

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۰
پاییز ۱۳۹۶، ۱۵۲-۱۳۳

بررسی فقهی انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط متعاقدين در حقوق بين الملل خصوصي*

حسین قافی^۱

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم و عضو هیئت علمی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

Email: hghafi@rihu.ac.ir

دکتر سید حسن وحدتی شبیری

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم

Email: vahdati11@gmail.com

چکیده

از جمله مباحثی که در حوزه حقوق بین الملل خصوصی مطرح است و درباره آن اختلاف نظرهایی وجود دارد، مسأله تعیین قانون حاکم بر قرارداد است. امروزه از منظر حقوقی بسیاری بر این باورند که براساس اصل حاکمیت اراده، طرفین می توانند قانون حاکم را خود انتخاب کنند.

در این مقاله عمدتاً بعد فقهی مسأله انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط متعاقدين، به صورت شرط ضمن عقد، مورد بررسی قرار گرفته و به این پرسش توجه شده که آیا چنین شرطی صحیح و معتبر است یا خلاف شرع و فاقد اعتبار؟ به نظر می رسد احکام و آثار مالی قراردادها نوعاً از احکام شرعی قابل تغییری به شمار می آید که طرفین می توانند به کمک شرط ضمن عقد و یا عقد صلح آن را تغییر دهند؛ از این رو در چنین مواردی انتخاب و تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین مجاز و معتبر خواهد بود. اما در مورد احکام غیر قابل تغییر یعنی قواعد آمره شرعی مانند اهلیت و قصد و رضا، انتخاب قانون حاکم توسط متعاقدين معتبر نیست و نمی توان اختیار تعیین قانون را به دست طرفین سپرد.

کلید واژه‌ها: قانون حاکم بر قرارداد، حاکمیت اراده، شرط ضمن عقد، شرط غیر مشروع، قواعد

امری، قواعد تکمیلی

* تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۷/۲۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۰۴/۰۵.

مقدمه

یکی از مباحثی که در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌شود، مسأله قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی است. در قراردادهایی که یک عنصر خارجی در آن وجود دارد، مثلاً یکی از طرفین عقد یا هر دو، از اتباع خارجی هستند یا محل انعقاد قرارداد و یا محل اجرای آن خارج از کشور است این موضوع مطرح می‌شود که قانون چه کشوری بر این قرارداد حاکم است. صحت، بطلان، شرایط، احکام، تعهدات و آثار عقد چه در مرحله انعقاد، چه در مرحله اجرا یا حتی در صورت عدم اجرا و ورود خسارات ناشی از نقض تعهد با توجه به کدام قانون بررسی می‌شود و مورد حکم قرار می‌گیرد؟ قانون ملی متعاقدین یا قانون محل وقوع عقد یا قانون محل اجرای تعهد و یا قانون انساب و یا اینکه براساس اصل حاکمیت اراده، طرفین می‌توانند قانون حاکم را خود انتخاب کنند.

در این مقاله در ضمن دو بخش ابتدا کلیاتی در مورد روش‌های تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی مطرح می‌شود و سپس به بررسی میزان اعتبار اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد از دیدگاه فقهی می‌پردازیم:

کلیاتی در مورد تعیین قانون حاکم بر قرارداد از منظر حقوقی

شیوه تعیین قانون حاکم در مورد قراردادهای بین‌المللی که در زمینه مسائل مالی و تجاری افراد منعقد شده است، با توجه به قواعد حل تعارض سیستم‌های حقوقی مختلف ممکن است متفاوت باشد، منظور از قواعد حل تعارض، قانون داخلی یک کشور است که راه‌حل مسأله و قانون حاکم بر دعاوی بین‌المللی که یک عنصر خارجی در آن دخیل است، را مشخص می‌کند؛ اعم از اینکه قانون ماهوی همان کشور را صالح بداند یا به قانون کشور خارجی ارجاع دهد.

بطور کلی در مورد تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی عمدتاً دو روش وجود دارد و قواعد حل تعارض کشورهای مختلف معمولاً به یکی از دو روش زیر قانون صالح را تعیین می‌کنند:

۱. بطور مستقیم و با روش عینی و جزمی بدون در نظر گرفتن اراده طرفین قرارداد.
۲. بطور غیر مستقیم و با روش ذهنی و شخصی و براساس اصل حاکمیت اراده (نیکبخت، ۱۳).

۱. روش عینی یا جزمی

در روش و ضابطه عینی یا جزمی، قانونگذار مستقیماً قانون حاکم بر قرارداد را معین می‌کند و در این رابطه به خواست و اراده طرفینی توجهی نمی‌شود، مثلاً ممکن است، قانون کشور محل انعقاد قرارداد به عنوان قانون صالح تعیین گردد؛ چنانکه اغلب سیستم‌های حقوقی کشورهای جهان تا اواسط قرن نوزدهم

این شیوه را پذیرفته بودند و در صدر ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران نیز آمده است: «تعهدات ناشی از عقود تابع محل وقوع عقد است» یا ممکن است قانون محل اجرای تعهدات و یا قانون متبوع طرفین، توسط قانونگذار، بر قرارداد حاکم گردد.

۲. روش ذهنی و شخصی

در روش ذهنی یا ضابطه شخصی، این اراده و خواست طرفین عقد است که می‌تواند قانون حاکم بر قرارداد را تعیین کند. قاعده حل تعارض به طرفین اجازه می‌دهد که فرد، قانون مورد نظر خویش را مشخص کنند و قرارداد منعقد را تابع آن اعلام کنند. این نظریه که مبتنی بر اصل آزادی و حاکمیت اراده است، برای اولین بار توسط «شارل دومولن» فرانسوی در قرن شانزدهم میلادی مطرح شد (الماسی، ۲۳۶؛ شیخ الاسلامی، ۱۷۵؛ شهیدی، قانون حاکم بر قراردادها، ۲۹۰). البته هرگاه طرفین صریحاً اراده خود را اظهار نکرده باشند و قانون حاکم را مشخص ننموده باشند باید به دنبال کشف اراده ضمنی آن‌ها بود و قانون حاکم را از طریق استنباط اراده ضمنی آن‌ها تعیین نمود (الماسی، همان). مثلاً در فرض عدم تعیین قانون حاکم، ممکن است محل وقوع عقد، قرینه‌ای بر اراده طرفین مبنی بر پذیرش قانون محل وقوع عقد تلقی شود یا امارات دیگری مانند اقامتگاه مشترک طرفین، تابعیت طرفین، زبان قرارداد و یا تعیین واحد پول کشور معین جهت پرداخت ثمن، دادگاه را در تشخیص اراده ضمنی طرفین یاری کند.

از نیمه دوم قرن نوزدهم به بعد ضابطه شخصی که مبتنی بر «اصل حاکمیت اراده» است در میان حقوقدانان و سیستم‌های حقوقی کشورهای مختلف بیشتر مورد اقبال و پذیرش قرار گرفت به گونه‌ای که امروزه در اکثر کشورها این روش برای تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی مورد توجه قرار می‌گیرد. البته بدیهی است این روش بصورت مطلق و بدون محدودیت پذیرفته نشده است بلکه استثنائات و محدودیت‌هایی هم برای آن در نظر گرفته شده است؛ از جمله می‌توان به مسائل مربوط به آئین دادرسی، موضوعات شکلی قرارداد، اهلیت طرفین، مسائل مربوط به نظم عمومی و قواعد آمره مقرر دادگاه، فرض تقلب نسبت به قانون و فرض انتخاب قانون کاملاً بدون ارتباط با سوء نیت اشاره کرد (نیکبخت، ۸ و ۴۷). شایان ذکر است که هر یک از دو روش عینی و شخصی دارای معایب و مزایایی هستند که پرداختن به آن از حوصله این نوشتار خارج است.

۳. روش‌های دیگر

علاوه بر دو روش عینی و شخصی ممکن است شیوه ترکیبی میان این دو روش نیز مطرح شود؛ به عنوان مثال اصل بر شیوه شخصی و «اصل حاکمیت اراده» طرفین قرار گیرد اما شیوه عینی و جزمی هم به صورت استثناء بر این اصل پذیرفته شود، مثلاً گفته شود که هرگاه طرفین، قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی خویش

را تعیین کرده‌اند همان قانون اعتبار دارد اما در صورت عدم تعیین قانون حاکم توسط طرفین، قانون محل وقوع عقد یا قانون محل اجرای عقد، حاکم خواهد بود.

یا برعکس، اصل را بر شیوه عینی و جزئی قرار دهند و شیوه شخصی را در موارد استثنایی بپذیرند، چنانکه ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه متعاقدین، اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمنی تابع قانون دیگری قرار داده باشند». روش دیگری که درباره تعیین قانون حاکم بر قرارداد می‌توان مطرح ساخت، روش حاکمیت قانون مناسب یا «قانون انسب» است. یعنی نه بر اساس روش جزئی، قانونگذار مشخصه یک قانون مثلاً قانون محل انعقاد عقد را معین می‌کند و نه بر مبنای روش شخصی و براساس احترام به حاکمیت اراده طرفین، قانون منتخب آنان، به عنوان قانون صالح تلقی می‌شود بلکه قانونگذار مقرر می‌دارد که در هر پرونده قاضی بررسی کند که مناسب‌ترین قانون نسبت به این قرارداد چه قانونی است یعنی نزدیک‌ترین و بیشترین ارتباط این قرارداد با قانون چه کشوری است (شهیدی، قانون حاکم بر قراردادها، ۳۰۱)؛ مثلاً اگر موضوع قراردادی در مورد اموال غیر منقول باشد طبعاً قانون محل وقوع ملک، ارتباط بیشتری با موضوع دارد و مناسب‌تر خواهد بود ولی در فرضی که طرفین به صورت تصادفی در نمایشگاهی در کشور دیگری با هم قرارداد منعقد کرده‌اند اما اجرای همه یا بخش عمده تعهدات ناشی از این قرارداد در کشور ثالث است بدیهی است که قانون محل وقوع عقد چندان ارتباط عمیق و معناداری با قرارداد ندارد بلکه در این فرض قانون محل اجرای عقد مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب سال ۷۶، اصل را بر حاکمیت اراده قرار داده و در صورت عدم تعیین قانون حاکم توسط طرفین، روش تعیین قانون انسب را مطرح کرده است. ماده ۲۷ این قانون مقرر می‌دارد:

«۱. داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد...»

۲. در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور براساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد...».

البته این قانون در مورد دعوای تجاری است که طرفین با تنظیم توافقنامه داوری رسیدگی به آن را به داوری موکول کرده‌اند نه اینکه رسیدگی در دادگاه صورت بگیرد، ولی با این وجود ممکن است با کمک تنقیح مناط بتوان حکم تعیین قانون حاکم بر قرارداد در فرض داوری را به فرض رسیدگی قضائی و دادگاه هم تسوی داد.

بررسی فقهی اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم

در بررسی بعد فقهی مسأله انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط متعاقدين، موضوع را می‌توان از این منظر نگریست که آیا متعاقدين حق دارند و می‌توانند در ضمن قرارداد، شرط کنند که چه قانونی حاکم بر قرارداد باشد و به عبارت دیگر آیا چنین شرطی صحیح و معتبر خواهد بود یا باطل و بلااثر تلقی می‌شود. آیا عموم «المؤمنون عند شروطهم» و «اوفوا بالعقود» شامل این شرط هم خواهد بود و طرفین را بدان ملزم خواهد کرد و حتی داور یا قاضی نیز باید بدان ترتیب اثر دهند یا اینکه این شرط خلاف شرع بوده و اعتباری ندارد.

در کتب فقهی برای صحت شروط ضمن عقد شرایطی مطرح شده است. مرحوم شیخ انصاری در کتاب شریف مکاسب در این زمینه هشت شرط را مطرح کرده است (انصاری، ۱۵/۶ به بعد). از میان شرایط مذکور آنچه که می‌تواند در بحث انتخاب قانون حاکم بر قرارداد دارای تأثیر باشد بحث مشروع بودن شرط و عدم مخالفت شرط با کتاب است که در ضمن بند اول به بررسی آن می‌پردازیم. همچنین از موضوعات دیگری که مطالعه و بررسی آن در این رابطه می‌تواند مفید و مؤثر باشد، بحث حق و حکم و تفاوت آن‌ها و نیز بحث تقسیم احکام شرع به تأسیسی و امضائی است که این دو موضوع در ضمن بند دوم و سوم مورد بررسی قرار می‌گیرد و در پایان هر قسمت از نتایج به دست آمده، برای موضوع تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین قرارداد استفاده خواهد شد.

بند اول: شرط نامشروع و شرط خلاف کتاب

برای لزوم مشروع بودن و عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت به روایات بسیاری که در حد استفاضه‌اند بلکه می‌توان ادعای تواتر معنوی را درباره آن‌ها مطرح کرد استدلال شده است (انصاری، ۲۲/۶؛ نراقی، ۱۲۹ به بعد) که از جمله می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد: «کل شرط خالف کتاب الله فهو رد» (حر عاملی، ۴۴/۱۳). «المؤمنون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب الله عز وجل فلا یجوز» (همان، ۳۵۳/۱۲) «من اشترط شرطه مخالفه لکتاب الله عز وجل فلا یجوز علی الذی اشترط علیه والمسلمون عند شروطهم فیما وافق کتاب الله» (کلینی، ۱۶۹/۵؛ حر عاملی، ۳۵۳/۱۲) «فان المسلمین عند شروطهم الا شرطه حرم حلالاً او احل حراماً» (شیخ طوسی، تهذیب، ۴۶۷/۷؛ حر عاملی، ۵۰/۱۵).

البته در برخی از این روایات علاوه بر عدم مخالفت، موافقت شرط با کتاب خداوند هم لازم دانسته شده است، اما می‌توان گفت در صورتی که شرطی به صورت خاص مخالف با آیات قرآن نباشد طبعاً مشمول عمومات قرآنی که مطلق تصرفات مباح را تجویز نموده است خواهد بود و با این بیان، موافق با قرآن به شمار می‌آید مثلاً شرط ساختن بنا یا دوختن لباس برای فروشنده یا خریدار چون مخالف آیات

قرآنی نیست، موافق آن محسوب می‌شود (انصاری، ۲۵/۶؛ محمد حسین اصفهانی، ۱۲۶/۵).

مخالفت شرط با کتاب هم به چند صورت قابل تصور است: گاه انجام عملی که ذاته از جهت تکلیفی حرام است در ضمن عقد شرط می‌شود مانند قتل یا ضرب دیگری و شرب خمر؛ اما گاه ثبوت وضعیت و یا حصول نتیجه‌ای که شارع آن را نمی‌پذیرد، شرط می‌شود مثل اینکه در ضمن قرارداد بیع شرط کنند که شخص بیگانه‌ای که هیچ‌گونه قرابتی با متعاملین ندارد، از آنان ارث ببرد یا شرط کنند انسان آزادی برده دیگری باشد که این شروط با احکام وضعی شرعی مخالف هستند.

فرض دیگر آنست که در ضمن عقد التزام به انجام عملی یا ترک عملی صورت گیرد که هرچند این عمل یا ترک فعل فی نفسه حرام نیست و از این جهت مخالفت با شرع ندارد اما التزام و پابندی به آن حرام و مخالف شرع است. در حقیقت این التزام، مصداق تحریم حلال و تحلیل حرام محسوب می‌شود و گویا به نوعی بدعت و تشریح بشمار می‌آید و لذا اینگونه شرط و التزام نیز باطل و حرام است (محقق داماد، قواعد فقه مدنی، ۶۸/۲). مثلاً اگر به وسیله قسم یا شرط ملتزم شود که تا پایان عمر یک عمل مباح مانند خوردن گوشت را ترک می‌کند این امر عرفی، تحریم حلال محسوب شده و قسم یا شرط مزبور باطل خواهد بود (بجنوردی، ۲۳۲/۳).

شیخ انصاری معتقد است احکام شرعی ممکن است به دو گونه برای موضوعات جعل شود: برخی از احکام برای ذات موضوع من حیث هو و صرف نظر از اینکه عنوان دیگری بر آن عارض شود یا نه، ثابت شده است که در این صورت منافاتی ندارد به واسطه عناوین دیگری که بر آن موضوع عارض می‌شود، حکم جدیدی هم برای موضوع ثابت شود. در این باره می‌توان مباحثات، مستحبات و مکروهات را مثال زد که اگر متعلق نذر یا قسم یا دستور پدر واقع شوند انجام یا ترک آن ممکن است حرام یا واجب شود.

اما برخی از احکام که برای موضوعات جعل شده، فقط برای ذات موضوع در نظر گرفته نشده بلکه این موضوع با لحاظ همه عوارض و عنوان‌های خارجی که ممکن است بر آن عارض شود متعلق حکم قرار گرفته است مانند اکثر واجبات و محرمات؛ که در این صورت ثبوت حکم دیگری برای این موضوع با حکم قبلی منافات دارد. البته عناوینی مانند ضرر و جرح مستثنا هستند و قطعاً می‌توانند حکم پیشین را تغییر دهند. سپس می‌فرماید: شرطی که متعاقبین در ضمن عقد مطرح می‌کنند اگر مخالف با دسته اول از احکام باشد، شرط مخالف کتاب محسوب نمی‌شود چون ادله و جوب و فایده به شرط منافاتی با حکم پیشین این موضوعات ندارد اما اگر شرط، مخالف با یکی از احکام دسته دوم باشد التزام به چنین شرطی مخالف کتاب بشمار می‌آید و باطل است (انصاری، ۲۶/۶ - ۲۷).

تقسیم احکام شرعی به دو قسم مذکور، شبیه تقسیمی است که در علم حقوق مطرح می‌شود و در آن

قوانین را به دو بخش قوانین امری یا قواعد آمره و قوانین تکمیلی یا تفسیری تقسیم می‌کنند. قوانین امری احکامی است که مرتبط با نظم عمومی بوده و نمی‌توان برخلاف آن توافق نمود. این دسته از قوانین مشابه دسته دوم از احکام شرعی است که با شرط و توافق قابل تغییر نیستند. اما قوانین تکمیلی مقرراتی هستند که مادامی که توافقی برخلاف آن‌ها صورت نگرفته لازم الاجرا هستند ولی می‌توان برخلاف آن توافق کرد. این قسم از قوانین مشابه دسته اول احکام شرعی هستند که می‌توان با کمک شرط مخالف، آن را تغییر داد.

شیخ در ادامه تصریح می‌کند که تشخیص اینکه حکمی که شرط ضمن عقد با آن اختلاف دارد، از مصادیق کدام دسته احکام است، مشکل و دشوار است و لذا مجتهد باید با دقت و تأمل در آیات و روایاتی که حکم موضوعات را بیان می‌کنند تشخیص دهد که آیا این حکم از احکامی است که می‌توان به کمک شرط، آن را تغییر داد یا قابل تغییر با شرط نیست در نتیجه شرط، باطل و بلااثر می‌شود (انصاری، ۳۱/۶).

سؤال مهمی که در اینجا مطرح می‌شود اینست که آیا طرفین قرارداد می‌توانند به وسیله شرط ضمن عقد، قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند و آیا چنین شرطی صحیح است یا خلاف شرع و باطل تلقی می‌شود؟ به بیان دیگر احکام و آثاری که در فقه و شریعت برای قراردادهای مطرح شده است جزء کدامیک از این دو دسته احکام شرعی است، احکامی که توافق بر خلاف آن جاز است یا احکام و قواعد آمره شرعی که نمی‌توان آنرا با شرط تغییر داد؟

در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت که توافق بر خلاف احکام و آثار قراردادهای نوعاً جاز است زیرا خود شارع مقدس اجازه خروج از تحت احکام و آثار مربوط به معاملات را داده است. شاهد مهمی که در این باره می‌توان مطرح کرد تشریح عقد صلح توسط شارع است. برخی از فقهای متأخر در تعریف عقد صلح گفته‌اند: «صلح عبارتست از تسالم و تراضی بر امری از قبیل تملیک عین یا منفعت، یا اسقاط حق یا دین و غیر این‌ها» (خوانساری، ۳/۳۹۲؛ ابوالحسن اصفهانی، ۲/۸۲) این تعریف هم شامل صلح دعوا می‌شود و هم صلح بدوی و ابتدائی را در بر می‌گیرد. هر چند فقهای پیشین تعریف خاص‌تری را برای عقد صلح مطرح کرده‌اند که تنها شامل صلح دعوا می‌شود، و بنا به تعبیر آنان «صلح عقدی است که برای فیصله دادن و قطع نزاع و مخاصمه تشریح شده است.» (عاملی، ۵/۴۵۴؛ محقق کرکی، ۵/۴۰۷؛ نجفی، ۲۶/۲۱۰؛ محدث بحرانی، ۲۱/۸۳) اما تصریح کرده‌اند که صلح ابتدائی نیز مشروع و معتبر است و برای مشروعیت همه اقسام صلح به ادله‌ای از آیات و روایات و اجماع استدلال شده است. (عاملی، همان؛ نجفی، همان؛ بحرانی، همان، ۸۴؛ نعمت‌اللهی، ۱۲۷).

بهر تقدیر متعاقدین می‌توانند با تمسک به عقد صلح به همان نتایج مطلوب در سایر عقود برسند بدون آنکه به احکام، آثار، تشریفات و شرایط خاص آن قراردادهای پایبند باشند، مثلاً می‌توانند با کمک عقد صلح

در عوض پرداخت مبلغی، مالک عینی شوند بدون آنکه به احکام و آثار عقد بیع ملتزم گردند. چنانکه ماده ۷۵۸ قانون مدنی نیز به این مطلب تصریح می‌کند. از آنجا که عقد صلح موضوع معینی ندارد و به جای همه عقود بجز عقد نکاح، می‌تواند مورد استفاده قرارگیرد بدین سبب برخی از فقها و حقوقدانان تعبیر «سید العقود و الاحکام» و «سرور قراردادهای» را درباره آن بکار برده‌اند (قزوینی زنجانی، ۱۰۶؛ جعفری لنگرودی، رهن و صلح، ۱۳۵؛ نعمت‌اللهی، ۱۵۰).

بنابراین از تشریح عقد صلح توسط شارع می‌توان دریافت که اکثر احکام و آثار مربوط به عقود معین از آن دسته احکامی است که می‌توان بر خلاف آن توافق نمود و به کمک شرط مخالف، از اجرای آن سرباز زد چنانکه می‌توان با تمسک به عقد صلح از آن فرار کرد و به تعبیر حقوقدانان از قواعد تکمیلی بشمار می‌آید نه قواعد امری. در نتیجه می‌توان پذیرفت که طرفین قرارداد هم حق تعیین قانون حاکم بر قرارداد خویش را بصورت توافقی و به عنوان شرط ضمن عقد دارند و این شرط، شرط مخالف با کتاب و سنت محسوب نمی‌شود. طبیعی است از نظر شرعی در این رابطه تفاوتی میان متعاقدین خارجی و اتباع داخلی وجود ندارد و لذا این حکم شامل قراردادهای بین‌المللی و داخلی هر دو می‌شود.

شایان ذکر است که مسائل مربوط به شرائط اساسی صحت قراردادها مانند اهلیت، مشروعیت جهت و قصد و رضا از این مسئله مستثنا هستند و از قواعد آمره شرعی و حقوقی بشمار می‌آیند و توافق بر خلاف آن صحیح نیست در نتیجه طرفین نمی‌توانند قانون حاکم در این زمینه را با توافق تعیین کنند. شاهد بر این امر آنست که حتی در عقد صلح هم که رعایت تشریفات و شرائط خاص سایر عقود در آن لازم نیست، وجود این شرائط اساسی، ضروری و لازم دانسته شده است. چنانکه فقها تصریح می‌کنند طرفین عقد صلح باید قصد تحقق صلح و رضایت نسبت به آنرا داشته و دارای اهلیت باشند همچنین مورد صلح باید مشروع باشد (کرکی، ۴۱۰/۵؛ محدث بحرانی، ۹۷/۲۱ - ۹۸). قانون مدنی ایران نیز در باب صلح در ضمن مواد متعدد اهلیت طرفین، مشروعیت مورد صلح، وجود موضوع صلح، وعدم وقوع اشتباه، اکراه و تدلیس را برای صحت و نفوذ عقد صلح لازم دانسته است (مواد ۷۵۳، ۷۵۴، ۷۶۲، ۷۶۳، ۷۶۴ و ۷۶۷ ق.م.).

البته تذکر این نکته خالی از فائده نیست که اگر در باب اهلیت یا دیگر شرائط اساسی معاملات، قانون منتخب طرفین، شرائطی بیش از شرائط مذکور در احکام شرعی و قانون داخلی ایران را مطرح ساخته باشد، طبیعی است که در این صورت پذیرش قانون منتخب، مخالفتی با شرع و قواعد آمره نخواهد داشت و لذا صحیح و معتبر تلقی می‌شود. به عنوان مثال بر اساس موازین فقهی و قانونی ایران، ممکن است دختر ۱۴ ساله، رشید بوده و دارای اهلیت باشد و طبعاً قراردادی که منعقد می‌کند صحیح و نافذ باشد. حال اگر قانون منتخب طرفین، سن ۱۸ سال را برای اهلیت لازم بداند و افراد کمتر از ۱۸ سال را محجور و فاقد اهلیت

تلقی کند و معاملات آنان را بدون اجازه ولی باطل محسوب دارد، در این فرض، پذیرش قانون منتخب، قواعد آمره شرعی و حقوقی را نقض نمی‌کند بلکه شروط حداقلی را که در فقه و حقوق داخلی مطرح شده به رسمیت می‌شناسد و شرط دیگری را به آن شرائط اضافه می‌کند، پس مخالفتی با قواعد آمره ندارد.

در مورد مشروعیت جهت، می‌توان گفت اگر جهت و انگیزه شرط، مشروع نباشد یعنی مثلاً انتخاب قانون حاکم به انگیزه فرار از قواعد آمره شرعی باشد؛ طبیعی است که چنین شرط و انتخابی معتبر نخواهد بود چون این امر فی نفسه مخالف با قواعد امری است، هر چند بنا به اعتقاد برخی حقوقدانان مشروعیت جهت که از شرائط اساسی صحت همه قراردادهاست، برای صحت شروط ضمن عقد، ضروری نیست (امامی، ۱/ ۲۷۲؛ شهیدی، شروط ضمن عقد، ۹۲ - ۹۳) البته اگر انگیزه انتخاب قانون، فرار از سایر احکام قراردادها باشد در اینصورت انگیزه و جهت، نامشروع تلقی نمی‌شود.

موضوع دیگری که در اینجا مناسب است مورد بررسی قرارگیرد، فرض وجود شک و تردید در نوع حکم شرعی یا قانون موضوعه است. شیخ انصاری در ادامه مباحث خود تصریح می‌کند که تشخیص اینکه حکمی که شرط ضمن عقد با آن اختلاف دارد، از مصادیق کدام دسته احکام است، دشوار است اما بهر تقدیر اگر در مسئله‌ای مجتهد پس از تحقیق در ادله احکام، در این زمینه به نتیجه‌ای دست نیافت و نتوانست تشخیص دهد که آیا این حکم از احکامی است که می‌توان به کمک شرط، آن را تغییر داد یا قابل تغییر با شرط نیست و در نتیجه شرط باطل می‌شود؛ در اینصورت باید اصل را بر عدم مخالفت بگذارد و شرط مشکوک را مخالف با کتاب و سنت به حساب نیاورد بلکه با رجوع به عموم «المؤمنون عند شروطهم» شرط مشکوک را صحیح و معتبر تلقی کند زیرا آنچه که از این عموم استثناء شده تنها شرطی است که مخالف کتاب باشد و در موارد مشکوک با اجرای «اصل عدم»، عدم مخالفت شرط احراز می‌شود. به عبارت دیگر در هر مورد که شک داشتیم که حکم به گونه‌ای جعل شده که غیرقابل تغییر با شرط است یا نه، اصل آن است که بصورت غیرقابل تغییر جعل نشده است (انصاری، ۶/ ۳۱). جمعی دیگر از فقها نیز همین نظریه را پذیرفته‌اند و در این زمینه تعابیر مشابهی دارند (مقدس اردبیلی، ۸/ ۱۵۰؛ نجفی، ۲۳/ ۲۰۳؛ عاملی، ۴/ ۷۳۱).

البته شیخ انصاری در جای دیگری از کتاب خود موضع دیگری در این باره اتخاذ کرده که مورد انتقاد محققین قرار گرفته است. وی در پایان بحث خیار شرط می‌نویسد: هر چند این خیار مختص به بیع نیست، اما اجماعی است که خیار شرط در ایقاعات جاری نمی‌شود سپس علت این امر را اینگونه بیان می‌کند که اشتراط خیار تنها در موردی جائز است که فسخ کردن آن از نظر شرعی جائز و ثابت باشد مانند عقود که درباره آن‌ها امکان فسخ طرفینی به وسیله اقامه و فسخ یکجانبه به وسیله خیار مجلس و غیره از جهت

شرعی ثابت است اما در مورد ایقاعات که مشروعیت فسخ آن معلوم نیست، خیار شرط هم نمی‌تواند فسخ آن را تجویز کند چون شرط قدرت ندارد چیزی که از نظر شرع سبب برای امری نیست، سبب قرار دهد و به عبارت دیگر شرط مشوع نیست. بنابراین در مورد شرط خیار فسخ در ایقاعات، چون مشروعیت فسخ مشکوک است، شرط خیار هم صحیح و نافذ نخواهد بود (انصاری، ۱۴۸/۵ به بعد).

این سخن شیخ انصاری مورد ایراد برخی از شارحان مکاسب قرار گرفته است. مرحوم آخوند خراسانی در حاشیه خود بر مکاسب می‌نویسد می‌توان گفت که در صحت و نفوذ شرط ضمن عقد، مشروعیت شرط، معتبر نیست بلکه همین مقدار که شرط از اموری باشد که از جهت عقلی اعتبار آن قابل پذیرش باشد و عرف نیز اشتراط آن را نافذ بداند کافی است زیرا عموم «المؤمنون عند شروطهم» شامل آن خواهد شد و بالجمله این روایت و امثال آن دلیلی بر آنست که شارع مقدس شروطی را که عرف می‌پذیرد به صورت عمومی امضاء کرده است، هر چند در هر مورد به صورت خاص و ویژه امضائی از شرع به دست ما نرسیده باشد. البته ممکن است گفته شود در مورد ایقاعات، عرف هم شرط فسخ را نپذیرفته است که در این صورت خیار شرط در ایقاعات جاری نخواهد بود (خراسانی، حاشیه مکاسب، ۱۸۱ - ۱۸۲).

طباطبایی یزدی نیز در حاشیه خود بر کتاب مکاسب در این باره می‌نویسد: اولاً عدم مشروعیت فسخ در ایقاعات ثابت نیست بلکه فی الجمله فسخ مشروع است؛ ثانیاً اینکه شیخ علم به مشروعیت را از شرایط صحت شرط دانسته‌اند مورد پذیرش نیست. زیرا اگر موضوعی با قطع نظر از شرط، فی نفسه غیر مشروع باشد منافاتی ندارد که به واسطه شرط کردن، مشروع و مجاز تلقی شود. نهایت امر این است که نیاز به دلیل دارد و در این راستا عمومات «المؤمنون عند شروطهم» می‌تواند به عنوان دلیل بر مشروعیت آن موضوع قرار گیرد البته مادامی که ثابت نشود که حکم از قبیل احکامی است که غیر قابل تغییر با شرط است. به عبارت دیگر هرگاه یقین کردیم که حکم، قابل تغییر با شرط نیست، شرط مخالف با آن باطل است اما تا زمانی که این امر مشکوک باشد و احتمال تغییر حکم به واسطه شرط وجود داشته باشد، می‌توان به عموم «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کرد و شرط مزبور را صحیح دانست. در مورد شرط خیار فسخ در ضمن ایقاع نیز مسأله همین طور است پس مقتضای قاعده این است که خیار فسخ در ایقاعات هم جاری باشد، هر چند اجماع مانع از جریان خیار فسخ در ایقاعات است (طباطبایی یزدی، ۳۲/۲). محقق همدانی نیز مشابه استدلال مرحوم سید را با بیانی دیگر مطرح می‌کند (همدانی، ۴۸۴).

البته اشکالی که بر کلام طباطبایی یزدی وجود دارد این است که با توجه به روایاتی که به صورت عام وفای به همه شروط را لازم دانسته و سپس شرط نامشروع یا خلاف کتاب و سنت را استثناء کرده است، اگر در موردی درباره مشروعیت یا عدم مشروعیت شرطی شک وجود داشته باشد، در حقیقت با یک شبهه

مصدیقی مواجه هستیم زیرا نمی‌دانیم این شرط از مصادیق شرط مشروع است یا نامشروع، و بنا به نظر مشهور اصولین متأخر، در شبهات مصدیقی، تمسک به عام، جائز نیست (خراسانی، کفایه، ۲۵۸؛ نائینی، ۵۲۵/۲؛ مظفر، ۱۳۹/۱؛ سبحانی، ۲۱۱/۱). پس در اینجا نمی‌توان به عموم «المؤمنون عند شروطهم» تمسک نمود؛ در نتیجه شرط مشکوک باطل خواهد بود مشابه این اشکال در تعبیر محقق ابروانی هم آمده است (ابروانی، ۲۷/۲).

ممکن است در پاسخ به این اشکال گفته شود که هرگاه شبهه مصدیقی در مورد افراد عام وجود داشته باشد یعنی شک داشته باشیم که این فرد اساساً از مصادیق عام هست یا خیر، در اینجا تمسک به عام صحیح نخواهد بود زیرا دلیل بیانگر حکم عام، موضوع خود را ثابت نمی‌کند. اما اگر دخول فردی در تحت عام ثابت و یقینی باشد ولی دخول آن در تحت مخصص مشکوک باشد، در اینگونه موارد می‌توان به عام استناد کرد و حکم عام شامل این مصداق مشکوک هم خواهد شد.

مثلاً هرگاه گفته شود که «دانشمندان را گرامی بدارید» و سپس مخصصی برای آن ذکر شود مثلاً بگویند «دانشمندان فاسق را احترام نکنید» در اینصورت اگر شک داشته باشیم که آقای «الف» دانشمند هست یا خیر، طبعاً مشمول حکم عام نخواهد بود و تمسک به عام در این شبهه مصدیقی صحیح نیست، اما اگر بدانیم که وی قطعاً دانشمندست ولی در فسق او شک داشته باشیم، در اینصورت چون دخول او تحت حکم عام قطعی است و تخصیص خوردن و خروج وی از حکم عام مشکوک است، می‌توان به دلیل عام تمسک نمود.

در بحث ما نیز هرگاه در صدق عنوان شرط بر مصدیقی، شک وجود داشته باشد، نمی‌توان به عموم «المؤمنون» استناد کرد و آن را صحیح و نافذ تلقی نمود اما اگر عنوان عام شرطیت بر آن صادق بود و تنها در مشروع یا نامشروع بودن شرط، شک داشته باشیم یعنی خروج این شرط از تحت حکم عام و اندراج آن در تحت مخصص مشکوک باشد می‌توان به دلیل عام تمسک نمود.

البته این پاسخ نیز قابل خدشه است زیرا در مواردی که با شبهه مصدیقی در مورد مخصص مواجه هستیم مانند فرضی که در فاسق بودن شخص دانشمندی تردید وجود دارد، در اینگونه موارد هر چند این شخص قطعاً تحت عموم دانشمندان داخل است اما با توجه به اینکه دلیل عام «لزوم احترام دانشمندان» تخصیص خورده، حجیت این عام تنها در مورد دانشمندان غیر فاسق ثابت است یعنی عام تنها در باقیمانده افراد (غیر از مصادیق خاص) حجیت و اعتبار دارد و دخول فرد مذکور در عام دارای حجیت، مشکوک است همچنانکه دخول او در تحت عنوان خاص هم مشکوک است پس در مورد او نه به دلیل خاص می‌توان تمسک نمود و نه به دلیل عام.

به بیان دیگر با توجه به اینکه عام تخصیص خورده است، به ویژه در فرض متصل بودن مخصص، گویا موضوع حکم عام از دو جزء تشکیل می‌شود: یکی دانشمند بودن و دیگری عدم فسق؛ و برای تمسک به عام باید هر دو جزء موضوع احراز شود. در مورد فرد مزبور هرچند عالم بودن او قطعی است اما عدم فسق او مشکوک است پس مشمول حکم عام نخواهد بود (نائینی، ۵۲۵/۲). شایان ذکر است در اینجا می‌توان با کمک اصل عدم، فاسق نبودن شخص را احراز کرد یا در بحث شرط، عدم مخالفت شرط با کتاب را احراز نمود، و در اینصورت تمسک به عام صحیح خواهد بود البته مرجع این اصل به «اصل عدم ازلی» است که برخی از اصولیین آن را نپذیرفته‌اند (بجنوردی، ۲۲۸/۳).

بهر تقدیر بنا به نظر کسانی که تمسک به عام در شبهات مصداقی را جائز می‌دانند و یا اصل عدم ازلی را معتبر می‌دانند، هرگاه شک شود که حکم شرعی که خلاف آن شرط شده از احکام قابل تغییر است یا از احکام غیر قابل تغییر، اصل بر آنست که حکم، قابل تغییر بوده و لذا شرط مخالف با آن، شرط خلاف شرع محسوب نمی‌شود و معتبر خواهد بود. نتیجه اینکه در اینگونه موارد مشکوک، تعیین قانون حاکم بر موضوع توسط طرفین قرارداد نیز جائز و معتبر خواهد بود.

در بعد حقوقی نیز به نوشته حقوقدانان در مواردی که در تکمیلی یا امری بودن قانونی تردید وجود داشته باشد هرگاه موضوع قانون مربوط به احکام و آثار مالی قراردادها باشد بر اساس استقراء و غلبه می‌توان گفت اصل بر آنست که آن قانون از قواعد آمره نبوده، بلکه از قوانین تکمیلی است و لذا توافق بر خلاف آن صحیح تلقی می‌شود، اما قوانینی که شرائط اصلی صحت و نفوذ عقد، مانند اهلیت و توافق اراده را بیان می‌کنند همچنین قواعد مربوط به احوال شخصیه و آثار نکاح اصولاً از قواعد آمره بشمار می‌روند. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱/ ۱۵۴ - ۱۵۵؛ جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ۳۸/۵) بنابراین در مورد احکام و آثار مالی قراردادها می‌توان اختیار تعیین قانون حاکم را بدست طرفین داد هرچند امری یا تکمیلی بودن قانون داخلی در مورد خاصی مشکوک باشد. به عنوان مثال هرگاه شک شود که حکم ماده ۳۸۷ ق.م. مبنی بر وقوع تلف مبیع قبل از تسلیم و قبض، از مال بائع و انفساخ بیع، از قوانین امری است یا تکمیلی، (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۳۰۵؛ امامی، ۱/ ۴۶۳) اگر قانون منتخب، خلاف این حکم را مقرر داشته باشد، پذیرش آن مانعی ندارد.

بند دوم: حق و حکم

موضوع دیگری که در بررسی حکم تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین عقد، می‌تواند دارای تأثیر باشد بررسی مسأله حق و حکم و تفاوت میان آنهاست. واژه حق در لغت کاربردی‌های مختلفی دارد

از جمله: امر ثابت، نقیض باطل، سزاوار، اسلام، قرآن، نام خداوند (ابن منظور، ۴۹/۱۰ به بعد؛ زبیدی، ۷۹/۱۳ به بعد؛ جوهری، ۴/۱۴۶۰ به بعد)

در اصطلاح فقها حق عبارتست از سلطنت اعتباری و توانایی که از طرف شارع برای انسان نسبت به شیء یا شخص دیگری جعل شده است مانند حق تحجیر، حق رهن، حق قصاص و حق خیار و در واقع حق مرتبه ضعیف و نازله ملک است (بحرالعلوم، ۱۳/۱ - ۱۴؛ طباطبایی یزدی، ۵۵/۱؛ محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۲۸ به بعد).

اما در تعریف حکم گفته شده که حکم عبارتست از قانونی است که از جانب خداوند برای تنظیم و ساماندهی زندگی انسان صادر شده است. این قانون گاه مستقیمه مربوط به اعمال انسانها می شود مانند وجوب نماز و روزه و حرمت قتل و سرقت و گاهی مربوط به امور دیگری است که در زندگی انسانها دخالت دارد مانند حکم به ملکیت اموال و زوجیت اشخاص (شهید صدر، ۱۲۳؛ قافی و شریعتی، ۲۹/۱). برخی از فقها نیز حکم را اینگونه تعریف کرده اند: حکم عبارتست از وضع و جعل تکلیف یا جعل وضعیتی از سوی شارع که به فعل انسانها از جهت ترخیص و منع یا از جهت ترتیب آثار، تعلق می گیرد، در نتیجه قابل اسقاط و قابل انتقال نیست (بحرالعلوم، همان؛ طباطبایی یزدی، همان). با توجه به تعاریف فوق، تقسیم حکم به تکلیفی و وضعی کاملاً واضح است.

تفاوت اساسی میان حق و حکم در اینست که حکم شرعی چون به دست شارع است، قابل اسقاط و انتقال نیست اما حق بطور معمول قابل اسقاط توسط ذی حق است و همچنین قابلیت نقل و انتقال به دیگری را دارد مانند حق خیار که هم در ضمن عقد و هم قبل از عقد قابل اسقاط است و هم در صورت فوت صاحب خیار در غالب موارد به ورثه منتقل می شود. البته مرحوم بحرالعلوم و سید طباطبایی برای حق اقسام گوناگونی مطرح کرده اند و حتی معتقدند که برخی از این اقسام قابل نقل و انتقال یا قابل اسقاط هم نمی باشد مانند حق ابوت، حق ولایت برای حاکم، حق وصایت و حق استمتاع از زوجه، هر چند ممکن است گفته شود که این موارد از مصادیق احکام شرعی است نه از مصادیق حقوق (طباطبایی یزدی، ۵۶/۱؛ بحرالعلوم، ۱۷؛ برای دیدن سایر تقسیمات حقوق ر. ک: حسینی، ۱۲۳ به بعد).

سید طباطبایی در ادامه متذکر می شود که در پاره ای از موارد تشخیص حق از حکم دشوار می شود و هرگاه در مورد موضوعی شک داشته باشیم که حکم است یا حق، اسقاط و نقل آن جائز نیست اما اگر بدانیم که از مصادیق حق است ولی شک کنیم که این حق شرعاً قابل اسقاط و انتقال هست یا نه، در صورتیکه عرفاً این قابلیت را داشته باشد با توجه به عموماتی مانند «اوفوا بالعقود»، «احل الله البيع»، «الصلح جائز»، «المؤمنون عند شروطهم» و «الناس مسلطون علی اموالهم»، باید آن را قابل اسقاط و قابل

انتقال فرض کنیم (طباطبایی، ۵۶/۱).

در پایان این قسمت، مطالب مطرح شده را می‌توان بر بحث انتخاب قانون حاکم اینگونه تطبیق نموده و جمع‌بندی کرد:

۱. طبیعت اولیه حقوق اینست که قابل اسقاط و قابل نقل و انتقال است بنابراین با کمک شرط ضمن عقد نیز می‌توان آن را ساقط کرد یا برخلاف آن توافق کرد و این شرط، خلاف کتاب نبوده بلکه معتبر و نافذ است. همچنین در این زمینه می‌توان با توافق طرفین قانون دیگری را انتخاب نمود که برخی از این حقوق را نپذیرفته یا با آن متفاوت است.

۲. هرگاه در موردی شک داشته باشیم که از مصادیق احکام است یا از مصادیق حقوق، نمی‌توان آن را از حقوق فرض نمود اما اگر ثابت شود که از حقوق است و عرفاً قابلیت اسقاط دارد ولی در قابلیت شرعی برای اسقاط این حق تردید وجود داشته باشد، با عنایت به عمومات آیات و روایات، آن حق، شرعاً نیز قابل اسقاط تلقی می‌شود. طبعاً در این موارد مشکوک تعیین قانون حاکم که احیاناً موجب اسقاط این حقوق می‌شود نیز جائز خواهد بود.

۳. در مواردی که ثابت شد مصداق حق نیست بلکه حکم شرعی است، چنانکه گذشت احکام شرعی خود دوگونه‌اند و تنها در مواردی که حکم قابل تغییر باشد، انتخاب قانون حاکم بر قرارداد جائز، صحیح و معتبر خواهد بود. اما در مورد قواعد آمره شرعی، قانون منتخب طرفین معتبر تلقی نمی‌شود.

بند سوم: احکام امضائی و تأسیسی

یکی از تقسیماتی که درباره احکام شرعی مطرح می‌شود، تقسیم احکام به تأسیسی و امضائی است. بخشی از احکام دین مبین اسلام از تأسیسات شرعی بشمار می‌آید مانند بسیاری از احکام مربوط به واجبات عبادی مثل نماز و روزه و حج و زکات. در باب عبادات معمولاً تعیین مفاد، ارکان، شرایط، توابع و آثار یک عمل عبادی از سوی شارع صورت می‌گیرد و سیره و رویه عرف در آن مداخلیتی ندارد؛ هرچند ممکن است اصل این عبادت در میان ادیان الهی پیشین هم وجود داشته باشد و در میان پیروان آن ادیان رایج بوده باشد؛ چنانچه واجباتی مانند نماز و روزه و زکات این چنین است و در آیات متعددی از قرآن کریم اشاره شده که در شریعت‌های سابق هم این عبادات وجود داشته است (مریم: ۳۲؛ ابراهیم: ۴۱؛ بقره: ۱۸۳) البته کیفیت و خصوصیات این اعمال در ادیان سابق، با کیفیت این واجبات در دین اسلام متفاوت است.

اما بخش عظیم دیگری از احکام شرعی احکامی است که پیش از این در میان عرف جامعه متداول بوده و شارع مقدس آن را تأسیس نکرده بلکه همان رویه عرفی پسندیده و مناسب را امضاء و تقریر فرموده

است. اکثر احکام در باب معاملات از این دسته‌اند زیرا پیش از تشریح دین اسلام نیز انواع تجارت و دادوستد، بیع، اجاره، قرض، وکالت، ضمان و نکاح وجود داشته است و اسلام همان معاملات را امضا و تأیید نموده است «اوفوا بالعقود». البته ممکن است پاره‌ای از احکام و آثار آن را نپذیرد یا تغییر دهد و یا از آن نهی کند چنانکه قرآن می‌فرماید: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَوَّمَ الزُّبَا» (بقره: ۲۷۵). در حالیکه بیع و ربا هر دو میان مردم آن زمان مرسوم بوده است یا در روایات صحیح آمده است «نهی رسول الله عن بیع المضطر وعن بیع الغرر» (حر عاملی، ۱۲/ ۳۳۰) یعنی شارع مقدس معامله ربوی و بیع غرری را نپذیرفته است. قابل ذکر است که احکام امضائی شرع منحصر در بحث معاملات نیست بلکه پاره‌ای از احکام مربوط به حدود و قصاص و دیات هم با تغییراتی از احکام امضائی محسوب می‌شود (عمید زنجانی، ۲/ ۲۲۰).

در تقسیم احکام به تأسیسی و امضائی عمدتاً این ثمره عملی مورد توجه قرار می‌گیرد که در باب احکام امضائی و به‌ویژه باب معاملات اصولاً سیره و روش عرف و عقلاً بسیار حائز اهمیت و دارای اعتبار است و اراده و اختیار افراد در باب معاملات از سوی شارع به صورت جدی به رسمیت شناخته می‌شود و درواقع رکن اصلی معاملات تلقی می‌شود اما در باب عبادات تنها اراده شارع مقدس است که باید مورد اطاعت و امتثال قرار گیرد و مکلفین در این رابطه اختیاری از خود ندارند. از این رو می‌توان گفت اصلی که در تعبیر حقوقی به «اصل آزادی قراردادی» موسوم است، در تعالیم شریعت اسلامی نیز مورد تأیید و پذیرش قرار گرفته است و لذا افراد، در انعقاد انواع قراردادهای خصوصی، عمومی، سیاسی و بین‌المللی آزاد هستند و در این راستا می‌توان به آیه شریفه «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱) و حدیث مشهور «المؤمنون عند شروطهم» و قاعده فقهی «العقود تابعه للقصد» استناد کرد (محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۲۶؛ قنوتی، وحدتی شبیری و عبدی‌پور، ۱/ ۲۰۱).

علاوه بر ادله مذکور، برای صحت و اعتبار توافق و تراضی میان افراد که در قالب عقد یا شرط حاصل می‌شود به آیات و روایات دیگری نیز استدلال شده است؛ از جمله آیات شریفه: «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منکم» (نساء: ۲۹)، «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَوَّمَ الزُّبَا» (بقره: ۲۷۵) «وإن كنتم علی سفر ولم تجدوا کتاباً فیهان مقبوضه» (بقره: ۲۸۳) همچنین برخی از ادله‌ای که برای صحت و مشروعیت صلح مطرح شده‌اند، صحت هر نوع تراضی را اثبات می‌کند هرچند مربوط به صلح دعاوی نباشد مانند آیه شریفه «والصلح خیر» (نساء: ۱۲۸) و روایت «الصلح جائز بین المسلمین الا ما حرم حلالاً او احل حراماً» (نوری، ۱۳/ ۴۴۳؛ برای مطالعه تفصیلی این ادله و سایر مستندات ر. ک: نعمت‌اللهی، ۵۱ به بعد).

شایان ذکر است هرچند درباره لزوم وفای به شروط ابتدائی یا عقود غیرمعین شرعی میان فقها

اختلاف نظر وجود دارد و بسیاری از متقدمین آن را انکار نموده‌اند، به‌گونه‌ای که حتی برخی از علما ادعای اجماع بر عدم لزوم وفای به شرط ابتدائی را مطرح کرده‌اند (بجنوردی، ۲۲۴/۵) اما در میان فقهای متأخر بزرگانی مانند ملا احمد نراقی و طباطبایی یزدی و ابوالقاسم خوئی شروط ابتدائی را نیز لازم الاجرا می‌دانند (نراقی، ۱۴۲؛ طباطبایی یزدی، ۴/۲ و ۱۰۶، ۱۱۷؛ خوئی، ۲۹۷/۷ - ۲۹۸؛ محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۲۷). امام خمینی هم معتقدند هرچند متبادر از واژه شرط در عبارت «المؤمنون عند شروطهم»، شرط ضمن عقد است اما عرفاً می‌توان با الغای خصوصیت، حکم آن را به مطلق قراردادها و شروط ابتدائی نیز تسری داد (امام خمینی، ۸۹/۱؛ نعمت‌اللهی، ۶۳).

در رابطه با بحث انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط متعاقدين، از نتایج به دست آمده در مباحث پیشین می‌توان اینگونه استفاده کرد که از آنجا که باب قراردادها و معاملات نوعاً از احکام امضائی شرع است و شارع مقدس نیز در این باب تراضی و توافق حاصل از اراده آزاد طرفین قرارداد را به رسمیت شناخته است و با توجه به اینکه تعیین هر شرطی در ضمن عقد و یا حتی خارج از عقد و بصورت شرط ابتدائی، صحیح و نافذ است مگر شرایطی که بدانیم خلاف احکام و قواعد آمره شرعی هست، و از سوی دیگر مادامی که شک وجود داشته باشد که یک حکم شرعی به‌گونه‌ای جعل شده که غیرقابل تغییر است یا نه، می‌توان آن را به کمک شرط و توافق تغییر داد یا اسقاط نمود، با عنایت به مطالب فوق می‌توان گفت که از منظر فقهی، اصل بر این است که انتخاب قانون حاکم بر آثار قرارداد توسط متعاقدين، در ضمن همان قرارداد و یا به صورت جداگانه، نوعاً صحیح و نافذ بوده و برای طرفین قرارداد، داور و حتی قاضی دادگاه اسلامی نیز لازم الرعایه خواهد بود.

البته این قاعده استثنائاتی هم دارد از جمله موردی که قانون منتخب، خلاف قاعده شرعی آمره و حکم غیرقابل تغییری مانند احکام مربوط به اهلیت طرفین و قصد و رضا باشد یا اینکه قانون منتخب موضوع غیر مشروعی از قبیل دادن یا گرفتن ربا یا ایجاد مرکز فحشاء یا اضرار ظالمانه عمدی و با سوءنیت نسبت به دیگری را تجویز کرده باشد که در اینگونه موارد قانون منتخب اثری ندارد. اما در مواردی که در این رابطه شکی وجود داشته باشد طبعاً باید انتخاب قانون را صحیح دانست.

در پایان مقاله مناسب است برخی از اشکالاتی که در این زمینه ممکن است مطرح شود، مورد بررسی قرار گیرد. یکی از این ایرادات این است که چگونه می‌توان پذیرفت که قاضی دادگاه اسلامی یا داور مسلمان، براساس قانونی غیر از قوانین شرعی به موضوع، رسیدگی و حکم مقتضی صادر کند در حالی که خداوند در آیات بسیاری از قرآن کریم دستور داده که براساس «ما انزل الله» و احکام شرع حکم صادر شود: «ومن لم یحکم بما أنزل الله فاولئك هم الکافرون» «هم الظالمون...» «هم الفاسقون...» (مانده:

۴۴ - ۴۵ و ۴۷) «فاحکم بینهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم» (مأئده: ۴۸ - ۴۹).

از سوی دیگر اگر طرفین قرارداد یا لاقلاً یکی از آن‌ها، مسلمان باشند و قانون منتخب آنان، قانون کشور غیر اسلامی باشد، آیا این امر مستلزم تسلط کفار بر مسلمین نمی‌گردد، در حالیکه قاعده نفی سبیل از قواعد مسلم فقهی و مورد اجماع علماست و برای حجیت آن به آیه شریفه «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» (نساء: ۱۴۱) و حدیث نبوی «الاسلام يعلو ولا يعلى عليه» و ادله دیگر استناد شده است. (بجنوردی/۱/۱۵۷ به بعد)

در پاسخ می‌توان گفت: اولاً اینگونه نیست که هرگونه توافقی برخلاف احکام اولیه شرع، باطل و حرام باشد و همه احکام شرع غیرقابل تغییر باشد بلکه چنانکه بیان شد پاره‌ای از احکام با صرف نظر از عناوین و عوارض خارجی برای موضوعات وضع شده‌اند که با عروض عناوینی همچون نذر و شرط می‌توان آن را تغییر داد. تمسک به عقد صلح نیز راهی برای گریز از بسیاری از احکام قراردادهاست و تشریح این عقد نشان می‌دهد که شارع، خود مجوز مخالفت با برخی احکام خویش را صادر کرده است.

ثانیاً خود شارع مقدس در موارد متعددی اجازه اجرای قوانینی غیر از قانون اسلام را داده است من جمله اگر طرفین دعوا غیرمسلمان باشند و به دادگاه اسلامی مراجعه کنند قاضی مسلمان مخیر است که بر طبق قانون اسلام میان آن‌ها حکم کند یا آن‌ها را به علما و محاکم خودشان ارجاع دهد که طبعه طبق آئین خودشان حکم کنند و در این باره به آیه شریفه سوره مأئده و برخی روایات استدلال شده است (شیخ طوسی، مبسوط، ۲/ ۶۰؛ علامه حلی، تذکره، ۹/ ۳۸۵). «فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضؤوك شيئاً وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين» (مأئده: ۴۲). حتی بنا به نظر برخی فقها در مورد پاره‌ای از جرائم مانند زنا که از نظر شرع اسلامی مستوجب حد است، اگر مجرم غیرمسلمان باشد ممکن است از اجرای حد شرعی صرف نظر کرد و او را به قضات و علمای هم‌کیش خودش سپرد که درباره او حکم کنند (علامه حلی، قواعد، ۳/ ۵۳۲) چنانکه از حضرت علی (ع) نقل شده در پاسخ سؤال در مورد مرد مسلمانی که با زنی از اهل کتاب زنا کرده بود، فرمود: حدود اسلامی بر مرد مسلمان جاری می‌شود و زن اهل کتاب را به دانشمندان خودشان بسپارید تا آن‌گونه که صلاح می‌دانند درباره او عمل کنند (حر عاملی، ۱۸/ ۴۱۵ - ۴۱۶؛ دانش‌پژوه، ۶۲).

همچنین بنا به تصریح اصل سیزدهم قانون اسلامی جمهوری اسلامی که مورد پذیرش فقهای مجلس خبرگان قانون اساسی واقع شده، ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آئین خود عمل می‌کنند. طبعه دادگاه‌ها نیز در دعاوی مربوط به احوال شخصیه باید بر اساس احکام شریعت آنان حکم کنند.

ثالثاً انتخاب قانون کشور غیر اسلامی به معنی تسلط کفار بر مسلمین نیست بلکه متعاقدين همچنانکه می‌توانند بصورت تفصیلی، امور مخالف با احکام و آثار مالی قرارداد را در ضمن عقد شرط کنند، می‌توانند بطور اجمالی مجموعه مقررات یک کشور یا کنوانسیون‌های بین‌المللی را که احیاناً در برخی از موارد با این دسته احکام شرعی مخالفت دارد، تعیین کنند و عرفاً این امر تسلط کفار بر مسلمین تلقی نمی‌شود. البته بدیهی است اگر طرف کافر به تنهایی، قانون حاکم را انتخاب کند و به طرف مسلمان قرارداد تحمیل کند قطعه از مصادیق این قاعده محسوب می‌گردد اما اگر انتخاب با توافق و رضایت طرفین صورت گیرد، تسلطی مطرح نخواهد بود.

بدین ترتیب انتخاب قانون حاکم بر احکام و آثار قرارداد توسط طرفین، نه مخالف شرع است و نه موجب تسلط کفار می‌شود و لذا صحیح و معتبر خواهد بود. قاضی دادگاه یا داور نیز باید بر اساس آن به موضوع رسیدگی کند و رأی صادره در این زمینه نیز خلاف ما نزل الله نیست چون خود شارع این اجازه را داده است. موید این مطلب اینکه صدر ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بين المللى (مصوب سال ۷۶) که به تأیید فقهای شورای نگهبان نیز رسیده این موضوع را پذیرفته و تصریح می‌کند که «داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد...»

نتیجه‌گیری

از جمع بندی مطالب مطرح شده در این نوشتار می‌توان نکات زیر را نتیجه گرفت:

۱. احکام شرعی دو دسته‌اند برخی غیر قابل تغییرند (قواعد آمره شرعی) و برخی دیگر قابلیت تغییر توسط افراد را دارند و لذا می‌توان بوسیله نذر، قسم و شرط ضمن عقد آنرا تغییر داد. در اینگونه موارد شرط ضمن عقد، شرط مخالف کتاب محسوب نمی‌شود و اعتبار دارد.
۲. احکام و آثار مالی قراردادها نوعاً از دسته دوم احکام شرعی و نیز از احکام امضائی شرع بشمار می‌آید که طرفین می‌توانند به کمک شرط ضمن عقد بر خلاف آن توافق کنند.
۳. در چنین مواردی انتخاب و تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین مجاز و معتبر خواهد بود و مخالفتی با موازین شرعی ندارد. قاضی و داور نیز باید بر اساس آن میان طرفین حکم کنند.
۴. انتخاب قانون حاکم در مواردی که مربوط به قواعد آمره شرعی می‌شود، معتبر نیست لذا در مورد مسائلی همچون اهلیت و قصد و رضا، نمی‌توان اختیار تعیین قانون را به دست طرفین سپرد.
۵. در مواردی که شک وجود دارد که حکم، قابل تغییر است یا از قواعد آمره و غیرقابل تغییر می‌باشد، انتخاب قانون حاکم توسط طرفین صحیح است.

منابع

قرآن کریم

- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار صادر، ۱۹۵۵ م.
- اصفهانی، ابوالحسن، *وسيله النجاه*، قم، مهر استوار، ۱۳۹۴ ق.
- اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه المکاسب*، مشهد، نشر محقق، ۱۴۱۸ ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۳.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *مکاسب*، قم، کنگره شیخ انصاری، ۱۴۲۰ ق.
- ایروانی، علی، *حاشیه مکاسب*، بیروت، دار ذوی القربی، ۱۴۲۱ ق.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- _____، *کفایه الاصول*، قم، جامعه مدرسین قم، ۱۴۱۲ ق.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیه*، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۳۷۱.
- بحرالعلوم، محمد بن محمدتقی، *بلغه الفقیه*، قم، مکتبه الصادق (ع)، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *حدائق الناضره*، قم، انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، ۱۴۰۵ ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دانشنامه حقوقی*، تهران، امیر کبیر، ۱۳۷۲.
- _____، *رهن و صلح*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *صحاح اللغة*، بیروت، دار احیاء الکتب العربیه، ۱۳۷۰ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ ق.
- حسینی، عبدالرحیم، *رساله ای در باب حق و حکم*، تهران، چاپ و نشر بین الملل، ۱۳۸۷.
- خمینی، روح الله، *کتاب البیع*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۸.
- خوئی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم، مکتبه سیدالشهدا، بی تا.
- دانش پژوه، مصطفی، «تعارض قوانین در فقه و حقوق اسلام از انکار تا اثبات»، تهران، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی (مقالات و بررسی ها)*، سال چهل و ششم، شماره یک، بهار و تابستان ۱۳۹۲، صص ۵۵-۷۱.
- سبحانی، جعفر، *الموجز فی اصول الفقه*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۷۶.
- شهیدی، مهدی، «قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی خصوصی»، *مجموعه مقالات حقوقی*، تهران، انتشارات مجلد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، صص ۲۸۵-۳۱۲.
- _____، *شروط ضمن عقد*، تهران، انتشارات مجلد، ۱۳۸۶.
- شیخ الاسلامی، محسن، *حقوق بین الملل خصوصی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۵ ق.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه المکاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.

- طوسی، محمد بن حسن، **التهدیب**، بیروت، دارالتعارف، ۱۴۰۱ ق.
- _____، **المبسوط**، تهران، مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، **مفتاح الکرامه**، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۰ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، **تذکره الفقهاء**، قم، مؤسسه آل‌ال‌بیت، ۱۴۱۴ ق.
- _____، **قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام**، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۳ ق.
- عمید زنجانی، عباسعلی، **فقه سیاسی**، تهران، امیر کبیر، ۱۳۸۰.
- قافی، حسین و سعید شریعتی، **اصول فقه کاربردی (مباحث الفاظ)**، قم و تهران، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان سمت، چاپ یازدهم، ۱۳۹۳.
- قزوینی زنجانی، ملا علی، **صیغ العقود**، قم، انتشارات شکوری، ۱۴۱۴ ق.
- قنواتی، جلیل؛ حسن وحدتی و ابراهیم عبدی‌پور، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، تهران، سمت، ۱۳۷۹.
- کاتوزیان، ناصر، **قانون مدنی در نظم کنونی**، تهران، میزان، ۱۳۸۶.
- _____، **قواعد عمومی قراردادها**، تهران، سهامی انتشار، ۱۳۷۶.
- کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، تحقیق علی‌اکبر غفاری، بیروت، دارالتعارف، ۱۴۰۱ ق.
- الماسی، نجادعلی، **تعارض قوانین**، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲.
- محقق داماد، مصطفی، **قواعد فقه مدنی**، تهران، سازمان سمت، چاپ چهارم، ۱۳۸۰.
- _____، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، تهران، دفتر نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
- محقق کرکی، علی بن حسن، **جامع المقاصد**، قم، آل‌ال‌بیت، ۱۴۱۱ ق.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، **تاج العروس**، بیروت، دار مکتبه الحیاه، ۱۴۱۷ ق.
- مظفر، محمدرضا، **اصول الفقه**، قم، دفتر تبلیغات چاپ چهارم، ۱۳۷۰.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، **مجمع الفوائد والبرهان**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- موسوی خوانساری، احمد، **جامع المدارک**، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۴.
- نائینی، محمدحسین، **فوائد الاصول**، مقرر محمدعلی کاظمی، قم، جامعه مدرسین، چاپ پنجم، ۱۴۱۶ ق.
- زراقی، احمد بن محمد مهدی، **عوائد الايام**، قم، دفتر تبلیغات، ۱۳۷۵.
- نعمت‌اللهی، اسماعیل، **موضوع عقد و مورد معامله**، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳.
- نوری، حسین بن محمدتقی، **مستدرک الوسائل**، قم، آل‌ال‌بیت، ۱۴۰۸ ق.
- نیکیخت، حمیدرضا، «تعارض قوانین در قراردادها (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)»، تهران، **مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی**، شماره ۳۲، سال ۱۳۸۴، صص ۷-۵۱.
- همدانی، رضا بن محمد هادی، **حاشیه مکاسب**، تصحیح انصاری قمی، قم، ۱۴۲۰ ق.