

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 16, Consecutive Number 34, Spring 2024
Issn:2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.

journal of
Studies in Islamic Law & Jurisprudence



Criteria and Effects of Split Contracts Headquarters in Imamieh and Subject Law of Iran

Bagheri Asl, Saeideh¹

1: Assistant Professor Department of Private Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran. (bagheriasl@iaut.ac.ir)

Abstract: One of the issues of contract law is the presentation of criteria and effects of the division of contracts according to Imamieh and Iran's subject rights. Therefore, the main question of the research is what are the criteria and effects of the division of contracts in Imamieh jurisprudence and Iran's subject rights? The present research seeks to answer this main question and its related questions, so that, while examining the theories of jurists and lawyers in this regard, it can be a criterion consistent with Iranian law To divide the contracts headquarters from Imamieh jurisprudence and Iran's subject rights by analytical and citation method. The autonomous theory of research in the criteria and effects of the division of contracts headquarters is the integration of different criteria under the criteria of opposition and non-contradiction of contracts with the required rules and laws of the book and the age of comparison and its works.

Keywords: Benchmark, Works, Split, Contract, Contracts.

- S. Bagheri Asl (2024). Criteria and Effects of Split Contracts Headquarters in Imamieh and Subject Law of Iran, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(34), 55-78.

[Doi: 10.22075/feqh.2022.27288.3269](https://doi.org/10.22075/feqh.2022.27288.3269)

فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۶ - شماره ۳۴ - بهار ۱۴۰۳

صفحات ۵۵ - ۷۸ (مقاله پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۲/۰۴/۲۶ - بازننگری ۱۴۰۲/۰۵/۳۱ - پذیرش ۱۴۰۲/۰۶/۰۱

معیار و آثار تقسیم مقررات قراردادها در حقوق امامیه و

موضوعه ایران

سعیده باقری اصل^۱

bagheriasl@iaut.ac.ir

۱: استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

چکیده: یکی از مسائل حقوق قراردادها، ارائه معیار و آثار تقسیم مقررات قراردادها منطبق بر حقوق امامیه و موضوعه ایران است. از اینرو، سؤال اصلی تحقیق آن است که معیار و آثار تقسیم مقررات قراردادها در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران چیست؟ تحقیق حاضر در صدد پاسخ این سؤال اصلی و سؤال‌های مرتبط فرعی آن برآمده است تا ضمن بررسی نظریه‌های فقیهان و حقوقدانان در این خصوص بتواند یک معیار منطبق بر حقوق ایران را نسبت به تقسیم مقررات قراردادها از فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران با روش تحلیلی و استنادی ارائه نماید. نظریه مختار تحقیق در معیار و آثار تقسیم مقررات قراردادها، تجمع معیارهای مختلف تحت معیار مخالفت و عدم مخالفت مقررات قراردادها با احکام و قوانین الزامی کتاب و سنت و ارائه آثار آن است.

کلیدواژه: معیار، آثار، تقسیم، قرارداد، مقررات.

- باقری اصل، سعیده (۱۴۰۳). معیار و آثار تقسیم مقررات قراردادها در حقوق امامیه و موضوعه ایران. مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، شماره ۳۴، صفحات ۵۵-۷۸.

Doi: [10.22075/feqh.2022.27288.3269](https://doi.org/10.22075/feqh.2022.27288.3269)

بیان مسأله

یکی از مسائل حقوق قراردادهای، ارائه معیار و آثار تقسیم مقررات قراردادهای منطبق بر حقوق امامیه و موضوعه ایران است. این مسأله، سؤال اصلی تحقیق حاضر نیز تلقی می شود. ضرورت تحقیق حاضر در مسأله مزبور این است که مسأله تحقیق تنها در لابلای مباحث فقهی و حقوقی مطرح شده است و تاکنون نسبت به آن تحقیقی صورت نگرفته است.

بررسی تحقیق حاضر نشان داد که معیارهای به دست آمده در این تحقیق را می توان از حقوق امامیه و موضوعه ایران از لابلای مباحث متون فقهی و حقوقی استخراج و اصطیاد نمود و به فقیهان امامیه و حقوقدانان ایران در پاسخ سؤال اصلی نسبت داد. این معیارهای اصطیادی عبارت اند از:

- معیار امری و تکمیلی در تقسیم مقررات قراردادهای؛
- معیار حق یا حکم در تقسیم مقررات قراردادهای؛
- معیار عمومی و اختصاصی در تقسیم مقررات قراردادهای؛
- معیار تسبیبی و غیر تسبیبی در تقسیم مقررات قراردادهای؛
- معیار موجب و عدم موجب تشریح در تقسیم مقررات قراردادهای؛
- معیار مخالفت و عدم مخالفت نظم عمومی در تقسیم مقررات قراردادهای؛
- معیار مخالفت و عدم مخالفت کتاب و سنت در تقسیم مقررات قراردادهای؛
- نظریه مختار در تقسیم مقررات قراردادهای.

هر کدام از این معیارها با روش تحلیلی و استنادی مستندسازی از منابع حقوق ایران، به ویژه اقوال فقیهان و نظریه های حقوق دانان بررسی شده و پاسخ سؤال تحقیق از منابع حقوق امامیه و موضوعه ایران تحصیل و رایه گردیده است. نتیجه این تحقیق، کاربردی است و کاربرد آن برای استادان، قضات و وکلای دادگستری خواهد بود و آثار آن، نقش مهمی را در تفسیر مقررات قراردادهای ایفا خواهد نمود.

۱- معیار امری و تکمیلی در تقسیم مقررات قراردادهای و آثار آن

یکی از معیارهای تقسیم مقررات قراردادهای، تقسیم آنها به امری و تکمیلی است (باقری اصل، ۱۳۹۹: ۱۰۰). این تقسیم مربوط به درجه اهمیت و اجبار ناشی از قانون است (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۶۵).

مقصود از مقررات امری قراردادهای آن است که تنها ناشی از اراده قانونگذار باشند و به عنوان احکام تأسیسی او محسوب گردند (قنوتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۲۱۴). یکی از آثار این تقسیم آن است که اراده طرفین قرارداد در مقررات امری قراردادهای برخلاف مقررات تکمیلی قراردادهای، مؤثر نمی‌افتد بلکه ممکن است حتی اثر معکوس داشته باشد؛ به این معنی که گاهی باطل است (قانون مدنی: ماده ۲۳۲) و گاهی حتی مبطل (قانون مدنی: ماده ۲۳۳)، زیرا قانونگذار تصمیم برخلاف این نوع مقررات را به طرفین قرارداد تجویز نکرده است (رای وحدت رویه شماره ۱۲۴۰ مورخ ۱۳۴۴). دلیل امری بودن این نوع از مقررات قراردادهای نیز همین مسأله دانسته شده است؛ برای مثال، بطلان بیع غرری یا بطلان جعل شرط مجهول در قرارداد از آثار مقررات امری قانونگذار هستند (قانون مدنی: ماده ۲۳۳).

مراد از مقررات تکمیلی قراردادهای آن نوع مقرراتی است که ناشی از اراده طرفین قرارداد باشند. یکی از آثار مقررات تکمیلی قراردادهای، این است که ناشی از اراده طرفین قرارداد بوده و قانونگذار اعمال اراده طرفین قرارداد را در وضع آنها تجویز کرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۶۵)؛ برای مثال، جعل شرط خیار یا اسقاط خیار در ضمن عقد لازم و یا تنظیم مفاد قرارداد طبق ماده ۱۰ قانون مدنی، از این نوع مقررات قراردادهای هستند و از آنجایی که اراده طرفین قرارداد، مکمل اراده قانونگذار در این نوع مقررات قراردادهای تلقی می‌شود، لذا به آنها مقررات تکمیلی قراردادهای اطلاق شده است (باقری اصل و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۱-۱۲).

البته قانونگذار بسیاری از مقررات تکمیلی قراردادهای را نیز پیش بینی کرده است. قانونگذار در اینگونه مقررات به دنبال آن است که یا اراده ضمنی طرفین قرارداد را

بیان کند و یا ترتیبی را که به نظر او برای طرفین قرارداد مفیدتر است، یادآور شود (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۶۵). اگر طرفین قرارداد مقررات ویژه ای را بر قرارداد خود تنظیم نمایند که برخلاف مقررات تکمیلی پیش بینی شده قانونگذار باشد مقررات وضعی طرفین قرارداد، جانشین مقررات پیش بینی شده قانونگذار خواهد شد. بنابراین، اثر دیگر مقررات تکمیلی قانونگذار در آنجا ظاهر خواهد شد که طرفین قرارداد مقررات ویژه ای را برای قرارداد خود وضع نمایند؛ در این صورت، آنان مکلف هستند مانند تبعیت از مقررات امری، از مقررات تکمیلی قانونگذار نیز تبعیت نمایند.

نقد و ارزیابی

اول: هرچند این معیار تقسیم مقررات قراردادهای را به دو بخش امری و تکمیلی توجیه کرده و آثار خاصی از آن نشأت می گیرد ولی به این سؤال پاسخ منطقی نمی دهد که چرا هر کدام از مقررات قراردادهای چنان آثار و ویژگی را دارند؛ یعنی چگونه است که در یک مقررۀ تنها اراده قانونگذار دخیل است ولی در مقررۀ دیگر، اراده طرفین قرارداد نیز مؤثر می افتد و چرا عکس آن اتفاق نمی افتد؟

دوم: آثار و ویژگی های امری یا تکمیلی بودن مقررات بعد از معلوم شدن امری یا تکمیلی بودن یک مقررۀ بدان متّصف می شود و پیش از معلوم شدن مقررۀ ای در امری یا تکمیلی بودن، چنان ویژگی و اثری به آن مقررات متّصف نیست و این ایراد، تقسیم مزبور را آشکار می سازد.

سوم: هرچند این معیار تقسیم مقررات قراردادهای به درجه اهمیت و اجبار مقررات قراردادهای مربوط می شود لکن ایراد معیار مزبور، در تشخیص درجه اهمیت و اجبار بین دو نوع مقررات امری و تکمیلی قراردادهای می باشد.

۲- معیار حق یا حکم در تقسیم مقررات قراردادهای و آثار آن

یکی دیگر از معیارهای تقسیم مقررات قراردادهای، تقسیم آنها به حکم و حق است. این تقسیم به ماهیت حقوقی مقررات قراردادهای توجّه دارد (قنوتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۲۱۴) و از سوی مشهور فقیهان ارائه شده است (شیخ انصاری، ۱۳۷۵: ۲۷۸).

مقصود آنان از این دو اصطلاح آن است که مقررات قراردادهای ناشی از حق است و یا ناشی از حکم. مقررات ناشی از حق، در قلمرو اراده طرفین قرارداد قرار دارد و مقررات ناشی از حکم، در قلمرو اراده قانونگذار است.

یکی از آثار این معیار آن است که این گروه از فقیهان، تخلف از مقررات قراردادهای ناشی از حق را در جعل شرط قراردادی و تنظیم مفاد قرارداد، جایز و تخلف از مقررات قراردادهای ناشی از حکم را در جعل شرط قراردادی و تنظیم مفاد قرارداد ممنوع اعلام نموده اند، مگر در موارد استثنایی که قانون خاصی در آن مورد وجود دارد (قنوتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۲۱۴).

در مورد حق و آثار آن می توان چنین توضیح داد که در قراردادها گاهی امری اعتباری بر عهده یکی یا هر دو طرف قرارداد، قرار می گیرد که با بعضی از قواعد و مقررات فقهی و حقوقی مغایرت دارد؛ در این صورت، اگر حکم وضعی از مواردی است که قانونگذار، زمام اختیار آن را تحت سلطه طرفین قرارداد گذاشته باشد؛ مثل آن چه در باب حقوق و اموال مشاهده می شود طرفین قرارداد می توانند برخلاف آن حکم، توافق کنند (نائینی، ۱۴۱۸: ۱۰۴/۲؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱/۱۴۴؛ خوئی، ۱۳۶۵: ۳۲۴/۷)؛ برای مثال، طرفین قرارداد می توانند حق فسخ قرارداد را که در قوانین پیش بینی شده است از خود سلب کنند؛ البته این قاعده تا جایی مجاز است که قانون خاصی بر منع تصرف حقوقی مورد نظر وجود نداشته باشد، زیرا در این صورت، تخلف از حکم خاص قانونگذار جایز نیست، نظیر فروش مصحف (قرآن) به غیر مسلمان، که شارع این کار را در شریعت اسلام ممنوع کرده است.

در مورد حکم و آثار آن می توان چنین توضیح داد که اگر حکم وضعی صرف حکم قانونگذار تلقی شود، یعنی در بردارنده حق و امتیاز برای طرفین عقد نباشد؛ نظیر حکم سهم هریک از ورثه و خویشاوندان متوفی که از ترکه وی مشخص شده و تخلف از آن حکم برای طرفین قرارداد، جایز شمرده نشده است مگر در مواردی که

دلیل خاصی بر جواز تغییر حکم با استفاده از شروط قراردادی وجود داشته باشد (همان)، نظیر شرط ارث زوجین در نکاح موقت که بعضی از فقیهان این شرط را مجاز دانسته اند (شیخ انصاری، ۱۳۷۵: ۲۷۸؛ نائینی، ۱۴۱۸: ۱۰۴/۲). این است که بسیاری از فقیهان، ویژگی جواز عقد جایز را حتی با توافق طرفین، قابل تغییر ندانسته و استدلال می کنند که جواز عقد جایز، نوعی حکم است (شیخ انصاری، ۱۳۷۵: ۲۷۸).

یکی از آثار این معیار تقسیم مقررات قراردادها آن است که هر مقررّه ای از مقررات قراردادها که ویژگی های حکم را داشته باشد اراده طرفین قرارداد در آن دخیل نیست بلکه تنها اراده قانونگذار در قلمرو آن دخیل است و هر مقررّه ای از مقررات قراردادها که ویژگی های حق را داشته باشد، اراده طرفین قرارداد در آن مؤثر است.

محققان برای تفکیک حق و حکم از یکدیگر در مقررات قراردادها به آثار و ویژگی های حق و حکم توجه کرده و بر این اساس، مقررات را تقسیم می نمایند. آثار و ویژگی های حکم عبارت اند از: ۱. قابل اسقاط نیست؛ ۲. قابل ارث ماندن نیست؛ ۳. قابل واگذاری و انتقال به غیر از طریق قرارداد نیست؛ ۴. قابل صرفنظر کردن و اعراض نیست.

همچنین آثار و ویژگی های حق عبارت اند از: ۱. قابل اسقاط است؛ ۲. قابل ارث ماندن است؛ ۳. قابل واگذاری و انتقال به غیر از طریق قرارداد است؛ ۴. قابل صرفنظر کردن و اعراض است. معنای آثار و ویژگی های یاد شده حکم این است که اراده طرفین قرارداد در ابعاد به شرح فوق مؤثر نمی افتد، در حالی که معنای آثار و ویژگی های مزبور حق این است که اراده طرفین قرارداد در ابعاد مشروح در بالا مؤثر می افتد.

نقد و ارزیابی

اول: هر چند مطابق این معیار، تقسیم مقررات قراردادها به دو بخش حکم و حق توجیه می شود، ولی به این سؤال پاسخ منطقی نمی دهد که چرا هر کدام از مقررات قراردادها چنان ویژگی ها و آثار را دارند؟ یعنی چگونه است یک مقررّه دارای ویژگی

و آثار حکم است و دیگری دارای ویژگی و آثار حقّ و چرا عکس آن اتفاق نمی افتد؟

دوم: آثار و ویژگی های حکم و نیز حقّ بعد از معلوم شدن حکم و حقّ یک مقررّه بدان متّصف می شود و پیش از معلوم شدن مقررّه ای در حکم بودن و یا حقّ بودن، چنان اثر و ویژگی به آن مقرّرات متّصف نیست و این مطلب، ایراد تقسیم مزبور را آشکار می سازد.

سوم: هر مقررّه ای که بر حقّ ناظر است، خودش نوعی حکم قانونگذار نیز تلقّی می شود. در اینجا حکم و حقّ باهم خلط می شوند و تفکیک آن دو با معیار مزبور ممکن نمی گردد.

چهارم: مشکل در معیار تشخیص بین حکم و حقّ در موارد استثنایی مقرّرات قراردادهاست: نظیر فروش مصحف (قرآن) به غیر مسلمان که شارع آن را ممنوع کرده است، و یا مثل شرط ارث زوجین در نکاح موقت که بعضی از فقیهان این شرط را مجاز دانسته اند (شیخ انصاری، ۱۳۷۵: ۲۷۸؛ نائینی، ۱۴۱۸: ۱۰۴/۲). سؤال در اینگونه موارد آن است که ماهیّت این مسأله را باید حکم تلقّی نمود و یا حقّ؟

۳- معیار عمومی و اختصاصی در تقسیم مقرّرات قراردادها و آثار آن

این معیار مقرّرات قراردادها را به عمومی و اختصاصی تقسیم می کند. مقصود از مقرّرات عمومی قراردادها همان مقرّرات اساسی و مشترک کلیه قراردادها هستند. قرارداد، بدون جریان و رعایت این مقرّرات، یا غیر نافذ می شود و یا باطل؛ به همین دلیل، به آنها مقرّرات اساسی، عمومی و مشترک قراردادها گفته می شود، زیرا در کلیه قراردادها به صورت مشترک جریان دارند؛ مانند اهلیت طرفین قرارداد یا جهت معامله؛ مراد از مقرّرات اختصاصی قراردادها، عبارت از مقرّراتی هستند که تنها در مورد یک قرارداد خاص، جاری می شوند، نظیر مقرّرات عقد رهن که تنها نسبت به عقد

رهن جاری می‌گردند و یا مقررات ویژه عقد اجاره که فقط در عقد اجاره جاری می‌شوند و همین‌طور هر عقدی یک مقررات اختصاصی دارد و این مقررات اختصاصی، هر عقدی را از عقد دیگر جدا می‌سازد و به هر عقدی هویت ویژه می‌بخشد. نتیجه بحث مزبور این است که هر عقد معینی، یک مجموعه مقررات اختصاصی به خود دارد که تنها به آن عقد خاص جاری می‌گردد و آن عقد را از عقد دیگر متمایز و جدا می‌کند و به این ترتیب، یک عقد، رهن نامیده می‌شود و عقد دیگر، اجاره نام می‌گیرد و عقد بعدی، بیع نام دارد و همین‌طور هر عقدی، نام و مقررات اختصاصی متفاوت از نام و مقررات اختصاصی عقد دیگر پیدا می‌کند.

یکی از آثار این معیار تقسیم مقررات قراردادهای، آن است که قانونگذار، توافق اراده دو طرف قرارداد را ملاک تحقق مقررات اختصاصی می‌شمارد اما مقررات عمومی، اساسی و مشترک قراردادهای را ناشی از اراده قانونگذار معرفی می‌کند و اراده طرفین عقد را در آن دخیل نمی‌داند.

نقد و ارزیابی

مشکل اساسی این معیار آن است که اعمال اراده طرفین قرارداد در بخشی از خود مقررات اختصاصی قراردادهای نیز تجویز نشده است؛ برای مثال، بیع غرری و بیع ربوی باطل است و نیز تغییر تعریف اجاره به تملیک عین مقابل عوض معلوم و یا تغییر تعریف بیع به تملیک منافع عین مستأجره مقابل عوض معلوم به طرفین عقد تجویز نگردیده است؛ بنابراین، اعمال این معیار در تفکیک ماهیت و آثار مقررات قراردادهای، مشکل جدی دارد.

۴- معیار تسبیبی و غیر تسبیبی در تقسیم مقررات قراردادهای و آثار آن

برخی فقیهان مقررات قراردادهای را با توجه با احکام وضعی در شریعت اسلام، به تسبیبی (تأییدی و ارشادی) و غیر تسبیبی (تأسیسی و تعبّدی) تقسیم کرده و در آثار این معیار تصریح نموده‌اند: خود شارع، اجازه داده است که اشخاص بنا بر مصلحت و

دلخواه خود در مورد مقررات تسبیبی قراردادها عمل کنند؛ اما چنین اختیاری را در مورد مقررات غیر تسبیبی قراردادها نداده است، زیرا مقررات غیر تسبیبی قراردادها اعتبارات ابتدایی و تأسیسی شارع هستند و اراده اشخاص به آنها راهی ندارد (انصاری، ۱۳۷۵: ۲۷۸؛ نائینی، ۱۴۱۸: ۱۰۵/۲؛ خمینی، ۱۴۱۰: ۱۶۶؛ خوئی، ۱۳۶۵: ۳۲۱/۷).

نقد و ارزیابی

اول: این معیار دارای ایراد مبنایی است. به این بیان که خود محققان در تأسیسی یا امضائی بودن مقررات قراردادها اختلاف دارند. تقریر محلّ نزاع محققان در این مسأله نشان می دهد که عقیده به تأسیسی یا امضائی بودن مقررات قراردادها مطلق نیست بلکه نسبی است، زیرا از یک طرف، فقیهانی که به تأسیسی بودن مقررات قراردادها رأی داده اند این رأی خود را نسبت به برخی مسائل قراردادها و نیز به بعضی از قراردادها ناظر دانسته اند؛ برای مثال، اینگونه فقیهان مسأله تأسیس را به مقررات عمومی قراردادها، عقود معین و نیز الفاظ آنها محدود نموده اند. صاحب «مسالک»، «ارشاد»، «قواعد»، «ریاض» و «غنیه» از این گروه فقیهان هستند (طباطبائی، بی تا: ۲۹۰). از اینرو، اینگونه فقیهان، اصل فساد را به قراردادهای نوین حاکم دانسته و قراردادهای نوین را مردود اعلام کرده اند. مشهور قدما بر این عقیده اند (علامه حلّی، ۱۴۱۲: ۱۷۰/۲؛ قمی، ۱۴۱۰: ۴۱/۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶۶/۴).

از طرف دیگر، آن عده از فقیهانی که مقررات قراردادها را امضائی می دانند، در قراردادهای نوین اختلاف نظر دارند. این گروه از فقیهان نیز امضائی بودن مقررات قراردادها را به عقود معین محدود کرده و اصل فساد را بر قراردادهای نوین به اعتقاد عدم ورود دلیل بر صحّت قراردادهای نوین، حاکم می دانند. اجماع قدما، مشهور فقیهان متأخر و برخی فقیهان معاصر امامیه از این دسته اند و علامه حلّی (۱۴۱۲: ۱۷۰)، میرزای قمی در رأی متقدم خود (میرزای قمی، ۱۴۱۰: ۴۱)، صاحب «ریاض» (طباطبائی، ۱۴۰۷: ۱۱۴/۲)، غروی اصفهانی صاحب «حاشیه المکاسب» (غروی

اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱/۱۴۴) و مؤلف «مفتاح الکرامه» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴/۱۶۶) از جمله آنها هستند.

البته گروه سوم از فقیهان که به امضائی بودن مقررات قراردادهای قائل اند مقررات مزبور را - علاوه بر عقود معین و متداول عصر شارع - شامل قراردادهای نوین نیز دانسته اند. برخی از فقیهان متأخر و بیشتر فقیهان معاصر از قبیل شیخ انصاری (انصاری، ۱۳۷۵: ۲۷۸)، نائینی (۱۴۱۸: ۱/۲۳۹) و خوانساری (همان)، طباطبائی یزدی (۱۴۰۹: ۲/۲۰۰)، نراقی (۱۴۰۸: ۷-۸)، امام خمینی (۱۴۱۰: ۱/۷۰)، خوئی (۱۳۶۵: ۲/۱۴۲)، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷: ۱۷۴)، مامقانی مؤلف «نهایه المقال» (مامقانی، بی تا: ۶) و صاحب «مناهل» (طباطبائی، بی تا: ۲۹۲) از این دسته اند.

دوم: هر چند این نظریه، مقررات تسبیبی و غیر تسبیبی قراردادهای را معیار تقسیم مقررات قراردادهای بیان کرده و ایرادی از این جهت بدان وارد نیست، ولی همیشه تشخیص این که کدام مقررّه تسبیبی است و کدام مقررّه غیر تسبیبی است، آسان نیست.

۵- معیار تشریح در تقسیم مقررات قراردادهای و آثار آن

در احکام تکلیفی و وضعی، قاعده ای را به این شرح می توان از منابع حقوق امامیه استنباط و اصطیاد کرده و به حقوق قراردادهای ایران انتساب داد و گفت: اگر مقررات قراردادهای موجب تشریح و دخالت در قانونگذاری شارع باشد، به طوری که طرفین قرارداد، حکم حلالی یا مباحی را حرام کنند و یا حکم حرامی و مکروهی را حلال نمایند بدون تردید، چنین امری باطل است. یکی از مستندات ادعای مزبور، روایت مشهور نبوی است که مقرر می دارد: «مسلمانان پایبند شروط و قراردادهای خود هستند مگر شروط و قراردادی که حرامی را حلال کند و یا حلالی را حرام نماید» (حرّ عاملی، ۱۳۸۷: ۱۲/۲۵۴)^۱.

۱. متن حدیث: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا».

مستند دیگر آن، روایت علی(ع) است که مقرر می‌دارد: «هر کسی شرطی را برای زوجه خود نماید باید به آن وفا کند، زیرا مسلمین پایبند شروط خودند مگر شرطی که حلال را حرام نماید و حرام را حلال کند» (حرّ عاملی، ۱۳۸۷: ۵۰/۱۵، حدیث ۴).^۱

مفاد این دو حدیث دلالت می‌کنند بر این که اگر مشروط، محرّم باشد، اشترط و التزام به آن موجب حلال کردن حرام است (شیخ انصاری، ۱۴۲۰: ۲۰/۶)؛ ولیکن اگر حوزه قرارداد طرفین در حکم الزامی که در بر دارنده امر و نهی است، نباشد بلکه آنها در حوزه مباحات به معنای عامّ - یعنی در حوزه مکروه، مستحبّ و مباح به معنی خاصّ - التزام به انجام ترک را شرط و قرارداد کنند، چنین قراردادی از دیدگاه مشهور فقیهان (قنوتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۲۱۸-۲۱۹) جایز است، زیرا چنین قراردادی سبب تشریع نمی‌شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۹۶/۲؛ شیخ انصاری، ۱۳۷۵: ۲۷۸؛ نائینی، ۱۴۱۸: ۱۰۵/۲؛ خمینی، ۱۴۱۰: ۱۶۷/۵؛ خوئی، ۱۳۶۵: ۳۲۰/۷) و این مطلب کشف از آثار این معیار نیز دارد.

بنابراین اولاً، مخالفت حلال و حرام در این معیار، اعم از مخالفت با احکام تکلیفی و وضعی است. هرچند تعبیر حلال و حرام در لسان فقیهان به احکام تکلیفی اطلاق می‌شود ولی اطلاق حرام به ممنوع و اطلاق جایز به حلال نیز در لسان فقیهان مستعمل است و ثانیاً، معیار تقسیم مقرّرات قراردادها در این نظریه، دخالت و عدم دخالت طرفین قرارداد با تشریع به شرح مزبور شارع است.

نقد و ارزیابی

ایراد این معیار تقسیم در آن است که نظریه های متعدّدی در نحوه جعل حکم وضعی وجود دارد و این تعدّد نظریه ها، مسأله را دچار اختلاف شدید بین فقیهان کرده است (باقری اصل، ۱۳۹۰: ۱۳-۱۷) به طوری که معیارسازی مطابق آن امری بسیار

۱. متن حدیث: «مَنْ شَرَطَ لِامْرَأَتِهِ شَرْطًا قَلِيفَ لَهَا بِهِ، فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا».

دشوار است. توضیح این که اصولیان در جعل حکم وضعی چندین مبنا دارند: بعضی از اصولیان جعل حکم وضعی را به طور مسقیم و مستقل پذیرفته اند، ولی در مقابل آنان برخی از اصولیان، هیچ حکم وضعی را قابل جعل مستقیم ندانسته اند. این گروه از اصولیان، حکم وضعی را همیشه، منتزاع از حکم تکلیفی تلقی کرده اند؛ برای مثال، زمانی که شارع، وفای به عقد را در آیه «أوفوا» (با دلالت مطابقی) واجب می کند ما حکم بطلان لزوم و صحّت همان عقد را به عنوان دو حکم وضعی از حکم وجوب وفای عقد (با دلالت التزامی عقلی) انتزاع و استنباط می کنیم (شیخ انصاری، ۱۴۱۹: ۶۰۱؛ همو، ۱۳۷۵: ۱۱۵).

برخی از اصولیان مقابل دو گروه یاد شده قرار گرفته و به نظریه تفصیل قایل شده اند، ولی آنان قول تفصیل را دو گونه تقریر نموده اند:

برخی، بین مصداق های حکم وضعی، تفصیل قایل شده اند به طوری که مصداق هایی را قابل جعل مستقل دانسته و مصداق هایی را قابل جعل مستقل ندانسته و حکم وضعی را از حکم تکلیفی قابل انتزاع به شرح فوق دانسته اند. این گروه از اصولیان، مثال نوع اول را ملکیت، زوجیت، حجیت، قضاوت، نیابت، حریت، و مثال نوع دوم را جزئیت یا شرطیت چیزی برای مأموریه معرفی نموده اند.

بعضی دیگر از اصولیان، بین انواع حکم وضعی تفصیل قائل شده و آنها را به سه دسته تقسیم کرده اند (مشکینی، ۱۳۴۸: ۱۱۸-۱۱۹): نوع اول را قابل جعل به حکم وضعی و دسته دوم را قابل جعل به حکم تکلیفی - که حکم وضعی از حکم تکلیفی استنباط می شود - و دسته سوم را نه قابل جعل مستقل و نه قابل انتزاع از حکم تکلیفی معرفی کرده اند (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۱۱۳-۱۴۲). این گروه نیز مثال نوع اول را ملکیت، زوجیت، حجیت، قضاوت، نیابت، حریت، و مثال نوع دوم را جزئیت یا شرطیت چیزی برای مأموریه، و مثال نوع سوم را سببیت مصالح نماز برای امر به نماز دانسته اند، زیرا این مطلب (یعنی سببیت مصالح نماز برای امر به نماز) امر تکوینی بوده و مقدم بر وجوب نماز است، لذا جعل تشریحی وضعی، معنی ندارد؛ چه برسد به انتزاع

آن از حکم تکلیفی که رتبه اش متأخر است (شیخ انصاری، ۱۴۱۹: ۶۰۱؛ همو، ۱۳۷۵: ۱۱۹).

۶- معیار نظم عمومی در تقسیم مقررات قراردادها و آثار آن

معیار نظم عمومی، مقررات قراردادها را بر اساس مخالفت و عدم مخالفت مقررات قراردادها با نظم عمومی تقسیم می کند.

در آثار معیار مزبور باید گفت: آن بخش از مقررات قراردادها که هیچ مخالفتی با نظم عمومی ندارند، به اراده طرفین قرارداد واگذار شده اند لکن آن بخش از مقررات قراردادها که مخالف با نظم عمومی قراردادها هستند، به کسی تجویز نشده است.

حقوق مدنی ایران نیز - به تبعیت حقوق امامیه - حفظ نظم عمومی را در مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی لازم دانسته و شروط ضمن قرارداد و نیز ابتدایی در قالب قراردادها را نوین به توافق اراده دو طرف عقد واگذار کرده و تراضی طرفین عقد را چنان که مخالف صریح قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه جامعه و عرف مسلم و رویه جاری نباشد، صحیح و معتبر دانسته و آنها را میان متعاقدین و قایم مقام آنان لازم الرعایه اعلام کرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱/۸۵؛ همو، ۱۳۸۳: ۳۲).

اخلاق حسنه، عبارت از مجموعه قواعدی است که در زمان و مکان معین توسط اکثریت یک جامعه، رعایت آنها لازم شمرده می شود و ضمانت اجرای آنها خود شرع و قانون است و یا عمل به آنها نیکو تلقی می گردد هرچند فاقد ضمانت اجرایی باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۲۰-۲۱ و ۳۸۲).

اصطلاح اخلاق عمومی، مطابق حقوق امامیه و موضوعه ایران نیز قرار گرفته است (قانون آئین دادرسی مدنی سابق: ماده ۶؛ قانون مدنی: مواد ۱۰ و ۹۷۵؛ قانون دفاتر اسناد رسمی: ماده ۵۲) و جزئی از حقوق و قواعد حقوقی راجع به زندگی قضایی قرار می گیرد، برخلاف اخلاق حسنه که مقابل حقوق و قواعد حقوقی راجع به زندگی قضایی قرار می گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۲۰-۲۱ و ۳۸۲).

گاهی از نظم عمومی قراردادهای به عدم مخالفت مقررات قراردادهای با عرف جامعه و رویه خردمندان (عقلا) تعبیر شده است، زیرا شارع بسیاری از مقررات عرفی و عقلایی را در باب معاملات امضاء کرده است، چنان که فقیهان رعایت آنها را از شرایط صحت عقد تلقی کرده اند (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۶: ۲۷۱؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۴۸۵-۴۸۴).

نقد و ارزیابی

اول: ایراد این معیار آن است که برخی قراردادهای نوین قابل استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی نخواهد بود؛ برای مثال، توثیق اسناد تجاری در قالب قرارداد مستحده برخلاف مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ ق.م است، زیرا این مواد رهن برای دین آینده را به طور صریح، باطل اعلام کرده اند، در حالی که رهن اسناد تجاری، عرف مسلم تجار تلقی می شود؛ همچنین ماده ۷۷۲ ق.م، قبض را شرط صحت عقد رهن مقرر کرده است، ولی در اسناد تجاری، قبض وجود ندارد و محل اسناد تجاری در ذمه رهن می باشد و نیز ماده ۷۷۴ ق.م، عین بودن مال مرهون را شرط صحت عقد رهن بیان نموده و رهن دین را باطل اعلام کرده است، ولی توثیق اسناد تجاری، رهن دین است؛ همچنین ماده ۷۸۷ ق.م، عقد رهن را از سوی مرتهن جایز دانسته است، ولی توثیق اسناد تجاری از سوی هر دو طرف عقد لازم است (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱/ش ۸۵ و ج ۳، ش ۵۴۹-۵۵۱؛ همو، ۱۳۸۳: ۳۲؛ رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور، ش ۵۰۸ مورخ ۳۱، ۳، ۱۳۳۲، شعبه سوم).

دوم: نظم عمومی مقررات قراردادهای حقوق عمومی قابل درک است، لکن این مسأله در قلمرو حقوق خصوصی و مدنی آسان نیست؛ به این استدلال که قراردادهای حقوق خصوصی روابط مدنی اشخاص با یکدیگر را تنظیم و ترسیم می کند و اراده طرفین قرارداد در این حوزه حاکم است تا نظم عمومی به معنای حقوق عمومی؛ بنابراین، مشکل در ترسیم مرزبندی بین مقررات حکم بر قراردادهای حقوقی عمومی و خصوصی است.

۷- معیار کتاب و سنت در تقسیم مقررات قراردادهای و آثار آن

بررسی اقوال فقیهان در باب روایات شروط ضمن عقد و مشروعیت مفاد قراردادهای نشان می‌دهد که یکی از معیارهای تقسیم مقررات قراردادهای، مخالفت و عدم مخالفت شرط قراردادی و مفاد قراردادهای با کتاب و سنت است؛ برای مثال، اگر طرفین قرارداد، ارث بردن اجنبی را در عقدی اشترای نمایند شرط به علت مخالفت با احکام ارث کتاب و سنت، باطل خواهد بود، زیرا کتاب و سنت چنین مطلبی را در بحث ارث تجویز نکرده است (شیخ انصاری، ۱۴۲۰، ۲۲/۶).

مقصود از مخالفت شرط قراردادی و مفاد قراردادهای با کتاب و سنت، عبارت از شرط قراردادی و مفاد قراردادهای به شرطی است که نتیجه آن با یکی از احکام و قوانین الزامی کتاب و سنت، مخالف باشد. طبق این معیار، شرط باطل، عبارت از شرطی است که با یکی از احکام و قوانین الزامی کتاب و سنت مخالفت می‌کند و شرط جایز، عبارت از شرطی است که با یکی از احکام و قوانین الزامی کتاب و سنت موافق است (علامه حلی، بی تا: ۱: ۲۴۷-۲۴۸؛ همو، ۱۴۱۱: ۸۹/۲-۹۰؛ شهید اول، ۱۴۰۶: ۱۳۰؛ شهید ثانی، بی تا: ۵۰۸؛ محقق حلی، ۱۴۱۵: ۲۸۸/۱؛ نجفی، ۱۳۸۱: ۱۹۹/۲۳) و به عبارت بهتر، با یکی از احکام و قوانین الزامی کتاب و سنت مخالف نباشد.

روایات متعددی - به شرح ادامه بحث - شرط قراردادی و مفاد قرارداد مخالف با یکی از احکام و قوانین الزامی کتاب و سنت را ممنوع کرده اند:

روایت صحیح ابن سنان مقرر داشته است: «هر کسی شرط مخالف کتاب خدا را [در قرارداد] با دیگری بکند، الزام شرط کننده بر شرط شونده در خصوص آن شرط، جایز نخواهد بود [، زیرا] مسلمین پایبند شروطی هستند که موافق کتاب خدا باشد» (حر عاملی، ۱۳۸۷: ۳۵۳/۱۲، حدیث ۲).^۱

۱. متن حدیث: «مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا مُخَالَفًا لِكِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، فَلَا يَجُوزُ [لَهُ] عَلَى الَّذِي اشْتَرَطَ عَلَيْهِ وَالْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ فِيمَا وَاَفَقَ كِتَابَ اللَّهِ».

«مسلمین پایبند شروط خودند مگر شرطی که حلال را حرام کند و حرام را حلال نماید» (همان: ۲۵۴).^۱

حدیث صحیح نبوی که از امام صادق (ع) نقل شده است: «اگر شرط غیر کتاب خدا، اشتراط شود، برای شرط کننده و شرط شونده عمل به آن، جایز نیست» (همان: ۴۷/۱۵، حدیث ۲).^۲

روایت صحیح حلبی: «هر شرطی که با کتاب خدا مخالف باشد، مردود است» (همان: ۴۴/۱۳، حدیث ۱).^۳

محمد بن قیس روایتی را از امام باقر (ع) چنین نقل می‌کند: «از آن حضرت سؤال شد که مردی با زنی ازدواج کرده و مهر او را پرداخت نمود و زن بر آن مرد، شرط کرد که حکم همبستری و طلاق در دست او باشد؟ حضرت جواب دادند: با سنت مخالفت شده و حقی و اگذار گردیده است که او اهل آن واگذاری نبوده است، لذا آن حضرت حکم فرمود: صداق او بر آن مرد و مقاربت و طلاق در اختیار مرد است و این حکم مطابق سنت است» (همان: ۴۰/۱۵-۴۱).^۴

ابراهیم بن محرز نقل می‌کند: «به امام صادق (ع) عرض کردم: زوج به زوجه اش گفت: امر تو در اختیار تو است. آن حضرت فرمود: این از کجاست؟ در حالی که خدا فرموده است: مردان برای زنان مدیرند» (همان: ۳۳۷/۱۵، حدیث ۶).^۵

تفسیر عیاشی از محمد بن مسلم و او از امام باقر علیه السلام نقل می‌کند: «امیرالمؤمنین علیه السلام در مورد زنی که مردی با او ازدواج کرده و برای او و خانواده

۱. متن حدیث: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا».

۲. متن حدیث: «أَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا سِوَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لَهُ وَلَا عَلَيْهِ».

۳. متن حدیث: «كُلُّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ فَهُوَ رَدٌّ».

۴. بخشی از متن روایت چنین است: «خَالَفَتِ السُّنَّةَ وَكَلِمَتِ حَقًّا لَيْسَتْ أَهْلًا لَهُ فَفَضَى أَنْ عَلَيْهِ الصِّدَاقَ وَبِيَدِهِ الْجِمَاعُ وَالطَّلَاقُ وَذَلِكَ السُّنَّةُ».

۵. متن حدیث: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: رَجُلٌ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَمْرُكَ بِيَدِكَ، فَقَالَ، عَلَيْهِ السَّلَامُ: أَنَّى يَكُونُ هَذَا! وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: أَلرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ (نساء: ۳۴).

اش چنین شرط نموده بود که اگر با زن دیگری ازدواج نماید، یا با او قهر کند، یا با کنیزی مقاربت نماید او طالق [یعنی طلاق داده شده] باشد، حکم کرد و فرمود: شرط خدا قبل از شرط آنهاست. اگر خواست به شرطش وفا نماید و اگر خواست زنش را نگهدارد و زن دیگر را اختیار کند و با کنیز مقاربت نماید و با او قهر کند. اگر زن شرط را مورد استناد قرار داد [جوابش این است که] خدای متعال می فرماید: آن چه از زنان برای شما پاکیزه است دو تا، سه تا، چهار تا نکاح کنید؛ کنیزکان برای شما حلال هستند و کسانی که خوف نشوز دارند» (عیاشی، ۱۴۱۸: ۲۴۰، حدیث ۱۲۱؛ حرّ عاملی، ۱۳۸۷: ۳۱/۱۵، حدیث ۶).

بخشی از روایات مزبور، یکی از مقررات قراردادهای را موافقت با کتاب و سنت بیان می دارند و بخشی دیگر روایات یادشده، یکی از مقررات قراردادهای را عدم مخالفت با یکی از احکام و قوانین الزامی کتاب و سنت اعلام می کنند.

هرچند عدّه ای از فقیهان با استناد به این روایات، موافقت مقررات قراردادهای را با کتاب و سنت لازم دانسته اند، ولی مشهور فقیهان صرف عدم مخالفت مقررات قراردادهای با یکی از احکام و قوانین الزامی کتاب و سنت را برای نفوذ و اعتبار شروط قراردادی و مفاد قراردادهای کافی دانسته اند (شیخ انصاری، ۱۴۲۰: ۲۲/۶؛ خمینی، ۱۴۱۰: ۱۵۸/۵-۱۵۷).

مراد از «کتاب الله» در این روایات، احکام و قوانینی است که خدای متعال برای بندگان خودش از طریق پیامبر در قرآن کریم قرار داده است. از اینرو، حدیث علوی یادشده، اشتراط طلاق را برای زوج او، مخالف کتاب و سنت قرار داده است چنان که روایت محمد بن سنان، اشتراط موافقت با کتاب الله را از شرایط صحت شرط، مقرر

۱. متن حدیث: «قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ، عَلَيْهِ السَّلَامُ، فِي امْرَأَةٍ تَزَوَّجَهَا رَجُلٌ وَ شَرَطَ عَلَيْهَا وَعَلَى أَهْلِهَا: إِنْ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا أَوْ هَجَرَهَا أَوْ أَتَى عَلَيْهَا سَرِيَّةً فَهِيَ طَالِقٌ، فَقَالَ، عَلَيْهِ السَّلَامُ: شَرَطُ اللَّهِ قَبْلَ شَرَطِكُمْ، إِنْ شَاءَ وَفِي بَشْرَطِهِ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ امْرَأَتَهُ وَ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا وَ تَسَرَّى وَ هَجَرَهَا إِنْ أَتَتْ بِسَبَبِ ذَلِكَ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: فَاتَّكَحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنَى وَ ثَلَاثَ؛ أَحَلَّ لَكُمْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ ... (نساء، ۳۴).

فرموده و آن چه را در کتاب نیست و یا موافق آن نمی باشد، باطل محسوب نموده است (شهید ثانی، بی تا: ۵۰۵).

مطابق نظر شیخ انصاری، بعید نیست که مراد از «موافقت یادشده»، عدم مخالفت آن با کتاب باشد؛ با این استدلال که آن چه مخالف کتاب الله به خصوص نیست موافق با عمومات کتاب الله و احکامی است که کتاب به آنها اجازه تصرف در مال، جان و ناموس داده است؛ لذا در این معنی و از باب مثال، شرط دوختن لباس فروشنده، موافق با کتاب الله است (شیخ انصاری، ۱۴۲۰: ۲۴/۶-۲۵).

یکی از آثار تقسیم مقررات قراردادهای به مخالف و عدم مخالف با کتاب و سنت این است که اراده دو طرف عقد را در موارد مخالف، محدود می کند و در موارد عدم مخالفت، آزاد می گذارد.

امتیازات این معیار نسبت به سایر معیارها

اول: این معیار در تفسیر روایات به عدم مخالفت شرط قراردادی و مفاد قرارداد با یکی از احکام و قوانین الزامی کتاب و سنت، مطابق نظر مشهور فقیهان است.

دوم: فقیهان این معیار را به عنوان یک قاعده و کبرای کلی قبول کرده اند هرچند گاهی در صغریات آن به اختلاف با یکدیگر پرداخته اند، ولی این قاعده و کبرای کلی در موارد زیادی مشکل تشخیص شرط باطل و جایز را در مقررات قراردادهای روشن کرده و در پی آن تقسیم مقررات قراردادهای را به مخالف و عدم مخالف کتاب و سنت ممکن ساخته است.

سوم: ایرادات معیارهای پیشین در این مشاهده نمی شود.

۸- نظریه مختار در تقسیم مقررات قراردادهای

نظریه تحقیق حاضر در تجمیع همگی معیارهای مزبور، تحت معیار مخالفت و عدم مخالفت با احکام و قوانین الزامی کتاب و سنت و استخراج این کبرای کلی در تقسیم مقررات قراردادهای است که مقررات قراردادهای، یا داخل اراده طرفین قرارداد است و یا خارج از اراده آنان.

آثار نظریه تحقیق این است که مقررات قراردادهای، در صورتی خارج از اراده طرفین قرارداد بوده که مخالف با احکام و قوانین الزامی کتاب و سنت باشد و گرنه اراده طرفین قرارداد، منطبق با احکام و قوانین الزامی کتاب و سنت خواهد بود.

مصادیق کبرای کلی مزبور، عبارت است از مخالفت و عدم مخالفت اراده طرفین قرارداد با: قانون، نظم عمومی، تشریح، مقررات امری، حکم و غیر تسمیسی؛ با این استدلال که همگی موارد مزبور به مخالفت و عدم مخالفت با احکام و قوانین الزامی کتاب و سنت بازگشت می کند؛ برای مثال، قانون مدنی ایران از حقوق امامیه اخذ شده است و مراد از عرف و عقلا نیز عرف و عقلایی است که کتاب و سنت، آنها را تأیید می کند (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۴۸۴-۴۸۵) و نظم عمومی قراردادها نیز مورد تأکید کتاب و سنت است و اگر مقررات قراردادی مخالف نظم عمومی باشد، مخالف کتاب و سنت نیز تلقی می شود؛ زیرا خود کتاب و سنت، رعایت نظم عمومی را از اوجب واجبات قرار داده است (باقری اصل، ۱۳۸۹: ۱۵۶)؛ بنابراین، تکثیر عامل کتاب و سنت به عوامل یاد شده، نوعی تمثیل مصداق با مفهوم در تقسیم بندی مقررات قراردادهای می باشد.

نتیجه گیری

در یک جمع بندی از نتایج تحقیق می توان گفت:

تنها معیار جامع و مانع تقسیم مقررات قراردادهای در حقوق ایران، معیار نظریه تحقیق است که کلیه معیارها را تحت عنوان خود تجمیع نموده است. مطابق نظریه تحقیق، تنها معیار تقسیم مقررات قراردادهای، همان مخالفت و عدم مخالفت مقررات قراردادهای با احکام و قوانین الزامی کتاب و سنت است. این معیار تقسیم، یک قاعده و کبرای کلی درست می نماید و مصادیق این کبرای کلی عبارت اند از: مخالفت و عدم مخالفت مقررات قراردادهای با: ۱- مقررات امری، ۲- مقررات عمومی، ۳- حکم شارع، ۴- مقررات غیر تسمیسی، ۵- نظم عمومی، ۶- تشریح. هرچند هر کدام از معیارهای مزبور

دارای ایراد باشد ولی اگر هر کدام از معیارهای فوق را مصداق کبرای کلی مخالفت و عدم مخالفت مقررات قراردادهای با احکام و قوانین الزامی کتاب و سنت فرض کنیم ایراد از بین خواهد رفت؛ از اینرو تقسیم مقررات قراردادهای در حقوق امامیه و موضوعه ایران مطابق یافته های این تحقیق پیشنهاد میشود.

منابع

- آرشبو حقوق کیهان (۱۳۵۲)، **مجموعه روبه قضایی** (آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور)، مجموعه سال های ۱۳۴۲ تا ۱۳۵۰، قسمت آرای مدنی، ج ۲ تهران: کیهان.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۳۷۵)، **المکاسب**، تبریز: اطلاعات.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۹ق)، **فرائد الاصول**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۲۰ق)، **المکاسب**، ج ۶، تنظیم گروه تحقیق آثار شیخ انصاری، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- باقری اصل، حیدر؛ باقری اصل، سعیده (۱۳۸۹)، **بررسی و تحلیل ماهیت توثیق اسناد تجاری با ماده ۱۰ ق.م.م.فقه و مبانی حقوق اسلامی**، ۶، ۱۳۸-۱۵۹.
- باقری اصل، حیدر؛ باقری اصل، سعیده (۱۳۹۹)، **آزادی اراده در جعل شرط فسخ در نکاح**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۲، ۸۱-۱۰۶.
- باقری اصل، سعیده؛ باقری اصل، حیدر؛ مسعودی، ناصر؛ شعاریان ستاری، ابراهیم (۱۳۹۶)، **ماهیت حق انصراف در قراردادهای الکترونیکی**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۷، ۷-۳۲.
- باقری اصل، حیدر (۱۳۹۰)، **احکام عمومی فسخ قانونی عقود لازم**، تبریز: دانشگاه تبریز.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (بی تا)، **الروضه البهیه فی شرح اللعنه الدمشقیه**، ج ۳، بیروت: دار العالم الاسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، **تفصیل و سائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۲ و ۱۳ و ۱۵، تصحیح: محمد رازی، بیروت: دار احیاء التراث.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، **العناوین الفقهیه**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حسینی عاملی، سید محمدجواد (۱۴۱۹ق)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، ج ۴، تحقیق: محمدباقر خالصی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۲ق)، **مختلف الشیعه فی احکام الشریعه**، ج ۲، تحقیق: لجنه التحقیق، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (بی تا)، **تذکره الفقهاء**، ج ۱، قم: المکتبه الرضویه لإحياء التراث الجعفریه.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۱۵ق)، **شرائع الاسلام فی ۵ سائل الحلال و الحرام**، ج ۱، بیروت: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۱ق)، **قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام**، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۱۰ق)، **کتاب البیع**، ج ۵، قم: اسماعیلیان.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۵)، **مصباح الفقاهه**، ج ۲ و ۷، تقریر: محمد علی توحیدی، قم: وجدانی.
- رأی شعبه سوم وحدت رویه دیوانعالی کشور، ش ۵۰۸ مورخ ۳۱، ۳، ۱۳۳۲.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۶)، **سؤال و جواب**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ق)، **العروه الوثقی**، ج ۲، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی (۱۴۰۷ق)، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طباطبائی (مجاهد)، سید محمد (بی تا)، **المناهل**، قم: مؤسسه آل البيت.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۰۶ق)، **اللمعه دمشقیه**، قم: دار الناصر.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۲ق)، **الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۲)، **موجبات ضمان**، تهران: میزان.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۶)، **آیات الاحکام**، تهران: مؤسسه مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی.
- عیاشی، نصر بن محمد (بی تا)، **کتاب التفسیر**، ج ۱، تصحیح و تعلیق: سید هاشم رسولی محلاتی، قم: مکتبه العلمیه الاسلامیه.
- غروی اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۸ق)، **حاشیه المکاسب**، ج ۱، تحقیق: محمد آل سباع، قم: دار المصطفی.

- قنوتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن؛ عبدی پور، ابراهیم (۱۳۷۹)، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، ج ۱، تهران: سمت.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، **مقدمه علم حقوق**، تهران: بهمن برنا.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، تهران: مدرّس.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، **قانون مدنی در نظم عمومی**، تهران: میزان.

- مامقانی، عبدالله بن محمد حسن (بی تا)، **نهایه المقال فی تکمله غایه الآمال**، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.

- مشکینی، علی (۱۳۴۸)، **اصطلاحات الاصول**، قم: حکمت.

- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، **جامع الشتات فی أجوبه السؤالات**، ج ۲، تهران: کیهان.

- نائینی، محمد حسین (۱۴۱۸ق)، **منیه الطالب فی شرح المکاسب**، ج ۲، تقریر: موسی نجفی خوانساری، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن (۱۹۸۱م)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۳،

تحقیق و تعلیق: محمد قوچانی، بیروت: دار إحياء التراث العربیه.

- نراقی، ملا احمد (۱۴۰۸ق)، **عوائد الایام**، قم: مکتبه بصیرتی.

