

## بررسی فقهی حقوقی اصل قابل استناد در موارد تردید در مشروعیت شرط (ناشی از تردید در جعل یا کیفیت جعل حکم شرعی یا قانونی)

سید محمد مهدی قبولی درافشان<sup>۱\*</sup>، سید محمد صادق قبولی درافشان<sup>۲</sup>

۱. دانشیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مفید

(تاریخ دریافت: ۹۴/۱/۳۱؛ تاریخ پذیرش: ۹۴/۶/۱۰)

### چکیده

یکی از شرایط صحت شرط ضمن عقد، مشروعیت آن است. گاهی در مشروعیت شرطی که در قرارداد گنجانده شده است، تردید به وجود می‌آید. برای چنین تردیدی منشأهای گوناگونی تصور می‌شود. در این میان، یکی از مواردی که شاید موجب چنین تردیدی شود، تردید در جعل حکم قانونی یا شرعی مخالف با شرط است. چنانکه یکی دیگر از موارد آن، تردید در کیفیت جعل حکم از نظر الزامی بودن یا نبودن حکم شرعی یا قانونی خواهد بود. حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که در صورت تردید در مشروعیت یا عدم مشروعیت شرط در موارد یادشده، از نظر فقهی و حقوقی چه اصلی امکان استناد دارد؟ این جستار با بررسی فقهی و حقوقی موضوع و نقد و بررسی نظرهای گوناگون فقهی و حقوقی به این نتیجه دست یافته است که اگر تردید در مشروعیت شرط، ناشی از تردید در وجود حکم شرعی یا قانونی مخالف باشد، راه پایان دادن تردید، جاری کردن اصل نبود حکم شرعی و قانونی است. البته جریان اصل مزبور فقط هنگامی موجه است که با وجود جست‌وجوی کافی، حکم شرعی و قانونی مخالف یافت نشود. اما اگر تردید از ابهام در کیفیت جعل حکم شرعی و قانونی (الزامی یا عدم الزامی بودن حکم) ناشی شود، جریان اصل عدم نفوذ شرط اقوی به نظر می‌رسد.

### واژگان کلیدی

اصل آزادی قراردادی، اصل حاکمیت اراده، اصل صحت، اصل عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت، اصل فساد شرط، اصل مثبت، ماده ۱۰ قانون مدنی.

## مقدمه

یکی از مباحث مهم عقود، شروط ضمن عقد و یکی از دسته‌بندی‌های مربوط به شروط ضمن عقد، تقسیم شرط به شرط صحیح و باطل است. در متون فقهی و نیز قانون مدنی ایران یکی از اقسام شرط باطل، با عنوان شرط نامشروع مطرح می‌شود. در متون فقهی، سائغ بودن شرط و عدم مخالفت آن با کتاب و سنت جزو شرایط صحت شرط است (برای نمونه رک. خوبی، بی تا: ۳۰۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۹؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۹؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۳۶؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۴۵؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۰۳-۲۰۴). شرط، هنگامی مخالف کتاب و سنت است که مخالف اوامر یا نواهی الزام‌آور شارع باشد یا به تحریم حلال بینجامد. در قانون مدنی ایران نیز در بند سوم ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شرط نامشروع، در زمره شروط باطل آمده است و در نتیجه مشروع بودن شرط از شرایط صحت آن محسوب می‌شود. البته مفهوم شرط نامشروع، مورد اختلاف حقوقدانان است. برخی (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۲: ۲۱۲) شرط نامشروع را شرط مخالف با احکام شرعی، برخی دیگر (امامی، ۱۳۷۴الف: ۲۷۵) شرط مخالف با قوانین موضوعه و برخی (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۵۲۵) آن را اعم از شرط مخالف با قانون یا اخلاق حسنه و نظم عمومی به‌شمار آورده‌اند. به‌علاوه از نظر برخی نویسندگان (عابدیان، ۱۳۸۷: ۸۳-۸۴) با توجه به شکل‌گیری انقلاب اسلامی و تأکید اصل ۴ قانون اساسی<sup>۱</sup> بر لزوم همسویی و عدم مغایرت قوانین و مقررات با موازین شرعی، لازم است در تفسیر «نامشروع» موازین شرعی نیز لحاظ شوند. به اعتقاد نگارندگان، از سویی مفهوم شرط نامشروع در نظام حقوقی ایران وسیع است و علاوه بر شروط مخالف با قوانین امری، شروط مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه را در بر

۱. اصل ۴ قانون اساسی: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق با عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».

می‌گیرد، زیرا ماده ۹۷۵ قانون مدنی از ممنوعیت اجرای قراردادهای مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه سخن گفته و از این رو مفهوم نامشروع، به مخالفت با قوانین امری محدود نیست. از سوی دیگر موازین شرعی نیز از موارد نظم عمومی و اخلاق حسنه جامعه ایران است. به علاوه، با توجه به اقتباس قسمت شروط قانون مدنی از فقه امامی، نمی‌توان انکار کرد که توجه به الزامات مسلم شرعی، مورد نظر نگارندگان قانون مدنی بوده است. البته این سؤال جای طرح دارد که آیا استناد به اصل ۴ قانون اساسی در مقام تفسیر شرط نامشروع امکان‌پذیر خواهد بود؟ در پاسخ باید گفت، منطوق این اصل، از لزوم استواری کلیه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی و حکومت این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر سخن گفته و تشخیص این امر را بر عهده فقیهان شورای نگهبان گذاشته و به تعبیر برخی از استادان حقوق اساسی (هاشمی، ۱۳۸۳: ۱۵۰) قانون اساسی برای تحقق حاکمیت موازین شرعی در «امر قانونگذاری»، از مطابقت همه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی سخن گفته است. بنابراین منطوق این اصل نباید در تفسیر مفهوم شرط نامشروع مورد استناد قرار گیرد. اما ملاک و مبنای این اصل، لزوم توجه به موازین اسلامی است، بنابراین می‌توان گفت که موازین شرعی از مهم‌ترین مصادیق نظم عمومی و اخلاق حسنه جامعه ایران هستند.

در هر حال، گاهی احتمال وجود حکم شرعی یا قانونی مخالف با شرط و گاهی نیز تردید در خصیصه الزام‌آور بودن یا نبودن حکم شرعی یا قانونی، موجب تردید در مشروعیت شرط شده است و این سؤال مطرح می‌شود که در چنین مواردی، چه باید کرد و چه اصلی استنادپذیر است. آیا می‌توان اصل را بر صحت شرط گذاشت و از مشروعیت شرط سخن گفت یا اینکه باید اصل فساد را جاری کرد؟ اهمیت پاسخ سؤال مذکور از این جنبه است که شروط ضمن عقد در روابط خصوصی اشخاص، متداولند و شاید در موارد فراوانی در مشروعیت شرط تردید به وجود آید. برای جست‌وجوی پاسخ مناسب شایسته است ابتدا موضوع از دیدگاه فقه امامی و سپس از نظر حقوق موضوعه مطالعه شود، زیرا

بحث شروط در قانون مدنی کاملاً از فقه امامی اقتباس شده است. در واقع با اینکه قانون مدنی ایران از نظر شکلی متأثر از قانون مدنی فرانسه بوده است، همان‌گونه که برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ب: ۱۲۱) بیان کرده‌اند، تمهید نظریه خاص برای مسئله شروط و ارتباط آن با قرارداد، از ویژگی‌های قانون مدنی ایران است که متأثر از پیشینه تاریخی قانون و دستاوردهای ارزشمند فقیهان امامی است. بنابراین دستاورد حاصل از بررسی فقهی شاید زمینه یافتن پاسخ مسئله را (البته با عنایت به چهره حقوقی موضوع)، از دیدگاه حقوق ایران فراهم کند.

## ۱. بررسی اصل قابل استناد از دیدگاه فقه امامی

### ۱.۱. اصل قابل استناد در صورت تردید در جعل حکم مخالف با شرط

در صورت تردید در جعل حکم مخالف با شرط توسط شارع، چنانچه با وجود جست‌وجو و فحص، چنین حکمی ملاحظه نشود، اصل نبود حکم مخالف و ادله لزوم وفای به شرط، مقتضی صحت شرط است؛ چرا که این ادله، مقتضی وفا به هر شرطی جز شروطی است که با احکام الهی سازگاری ندارد. برخی فقیهان این مورد را از موارد مسلم جریان اصل صحت شرط دانسته‌اند (میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۹۲۶؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۵۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۹). طبیعی است در چنین مواردی اصل صحت، حاکم بر اصل عدم تأثیر شرط خواهد بود. البته برخی فقها (خویی، بی تا ج: ۳۲۷) میان احکام تکلیفی و وضعی تفکیک قائل شده‌اند و معتقدند اگر تردید در صحت شرط به دلیل تردید در وجود «حکم تکلیفی» مخالف مانند حرمت یا وجوب باشد، می‌توان با استفاده از اصل براءت، تردید را برطرف کرد. چنانکه اگر بتوان از راه امارات یا اصولی غیر از براءت به تردید پایان داد، به عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت حکم می‌شود. اما اگر در وجود «حکم وضعی» مخالفت با شرط تردید شود، مقتضای اصل، فساد شرط است. مقصود ایشان از اصلی که بر فساد شرط دلالت دارد، استصحاب عدم تأثیر شرط یا به تعبیری استصحاب وضعیت قبل از شرط است. شاید این سؤال مطرح شود که چرا ایشان در فرض تردید در وجود احکام وضعی،

به اصل برائت تمسک نمی‌جوید و اصل برائت را که اصلی سببی و ناظر بر سبب تردید در فساد است، بر اصل فساد حاکم نمی‌کند که ناظر بر مسبب محسوب می‌شود؟ آیا به این دلیل است که اصل برائت را ناظر به احکام تکلیفی می‌داند یا دلیل دیگری دارد؟ در پاسخ باید گفت، کلید معما در نظری است که ایشان درباره قابلیت یا عدم قابلیت جعل احکام وضعی دارد. فقیه یادشده، احکام وضعی را به سه دسته تقسیم می‌کند: دسته نخست احکام وضعی جزئیت، مانعیت، سببیت و شرطیت چیزی نسبت به تکلیف، دسته دوم احکام وضعی جزئیت، مانعیت، سببیت و شرطیت چیزی نسبت به مکلف<sup>۹</sup> و دسته سوم احکام وضعی مانند ملکیت، زوجیت و مانند آن. به اعتقاد ایشان دسته نخست و دوم، احکام وضعی یعنی جزئیت، مانعیت و شرطیت از امور انتزاعی است که قابلیت جعل ذاتی و استقلال‌ی ندارند و از احکام تکلیفی منتزع می‌شوند. به‌عنوان نمونه ایشان در مقام تبیین حکم وضعی شرطیت و مانعیت معتقد است چنانچه حکمی تکلیفی وجود داشته باشد که در آن وجود تکلیف یا مکلف<sup>۱۰</sup>، مقید به وجود یا نبود شیئی شود، حکم وضعی شرطیت یا مانعیت از آن انتزاع خواهد شد. در این مورد آنچه شارع جعل کرده، حکم تکلیفی است و جعل احکام وضعی یادشده به تبع آن انتزاع شده، تبعی است (خویی، بی تا ب: ۹؛ خویی، ۱۴۱۷: ۸۰-۸۴). طبیعی است که شاید اصل برائت در مورد احکام دارای قابلیت جعل، اجرا شود و در مواردی که اصلاً قابلیت جعل وجود ندارد، استناد به اصل برائت مقدور نیست، زیرا تقابل جعل حکم و عدم جعل آن، تقابل ملکه و عدم ملکه است و در مواردی که امکان اتصاف به جعل وجود ندارد، اتصاف به عدم جعل نیز بی‌معناست. به‌همین دلیل ایشان اصل برائت را در مورد احکام وضعی (که قابلیت جعل استقلال‌ی داشته باشد) جاری می‌داند، ولی در بحث حاضر بازگشت مسئله به این است که آیا شارع، حکمی وضعی مبنی بر جزئیت، شرطیت، سببیت یا مانعیت چیزی در زمینه شرط ضمن عقد، جعل کرده تا به دلیل آن حکم و «فقدان آن جزء یا شرط» یا «وجود مانع»، شرط ضمن عقد، نامشروع و باطل به‌شمار آید، یا خیر؟ به‌همین علت ایشان تصریح کرده‌اند که اگر در شرطیت، جزئیت

یا مانعیت چیزی تردید شود، رجوع به اصل برائت امکان‌پذیر نیست (خویی، بی‌تا ب: ۷-۸). در واقع با توجه به اینکه احکام یادشده، به‌گونه مستقل، وضع‌شدنی نیست، قابلیت رفع (مستقل) نیز ندارد. بنابراین تفاوتی نمی‌کند که اصل برائت شامل احکام وضعی دانسته شود یا خیر (خویی، بی‌تا ب: ۱۰). البته منعی درباره جریان اصل برائت در مورد حکم تکلیفی که منشأ انتزاع حکم وضعی باشد، در کلام ایشان دیده نمی‌شود، ولی لازمه آن تردید در وجود چنین حکم تکلیفی است.

در مقام نقد نظر فوق، می‌توان گفت، باید میان اعتبار و انتزاع تفکیک قائل شد. مسئله «انتزاع» از امور عقلی است که به حکم عقل صورت می‌گیرد، حال آنکه احکام اعم از تکلیفی و وضعی، از امور اعتباری است. کار شارع و قانونگذار، اعتبار و جعل است و نمی‌توان انتزاع را به شارع نسبت داد. اگر احکام وضعی، ناشی از انتزاع عقلی دانسته شود، اطلاق عنوان حکم شرعی بر آن محل تردید خواهد بود و نمی‌توان آن را به شارع و قانونگذار منتسب کرد. به‌علاوه در مواردی که حکمی بر امر مرکبی ناظر است که دارای اجزا و شرایطی بوده یا مقید به فقدان موانعی است، «جعل» به‌طور مستقیم به خود اجزا، شرایط، موانع و مانند آن تعلق می‌گیرد و نمی‌توان گفت مقصود شارع جعل احکام وضعی یادشده (شرطیت، مانعیت و ...) نبوده است. بنابراین به‌نظر می‌رسد همه احکام وضعی، خواه ناظر به شرطیت، سببیت، مانعیت و مانند آن باشد و خواه اموری از قبیل ملکیت و زوجیت، قابلیت جعل استقلالی دارند (در تأیید این نظر رک. موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷: ۱۴۷-۱۵۷). به هر حال مسئله از این جنبه مبنایی است و به اعتقاد نگارندگان، دلیل قانع‌کننده‌ای برای فقدان قابلیت جعل مستقل در مورد احکام وضعی به نظر نمی‌رسد. اصل برائت نیز در مورد احکام وضعی جاری‌شدنی است (در تأیید جریان اصل برائت در احکام وضعی رک. ایروانی، ۱۴۰۶: ۸۹). اما مسئله این است که از سویی اگر بنا بر استفاده از اصول عملی باشد، می‌توان از راه استصحاب عدم جعل حکم، به همین نتیجه (یعنی پایان دادن تردید در مورد وجود حکم مخالف با شرط) دست یافت. روشن است که در موارد

وجود حالت سابقه و یقین سابق، اصل استصحاب جاری است و به اصل برائت نوبت نمی‌رسد. بنابراین از نظر اصول عملی، اصل استصحاب عدم جعل، بر اصل برائت حاکم است. از سوی دیگر باید توجه داشت که ادله اجتهادی بر ادله فقهاتی مقدم است و هنگامی اصول عملیه یا ادله فقهاتی جاری است که یا ادله اجتهادی وجود نداشته باشد یا شرایط لازم برای استناد به آن فراهم نباشد. در مسئله حاضر می‌توان از ادله عام لزوم وفای به عقود و شروط بهره برد، زیرا هنگامی که عنوان عرفی شرط صادق باشد، عموم ادله لزوم وفای به شرط (مانند المؤمنون عند شروطهم) بر لزوم وفای به شرط و صحت شرط دلالت می‌کنند و اصل صحت شرط بر اصل فساد شرط و نیز سایر اصول عملیه حاکم است.

#### ۲.۱. اصل قابل استناد در صورت تردید در کیفیت جعل حکم مخالف با شرط

گاهی در وجود حکم وضعی یا تکلیفی تردید نیست. در این فرض، گاهی در کیفیت جعل شارع از حیث الزامی بودن یا امکان تغییر حکم نیز تردید نیست. به‌عنوان نمونه حکم تکلیفی مبنی بر وجوب روزه در ماه مبارک رمضان یا حکم وضعی مبنی بر اینکه طلاق در اختیار زوج است، از احکام الزامی محسوب می‌شود و شرط این احکام را تغییر نمی‌دهد و شروط مخالف، به بطلان محکوم است (سبحانی، ۱۴۲۳: ۱۴۳؛ برای ملاحظه مصادیق دیگری از این شروط رک. محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۲۳۸-۲۴۰؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۵۳؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۱؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳: ۱۴۰؛ خمینی، ۱۴۱۸: ۲۹-۳۰). همچنین تردیدی نیست که حکم شارع بر خیار مجلس در عقد بیع (البیعان بالخیار ما لم یفترقا) می‌تواند از راه شرط مخالف تغییر یابد (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱). اما همان‌گونه که برخی فقها (خویی، ۱۴۱۴: ۱۲۹) بیان کرده‌اند، گاهی تشخیص و تمیز مصادیق این دو دسته از احکام با مشکل و مشقت روبه‌روست و به اعتبارات اجتهادیه و استنباطات شخصیه فقها بستگی دارد که از فقیهی به فقیه دیگر متفاوت است. در راستای تشخیص احکام مزبور، ضوابطی نیز توسط فقها ارائه شده است. به‌عنوان نمونه مرحوم نایینی (نایینی، ۱۴۲۱: ۱۹۶-۱۹۸) در مقام ارائه ضابطه اعتقاد دارند که گاهی شرط به احکام وضعی شرعی و گاهی به احکام خمسّه

تکلیفیه (مانند اشتراط ترک واجب یا مباح یا انجام دادن محرم یا مکروه و مانند آن) ناظر است. درباره امور وضعی نیز گاهی امور مزبور از مواردی است که شارع آن را در حیطة اختیار شرط‌کننده گذاشته، کما اینکه در باب حقوق و اموال این‌گونه است. به اعتقاد ایشان نباید در امکان تغییر این قبیل احکام وضعی از راه شرط تردید کرد. گاهی نیز امور وضعی تحت اختیار شخص گذاشته نشده‌اند مانند طلاق. شرط مخالف با دسته اخیر، بدون تردید نامشروع است، مگر اینکه دلیلی بر جواز تغییر حکم به وسیله شرط دلالت کند. در مورد احکام تکلیفی نیز ایشان (نایینی، ۱۴۲۱: ۱۹۷) التزام به ترک واجب یا انجام دادن حرام را نامشروع اعلام می‌کند، مگر اینکه دلیلی، تغییر حکم به وسیله شرط را تجویز کند. به اعتقاد این فقیه (نایینی، ۱۴۲۱: ۱۹۸) در مورد مباحات، گاهی التزام بر ترک مباح، بر ترک مصداقی از آن یا ترک آن به‌طور مطلق در مقطعی زمانی ناظر است. چنین التزامی با اشکال روبه‌رو نیست. اما گاهی التزام، بر ترک مباح به‌طور مطلق و دائمی ناظر است. مورد اخیر تحریم حلال به‌شمار می‌آید و از این حیث نامشروع است.

در مواردی با وجود بررسی در مورد کیفیت جعل حکم، ابهام برطرف نشده و صحت شرط مشتبه است. در این زمینه، برخی فقیهان (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶؛ شهابی خراسانی، ۱۳۹۰: ۷۸) از صحت شرط مخالف سخن گفته‌اند، حال آنکه گروهی (نایینی، ۱۴۲۱: ۱۹۸-۱۹۹؛ خوبی، بی تا ج: ۳۲۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۱۰-۱۱۱؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۸۲؛ اراکی، ۱۴۱۴: ۴۵۸؛ فشارکی، ۱۴۱۳: ۴۹۹؛ امامی خوانساری، بی تا: ۴۷۴؛ لاری، ۱۴۱۸: ۴۲۳؛ خمینی، ۱۴۲۱: ۲۷۲) صحت شرط را نفی کرده‌اند. داوری در این زمینه نیازمند نقد و بررسی ادله هر دو گروه است. اما قبل از ورود به ادله نظرهای یادشده و نقد و بررسی آن، اشاره به این نکته لازم است که در فقه، بحث مرتبط دیگری نیز وجود دارد که شاید موجب تردید در مشروعیت شرط شود و آن مسئله تردید در حق و حکم است. در مورد اینکه حق و حکم چیست و چه معیاری برای جدایی آن دو از یکدیگر وجود دارد، مباحث فراوانی به وسیله فقیهان مطرح شده که پرداختن به آن از حوصله این جستار خارج است،



ولی برای تبیین ارتباط آن با بحث حاضر، اشاره مختصر به آن لازم است. هنگامی از حق سخن به میان می‌آید که شارع امتیاز و سلطنتی را برای شخصی نسبت به شخص دیگر یا شیئی جعل کرده باشد. ویژگی که به‌طور معمول برای همه اقسام حق شناخته شده، قابلیت اسقاط ارادی آن است. البته میان اقسام مختلف حق از جنبه قابلیت نقل و انتقال ارادی و قهری تفاوت‌هایی وجود دارد و قابلیت نقل و انتقال ارادی و قهری از ویژگی‌های جدانشدنی حق نیست. نقطه مقابل حق، حکم است که ناظر به احکام تکلیفی و وضعی دانسته شده که شارع درباره افعال انسان جعل کرده و بر اساس آن شخص به انجام دادن کاری الزام شده یا از انجام دادن کاری منع شده یا به وی رخصت در انجام دادن یا ترک کار داده شده یا اینکه بر فعل انسان اثری مترتب شده است. عدم قابلیت اسقاط ارادی، عدم قابلیت نقل و انتقال ارادی و قهری و عدم امکان تعهد به اسقاط به‌عنوان ویژگی‌های حکم شمرده شده است (برای ملاحظه تفصیلی بحث رک. محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۸-۴۰). برخی فقیهان در نظری قابل انتقاد، دسته‌ای از حقوق را نیز نه اسقاط‌شدنی و نه نقل و انتقال‌پذیر می‌دانند، بلکه آن را در عین حق بودن، از نظر فقدان قابلیت اسقاط و نقل و انتقال، مانند احکام به‌شمار می‌آورند. حق ابوت، حق ولایت حاکم، حق استمتاع زوج نسبت به زوجه و حق همسایه نسبت به همسایه از این قبیل معرفی شده است (رک. بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۸-۱۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ الف: ۵۶). اگر چنین نظری پذیرفته شود، تبیین مرز دقیق میان حقوق و احکام دشوارتر خواهد شد. ضمن اینکه در عمل تفاوتی میان حقوق یادشده و احکام وجود نخواهد داشت. شاید به‌همین دلیل، برخی (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ الف: ۵۶)، ضمن اینکه حقوق اسقاط‌شدنی و نقل و انتقال‌ناپذیر را در میان اقسام حق جای داده‌اند، قرار دادن این قسم از حقوق یا حداقل برخی از مصادیق آن را در زمره احکام ممکن دانسته‌اند. برخی دیگر از فقها (نایینی، ۱۴۱۸: ۱۰۷) به درستی، قوام حق را به قابلیت اسقاط دانسته‌اند و اینکه چیزی حق و اسقاط‌ناپذیر به‌شمار آید را غیرمعقول و مورد انتقاد جدی دانسته‌اند. به اعتقاد ایشان مثال‌هایی که برای حقوق اسقاط‌ناپذیر ارائه شده، جملگی

از مصادیق احکام هستند. حال درباره ارتباط مسئله حق و حکم با موضوع این پژوهش باید گفت، در مواردی در تشخیص حق و حکم تردید ایجاد می‌شود. این مسئله به‌ویژه در جایی خواهد بود که امکان انجام دادن کاری برای شخص به‌وسیله شارع یا قانونگذار پذیرفته شده است، ولی معلوم نیست از باب حق و امتیاز تشریح شده و اسقاط‌پذیر است یا صرفاً به‌عنوان رخصتی جعل شده که قابلیت اسقاط و نقل و انتقال ندارد. در واقع با توجه به اینکه خصیصه حق، قابلیت اسقاط و خصیصه حکم، عدم قابلیت اسقاط است، تردید در حق یا حکم بودن، به تردید در قابلیت یا عدم قابلیت اسقاط باز می‌گردد. به‌نظر می‌رسد این نوع تردید، در کیفیت جعل شارع و قانونگذار وارد می‌شود. بنابراین، تردید در حق یا حکم بودن نیز شاید ناشی از تردید در کیفیت جعل شارع باشد. با این وصف، حق و حکم، هر دو، جزو احکام شرعی هستند. لیکن حق مصطلح از احکام و مجعول‌های شرعی است که ذی‌نفع آن اصولاً به‌وسیله یکی از راه‌های حقوقی مانند شرط ضمن عقد، آن را اسقاط می‌کند یا مانع پیدایش آن می‌شود، حال آنکه اختیار تغییر و اسقاط حکم (در معنای مصطلح) و نقل و انتقال آن، با ذی‌نفع نیست. جالب توجه است که با توجه به ماهیت اعتباری حق و حکم و اینکه هر دو از مجعول‌های شرعی هستند، برخی فقها (خویی، بی‌تا الف: ۴۵-۴۶) نیز به تقابل میان حق و حکم انتقاد و بر هر دو اطلاق حکم کرده‌اند. البته از نظر ایشان اینکه به دسته‌ای از احکام، عنوان حق اطلاق شود، اشکالی ندارد و نزاعی در اصطلاح نیست (لا مشاخه فی الاصطلاح) ولی در هر حال باز هم این احکام است که اسقاط‌پذیر و اسقاط‌ناپذیر تقسیم می‌شوند. در این زمینه، ایشان مجعولات شرعی را به شش دسته تقسیم می‌کنند: تکلیفی الزامی (واجبات و محرمات)، تکلیفی غیرالزامی (مستحبات، مکروهات و مباحات)، وضعی لزومی انفساخ‌شدنی (از قبیل بیع، اجاره و صلح)، وضعی لزومی انفساخ‌ناپذیر (مانند ازدواج)، وضعی ترخیصی اسقاط‌پذیر (از قبیل حق شفعه و حق خیار) و وضعی ترخیصی اسقاط‌ناپذیر (مانند جواز در هبه) (خویی، بی‌تا الف: ۴۵-۴۶؛ در تأیید این نظر رک. گرجی، ۱۳۶۴: ۳۶). با بیان اخیر، ارتباط بحث حق و

حکم با بحث حاضر، آشکارتر می‌شود، چرا که بر اساس آن، حقوق، دسته‌ای از احکام هستند که مفاد آن تغییرپذیر است و الزام‌آور نیست، ولی احکام به‌عنوان نقطه مقابل حق، آن دسته از احکام هستند که قابلیت تغییر ندارند و الزام‌آورند. توجه به ضوابطی که مرحوم نایینی برای تشخیص احکام تغییرپذیر و احکام تغییرناپذیر بیان کرده‌اند نیز مؤید این ادعاست. به هر حال در جستار حاضر، به مسئله حق و حکم نیز از همین منظر نگریسته شده‌است. از نظر حقوقی نیز نگرش نگارندگان این بوده است که تردید در حق یا حکم بودن (از جهت قابلیت یا عدم قابلیت اسقاط)، بازگشت به تردید در تکمیلی یا امری بودن مقرراتی دارد که آن را وضع کرده است. در هر حال با اینکه تردید در حق یا حکم بودن، زیرمجموعه تردید در کیفیت جعل شارع است و ضابطه و اصل حاکم در مورد تردید اخیر در مورد آن نیز اجراشدنی است، با توجه به اینکه مسئله اصل قابل استناد در زمینه تردید در حق و حکم توسط برخی فقها (به‌عنوان نمونه، رک. نایینی، ۱۴۱۸: ۱۰۸؛ خویی، بی تا الف: ۵۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ الف: ۵۶؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۹) به‌طور مستقل بررسی شده است، در پایان این قسمت اهم نظرهای ارائه‌شده در مورد آن نیز به اختصار تبیین می‌شود.

### ۱.۲.۱. ادله صحت شرط مخالف با حکم شرعی در صورت تردید در کیفیت جعل

#### ۱.۱.۲.۱. اصالت عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت و اصالت عدم ثبوت حکم شرعی به‌گونه تغییرناپذیر از راه شرط

به اعتقاد برخی فقها (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱؛ محقق داماد، ۱۳۷۶: ۵۹) چنانچه نتوان قابلیت تغییر حکم از طریق شرط مخالف را تشخیص داد، باید از اصالت عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت استفاده شود. توضیح اینکه با جاری کردن اصل یادشده، عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت استنباط می‌شود و تردید در این زمینه خاتمه می‌یابد. به اعتقاد ایشان (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱) اصل عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت، موجب احراز عدم مخالفت واقعی شرط با کتاب و سنت می‌شود و بازگشت این اصل به اصالت عدم ثبوت حکم شرعی به‌گونه تغییرناپذیر از راه شرط است. به سخن دیگر از آنجا که به‌وسیله اصل

اخیر، ثبوت حکم شرعی تغییرناپذیر از راه شرط نفی می‌شود، دیگر نمی‌توان از مخالفت شرط با کتاب و سنت سخن گفت. در واقع، آنچه یقینی است، حکم شرعی مخالف با شرط در فرضی است که شرطی وجود ندارد. یکی از مثال‌های ذکرشده برای استفاده از اصل، حکم اختیار زوج در گزینش مسکن است. در این مورد تردیدی وجود دارد که اگر در عقد نکاح، محدود شدن اختیار زوج در گزینش مسکن شرط باشد و از این راه، الزاماتی بر زوج تحمیل شود، آیا چنین شرطی، مخالف کتاب و سنت است یا خیر؟ در پاسخ، با استفاده از اصل پیش‌گفته ادعا شده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۲) که حکم شرعی مبنی بر تسلط زوج بر محل سکونت، در فرضی که زوج خود به‌موجب شروط ضمن عقد، اختیارش را محدود کرده، ثابت نشده است. در نتیجه شرط یادشده با حکم شرعی مغایر نیست. البته جریان اصل، در مواردی است که ادله حکم شرعی، در شمول موضوع شرط ظهور نداشته باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۲)؛ زیرا در مواردی که حکم شرعی چنین باشد، شرط با ظهور مزبور منافی است و اثری بر شرط بار نمی‌شود.

#### ۲.۱.۲.۱. عموم ادله وفای به شرط

دلیل استنادی دیگر برای صحت شروط مورد بحث، عموم ادله لزوم وفای به شرط مانند «المؤمنون عند شروطهم» است (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱؛ محقق داماد، ۱۳۷۶: ۵۹).

#### ۲.۲.۱. ادله عدم صحت شرط مخالف با حکم در صورت تردید در کیفیت جعل

در رد و نقد ادله صحت شرط، موارد متعددی مطرح شده است که در اینجا بررسی خواهند شد.

#### ۱.۲.۲.۱. نبود ارکان لازم برای استصحاب عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت و مثبت بودن اصل

از مهم‌ترین انتقادهای مطرح در مورد اصل عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت، نبود شرایط لازم برای اجرای این اصل است. توضیح اینکه اصل عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت و نیز اصل عدم ثبوت حکم شرعی به‌گونه تغییرناپذیر از راه شرط، از مصادیق اصل

استصحاب هستند. جریان اصل استصحاب نیز نیازمند وجود یقین سابق (سابقه یقینی) و شک لاحق است (انصاری، بی تا: ۵۴۷؛ صدر، ۱۴۱۷: ۱۱۱؛ نایینی، ۱۳۶۸: ۳۴۹؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۴۰۴؛ حیدری، ۱۴۱۲: ۲۶۷). حال درباره اصل عدم مخالفت، این گونه انتقاد شده که اصل مزبور از نوع اصل عدم نعتی<sup>۱</sup> است و برای نعت و صفت عدم مخالفت، حالت سابقه ای متصور نیست تا با توجه به آن، بتوان عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت را استصحاب کرد (نایینی، ۱۴۲۱: ۱۹۸-۱۹۹؛ خویی، بی تا ج: ۳۲۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۸۲؛ امامی خوانساری، بی تا: ۴۷۴؛ همچنین رک. طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ ب: ۱۱۰-۱۱۱؛ اراکی، ۱۴۱۴: ۴۵۸-۴۵۹؛ فشارکی، ۱۴۱۳: ۴۹۹). به سخن دیگر، «عدم مخالفت» همراه با موضوعش که شرط باشد، در گذشته مسبوق به سابقه نبوده است تا بتوان آن (عدم مخالفت) را استصحاب کرد (امامی خوانساری، بی تا: ۴۷۴). در این مورد اگر ادعا شود که عدم از نوع محمولی<sup>۲</sup> بوده و استصحاب عدم محمولی صورت گرفته است، باید گفت، هر چند عدم محمولی (یعنی نبود شرط مخالف در ازل) با توجه به اینکه هر امر حادثی مسبوق به عدم محمولی است، سابقه دارد، این استصحاب اثری ندارد. زیرا نمی توان از استصحاب نبود شرط مخالف با کتاب و سنت، لوازم عقلی آن را استنتاج و ادعا کرد که شرط مشکوک بر مخالفت آن با کتاب و سنت، مخالف با کتاب و سنت نیست. در واقع پذیرش چنین نتیجه ای به معنای پذیرش اصل مثبت است (نایینی، ۱۴۲۱: ۱۹۹؛ خویی، بی تا ج: ۳۲۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۹۷؛ امامی خوانساری، بی تا: ۴۷۴). مقصود از اصل مثبت این است که اثر مطلوب بر خود مستصحب مترتب نباشد، بلکه اثر بر لازم مستصحب مترتب باشد و معروف، عدم حجیت اصل مثبت است. زیرا ادله حجیت استصحاب نسبت به شمول چنین موردی قاصر محسوب می شود (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۶۲۹). در واقع از نظر

۱. مقصود از عدم نعتی این است که عدم بر نعت و صفت عارض شده باشد، نه بر ماهیت شیء.

۲. مقصود از عدم محمولی این است که عدم بر ماهیت شیء حمل شود.

اصولی، اصل عملی امکان ندارد مثبت آثار و لوازم عقلی خود باشد (رک: آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۴۱۴؛ صدر، ۱۴۰۸: ۳۸؛ آملی، ۱۳۹۵: ۱۳۵؛ نایینی، ۱۴۱۷: ۴۸۱؛ خمینی، ۱۳۸۵: ۱۷۸؛ خویی، ۱۴۱۹: ۱۵۱).

برخی (روحانی، ۱۴۲۹: ۲۵۷) برای تصحیح استصحاب عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت، وجوهی را احتمال داده و نقد کرده‌اند. یکی از احتمالات این است که بیان احکام شرعی تدریجی بوده‌اند و چنانچه قبل از بیان حکمی که احتمال مخالفت شرط با آن وجود دارد، شرط مزبور صورت می‌گرفت، مخالف کتاب {و سنت} نبود. پس از بیان حکم، چنانچه شرط مشابهی گذاشته شود و در مخالفت یا عدم مخالفت آن تردید شود، می‌توان استصحاب عدم نعتی را جاری کرد. این احتمال این‌گونه رد شده است که اجرای اصل عدم مخالفت شرط، در مورد شروطی که قبل از بیان حکم بوده‌اند، فایده‌ای ندارد و اجرای آن در مورد شروطی هم که پس از بیان حکم گذاشته شده‌اند، ممکن نیست، زیرا استصحاب از نوع تعلیقی معتبر نیست (روحانی، ۱۴۲۹: ۲۵۷). احتمال دیگر این است که مقصود از اصل عدم مخالفت، استصحاب عدم مخالفت ازلی باشد. در این صورت بازگشت مسئله به پذیرش یا عدم پذیرش استصحاب عدم ازلی است (روحانی، ۱۴۲۹: ۲۵۷). در این زمینه به اعتقاد برخی (شهابی خراسانی، ۱۳۹۰: ۷۹) هرچند عدم نعتی از لحاظ انتساب به موضوع، دارای سابقه نیست، از نظر مقایسه سنخ موضوعش با شرع، عدم مخالفت در ازل ثابت و استصحاب این «عدم ازلی» جایز است (در تأیید این نظر رک. خویی، ۱۴۱۴: ۱۴۱).

شایان توجه است که برخی فقها (خویی، بی‌تا ج: ۳۲۷ - ۳۲۸) با وجود پذیرش استصحاب عدم ازلی، معتقدند در مسئله مذکور به چنین استصحابی نوبت نمی‌رسد. به اعتقاد ایشان مقصود از مخالف کتاب (در احادیثی که شروط نافی کتاب را منع کرده است) مخالفت بدون توجه به شرط است و اگر چنین مخالفتی وجود داشته باشد، شرط آن را تغییر نمی‌دهد، جز در صورتی که دلیل مخصصی وجود داشته باشد. طبیعی است فقط در صورت وجود دلیلی که بر نفوذ شرط دلالت کند، به نفوذ شرط حکم خواهد شد.

در پایان این قسمت باید به اشکالی توجه کرد که درباره بازگشت اصل عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت به اصالت عدم ثبوت حکم شرعی به گونه تغییرناپذیر از راه شرط، مطرح شده است. توضیح اینکه برخی (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱) ادعا کرده‌اند که بازگشت اصل عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت به اصالت عدم ثبوت حکم شرعی به گونه تغییرناپذیر از راه شرط است. در مقام تبیین و نقد این ادعا، برخی دیگر (خمینی، ۱۴۲۱: ۲۷۲) معتقدند که اگر مقصود این باشد که هر دو اصل واحدند، چنین ادعایی نادرست است، زیرا برای واحد شمردن دو اصل باید قضیه متیقنه و مشکوکه در هر دو واحد باشد، حال آنکه متیقن و مشکوک موضوعاً و محمولاً یکی نیست.

در پاسخ می‌توان گفت مقصود از بازگشت اصل عدم مخالفت به اصل عدم ثبوت حکم تغییرناپذیر به واسطه شرط چنین امری نیست، بلکه مقصود بیان سبب و مسبب است. در واقع مقصود این بوده که عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت از عدم ثبوت حکم تغییرناپذیر به واسطه شرط استنباط می‌شود.

#### ۲.۲.۲.۱. نبود ارکان لازم برای استصحاب عدم ثبوت حکم شرعی به گونه تغییرناپذیر از راه شرط و مثبت بودن اصل

در مورد اصل عدم ثبوت حکم شرعی به گونه تغییرناپذیر نیز از سویی گفته شده که تغییرناپذیر بودن حکم در موضوع هیچ یک از احکام اخذ نشده تا بتوان عدم ثبوت چنین حکمی را استصحاب کرد (روحانی، ۱۴۲۹: ۲۵۶-۲۵۷). از سوی دیگر اشکال مثبت بودن اصل در این مورد نیز مطرح خواهد بود. توضیح اینکه همان گونه که قبلاً بیان شد، بازگشت اصل عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت به اصل عدم ثبوت حکم شرعی به گونه غیرقابل تغییر از راه شرط دانسته شده است. بر این اساس، عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت، نتیجه عدم ثبوت حکم شرعی تغییرناپذیر است. به سخن دیگر، عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت از لوازم شرعی اصل عدم ثبوت حکم تغییرناپذیر از راه شرط نیست، بلکه لازمه عقلی آن است. حال آنکه اصل عدم ثبوت حکم مزبور، اثبات‌گر لوازم عقلی خود نیست (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۴۰؛ عراقی، ۱۴۲۱: ۵۹۹-۶۰۰؛ روحانی، ۱۴۲۹: ۲۵۶؛

امامی خوانساری، بی تا: ۴۷۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ ب: ۱۱۱). با توجه به نکات یادشده، استصحاب عدم ثبوت حکم شرعی به گونه تغییرناپذیر، به دلیل فقدان حالت سابقه، پذیرفتنی نیست و بر فرض پذیرش، اصلی مثبت است که اعتبار ندارد.

#### ۳.۲.۲.۱. حکومت اصل عدم تأثیر شرط

برخی فقیهان (لاری، ۱۴۱۸: ۴۲۳) در مقابل اصول استنادشده برای پذیرش شروط مورد بحث، به اصول دیگری استناد جسته‌اند که نتیجه مخالف دارد. در این زمینه از اصل عدم تأثیر شرط و استصحاب بقای عقد مشروط به صورتی که قبل از شرط بوده است، سخن گفته شده و اصول مزبور بر اصالت عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت و اصالت عدم ثبوت حکم شرعی به گونه تغییرناپذیر از راه شرط، حاکم دانسته شده است. به عبارت دیگر چنانچه شرطی وجود نداشت، باید حکم شرعی اجرا می شد، حال اگر تردید شود که شرط حکم شرعی مزبور را منتفی کرده است یا خیر، باید اصل را بر بقای حکم شرعی گذاشت.

#### ۴.۲.۲.۱. تمسک به عام در شبهات مصداقی

با توجه به اینکه یکی از ادله استنادشده برای صحت شروط مورد بحث، عموم ادله وفای به شرط است، شاید این اشکال مطرح شود که استناد به عموم ادله مزبور تمسک به عام در شبهات مصداقی است. در رد این انتقاد، هر چند مرحوم شیخ انصاری (ره)، به عموم «المؤمنون عند شروطهم» و «اوفوا بالعقود» تمسک جسته، از باب تمسک به عام در شبهات مصداقیه عمل نکرده است. زیرا ایشان ابتدا شبهه مصداقی را با تمسک به اصالت عدم مخالفت شرط از بین برده‌اند و سپس به عموم عام تمسک جسته‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۹۷). در واقع با جاری کردن اصل، عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت استنباط شده و در این زمینه تردید خاتمه می‌یابد و می‌توان به عموم ادله لزوم وفای به شرط به‌ویژه «المؤمنون عند شروطهم» رجوع کرد و به لزوم وفای به شرط حکم داد.

به نظر می‌رسد این بیان ایراد را برطرف نمی‌کند، زیرا اگر استدلال نخست (یعنی اصالت عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت) پذیرفته شود، دیگر نوبت به استناد به عموم ادله وفای



به شرط نخواهد رسید و اگر اصالت عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت پذیرفته نشود، استناد به عموم ادله وفای به شرط محملی ندارد و بلاوجه است.

### ۳.۲.۱. اصل قابل استناد در زمینه تردید در حق یا حکم بودن (به عنوان نوع خاصی از تردید در کیفیت جعل شارع)

گاهی تردید در این است که شارع در مقام جعل حق بوده که اسقاط‌پذیر است، یا اینکه صرفاً در مقام جوازی شرعی بوده که اسقاط‌شدنی و نقل و انتقال‌پذیر نیست. در چنین موردی در وهله نخست باید قراین و اوضاع و احوال، به‌ویژه ادله خاص مربوط به موضوعی بررسی شود که حق یا حکم بودن جای تردید دارد. اگر نتوان به راه‌حلی دست یافت، نمی‌توان برای صحت عقد یا شرطی که ناظر بر تغییر آن موضوع (اسقاط یا نقل و انتقال) است، به عمومات وفای به عقد یا شرط استناد کرد، زیرا تمسک به این عمومات، تمسک به عام در شبهات مصداقی محسوب می‌شود و پذیرفته نیست (در تأیید این نظر رک. خویی، بی تا الف: ۵۰). بنابراین باید به اصول عملیه رجوع کرد. حال سؤال این است که چه اصلی جاری است؟ در مقام پاسخ، برخی فقها (نایینی، ۱۴۱۸: ۱۰۸) از استصحاب بقای وضعیت قبل از اسقاط سخن گفته‌اند. در این زمینه برخی دیگر (خویی، بی تا ب: ۴۹) که حق و حکم را ماهیتاً در زمره احکام به‌شمار آورده‌اند و حقوق را احکام اسقاط‌شدنی و سایر احکام را اسقاط‌ناپذیر به‌شمار می‌آورند، معتقدند اگر استصحاب در شبهات حکمیه پذیرفته شود، بقای حکم «جواز» که بعد از اسقاط، مورد تردید قرار گرفته است، استصحاب می‌شود و حکم بودن موضوع مشکوک استنتاج خواهد شد. در مقام تحلیل این نظر شاید گفته شود که استصحاب، مثبت لوازم عقلی خود نیست و بقای موضوع مشکوک و عدم قابلیت اسقاط آن حکم بودن موضوع را اثبات نمی‌کند. در پاسخ می‌توان گفت اگر برای حق و حکم، ماهیت متفاوتی در نظر بگیریم، ایراد وارد است، ولی اگر اختلاف ماهوی

۱. البته نظر اصولی ایشان، جاری نشدن استصحاب در چنین شبهات حکمیه‌ای است (رک. خویی، ۱۴۱۷: ۲۳۲-۲۳۴).

میان حق و حکم را نپذیریم و هر دو را از احکام بدانیم و احکام را به اسقاط‌شدنی و اسقاط‌ناپذیر تقسیم کنیم، مسئله اصل مثبت پیش نمی‌آید؛ زیرا با استصحاب، بقا و عدم اسقاط حکم نمایان شده است. بنابراین مسئله از این جنبه مبنایی است. به همین دلیل برخی دیگر از فقها که ماهیت حق و حکم را متفاوت دانسته‌اند و معیار قابلیت یا عدم قابلیت اسقاط را برای تمیز حق و حکم نمی‌پذیرند، از اصل عدم اسقاط و نقل و به‌طور کلی اصل عدم اثر وجودی سخن گفته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ الف: ۵۶؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۹) ولی حکم بودن را نتیجه نمی‌گیرند. زیرا از سویی بر اساس دیدگاه ایشان ملازمه‌ای میان عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال با حکم بودن وجود ندارد. چرا که دسته‌ای از حقوق را اسقاط‌نشده‌ی و نقل و انتقال‌ناپذیر می‌دانند. از سوی دیگر و بر فرض پذیرش چنین ملازمه‌ای، اصل مثبت است و لوازم عقلی خود را اثبات نمی‌کند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۹). به اعتقاد نگارندگان آنچه در مسئله حق و حکم مهم است، مشخص کردن قابلیت یا عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال است. با استصحاب بقای شیء مشکوک و عدم اسقاط و نقل و انتقال آن، می‌توان به تردید پایان داد و عدم تأثیر شرطی که در پی اسقاط یا نقل و انتقال موضوع مورد بحث است را نتیجه گرفت. همه نظرهایی که در مورد تردید در حق یا حکم بودن موضوع بیان شد، مؤید این نتیجه است.

اشاره به این مسئله نیز شایسته خواهد بود که گاهی با وجود عدم تردید در حق بودن چیزی، در قابلیت نقل و انتقال آن تردید می‌شود. می‌توان تردید در قابلیت اسقاط حق را بنا بر نظری که برخی از حقوق را اسقاط‌ناپذیر می‌پندارد، بر مسئله افزود. حال سؤال این خواهد بود که در این موارد چه اصلی جاری است. برخی (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ الف: ۵۶) در مقام پاسخ، طبیعت حق را مقتضی قابلیت اسقاط و نقل و انتقال، و عمومات ادله از قبیل ادله وفای به عقد و شرط را مقتضی صحت اسقاط یا نقل و انتقال دانسته‌اند. در نقد این نظر می‌توان همگام با برخی دیگر (خویی، بی تا ب: ۴۹؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۹) موضوع را از موارد تمسک به عام در شبهات مصداقی دانست و اصل عدم اسقاط یا نقل و انتقال را جاری کرد.

## ۲. بررسی موضوع از دیدگاه حقوق موضوعه ایران

از نظر حقوقی به نظر می‌رسد اگر تردید در مشروعیت شرط، ناشی از تردید در وجود یا نبود قانون مخالف با شرط باشد، باید از اصل صحت شرط سخن گفت. به سخن دیگر، چنانچه با بررسی احکام قانونی مختلف، حکم مخالف یافت نشود، اصل نبود قانون مخالف و اصل صحت، مقتضی صحت شرط است.

اما مسئله اصلی در جایی است که تردید درباره مشروعیت شرط، از تردید در تکمیلی یا امری بودن حکم قانون ناشی می‌شود. در این مورد باید به امارات و اصولی تکیه کرد که تردید در امری یا تکمیلی بودن قانون را پایان بخشد. در این زمینه توجه به امارات و ظواهر معتبر، بر اصول عملی مقدم است. در هر حال همان‌گونه که برخی حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۷) بیان کرده‌اند، تمیز قوانین امری از قوانین تکمیلی از دشوارترین کارهایی است که دادرس در مقام داوری درباره صحت و بطلان قراردادها با آن روبه‌روست. برای تمیز قوانین امری از تکمیلی، ضوابط مختلفی مورد توجه حقوقدانان قرار دارند. یکی از معیارها، توجه به لحن قانونگذار است. استفاده از کلماتی مانند: باید، نباید، مکلف است، ممنوع است، ظهور در امری بودن قانون و کلماتی چون: می‌تواند و اختیار دارد، ظهور در تکمیلی بودن قوانین دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶ الف: ۱۵۶؛ علامه، ۱۳۸۷: ۱۳۶؛ عابدیان، ۱۳۸۷: ۱۱۰-۱۱۱). معیار دیگر اینکه احکام استثنایی مقرر توسط قانونگذار<sup>۱</sup> و نیز قواعد حامی اشخاص ثالث در مقابل طرفین قرارداد<sup>۲</sup>، امری است (کاتوزیان، ۱۳۷۶ الف: ۱۵۶-۱۵۷؛ حائری، ۱۳۷۳: ۹۱-۹۲؛ عابدیان، ۱۳۸۷: ۱۱۱). به‌علاوه استقرا در ابواب

۱. مانند حکم مقرر در قسمت اخیر ماده ۴۵۳ ق.م. در مورد تلف مبیع در زمان خیار. به‌موجب این ماده «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین، تلف یا ناقص شود، بر عهده مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد، تلف یا نقص به عهده بایع است».

۲. مانند مقررات ماده ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت که از لزوم ثبت معاملات راجع به اموال غیرمنقول سخن گفته و نظر به حمایت از اشخاص ثالث و حفظ نظم در جامعه داشته است.

مختلف حقوقی و مشخص کردن غلبه مقررات امری یا تکمیلی راهکار مفیدی برای تشخیص موارد تردید خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۷۶ الف: ۱۵۴؛ عابدیان، ۱۳۸۷: ۱۰۵ به بعد). به همین دلیل احکام مربوط به حقوق مالی، اموال و آثار معاملات، غالباً تکمیلی دانسته شده‌اند. هرچند در این زمینه نیز برخی مقررات مانند مقررات مواد ۴۶ و ۴۸ قانون ثبت، در مورد لزوم ثبت معاملات راجع به اموال غیرمنقول امری دانسته شده است (حائری، ۱۳۷۳: ۸۹). چنانکه غالب احکام مربوط به شرایط وقوع و نفوذ عقد (قواعد مربوط به انعقاد قرارداد) و نیز قواعد حاکم بر خانواده و احوال شخصیه، اصولاً آمرانه به‌شمار آمده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶ الف: ۱۵۴-۱۵۵؛ حائری، ۱۳۷۳: ۸۹-۹۰). افزون بر موارد فوق، توجه به احکام مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی نیز بایسته است. به‌موجب ماده ۹۵۹ قانون مدنی «هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند». مقصود از حقوق مدنی در این ماده، حقوقی مانند حق مالکیت، حق خرید و فروش و حق ازدواج دانسته شده که قطع نظر از شغل و مقام و موقعیت اجتماعی اشخاص در جامعه مطرح است. حق تمتع نیز به‌معنای امتیاز و قابلیت دارا شدن و لازمه شخصیت انسان مطرح می‌شود، چنانکه حق اجرا، توانایی اعمال و استفاده از حق است (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۴: ۲۹-۳۰). البته برخی اندیشمندان فقهی حقوقی، اصطلاح حقوق مدنی را در این ماده، بر حقوق اسقاط‌پذیری (از قبیل حق شفعه و حق خیار) که در متون فقهی نقطه مقابل احکام قرار می‌گیرد، منطبق دانسته‌اند و حق تمتع و اجرا را در قلمرو احکام و اسقاط‌ناپذیر به‌شمار آورده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۷۰-۲۷۱). به اعتقاد نگارندگان، ماده پیش‌گفته، ناظر به حقوق مدنی در معنای خاص است که قانونگذار به‌صورت اسقاط‌پذیر وضع کرده و منصرف از احکامی است که حتی به‌صورت جزئی اسقاط‌شدنی نیست. به‌عنوان مثال حق طلاق به‌صورت جزئی نیز اسقاط‌پذیر نیست. حال، سؤال این است که مقصود از سلب حق به‌صورت کلی و سلب حق به‌صورت جزئی چیست؟ برخی (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۴: ۳۰) در مقام بیان مفهوم

این دو اصطلاح از علم منطق کمک گرفته‌اند و کلی را مفهومی دانسته‌اند که بر افراد عدیده صادق است و جزئی را مفهومی که تنها بر یک فرد صادق خواهد بود. به همین دلیل نیز سلب حق در صورت تقیید به موضوع معین را صحیح، و سلب همه حقوق مدنی یا قسمتی از آن (اعم از حق تمتع و اجرا) ولو یک حق مدنی، به صورت کلی را ممنوع دانسته‌اند. در هر حال، به نظر می‌رسد قانونگذار در این ماده در مقام ممنوع کردن تحریم حلال بوده، با این تفاوت که به جای اینکه از ممنوعیت تعهد به عدم اجرای حق (التزام به ترک مباح) سخن گوید، از سلب حق سخن گفته و همین امر موجب اختلاف در تفسیر این ماده شده است.<sup>۱</sup> بر اساس ماده ۹۶۰ قانون مدنی نیز «هیچ کس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد، از استفاده از حریت خود صرف نظر نماید». بنابراین اگر شرطی بر سلب کامل آزادی ناظر باشد، در هر حال باطل است. زیرا آزادی از احکام محسوب می‌شود و اسقاط‌پذیر نیست. اما تعهد بر عدم استفاده از آزادی، در چارچوب قوانین امری و اخلاق حسنه مجاز است.

در هر حال توجه به همه معیارهای منطقی، لازم و مفید است و همان‌گونه که برخی (حائری، ۱۳۷۳: ۹۳) نیز بیان کرده‌اند، دادرس باید با در نظر گرفتن همه نصوص قانونی و عوامل اجتماعی، نظم عمومی جامعه را تشخیص و آن را ملاک تشخیص قوانین امری و تکمیلی قرار دهد. اما با توجه به پیچیدگی موضوع، شاید نتوان در همه موارد اراده قانونگذار را تشخیص داد و تردید در امری یا تکمیلی بودن قانون و مشروعیت شرط مخالف باقی بماند. بنابراین باید دید در این فرض، اصل راهنما کدام است. در این زمینه میان حقوقدانان اختلاف وجود دارد که در ادامه بررسی خواهد شد.

---

۱. به عنوان نمونه، برخی اندیشمندان (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۷۱-۲۷۲) بر خلاف ظاهر ماده، اسقاط حق تمتع را نپذیرفته‌اند و در مقام بیان مثال «سلب حق عزل وکیل» را فاقد وجهت قانونی دانسته‌اند. البته ایشان تعهد به عدم عزل را که تعهد به عدم استفاده از یک جواز شرعی و قانونی به صورت جزئی است، صحیح به شمار آورده‌اند.

## ۱.۲. اصل امری نبودن قوانین و پذیرش قرارداد و شرط مخالف با قانون در موارد تردید

برخی حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۳۲؛ ۱۳۸۰: ۳۳؛ ۱۳۹۱: ۱۳۵) از اصل امری نبودن قوانین سخن گفته‌اند و مبنای آن را «اصل آزادی اراده»<sup>۱</sup> دانسته‌اند. در این زمینه چنین استدلال شده است که اصل آزادی اراده فقط به وسیله قانون امری محدود می‌شود و چنانچه در امری بودن یا تکمیلی بودن قانون تردیدی به وجود آید، به صرف شک نمی‌توان آزادی اراده افراد را مسدود کرد. بنابراین باید به حکم «اصل آزادی اراده»، به صحت تعهداتی حکم کرد که مخالف قانون مشتبه بین قانون امری و غیرامری است. در واقع از اصل آزادی اراده، اصل دیگری به عنوان اصل غیرامری بودن قانون استخراج شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۳۲؛ ۱۳۸۲: ۸؛ ۱۳۹۱: ۱۳۵). برخی (کاتوزیان، ۱۳۷۶ الف: ۱۵۳)، این استدلال را با ظاهر ماده ۱۰ قانون مدنی و به ویژه قید صریح بودن قانون مخالف، موافق دانسته‌اند، هرچند در نهایت با آن مخالفت کرده‌اند؛ در واقع قانونگذار در ماده ۱۰ قانون مدنی فقط مخالفت صریح با قانون را مانع نفوذ قراردادهای خصوصی دانسته است. بنابراین در موارد فقدان مخالفت صریح با قانون، باید بر نفوذ قرارداد مخالف حکم کرد.

از مثال‌هایی که برای جریان این اصل آمده، شرط مخالف با ماده ۳۸۷ قانون مدنی در زمینه ضمان بایع در فرض تلف مبیع قبل از تسلیم است. در این مورد با توجه به اصل غیرامری بودن قوانین، صحت شرط استنباط می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۳۲). مثال دیگری که جالب‌ترین مثال از مواردی دانسته شده که با مطالعه سابقه یک ماده و کتب شرح قانون مدنی، در امری بودن آن تردید وجود دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۳۳)

۱. این تعبیر از استاد جعفری لنگرودی است که برای رعایت امانت به همان ترتیب ذکر شد. گفتنی است، مقصود ایشان از اصل آزادی اراده، اصل حاکمیت اراده (به تعبیر ایشان اصل استقلال اراده) و نیز اصل آزادی قراردادی نیست، بلکه مقصود ایشان اصلی است که نه تنها بر آزادی قراردادی دلالت دارد، بلکه آزادی ایقاعات را نیز در بر می‌گیرد. ایشان معتقدند، ملاک ماده ۱۰ قانون مدنی در مورد ایقاعات نیز جاری است (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۱۴۸-۱۴۹). البته پذیرش این نظر در نظام حقوقی ایران دشوار است، زیرا قانونگذار هیچ‌گاه از اصل آزادی ایقاعات سخن نگفته و تأثیر اراده یکجانبه در روابط حقوقی امر خلاف قاعده‌ای است.

حکم ماده ۸۲۹ قانون مدنی است. به موجب این ماده «قبول موصی<sup>۱</sup> له قبل از فوت موصی مؤثر نیست و موصی می تواند از وصیت خود رجوع کند، حتی در صورتی که موصی<sup>۱</sup> له موصی<sup>۱</sup> به را قبض کرده باشد»<sup>۱</sup>. در این مورد، سؤال این است که امکان رجوع از وصیت جزو قواعد امری محسوب می شود یا خیر؟ طبیعی است چنین تردیدی که با بحث حق یا حکم بودن اختیار رجوع از وصیت ارتباط دارد، نوعی تردید در کیفیت جعل حکم قانونی است. در پاسخ به سؤال یادشده با استفاده از اصل آزادی اراده، حکم ماده، غیرالزامی و غیرآمره به شمار آمده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۳۳؛ برای نظر مخالف که رجوع را حکم، از اوصاف ذاتی وصیت و اسقاطناپذیر می داند، رک. کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۶۰-۶۱ و ۲۹۰؛ ۱۳۸۰: ۲۹۱-۲۹۲ و ۴۰۰-۴۰۱؛ ۱۳۸۶: ۹۸؛ قاسم‌زاده، ره‌پیک و کیایی، ۱۳۸۴: ۲۷۴).

یکی دیگر از مثال‌های قابل ذکر، حکم مندرج در ماده ۵۷۵ قانون مدنی است. به موجب این ماده «هر یک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشد، مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی، سهم زیادتری منظور شده باشد». در این ماده، اساس تقسیم سود میان شرکا در شرکت مدنی، به نسبت سهم شخص دانسته شده و فقط یک استثنا بر آن وارد شده و آن فزونی سود در مقابل عمل است. مفهوم ماده این است که فزونی سود برای شریک بدون اینکه در مقابل عملی اضافی باشد، مجاز نیست. حال سؤال این خواهد بود که آیا حکم این ماده، امری است یا غیرامری محسوب می‌شود و می‌توان آن را با توافق تغییر داد. به سخن دیگر آیا قرارداد یا شرط ناظر بر فزونی سود بدون اینکه در مقابل کار اضافی باشد، صحیح است؟ با وجود ظاهر امری ماده مذکور، برخی حقوقدانان (کاشانی، ۱۳۸۸: ۹۶) با استناد به اصل آزادی قراردادی، ماده ۵۷۵ را غیرآمره شمرده‌اند و شرط پیش‌گفته را صحیح دانسته‌اند (برای نظر مخالف رک. امامی، ۱۳۷۴: ب: ۱۳۳).

۱. ماده ۸۳۸ قانون مدنی نیز مقرر داشته است: «موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند».

نمونه دیگر ماده ۶۱۴ قانون مدنی در مورد ودیعه است که مقرر می‌کند: «امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است، نمی‌باشد، مگر در صورت تعدی یا تفریط». لحن این ماده امری به نظر می‌رسد، اما با توجه به مواد ۶۴۰ و ۶۴۲ قانون مدنی در بحث عاریه، شاید در خصیصه امری آن تردید شود. زیرا از سویی به موجب ماده ۶۴۰ نیز در حکمی مشابه با ماده ۶۱۴ قانون مدنی، مستعیر فقط در صورت تعدی یا تفریط ضامن شناخته شده است. به موجب این ماده «مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی‌باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی». از سوی دیگر بر اساس ماده ۶۴۲ قانون مدنی «اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود، اگرچه مربوط به عمل او نباشد». برخی (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۱-۶۳؛ امامی، ۱۳۷۴ ب: ۱۷۳) با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی از نفوذ شرط ضمان امین در صورت عدم تعدی و تفریط سخن گفته‌اند و حکم ماده ۶۱۴ قانون مدنی را تکمیلی دانسته‌اند (برای نظر مخالف رک. نوین، ۱۳۷۸: ۵۹-۶۰).

## ۲.۲. نظریه عدم پذیرش شرط مخالف با قانون در موارد تردید

برخی (عابدیان، ۱۳۸۷: ۱۰۹) در زمینه تردید در امری یا تکمیلی بودن قوانین، اصل عدم نفوذ شرط مخالف با قانون را مرجح دانسته‌اند. پذیرش این نظر نیازمند نقد کارایی اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ قانون مدنی در موضوع اصل غیرامری بودن قوانین است.

### ۱.۲.۲. عدم کارایی اصل آزادی قراردادی<sup>۱</sup> با توجه به دخالت امری و روزافزون قانونگذار

یکی از انتقادهای وارد شده بر اصل غیرامری بودن قوانین، بر تحولات فلسفه حقوق مبتنی است. به اعتقاد برخی حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۷۶ الف: ۱۵۳) مبنای اصل امری نبودن

#### 1. Le principe de la Liberté Contractuelle

اصل آزادی قراردادی و به تعبیری اصل آزادی قراردادها، از نتایج حقوقی اصل حاکمیت اراده (Le principe de l'autonomie de volonté) است (Marty et Raynaud, 1988, p. 2).



قوانین، عقاید فردگرایان بوده است که دخالت قانونگذار در محدود کردن آزادی افراد را استثنایی می‌دانسته‌اند. به اعتقاد ایشان، از تاریخ تصویب قانون مدنی تا کنون، تغییرات فراوانی رخ داده است و دیگر نمی‌توان مداخله آمرانه قانونگذار را خلاف اصل دانست. در مقام تبیین و تأیید این استدلال از سویی همسان با برخی حقوقدانان (سنهوری، ۱۹۹۸: ۱۵۶-۱۵۸) باید اصل حاکمیت اراده را از قواعد مسلم مکتب حقوق فردی دانست. از دیدگاه این مکتب، اراده فرد نه تنها در ایجاد عقد و آثار آن، بلکه در همه روابط حقوقی، حاکمیت مطلق دارد و اراده آزاد افراد، منبع هر نظم حقوقی و منشأ همه التزامات است. این اراده در قلمرو قراردادهای و نیز در همه حوزه‌های حقوق خصوصی مانند خانواده، ارث، اموال و مالکیت و حتی در قلمرو حقوق عمومی، نقش تعیین‌کننده دارد. از سوی دیگر و همان‌گونه که در انتقاد از مکتب فردگرایی بیان شده (Terré et Simler, 1998, p. 25 et 384) امروزه اندیشه‌های فردگرایان دچار افول شده و تفکرات جمع‌گرایانه به دلیل تغییر شرایط اجتماعی و اقتصادی تقویت شده است. در این زمینه تحلیل مبانی حقوق به‌طور کلی و نیروی الزام‌آور قرارداد به‌طور ویژه، تحول یافته و حاکمیت اراده با تردید روبه‌رو شده است.

#### ۲.۲.۲. عدم دلالت ماده ۱۰ قانون مدنی بر اصل غیرامری بودن قوانین

مستند قانونی اصل آزادی قراردادی، ماده ۱۰ قانون مدنی بوده است و این ماده در مقام بیان اصل امری نبودن قوانین نیست. ماده ۱۰ قانون مدنی صرفاً از نفوذ قراردادهای خصوصی در فرض عدم مخالفت صریح با قوانین سخن گفته است؛ در واقع در مواردی که قراردادی با حکم قانون مغایرت دارد، ولی در امری بودن حکم قانون تردید است، نمی‌توان آن را خارج از مصادیق مخالفت صریح به‌شمار آورد و از عموم ماده مزبور نفوذ قرارداد را استثنا کرد. به سخن دیگر نمی‌توان از عموم دلیل در شبهه مصداقی بهره برد. وانگهی نکته مهم و شایان توجه این است که مقصود از مخالفت صریح چیست؟ آیا مخالفت صریح در جایی است که منعی درباره شرط یا قرارداد وجود داشته باشد؟ به‌عنوان نمونه آیا

برای تحقق مخالفت صریح قرارداد و شرط با قانون، لازم است قانونگذار تصریح کرده باشد که شرط انتقال ضمان معاوضی به مشتری قبل از تسلیم ممنوع است. یا اینکه مقصود از مخالفت صریح این بوده که حکم وضع شده به وسیله قانون با آنچه در قرارداد و شرط آمده است، کاملاً متفاوت باشد. مانند اینکه قانون، تلف مبیع قبل از تسلیم را موجب انفساخ قرارداد دانسته باشد و قرارداد، تلف مبیع قبل از قبض را موجب انحلال ندانسته باشد؟

به نظر می‌رسد مفهوم عدم مخالفت صریح، هر دو مورد را در بر گرفته است و فقط به مورد نخست ناظر نیست. بر فرض اگر در مورد مفهوم مخالفت صریح، شبهه مفهومی باشد، باز هم نمی‌توان به عموم ماده ۱۰ قانون مدنی استناد کرد. زیرا تمسک به اطلاق و عموم ادله در شبهات مفهومی و مصداقی پذیرفته نیست (رک. مظفر، بی‌تا: ۱۹۹ - ۲۰۶). به علاوه، مخالفت صریح با قانون، تنها محدودیت آزادی اراده در انعقاد قرارداد و شرط نیست، بلکه بر اساس ماده ۹۷۵ قانون مدنی، اخلاق حسنه و نظم عمومی نیز از محدودیت‌ها هستند و توجه به ملاک اصل ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی<sup>۱</sup> نیز در این زمینه بایسته است.

### ۳.۲.۲. اشکال دوری بودن استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی

از انتقادهای دیگر، نسبت به دلالت ماده ۱۰ قانون مدنی بر اصل غیرامری بودن قوانین، اشکال دور است (کاتوزیان، ۱۳۷۶ الف: ۱۵۳، پاورقی ۲). با این توضیح که در فرضی که شرط یا قرارداد، مخالف قانون بوده و در امری یا تکمیلی بودن قانون تردید است، از سویی رفع تردید نیازمند علم به نفوذ قرارداد خواهد بود، زیرا در این صورت می‌توان قانون را تکمیلی دانست. از سوی دیگر نفوذ قرارداد در متن ماده ۱۰ قانون مدنی، به آگاهی از عدم

۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

مخالفت قرارداد با قانون و به تعبیری تکمیلی بودن قانون موکول است و این امر مستلزم دور خواهد بود. بنابراین ماده ۱۰ قانون مدنی، برای تکمیلی بودن قوانین در موارد تردید کاربرد ندارد. اصل عدم مخالفت شرط با قانون نیز بنا بر آنچه در قسمت فقهی جستار بیان شد، پذیرفتنی نیست. بنابراین در صورتی که نتوان به اراده قانونگذار بر امری یا تکمیلی بودن قانون پی برد، اصل فساد و عدم تأثیر شرط جاری است (در تأیید نظر رک. عابدیان، ۱۳۸۷: ۱۰۹).

در مورد مثال‌هایی چون شرط اسقاط رجوع در وصیت و شرط انتقال ضمان معاوضی به مشتری قبل از تسلیم و شرط فزونی سود در شرکت بدون مقابله با عملی اضافی و شرط ضمان مستودع در صورت عدم تعدی و تفریط نیز باید گفت، اگر با بررسی موضوع و ضوابط مطرح درباره تمیز قواعد امری و تکمیلی، نتوان جانب تکمیلی بودن یا امری بودن را ترجیح داد<sup>۱</sup>، اصل عدم نفوذ شرط جاری خواهد بود. در واقع ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی اراده، امکان تعیین تکلیف در مورد کیفیت جعل قانونگذار از نظر تکمیلی یا امری بودن قاعده را ندارند. بنابراین با توجه به مجموع استدلال‌ها و پیشینه فقهی در موارد تردید در امری یا تکمیلی بودن قانون (و در نتیجه تردید در مشروعیت شرط) فساد شرط ترجیح دارد.

### نتیجه‌گیری

تردید در مشروعیت شرط، گاهی ناشی از تردید در وجود حکم شرعی یا قانونی مخالف است. در این فرض، در عرصه فقه و حقوق (پس از جست‌وجو در احکام شرعی و قانونی و عدم دستیابی به حکم مخالف) اصل صحت، اصل عدم وجود حکم مخالف و اصل برائت همگی شاید تردید در مشروعیت شرط را برطرف کنند، هرچند، اصل صحت بر

---

۱. بررسی شروط مذکور و احکام ذی‌ربط در فقه و حقوق، مجال دیگری می‌طلبد، به همین دلیل صرفاً از باب نمونه و برای تبیین بحث حاضر به آن اشاره شده است.

اصل استصحاب و اصل استصحاب بر اصل برائت مقدم است. اما هنگامی که حکمی قانونی یا شرعی وجود دارد و شرط با آن مخالف است، شاید تردید در الزامی بودن حکم مزبور، موجب تردید در مشروعیت شرط شود. در این فرض فقیهان و حقوقدانان برای ارائه معیارهایی تلاش کرده‌اند که با توجه به آن بتوان خصیصه الزامی یا عدم الزامی بودن احکام شرعی و قانونی را تشخیص داد. لیکن با توجه به پیچیدگی موضوع، در همه موارد تردید پایان نمی‌یابد. در چنین مواردی برخی فقیهان با استناد به اصل عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت و اصل عدم ثبوت حکم شرعی تغییرناپذیر از راه شرط، امکان استناد به عموم ادله وفای به شرط را پذیرفته‌اند و از نفوذ شرط سخن گفته‌اند. لیکن نظر اقوی این است که اصول پیش‌گفته به دلیل نبود شرایط استصحاب و مثبت بودن اصل، استنادپذیر نیست و باید با توجه به اصل فساد شرط، قائل به عدم نفوذ شرط شد. درباره تردید در حق یا حکم بودن نیز همین اصل جاری است. از نظر حقوقی برخی با استناد به اصل آزادی اراده و ماده ۱۰ قانون مدنی، اصل تکمیلی بودن قوانین و در نتیجه صحت شرط را پذیرفته‌اند و برخی از عدم نفوذ شرط سخن گفته‌اند. در این مورد نیز عدم نفوذ شرط اقوی است، زیرا نه تنها امروزه اصل آزادی اراده با محدودیت‌های فراوانی روبه‌روست، بلکه در شبهات مصداقی و مفهومی نمی‌توان به عموم ماده ۱۰ قانون مدنی استناد کرد. به علاوه، استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی برای تکمیلی دانستن قانون و در نتیجه صحت شرط و قرارداد مخالف با قانون مستلزم دور است، زیرا لازمه استناد به ماده برای نفوذ قرارداد، تکمیلی بودن قانون مخالف خواهد بود.

## منابع

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۶ق). *حاشیة المکاسب*، ج ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۹ق). *کفایة الاصول*، قم: مؤسسه آل‌البیت.
۳. آملی، میرزا هاشم (۱۳۹۵ق). *مجمع الافکار*، ج ۴، چاپخانه علمیه.
۴. اراکی، محمد علی (۱۴۱۴ق). *الخيارات*، ج ۱، قم: مؤسسه در راه حق.
۵. امامی خوانساری، محمد (بی‌تا). *الحاشیة الثانیة علی المکاسب*، بی‌جا: بی‌نا.
۶. امامی، سید حسن (۱۳۷۴ الف). *حقوق مدنی*، ج ۱، چ ۱۵، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۴ب). *حقوق مدنی*، ج ۲، چ ۱۵، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۸. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). *کتاب المکاسب*، ج ۶، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۹. \_\_\_\_\_ (بی‌تا). *فرائد الاصول*، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. ایروانی، علی (۱۴۰۶ق). *حاشیة المکاسب*، ج ۱، چ ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۱. بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقهیة*، ج ۳، قم: نشر الهادی.
۱۲. بحرالعلوم، محمد (۱۴۰۳ق). *بلغة الفقیه*، ج ۱، چ ۴، تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۱۳. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰). *حقوق تعهدات و قراردادهای با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی*، چ ۱، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۴۰). *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، رساله دکتری، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی و اقتصادی.
۱۵. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۰). *حقوق اموال*، چ ۵، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۶. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۲). *مجموعه محشی قانون مدنی*، چ ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.

۱۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۱). الفارق، دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج ۳، چ ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۸. حائری شاهباغ، سید علی (۱۳۸۲). شرح قانون مدنی، ج ۱، چ ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۹. حائری، مسعود (۱۳۷۳). مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، چ ۲، تهران: انتشارات کیهان.
۲۰. حیدری، سید علی نقی (۱۴۱۲ق). اصول الاستنباط، قم: شورای مدیریت حوزه علمیه قم.
۲۱. خمینی، سید روح الله (۱۳۸۵). الرسائل، ج ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۱ق). کتاب البیع، ج ۵، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۲۳. خمینی، سید مصطفی (۱۴۱۸ق). الخيارات، ج ۲، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۲۴. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ق). مصباح الأصول، ج ۳، چ ۵، تقریرات توسط سید محمد سرور حسینی بهسودی، قم: مکتبه الداوری.
۲۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۹ق). دراسات فی علم الأصول، ج ۴، قم: مؤسسه دائرةالمعارف اسلامی.
۲۶. \_\_\_\_\_ (بی تا الف). مصباح الفقاهة، ج ۲، بی جا: بی نا.
۲۷. \_\_\_\_\_ (بی تا ب). مصباح الفقاهة، ج ۳، بی جا: بی نا.
۲۸. \_\_\_\_\_ (بی تا ج). مصباح الفقاهة، ج ۷، بی جا: بی نا.
۲۹. خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصرالنافع، ج ۳، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۰. خوبی، سید محمد تقی (۱۴۱۴ق). الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود، ج ۱، بیروت: دارالمورخ العربی.

۳۱. روحانی، سید صادق (۱۴۲۹ق). *منهاج الفقاهه*، ج ۶، قم: انوار الهدی.
۳۲. سبحانی، جعفر (۱۴۲۳ق). *دراسات موجزة فی الخيارات و الشروط*، ج ۱، قم: مرکز العالمی للدراسات الإسلامیة.
۳۳. السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸م). *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، ج ۱، چ ۲، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۳۴. شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق). *کتاب نکاح*، ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
۳۵. شهابی خراسانی، محمود (۱۳۹۰). *قواعد فقه*، با تنقیح و مقدمه سید ابراهیم اشک شیرین، چ ۵، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.
۳۶. صدر، سید محمد باقر (۱۴۰۸ق). *مباحث الاصول*، تقریرات به قلم سید کاظم حائری، ج ۳، قم: مقرر.
۳۷. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۷ق). *بحوث فی علم الاصول*، ج ۶، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۳۸. صفایی، سید حسین و قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۸۴). *حقوق مدنی، اشخاص و محجورین*، چ ۱۰، تهران: سمت.
۳۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق. الف). *حاشیة المکاسب*، ج ۱، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۰. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۱ق. ب). *حاشیة المکاسب*، ج ۲، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۱. عابدیان، میرحسین (۱۳۸۷). *شروط باطل و تأثیر آن در عقد*، ویرایش دوم، چ ۱، تهران: جاودانه، جنگل.
۴۲. عراقی، آقا ضیاءالدین (۱۴۲۱ق). *حاشیة المکاسب*، قم: انتشارات غفور.
۴۳. علامه، سید مهدی (۱۳۸۷). *شروط باطل و تأثیر آن در عقود*، چ ۲، تهران: نشر میزان.

۴۴. فشارکی، سید محمد (۱۴۱۳ق). *الرسائل الفشارکیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۵. قاسم‌زاده، سید مرتضی، ره‌پیک، حسن و کیایی، عبدالله (۱۳۸۴). *تفسیر قانون مدنی، اسناد، آراء و اندیشه‌های حقوقی*، چ ۲، تهران: سمت.
۴۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶ الف)، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، چ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۴۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۰). *حقوق مدنی، عقود معین*، ج ۳، چ ۴، عطایا، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۴۸. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۲). *وصیت در حقوق مدنی ایران*، چ ۱، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۴۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵). *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع*، چ ۱۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵۰. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۶). *دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس‌هایی از شفعه - وصیت - ارث*، چ ۹، تهران: نشر میزان.
۵۱. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۲). *دوره حقوق مدنی، عقود معین*، ج ۴، چ ۷، عقود اذنی - وثیقه‌های دین، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵۲. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۶ ب). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، چ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۵۳. کاشف‌الغطاء، احمد (۱۴۲۳ق). *سفینه‌النجاة و مشکاة‌الهدی و مصباح‌السعادات*، ج ۳، چ ۱، نجف، مؤسسه کاشف‌الغطاء.
۵۴. کاشف‌الغطاء، حسن (۱۴۲۲ق). *انوار الفقاهه - کتاب النکاح*، چ ۱، نجف، مؤسسه کاشف‌الغطاء.
۵۵. کاشانی، سید محمود (۱۳۸۸). *قراردادهای ویژه*، چ ۱، تهران: نشر میزان.
۵۶. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۶۴). *حق و حکم و فرق میان آنها، فصلنامه حق*، شماره ۱: ۲۹-۳۸.



۵۷. لاری، سید عبدالحسین (۱۴۱۸ق). *التعليق على المكاسب*، ج ۲، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۵۸. مامقانی، عبدالله (۱۳۵۰ق). *نهاية المقال في تكملة غاية الآمال*، قم: مجمع الذخائر الإسلامية.
۵۹. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۶). *قواعد فقه، بخش مدنی ۲*، ج ۲، تهران: سمت.
۶۰. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۸). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، ج ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۶۱. محقق سبزواری، محمد باقر (۱۴۲۳ق). *کفایه الاحکام*، ج ۲، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶۲. مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوين الفقهية*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶۳. مظفر، محمدرضا (بی تا). *أصول الفقه*، ج ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۶۴. مقدس اردبیلی، احمد (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، ج ۸، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶۵. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۷). *استصحاب، با تصحیح ابوالفضل احمدزاده*، ج ۱، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۶۶. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۲۷ق). *رسائل الميرزا القمي، مشهد: دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان*.
۶۷. نایینی، محمد حسین (۱۳۶۸ق). *أجود التقريرات*، ج ۲، قم: انتشارات مصطفوی.
۶۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۷ق). *فوائد الاصول*، ج ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۸ق). *منية الطالب في حاشية المكاسب*، ج ۱، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۷۰. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۱ق). *منية الطالب في حاشية المكاسب*، ج ۳، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۷۱. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام*، ج ۲۳، بیروت: داراحیاء التراث العربی.

۷۲. نوین، پرویز (۱۳۷۸). *حقوق مدنی (۷)*، چ ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش.

۷۳. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۳). *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ج ۲، چ ۹، تهران: نشر میزان.

74. Marty, G. et Raynaud, P. (1988), *Droit civil, les obligations*, T. 1, 2<sup>o</sup> éd, Paris, Sirey.

75. Terré, F. et Simler, Ph. (1998), *Droit civil, Les obligations*, 5<sup>o</sup>éd, Paris, dalloz.