مالک و به ملک دیگری در آمدن باشد نیز جاری است و اگر باور به بیع بودن معاطات و مالک شدن بیع معاطاتی داشته باشیم بر لازم بودن بیع معاطاتی نیز دلالت دارد (مکارم شیرازی، 1411ق، ج 2، ص 328).

بر دلالت این آیه اشکالاتی وارد شده از جمله این اشکالات این است که ظاهر جمله لایحل بیان حرمت تکلیفی است نه حرمت وضعی، بنابراین حدیث به حرمت غیرتملک اختصاص دارد پس لزوم عقد که از احکام وضعی است از این حدیث استفاده نمی‌گردد (خوبی، ج 6، ص 44، ایروانی، 1406ق، ج 2، ص 5).

پاسخ: آنچه عرفاً از لایحل به دست می‌آید این است که مخاطب را از کاری منع می‌کند و به معنای ممنوعیت است و این معنای عامی است که در حقیقت با حرمت تکلیفی و وضعی منافاتی ندارد و چون این آیه بر مال وارد شده در حکم وضعی یعنی حرمت تملک ظهور پیدا می‌کند و این اشکال بر حدیث وارد نیست.

اشکال دوم: در صورتی که لایحل هم بر حکم وضعی و هم بر حکم تکلیفی دلالت کند، لازمه‌اش استعمال لفظ در بیشتر از یک معناست. ایروانی می‌گوید: جمع بین حکم وضعی و حکم تکلیفی جایز نیست (همان).

ما گفتیم معنای لایحل یک چیز بیشتر نیست؛ آن‌هم ممنوعیت است اما در اینکه آیا این ممنوعیت وضعی است یا تکلیفی است از قرینه متوجه می‌شویم و قرینه هم متعلق آن است که اگر مال باشد ممنوعیت وضعی است و اگر عین خارجی باشد تکلیفی است.

### 2-2-5- الناس مسلطون علی اموالهم

از این حدیث استفاده می‌شود که بر هم زدن عقد، از سوی مالک اول اثری ندارد؛ پس بی‌اثری بر هم زدن قرارداد، تعبیر به لازم بودن عقد می‌شود بدین گونه اصل لازم بودن عقد از روایت مستفاد می‌گردد (بجنوردی، 1419ق، ج 5، ص 222).

تقریب استدلال: لازمه تسلط مالک بر مال عبارت است از خارج نشدن آن از تحت قدرت او با فسخ، و این چیزی جز لزوم عقد نمی‌باشد.

### 3-2-5- البیعان بالخیار ما لم یفترقا

متبایعین تا زمانی که از هم جدا نشده‌اند حق خیار ندارند (حر عاملی، 1409، ج 18، ص 5).

حضرت امام برای دلالت این روایت بر لزوم عقد بیع سه تقریب بیان می‌کند:

تقریب اول: اگر عقد بیع جایز باشد، جعل خیار مجلس لغو است؛ پس این روایات بر دلالت التزامی بر لزوم بیع دلالت می‌کند.

تقریب دوم: مفهوم غایت جمله «ما لم یفترقا» در این روایت بر لزوم عقد، پس از جدایی فروشنده و خریدار دلالت دارد.

تقریب سوم: منطوق جمله «فاذا افترقا وجب البیع» بر لزوم بیع دلالت دارد. (خمینی، 1421ق، ج 4، ص 102).

نقد: امام خود این تقریب را مورد نقد قرار داده و می‌فرماید: «چون جعل خیار برای عقود جایز لغو است، موضوع جعل خیار عقد بیع لازم خواهد بود و چون موضوع جعل خیار بیع لازم است در صورتی که در لزوم و جواز عقد بیع شک کنیم، نمی‌توانیم برای اثبات لزوم عقد به این روایت تمسک کنیم زیرا تمسک به عام در شبهه مصداقیه می‌باشد؛ این نقد امام شامل دو تقریب دیگر نیز می‌شود؛ زیرا لغویت جعل خیار برای عقد بیع جایز قرینه لبی متصل یا منفصل است و موضوع خیار مجلس عقد بیع لازم می‌شود پس تمسک به مفهوم غایت یا منطوق دلیل حدیث، در موارد شک در لزوم و جواز، تمسک به عام در شبهه مصداقیه است و این جایز نیست (خمینی، 1421ق، ص 105).

پاسخ: این اشکال زمانی مطرح می‌شود که معلوم شود شارع بیع جایز هم دارد، در این صورت اشکال لغویت هست در اینجا جعل خیار مجلس برای ذات بیع با دلالت التزامی بر لزوم همه بیع‌ها دلالت دارد و اطلاق در صورتی از باب لغویت مقید می‌شود که لغو نبودن بر چیزی که قطع به نبود آن داریم متوقف باشد. ولی اگر شک در بود و نبود آن داشته باشیم نه تنها اطلاق مقید نمی‌شود بلکه به آن تمسک می‌شود و ثابت می‌شود عقد جایز نداریم چون در همه بیع‌ها خیار مجلس جعل شده، پس تمسک به شبهه مصداقیه نیست.

#### 4-2-5- بنای عقلا

در واقع بنای عقلا به لزوم و پایبندی در دادوستدها و معاملاتی که بین مردم رواج دارد می‌باشد و کسی که عقد را بر هم بزند، مورد نکوهش قرار گرفته است و شارع چنین طریقه‌ای را رد نکرده است بلکه طرفین را ملزم به آن نموده است (بجنوردی، 1419ق، ج 5، ص 199). پس بنای عقلا بر لزوم معاملات، در حقیقت ناشی از طبع و هویت اولیه آن‌هاست، نه حکمی خارج از معاملات که شرع آن را ایجاد کرده باشد (نائینی، 1373، ج 2، ص 6).

پس در صورت تردید در لزوم و جواز فقها به اصالة اللزوم تمسک کرده‌اند و برای اثبات نظر خود به کتاب و سنت و... استدلال کرده‌اند و به نظر می‌رسد آیه «وفوا بالعقود» قویترین مدرک قرآنی برای اثبات لزوم عقد است که بر اساس آن در صورت تردید در لزوم و جواز عقد چه عهدی و چه تملیکی باید آن را لازم دانست و اختلاف در توسعه اصل لزوم ریشه در ادله آن دارد چراکه بعضی از ادله همچون روایات خیار مجلس و آیه احل الله البیع برفرض تمامیت دلالت، فقط شامل عقد بیع می‌شود و ادله‌ای مثل اوفوا بالعقود و روایت الناس مسلطون علی اموالهم افزون بر عقد بیع، همه عقود عهدی و تملیکی را شامل می‌شوند و عقود ادنی از دایره آن تخصصاً خارج شده نه تخصیصاً.

#### 6- قاعده لزوم در قانون مدنی

قانون مدنی به تبعیت از فقه امامیه، اصل لزوم قراردادها را پذیرفته است و در ماده 10 و 219 بدان تصریح می‌کند: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است» و در ماده 219 نیز بر لزوم عقود تصریح شده است. پس با استناد به این مواد از قانون متوجه می‌شویم که به نظر قانون مدنی اصل در عقود لزوم است چنانچه در فقه نیز اصل در عقود لزوم است. حال باید ببینیم تفاوت این دو در چیست؟

می‌توان گفت منشأ اصل لزوم در قانون مدنی اصل آزادی و حاکمیت اراده انسان‌هاست که ریشه در اصالت فرد دارد. چنانچه دکتر صفایی به نقل از صاحب جواهر می‌نویسد: «اراده انسان در تحقق عقد و آثاری که بر عقد مترتب می‌شود، بزرگ‌ترین قدرت است و محور همه روابط قانونی و اجتماعی به شمار می‌رود؛ زیرا احترام به آزادی انسان و خواسته‌های او، اولین هدف در اجتماع انسانی است؛ پس سرچشمه همه قوانین و مقررات حاکم میان او و دیگران اصل لزوم است (صفایی، 1384، ج 2، ص 158). می‌توان گفت منشأ اصل لزوم در فقه ادله‌ای است که از سوی شارع به ما رسیده است.

#### نتیجه‌گیری

لازم‌الوفاء بودن یا نبودن شروط ضمن عقد جایز از مباحثی است که معرکه آرای فقها و حقوقدانان قرار گرفته است. مشهور فقها عمل به چنین شروطی را جایز می‌دانند. با این حال برخی مانند علامه حلی آن را لازم دانسته‌اند. اوج اختلاف این دو گروه در جایی است که در ضمن عقد جایز لازم بودن عقد شرط شود. قائلین به عدم لزوم وفاء به چنین شروطی عمدتاً به استدلال‌هایی تمسک کرده‌اند که تاب مقاومت در برابر نقد عقلی را نداشته و قابل تأمل هستند. به نظر می‌رسد ادله طرفداران لزوم وفاء به شروط ضمن عقد جایز که با استدلال‌هایی قوی و محکم و مبنی بر کتاب و سنت خصوصاً آیه‌ی شریفه «ووفوا بالعقود» و حدیث «المؤمنون عند شروطهم» پذیرش نظریه خود را بر مخاطبان و پژوهشگران ارائه و پیشنهاد داده‌اند، قابل دفاع بوده و با مکتب فقهی حقوقی اسلام سازگارتر است.



## منابع

1. قرآن کریم
- الف) کتاب ها
2. ابن ادریس، محمد بن منصور (1410ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
3. ابن براج، عبد العزیز (1406). المذهب، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
4. ابن زهره، حمزه بن علی (1417ق). غنیه النزوع الی علم الاصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
5. اردبیلی، احمد بن محمد (1403ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
6. اصفهانی، فتح الله بن محمد (1398). نخبه الأزهار فی أحكام الخيار، قم: دارالکتاب.
7. .... محمد حسین (1418). حاشیه کتاب مکاسب (ط- الحدیثه). قم: انوار الهدی.
8. امامی خوانساری، محمد (بی تا). الحاشیه الثانیه علی مکاسب.
9. .... حسن (بی تا). حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی.
10. امیری قائم مقامی، عبدالحمید (1378). کلیات حقوق تعهدات- وقایع حقوقی، تهران: نشر میزان.
11. انصاری، مرتضی بن محمد (1415ق). مکاسب المحرمه و البیع و الخیارات (ط- الحدیثه). قم: جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
12. ایروانی، علی بن عبدالحسین (1406 ق). حاشیه مکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
13. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (1406 ق). حاشیه مکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
14. بجنوردی، حسن بن آقا بزرگ موسوی (1419 ق). القواعد الفقهیة، قم: نشر الهادی.
15. تبریزی، جواد بن علی (1416ق). ارشاد الطالب إلی التعلیق علی مکاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
16. خمینی، روح الله (1421). کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم آثار امام خمینی قدس سره.
17. .... (بی تا). تحریر الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
18. خویی، ابوالقاسم (بی تا). مصباح الفقاهه، بی نا.
19. .... ابوالقاسم موسوی (1410ق). منهاج الصالحین، قم: نشر مدینه العلم.
20. روحانی، سید صادق (1412ق). فقه الصادق علیه السلام، قم: دارالکتاب- مدرسه امام صادق علیه السلام.
21. سبزواری، عبدالأعلی (1413ق). مذهب الأحکام فی بیان مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه المنار، دفتر حضرت آیت الله.
22. سعدی، ابوجیب (1408ق). القاموس الفقهی لغه و اصطلاحا، دمشق: دارالفکر.
23. شهید اول، محمد بن مکی (1417ق). الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
24. شهید ثانی، زین الدین بن علی (1410ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیة (المحشی- کلانتر). قم: کتابفروشی داوری.
25. شهیدی، مهدی (بی تا). اصول قراردادها و تعهدات، حقوق مدنی، تهران: انتشارات مجد.
26. شهیدی، میرزا فتاح (1375). هدایه الطالب إلی أسرار مکاسب، تبریز: چاپخانه اطلاعات.

27. صفایی، سید حسین دوره مقدماتی حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان.
28. طاهری، حبیب الله (1415ق). حقوق مدنی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
29. طباطبایی حکیم، محسن (1416ق). مستمسک العروه الوثقی، قم: مؤسسه دار التفسیر
30. طباطبایی قمی، سید تقی (1413ق). عمده المطالب فی تعلیق علی المکاسب، قم: کتابفروشی محلاتی.
31. .... (1426ق). مبانی منهج الصالحین، قم: منشورات قلم الشرق.
32. طوسی، محمد بن حسن (1390). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
33. .... (1387ق). المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: مکتبه المرتضویه الإحياء الآثار الجعفریه
34. علامه حلی، حسن بن یوسف (1410ق). ارشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
35. .... (1413ق). قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
36. .... (1413ق). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
37. .... (1414ق). تذکره الفقهاء (ط - الحديثیه)، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
38. قاسم زاده، مرتضی (1387) حقوق مدنی - اصول قراردادها و تعهدات، تهران: دادگستر.
39. قمی، شیخ عباس (1423ق). الغایه القصوى فی ترجمه العروه الوثقی، قم: منشورات صبح پیروزی.
40. کاتوزیان، ناصر (1376). عقود معین، تهران: شرکت سهامی انتشار.
41. .... (1384). قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار.
42. مامقانی، عبدالله بن محمد (1350ق). نهاییه المقال فی تکمله غایه الآمال، قم: مجمع الذخائر الإسلامیه.
43. محقق ثانی، علی بن حسین (1414ق). جامع المقاصد فی شرح القوائد، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
44. محقق حلی، جعفر بن حسن (1408). شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
45. محقق داماد، مصطفی (1386). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلام.
46. مراغی، میر عبد الفتاح (1417ق). العناوین الفقهیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
47. نائینی، میرزا محمد حسین غروی (1373). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران: المکتبه المحمديه
48. نجفی، محمد حسن (1404ق). جواهر الکالم فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی
49. نراقی، مولی احمد بن محمد (1422ق). عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

#### ب) مقالات

- 1- باقری اصل، حیدر، (1391). جریان خیار در عقود جایز، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره 6
- 2- عاملی، سید حسن، (1381). تبعیت شرط از عقد در لزوم و جواز، پژوهشنامه متین، شماره 15-16

## Analyzing the condition of the contract is permissible

**First Author** Marjan Hoseini

Master's degree in real estate registration law, Islamic Azad  
University, South Tehran branch

### 1-1- Abstract

Whether or not it is permissible to fulfill the conditions during the contract is one of the topics that have been debated by jurists and jurists. Famous jurists consider it permissible to follow such conditions. However, some like Allameh Hali have considered it necessary. The peak of the difference between these two groups is where the necessity of the contract is stipulated in the permissible contract. Those who believe that it is not necessary to comply with such conditions have mainly relied on arguments that do not have the strength to resist rational criticism and are worthy of reflection. It seems that the arguments of the proponents of the necessity of fulfilling the conditions in a permissible contract, who have presented and proposed the acceptance of their theory to the audience and researchers with strong and solid arguments based on the book and the tradition, especially the noble verse "Ufwa al-Aqud" and the hadith "Al-Mu'minun on their terms" , is defensible and is more compatible with the legal jurisprudence school of Islam. In the present article, a descriptive-analytical method has been used to examine the ruling on the conditions included in the permissible contract.

**Keywords:** Condition, contract, permissible contract, fulfillment of the condition.