

سنخ‌شناسی احکام کتاب و سنت در تطبیق ضابطه مخالفت در قاعده شروط

محمد رضا خلیل زاده^۱

عباس کریمی^۲

چکیده: جایگاه مهم قاعده شروط، در فقه و حقوق تعهدات امری بدیهی است. فقره اخیر این قاعده به استثنای شروط مخالف با کتاب و سنت پرداخته است. شناسایی شروط مخالف کتاب و سنت و ارائه ضابطه‌ای که فقیه، حقوقدان و در مواردی دادرس را در تطبیق مخالف با کتاب و سنت بر مصادیق یاری نماید، بسیار راهگشا خواهد بود. عطف نظر به دسته‌بندی مهم احکام کتاب و سنت به وضعیه و تکلیفیه، و احکام تکلیفیه به الزامی و غیر الزامی، محقق را به وجود تفاوت در وجود ضابطه مخالف کتاب و سنت رهنمون می‌کند. در این مقاله نگارنده به سنخ‌شناسی احکام کتاب و سنت و ارائه ضابطه جهت بازشناسی شرط مخالف کتاب و سنت می‌پردازد.

کلیدواژه‌ها: شرط، مخالف کتاب و سنت، ضابطه، احکام وضعی، احکام الزامی، احکام غیر الزامی.

۱. دانش‌آموخته دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
(mrkhalilzadeh@gmail.com)

۲. استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
(abkarimi@ut.ac.ir)

مقدمه

قاعده شرط که روایت مشهور «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸: ۱۶): مسلمانان متعهد به شروطشان هستند مگر شرطی که مخالف کتاب الله باشد، مستند آن است، به صورت تفصیلی در دانش فقه و قواعد فقه مورد گفتگوی فقها واقع شده است. آنچه در این مقاله محل گفتگوست شرط مخالف با کتاب و سنت است که در ذیل روایت به عنوان استثنای از قاعده مطرح شده است. بنابراین بحث را فارغ از مباحثی چون شمول یا عدم شمول شرط، نسبت به شروط ابتدایی، عموم یا عدم عموم کتاب نسبت به احکام سنت (با توجه به اینکه فقط شرط مخالف کتاب در روایت اصلی ذکر شده است) صرفاً در تحلیل ضابطه تشخیص شرط مخالف با کتاب و سنت پی می گیریم.

ضرورت بحث از ضابطه مخالفت با کتاب و سنت گرچه روشن است، اما اهمیت آن با پذیرش نظری که ضابطه قواعد آمره و موارد غیرقابل قرارداد را مخالفت با کتاب و سنت می داند بیش تر روشن می شود.

در بررسی پیشینه این بحث به نظر میرسد اگرچه قاعده شرط از ابتدای تاریخ فقه مورد استناد فقها واقع شده است، اما در مواردی که شرط مخالف با کتاب و سنت نزد متقدمین مطرح شده است صرفاً در مصادیق تطبیق داده شده و ضابطه ای ارائه نشده است. در میان متأخرین می توان ملا احمد نراقی، میرزای قمی و نهایتاً شیخ انصاری را نام برد که به صورت جدی از ضابطه مخالفت با کتاب و سنت بحث کرده اند و در ادامه، فقها به خصوص در کتاب بیع و ذیل بحث از شروط یا در حواشی مکاسب این بحث را دنبال کرده اند.

در نوشته پیش رو، ابتدا، به این سؤال پاسخ داده خواهد شد که آیا مقصود از شرط مخالف، ملتزم است یا التزام یا هردو؟ آنگاه ضابطه مخالفت با کتاب و سنت از زوایای مختلف بررسی خواهد شد.

۱- مقصود از شرط مخالف، ملتزم یا التزام یا هر دو

شیخ انصاری این بحث را اینگونه مطرح کرده است که آیا آنچه نباید مخالف با کتاب و سنت باشد ملتزم است یا نفس الالتزام یا هر دو؟ به بیان دیگر، آیا علاوه بر خود شرطی (ملتزم) که التزام به آن صورت گرفته، ملتزم شدن به یک شرط (شرط به معنای مصدری) نیز نباید مخالف با کتاب

و سنت باشد؟ برای مثال شرطی مثل ترک ازدواج دوم، خودش مخالف کتاب و سنت نیست، اما التزام به آن مخالف با اباحه ازدواج دوم است. شیخ انصاری با نقد نظری که مخالفت شرط با کتاب و سنت را منحصر در معنای اول می‌داند و التزام به ترک مباح را منافی با اباحه آن نمی‌داند و در نتیجه برای مثال، شرط ترک ازدواج دوم، منافاتی با کتاب سنت ندارد، معتقد است استدلال مذکور موجب انحصار معنای مخالفت شرط با کتاب و سنت در معنای اول نیست، زیرا حتی اگر بگوییم التزام به ترک مباح، مخالف کتاب نیست اما التزام به فعل حرام علاوه بر مخالفت خود فعل با کتاب، مخالف کتاب است. بنابراین ممکن است التزام به شرطی مخالف کتاب باشد و شرط مخالف کتاب شامل این مصداق نیز هست. ضمن اینکه شواهدی از روایات وجود دارد که التزام به ترک مباح هم مخالف با کتاب است؛ مثل استثنای شرطی که تحریم حلال کند (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۳: ۱۳). در نقد استناد به این روایات در بررسی شرط ترک یا فعل مباحت بیش تر سخن خواهیم گفت.

نظر مقابل، مقصود از شرط مخالف را خود ملتزم می‌داند، یعنی شرط مخالف شرطی است که با قطع نظر از اشتراط مخالف با کتاب و سنت باشد، چرا که در غیر این صورت هر شرطی از این جهت مخالف خواهد بود، مگر شرط اتیان واجب و ترک حرام و عملاً موردی برای وجوب وفای به شرط باقی نخواهد ماند^۱ (موسوی خوئی، ۱۴۱۸، ج ۷: ۳۱۵ به بعد؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۵۱).

۲- ضابطه مخالفت

۲-۱- شرط مخالف احکام تکلیفی الزامی

شیخ انصاری احکام کتاب و سنت را به دو دسته تقسیم می‌کند: دسته اول احکامی هستند که برای موضوعاتشان فی نفسها و با قطع نظر از عروض هر عنوان دیگری ثابت هستند، مانند بسیاری از مباحت و مستحبات و مکروهات. از نظر شیخ، در این موارد ثبوت حکم دیگر برای موضوع تحت عنوان عارضی جدید، منافاتی با حکم اولی ندارد. دسته دوم احکامی هستند که برای موضوعاتشان بی‌قید و شرط و به صورت مطلق ثابت هستند و اینگونه نیست که برای موضوع با قطع نظر از عروض عنوان جدید ثابت باشند؛ مانند غالب واجبات و محرمات مثل وجوب نماز یا

^۱ برای دیدن نظری که صرفاً ظهور شرط در معنای مصدری را می‌پذیرد نک: (اصفهانی کمپانی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۱۲۷).

حرمت شرب خمر چه نذری برخلاف آنها منعقد شود، چه نشود. البته این احکام نیز نسبت به بعضی عناوین ثانوی مطلق نیستند. بنابراین، برای مثال در فرض حرجی بودن، وجوب یا حرمت اولیة آنها ساقط می‌شود، اما نسبت به عناوینی مثل نذر، شرط، قسم و امر پدر مطلق هستند و با این عناوین تغییر نمی‌کنند. در نهایت، ایشان فقط شروط مخالف با قسم دوم از احکام را مخالفت با کتاب و سنت می‌داند (انصاری، ۱۴۱۲، ج ۳: ۱۴). اشکالی که اینجا مطرح می‌شود مواردی مثل شرط ترک تزویج است، چرا که التزام به ترک تزویج مخالف با حکم مباح تزویج است و طبق تقسیم شیخ اباحه تزویج از احکام دسته اول بوده و مخالفت با آن در قالب شرط ضمن عقد جائز است. با این وجود در روایت این شرط به عنوان شرط مخالف کتاب و سنت و نامشروع تلقی شده است که در ادامه به تحلیل شروط مخالف با حکم اباحه (به معنای اعم از استحباب و کراهت) خواهیم پرداخت.

از نظر امام خمینی مانند سایر موضوعاتی که بر آنها احکام شرعیه مترتب می‌شوند، مرجع تشخیص مخالفت یک شرط با کتاب و سنت، عرف است و مفهوم مخالفت و عدم مخالفت، نزد عقلا امر مجهولی نیست تا نیاز به بیان ضابطه داشته باشد، چرا که در احکام تکلیفیة الزامیه شبهه‌ای نیست که شرط فعل حرام یا ترک واجب عرفاً مخالف کتاب و سنت است (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۵۴).

همچنین، اشتراط حرمت یک حلال یا حلیت یک حرام به روشنی مخالف کتاب و سنت است. مثل اینکه کسی شرط کند که همسرش بر او حرام باشد یا شرب خمر بر او حلال باشد (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۵۰-۱۴۸). در این فرض این تصور وجود دارد که چنین شروطی غیرمعقول هستند نه اینکه مخالف با کتاب و سنت باشند و در واقع به دلیل غیرمقدور بودن نامعقول و باطلند (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۳: ۲۲). اما به نظر می‌رسد این تصور صحیح نباشد (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۵۵) زیرا آنچه غیرمعقول است این است که طرفین شرط کنند که حکم خدا چنین باشد اما اینکه کسی از طرف خودش چیزی را حرام قرار دهد این شرط نامعقول نیست، اما مخالف کتاب و سنت است.

محقق خوئی شرط مخالف با کتاب و سنت را به سه دسته تقسیم می‌کند: دسته اول در جایی است که یکی از طرفین فعل حرامی را بر دیگری شرط کند، مثل قتل نفس که مخالفت این شرط با کتاب و سنت روشن است. دسته دوم در جایی است که به نحو نتیجه امری مثل طلاق یا تزویج یا ملکیت یا کالت در ضمن عقد شرط شود (شرط نتیجه). در این صورت باید مورد را ملاحظه

کرد اگر در شرع برای تحقق این شرط صرف اشتراط در ضمن عقد کافی است این شرط مخالف کتاب و سنت نخواهد بود و در غیر این صورت مخالف است، مثل اینکه زوجه شرط کند که اگر مرد همسر دوم اختیار کرد با تحقق عقد من مطلقه باشم. دسته سوم در جایی است که حکمی از احکام شرعیه در ضمن عقد شرط باشد، مثلاً زوجه شرط کند که با تحقق عقد، شرب خمر بر او حلال باشد یا ازدواج دوم مرد حرام باشد. این قسم از نظر ایشان اشتراط فعل غیرمقدور است و از این جهت باطل است و اما اشتراط فعل یا ترک مباح (به معنای اعم و شامل مکروه و مستحب) نافذ است (موسوی خوئی، ۱۴۱۸، ج ۷: ۳۱۵ به بعد). در جمع‌بندی این مطلب می‌توان گفت که شرط مخالف با احکام تکلیفی الزامی به اجماع فقها مصداق شرط مخالف کتاب و سنت است، مگر در موارد معدودی از عناوین ثانویه که عروض آنها موجب عدم صدق مخالفت با کتاب و سنت است.

۲-۲- شرط مخالف احکام تکلیفی غیرالزامی

نسبت به احکام تکلیفی غیرالزامی و مباحات بمعنی‌الاعم (مباحات، مکروهات و مستحبات) این نگاه وجود دارد که شرط ترک یا فعل آنها مخالف کتاب و سنت نیست، چرا که خود فعل و ترک مباحات جائز است و هنگامی که شارع انجام و ترک آنها را تجویز کرده است، اشتراط ترک یا فعل، اشتراط امری جائز است و این تحلیل حرام یا تحریم حلال محسوب نمی‌شود. بله، اگر شرط کند که یک امر حلال و مباح حرام شرعی باشد این شرط مخالف شرع و باطل است (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۵۵).

بنابراین اشتراط فعل یا ترک مباح (به معنای اعم و شامل مکروه و مستحب) نافذ است. امام خمینی مواردی در روایات را مطرح می‌کنند که ممکن است موجب توهّم عدم نفوذ اینگونه شروط و مخالفت آنها با کتاب و سنت باشد و درصدد پاسخ به این توهّم برمی‌آیند. روایت اول چنین است:

روایه العیاشی، عن ابن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضی أمير المؤمنين عليه السلام فی امرأه تزوجها رجل و شرط علیها و علی أهلها ان يتزوج علیها أو هجرها أو اتی علیها سریه فهی طالق، فقال علیه السلام: شرط الله قبل شرطکم ان شاء و فی بشرطه و ان شاء أمسک امرأته و تزوج علیها و تسرى و هجرها إن أتت بسبب ذلك، قال الله تعالى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ، الی آخره، و أحل لكم ما ملکت ایمانکم و اللّاتی تخافون نُشُوزَهُنَّ (عیاشی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۲۴۰).

امیرالمومنین^(ع) در باره زنی که مردی با او ازدواج کرده بود و شرط کرده بود که اگر درحالی که

آن زن همسر اوست با کسی دیگر ازدواج کند یا با او قهر کند یا کنیزی بگیرد آن زن مطلقه است، چنین حکم کرد که شرط خداوند قبل از شرط شماسست. بنابراین اگر مایل بود به شرطش وفا کند و اگر خواست آن زن را نگه دارد و در عین حال با دیگری ازدواج کند و کنیز بگیرد یا قهر کند، اگر موجبات قهر و هجران را آن زن انجام داده بود؛ چرا که خداوند در قرآن فرمود هر قدر که مایلید تا چهار زن اختیار کنید، بر شما کنیزانتان حلال است، و زنانی را که از نشوزشان می ترسید... همان طور که مشاهده می شود در این روایت ترک امور مباحی مثل ازدواج دوم در ضمن عقد شرط شده است و امام^(ع) این شروط را مخالف با کتاب معرفی می کنند.

روایت دوم روایت ابن عمار است: «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»: مؤمنان متعهد به شروط خود هستند مگر شرطی که حلالی را حرام کند یا حرامی را حلال کند. در این روایت نیز اشتراط الزام به یک امر مباح مستلزم حرمت ترک آن است و این مصداقی از تحریم حلال است. از نظر محقق خوئی این روایت از جهت سندی دچار ضعف است زیرا غیاث بن کلوب از راویان سلسله سند در رجال توثیق نشده است. از طرفی از جهت دلالتی، اگر هر شرطی که حلالی را حرام کند نافذ نباشد، هیچ مصداقی برای عمل به شروط ضمن عقد باقی نمی ماند و موجب لغویت ادله لزوم وفای به شرط خواهد بود. ضمن اینکه، این مضمون از نظر ایشان در غیر این روایت وجود ندارد. روایت اول نیز از جهت سندی به دلیل عدم ثبوت اعتبار تفسیر عیاشی، ضعیف است و از جهت دلالتی نیز مجمل است، چرا که در صدر روایت متعلق شرط، طلاق زوجه با فرض انجام امور مباحی مثل تزویج دیگر ذکر می شود، اما در ذیل روایت به آیاتی استناد می شود که گویا ترک این امور مباحه را نمی توان متعلق شرط قرار داد، نه اینکه از جهت مقدمه بودن برای طلاق که در صدر روایت ذکر شده دچار مشکل باشند. از این اشکال هم اگر بگذریم تعبیر «شرط الله» قبل «شرطکم» نسبت به مباحات معنا ندارد، چون خداوند نسبت به مباحات بر مکلفین شرطی نکرده است تا شرط الهی مقدم بر شرط مکلفین باشد. این سخن هم که خداوند مباحاتی را تشریع کرده است که راضی به تغییر آنها از حالت اباحه نیست گرچه ثبوتاً مشکلی ندارد اما قابل اثبات نیست و این دو روایت با توجه به نکاتی که ذکر شد نمی توانند این ادعا را اثبات کنند.

در نهایت، ایشان صرفاً عمومات ادله شروط را در این جهت معتبر می دانند و در نتیجه کلیه مباحاتی که از ناحیه شرط ضمن عقد، فعل یا ترکشان مورد تعهد قرار می گیرند، نافذ خواهند بود؛

چرا که مخالف کتاب و سنت نیستند و از ناحیه شارع شرط و تعهدی نسبت به این دسته از افعال از مکلفین اخذ نشده است تا وفای به آن واجب باشد (موسوی خوئی، ۱۴۱۸، ج ۷: ۳۱۵ به بعد).

بنابراین باید گفت شرط مخالف کتاب و سنت شرطی است که یکی از احکام کتاب و سنت را نقض کند و از ظاهر تعبیر به مخالفت برمی آید که این احکام اگر غیر الزامی باشند در واقع در حوزه اختیار مکلف محسوب می شوند. بنابراین شرط انجام یا ترک آنها مخالفت با کتاب و سنت نیست.

روایاتی مثل روایت تفسیر عیاشی یا روایات دیگر که برخی فقها از آنها عدم جواز اشتراط ترک یک مباح یا انجام یک مباح را استفاده کرده اند (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ج ۲: ۲۰۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۴: ۲۶۲ و ۱۴۱۰، ج ۴: ۱۷۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۵: ۴۵۶؛ طباطبایی حائری، بی تا: ۳۴۵) یا از جهت سندی دچار ضعف است^۱ و یا از جهت دلالتی مدعا را اثبات نمی کند و حتی در فرض تمام بودن سند و دلالت این روایات، باید به مورد نص در عدم جواز اشتراط فعل یا ترک آن امر مباح اکتفا کرد.

اما استثنای شروطی که تحلیل حرام یا تحریم حلال می کنند، با فرض صحت سند روایت، نسبت به شرط محلل حرام روشن است، چرا که دو مصداق واضح دارد: یک، شرط انجام حرام یا ترک واجب. دو، شرط حلال بودن یک امر حرام مثل شرب خمر.

اما روایت نسبت به شرط محرم حلال، مورد مناقشه واقع شده است که به نظر می رسد مصداق مسلم آن، حرام کردن یک امر حلال باشد. مثلاً کسی در ضمن عقد نکاح شرط کند که رابطه جنسی با همسر دیگرش بر او حرام باشد؛ اما شرط ترک یک امر مباح (به معنای اعم که شامل مستحبات و مکروهات می شود) مورد نظر روایت نیست؛ چرا که در این صورت اشتراط هر امری به نوعی تحریم حلال است، زیرا ترک شرط طبق روایت «المؤمنون عند شروطهم» جائز نیست.

بعضی از فقها همچون میرزای قمی در تحلیل این قسمت از روایت اینگونه گفته اند که تحریم حلال به این معناست که ترک کلی یک حلال (مباح) شرط شود و این مصداق تحریم حلال است (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ج ۲: ۹۱۹). در نتیجه این برداشت، برای مثال شرط ترک ازدواج حتی نسبت به یک فرد تأسیس قاعده ای کلی و مصداق تحریم حلال است. درحالی که در واقع، بین التزام به

^۱ برای بررسی ضعف سند روایت نک: (موسوی خوئی، ۱۴۱۷، ج ۷: ۳۱۷).

ترک یک عمل و حرام دانستن آن تفاوت وجود دارد. ضمن اینکه تعبیر ترک کلی یک امر مباح بسیار مبهم است و اگر جواز اشتراط را منحصر به موارد جزئی حقیقی بدانیم عملاً برای قاعده شروط موردی نمی ماند. برای مثال تصور کنید اگر کسی شرط کند که با زن خاصی ازدواج نکند؛ گرچه از جهت زوجه، ترک ازدواج جزئی شده است؛ اما باز هم از جهت زمان کلی است. اینکه آیا هیچ وقت با او ازدواج نکند یا مثلاً به مدت ده سال؟

بنابراین به نظر می رسد با فرض پذیرش سند این روایت، مقصود از تحریم حلال، منحصر در برداشتی است که بیان شد؛ یعنی طرفین شرط کنند که امر حلالی حرام باشد و این اشکال هم وارد نیست که چنین شرطی معقول نیست یا اینکه چنین شرطی مقدور نیست، همان طور که در بیان امام خمینی گذشت. با توجه به این تحلیل تفسیر ماده ۹۵۹ قانون مدنی (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۵۷۶؛ امامی، بی تا، ج ۴: ۱۵۸) باید به گونه ای باشد که در موارد محدودی شرط سلب حق استیفای حقوق مدنی غیر نافذ باشد. مثلاً مصداق واضح سلب کلی حق استیفا یا سلب قسمتی از حقوق مدنی جایی است که به همین نحو به صورت مبهم کسی حقوق مذکور را از خود سلب کند و بگوید من حق ازدواج را از خودم به صورت کلی سلب کردم. بنابراین تجاوز از این مقدار و منع مواردی مثل سلب حق ازدواج با کسی در قالب قرارداد مستقل یا در ضمن عقد نکاح بی دلیل است. ضمن اینکه ممکن است که در این فرض هم بین سلب این حقوق با شرط ترک یا توافق بر ترک این امور فرق بگذاریم و اولی را ممنوع و دومی را تجویز کنیم؛ چرا که اولی عبارت از سلب یک حق و قابلیت است، اما دومی تعهد به ترک یک فعل واستیفای یک حق است.

با چند مثال ضابطه به دست آمده با توجه به ادله را تطبیق می کنیم:

مثال اول: زوج بگوید حق ازدواج را به طور کلی از خود سلب می کنم.

مثال دوم: زوج بگوید حق ازدواج با خانم الف را به طور کلی از خودم سلب نمودم.

مثال سوم: زوج بگوید تعهد می کنم ازدواج نکنم.

مثال چهارم: زوج بگوید تعهد می کنم، با خانم ب ازدواج نکنم.

مثال پنجم: زوج بگوید ازدواج با خانم الف را بر خودم حرام کردم.

مثال ششم: زوج بگوید ازدواج را بر خودم حرام کردم.

در مثال های مزبور شرط یا قرارداد در مثال های سوم و چهارم صحیح و در مثال های پنجم و

ششم باطل است در مثال های اول و دوم اگر مقصود متعهد مثال های پنجم و ششم، یعنی ممنوعیت

بر نفس باشد باطل و اگر مقصود تعهد به ترک، مانند مثال‌های سوم و چهارم باشد، صحیح است.

۳-۲- شرط مخالف احکام وضعی

همان‌طور که درباره مخالفت با احکام تکلیفیه، دیدگاهی وجود داشت که مانند سایر موضوعاتی که بر آنها احکام شرعیه مترتب می‌شوند، مرجع تشخیص مخالفت یک شرط با کتاب و سنت را، عرف می‌دانست، درباره احکام وضعیه هم این دیدگاه وجود دارد. استدلال هم این بود که مفهوم مخالفت و عدم مخالفت، نزد عقلا امر مجهولی نیست تا نیاز به بیان ضابطه داشته باشد. احکام وضعیه‌ای مثل بودن امر زن یا امر طلاق در اختیار شوهر نیز از این قبیل است و نمی‌توان شرط کرد که مثلاً این دو در اختیار زن باشد، چرا که مخالفت با کتاب و سنت در احکام وضعیه صدق می‌کند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۵۴).

برای شناخت شرط مخالف احکام وضعیه عده‌ای از فقها احکام وضعیه را به دو دسته تقسیم کرده‌اند: دسته اول احکامی هستند که از ناحیه شارع با ملاحظه حال شخص و برای رعایت او جعل شده‌اند، چه آن شخص یک نفر باشد یا چند نفر باشند، مثل باب حقوق. در این حالت شخص مسلط بر حکم است. در نتیجه شرط وجود یا عدم این دسته از احکام وضعیه مخالف کتاب و سنت محسوب نمی‌شود، زیرا وضع و رفع این دسته از احکام به دست صاحب حق است حتی اگر آن حکم از ناحیه شارع جعل شده باشد. برای نمونه می‌توان به اغلب اختیارات اشاره کرد. دسته دوم احکامی هستند که جعل آنها از ناحیه شارع جهت رعایت حال اشخاص نیست، بلکه جعل آنها مثل سایر احکام تابع مصالح و مفاسد موجود در متعلقات است. برای مثال می‌توان به طهارت و نجاست اشاره کرد. شرط وجود یا عدم این دسته از احکام باطل است. اولی به دلیل عدم قدرت بر جعل و دومی به دلیل مخالفت با کتاب و سنت (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۲۶۳).

در جمع‌بندی می‌توان گفت که گرچه تشخیص مخالفت شرط با کتاب و سنت موکول به نظر عرف است، اما این منافاتی با واکاوی میزان و ضابطه قضاوت عقلا در تشخیص مخالفت ندارد. در دیدگاهی متفاوت به نظر می‌رسد احکام وضعیه نیز قابل تقسیم به احکام وضعیه الزامی و غیرالزامی هستند. احکام وضعیه الزامی احکامی هستند که اصولاً شارع در وضع آنها مکلف را الزام به تبعیت کرده، و اجازه مخالفت نمی‌دهد. در مقابل، احکام وضعیه غیرالزامی احکامی هستند که شارع پس از وضع آنها، رابطه مکلف را با این احکام به صورت الزام به آن حکم وضعی ملاحظه نکرده و

اجازه رفع آنها را داده است. بدیهی است که در دسته دوم از احکام وضعیه اصولاً شرط عدم این دسته از احکام، شرط مخالف کتاب و سنت نخواهد بود.

نتیجه گیری

۱. به نظر می‌رسد با توجه به ظهور روایت «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۵: ۱۲۷). مقصود از شرط در این روایت ملتزم و خود شرط است نه التزام و شاهد این موضوع روایاتی است که در آنها شرط بر ملتزم تطبیق شده است. بنابراین، این ادعا که مقصود از شرط مخالف کتاب، ممکن است علاوه بر ملتزم خود التزام نیز باشد، برخلاف ظاهر روایت است.

۲. شرط مخالف کتاب و سنت شرطی است که یکی از احکام کتاب و سنت را نقض کند و گرچه تشخیص مخالفت شرط با کتاب و سنت موکول به نظر عرف است، اما این منافاتی با واکاوی میزان و ضابطه قضاوت عقلاً در تشخیص مخالفت ندارد. از ظاهر تعبیر به مخالفت برمی‌آید که احکام کتاب و سنت اگر غیرالزامی باشند در واقع در حوزه اختیار مکلف محسوب می‌شوند. بنابراین شرط انجام یا ترک آنها مخالفت با کتاب و سنت نیست و این بیان در احکام وضعی و تکلیفی یکسان است. در واقع، احکام وضعیه نیز قابل تقسیم به احکام وضعیه الزامی و غیرالزامی هستند. احکام وضعیه الزامی احکامی هستند که اصولاً شارع در وضع آنها مکلف را الزام به تبعیت کرده، و اجازه مخالفت نمی‌دهد. در مقابل، احکام وضعیه غیرالزامی احکامی هستند که شارع پس از وضع آنها، رابطه مکلف را با این احکام به صورت الزام به آن حکم وضعی ملاحظه نکرده و اجازه رفع آنها را داده است. بدیهی است که در دسته دوم از احکام وضعیه اصولاً شرط عدم این دسته از احکام، شرط مخالف کتاب و سنت نخواهد بود.

۳. نسبت به احکام تکلیفی غیر الزامی، روایاتی مثل روایت تفسیر عیاشی یا روایات دیگر که برخی فقها از آنها عدم جواز اشتراط ترک یک مباح یا انجام یک مباح را استفاده کرده‌اند یا از جهت سندی دچار ضعف است و یا از جهت دلالتی مدعا را اثبات نمی‌کند و حتی در فرض تمام بودن سند و دلالت این روایات، باید به مورد نص در عدم جواز اشتراط فعل یا ترک آن امر مباح اکتفا کرد. بنابراین اشتراط فعل یا ترک مباح (به معنای اعم و شامل مکروه و مستحب) نافذ است.

۴. استثنای شروطی که تحلیل حرام یا تحریم حلال می‌کنند، با فرض صحت سند روایت، نسبت به شرط محلل حرام روشن است، چرا که دو مصداق واضح دارد: یک، شرط انجام حرام یا ترک واجب. دو، شرط حلال بودن یک امر حرام مثل شرب خمر.

اما روایت نسبت به شرط محرم حلال، مورد مناقشه واقع شده است که به نظر می‌رسد مصداق مسلم آن، حرام کردن یک امر حلال باشد. مثلاً کسی در ضمن عقد نکاح شرط کند که رابطه جنسی با همسر دیگرش بر او حرام باشد، اما شرط ترک یک امر مباح (به معنای اعم که شامل مستحبات و مکروهات می‌شود) مورد نظر روایت نیست؛ چرا که در این صورت اشتراط هر امری به نوعی تحریم حلال است.

با توجه به این تحلیل تفسیر ماده ۹۵۹ قانون مدنی باید به گونه‌ای باشد که در موارد محدودی شرط سلب حق استیفای حقوق مدنی غیر نافذ باشد. برای مثال اگر زوج بگوید حق ازدواج را به طور کلی از خود سلب می‌کنم یا بگوید حق ازدواج با خانم الف را به طور کلی از خودم سلب نمودم. اگر مقصود متعهد، ممنوعیت بر نفس باشد باطل و اگر مقصود تعهد به ترک باشد، صحیح است.

منابع

- اصفهانی، محمد حسین کمپانی. (۱۴۱۸ق.). حاشیه کتاب المکاسب، قم: أنوار الهدی، چاپ اول.
- امامی، سید حسن. (بی تا) حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیه.
- انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد. (۱۴۱۱ق.). کتاب المکاسب، قم: منشورات دار الذخائر، چاپ اول.
- بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی (۱۴۱۹ق.). القواعد الفقهیه، قم: چاپ اول.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق.). وسائل الشیعه، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۳۰جلدی، چاپ اول.
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد. (۱۴۱۹ق.). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خمینی، سید روح الله موسوی. (۱۴۲۱ق.). کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره) چاپ اول.

- شهید ثانی، زین الدین عاملی. (۱۴۱۰ق.). *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم: کتاب فروشی داوری.
- شهید ثانی، زین الدین عاملی. (۱۴۱۴ق.). *مسالك الافهام إلى تنقیح شرائع الاسلام*، قم: المؤسسة المعارف الإسلامیة.
- طباطبائی حائری، سید محمد مجاهد. (بی تا) *کتاب المناهل*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- عیاشی، محمد بن مسعود. (۱۳۸۰) *تفسیر العیاشی*، تهران: چاپ اول.
- فاضل مقداد، بن عبد الله سیوری حلی. (۱۴۰۴ق.). *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳) *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: نشر میزان، چاپ دهم.
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق.). *مصباح الفقاهة*، قم: کتاب فروشی داوری.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. (۱۴۲۷ق.). *رسائل المیزان القمی*، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان، قم: چاپ اول.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق.). *عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیة قم، چاپ اول.