

شروط ابتدایی در فقه و بررسی ماده ۱۰ قانون مدنی

□ علی اصغر صائمی

چکیده:

با پیدایش مسائل حقوقی جدید، از قبیل مالکیت‌های فکری (معنوی) و عناوین نوظهور دیگر، ضرورت مراجعه بیشتر به قواعد و ضوابط فقهی احساس می‌شود. از جمله مسائلی که تصور آن می‌رود هم‌اکنون است در این قضیه مفید باشد، مسأله شرط ابتدایی است؛ به خصوص که در یکی دو سده اخیر، بیشتر مورد مناقشه بسیاری از فقیهان امامی قرار گرفته است و در نهایت، جمعی آن را عقد مستقل و تعهد آور و برخی حتی قابل تصور نیز ندانسته‌اند و در مقابل، گروهی آن را قراردادی مستقل و الزام آور می‌دانند.

در این نوشتار سعی می‌شود با بررسی شرط ابتدایی در فقه و عقد دانستن آن، با تمسک به اطلاق «أوفوا بالعقود» مبنایی برای ماده ۱۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران (عقود نامعین) بیابد.

کلید واژگان: شرط، ابتدایی، عقد، فقه، ماده ۱۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.

پیشگفتار

مسئله «شرط ابتدایی» از دیرباز به ویژه در دو سده اخیر مورد مناقشه فقیهان بوده است. جمعی از ایشان «شرط ابتدایی» را تعهد آور نمی‌دانند و برخی دیگر وجود

خارجی آن را منکر شده و حتی آن را قابل تصور ندانسته‌اند.
در مقابل، گروهی بر این عقیده‌اند که شرط ابتدایی متصور و بلکه خود قراردادی مستقل و الزام‌آور است.

با توجه به اینکه با گذشت زمان، تحولات زیادی در زمینه‌های مختلف حقوقی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی رخ داده و موضوعات و مسائل حقوقی جدیدی؛ از قبیل بیمه، سرقفلی، مالکیت‌های معنوی؛ مانند حق ابتکار، اختراع، تألیف و تولید برنامه‌های رایانه‌ای و دیگر مسائل مستحدثه فراروی ما قرار گرفته است، بایسته است که در این مورد تحقیقی جدی صورت بگیرد؛ زیرا این مسائل نوظهور هنگامی به لحاظ فقهی معتبر خواهند بود که با شرع تطبیق داشته باشند یا حداقل عدم مغایرت آنها با شرع احراز گردد.

یکی از راه‌های به دست آوردن حکم معاملات و قراردادهای جدیدی چون موارد یادشده، روشن شدن حکم و رسیدن به دیدگاهی مشخص در مسائل زیر است:

الف) توقیفی بودن یا غیر توقیفی بودن عقدها
ب) قابل تصور بودن یا نبودن شرط ابتدایی و وجود خارجی داشتن یا نداشتن آن.
ج) اثبات عقد بودن یا نبودن شرط ابتدایی و شمول و عدم شمول آیه شریفه «أوفوا بالعقود» نسبت به آن.

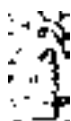
بعد از روشن شدن دیدگاه ما درباره مسائل مزبور، راه برای اعلام نظر قطعی و صریح درباره مشروعیت و عدم مشروعیت مسائل نوظهور یادشده و مقررات دیگری نظیر «ماده ۱۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران» هموار خواهد شد.

در این نوشتار سعی خواهد شد که در حد توان، پژوهشی فقهی (از منظر فقه امامیه) درباره این مسائل انجام گیرد و سپس تحلیلی از «ماده ۱۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران»^۱ ارائه شود.

بنابراین شایسته است این مقاله با سه مبحث زیر پی گرفته شود:

۱. قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.





۱. تعریف شرط؛

۲. بررسی مسائل و احکام شروط ابتدایی؛

۳. بررسی و تحلیل ماده ۱۰ قانون مدنی و بیان رابطه آن با شرط ابتدایی.

تعریف شرط

تعریف لغوی شرط

شرط در لغت به معنای الزام امری بر یک شخص و تعهد و التزام به آن از طرف آن فرد، در بیع و نظایر آن است.^۱ نیز یکی از محققان برجسته وادی ادب، فقه و اصول و فلسفه در بیان نظر لغویین در تعریف شرط چنین فرموده است:

شرط بنا بر آنچه در کتب لغت آمده، بر معانی زیادی اطلاق می شود، از قبیل: الزام و التزام در [عقد] بیع و مثل آن و به معنای عهد و پیمان و مطلق ربط و تعلیق نیز می باشد، بلکه همین معنای اخیر (ربط بین دو امر) معنای اصلی شرط است...^۲

تعریف اصطلاحی شرط

شرط در اصطلاح، دارای معانی و بلکه کاربردهای مختلفی است و اهل هر دانش و فنی آن را به گونه ای تعریف کرده اند که در عین رعایت شدن معنای لغوی با مورد کاربرد نیز تناسب داشته باشد، اما چون موضوع مقاله حاضر درباره یکی از مسائل فقهی و حقوقی است در اینجا فقط به تعریف آن از زبان شماری از فقها و حقوقدانان اشاره می شود:

شیخ انصاری در تعریف شرط گفته است:

۱. محمد بن مکرم بن منظور، *لسان العرب*، ج ۷، ص ۳۲۹: «الشرط إلزام الشيء و التزامه فی البیع و نحوه».

۲. محمدحسین غروی اصفهانی، *حاشیه المکاسب*، ج ۵، ص ۱۰۳.

شرط در عرف دارای دو معناست: ۱- به معنای الزام و التزام، خواه در ضمن عقد باشد خواه نباشد...، ۲- آنچه از عدمش، عدم مشروط لازم آید؛ چه از وجود آن وجود مشروط لازم آید، چه نیاید.^۱

ظاهر این کلام آن است که مرحوم شیخ انصاری کلمه «شرط» را مشترک لفظی بین دو معنای یادشده می‌داند، ولی بیشتر کسانی که بعد از ایشان به تعریف شرط پرداخته‌اند برای «شرط» یک معنای جامع که دارای مصادیق خارجی گوناگون است قائل شده‌اند؛ هرچند تفاوت‌های شکلی در بیان آنها تا حدودی مشاهده می‌شود. ذیلاً به دیدگاه برخی از آنان اشاره می‌شود:

۱. سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی در تعریف شرط چنین گفته است:

«شرط» به معنای «مطلق الزام و التزام» است... و بهتر است از این معنی به جعل و تقریر تعبیر شود... و ظاهر امر این است که: مطلق جعل، مراد نیست، بلکه مقصود جعلی است که التزام را در پی دارد و موجب درتنگنا قرارگرفتن مشروط علیه می‌شود.^۲

۲. محقق ایروانی نیز در این باره گفته است:

برای شرط در عرف بیش از یک معنی متصور نمی‌باشد و آن عبارت است از وابستگی و تقید چیزی به چیز دیگر، لیکن گاهی تقید واقعی است... مانند تقید معلول به علت... و گاه اعتباری و به سبب جعل جاعل است؛ مانند شرط در ضمن عقد [بیع] که عاقد آن را به امر خاصی ربط می‌دهد...^۳

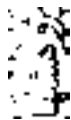
۳. همچنین آیه الله خوئی در بیان تعریف «شرط» می‌گوید:

شرط در تمام موارد کاربرد، به معنای «وابستگی و ارتباط» آمده است و معنای اصطلاحی و عرفی خاصی ندارد، بلکه در تمام موارد به کار گرفته شده یک معنی از آن اراده می‌شود... اناطه و وابستگی گاهی تکوینی است؛ مانند تقید معلول به علت،

۱. شیخ مرتضی انصاری، *المکاسب*، ص ۲۷۵.

۲. سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی، *حاشیه المکاسب*، بخش خيارات، ص ۱۰۴-۱۰۵.

۳. میرزاعلی ایروانی، *حاشیه کتاب المکاسب*، ج ۳، ص ۲۶۷.



و گاهی جعلی شرعی است؛ مانند طهارت نسبت به نماز... و گاهی جعلی محض است؛ مانند شروط در معاملات.^۱

۴. سید عبدالاعلی سبزواری درباره معنای شرط سخنی مشابه کلام آیه الله خویی دارد و معنای آن را در تمام موارد «ربط دادن دو چیز به یکدیگر» دانسته و افزون بر آن تصریح کرده است که: «از شرط در امور اعتباری تعبیر به تعهد می شود.»^۲

۵. امام خمینی علیه السلام در تعریف شرط دیدگاه خاصی دارد و کلمه «شرط» را مشترک لفظی بین دو معنی می داند:

یک - «به معنای الزام و التزام در ضمن عقد.» افزون بر اهل لغت، عقلا نیز این معنی را برای شرط پذیرفته اند، البته به نحو ظرف و مظهر و نه به طریق تقييد یا تعليق.

دو - «به معنای تعليق شیء بر شیء»، بدین معنی که آنچه تکویناً یا تشریحاً چیز دیگری بر او معلق شده باشد. البته این معنی از کتب لغت به دست نمی آید؛ ولی عقلا آن را اعتبار کرده اند.^۳

در اینجا ذکر این نکته لازم است که به رغم مشابهت ظاهری تعریف «امام خمینی» از شرط با تعریف «شیخ انصاری»، بین این دو تعریف تفاوت است؛ زیرا از ظاهر کلام مرحوم شیخ پیدا است که «شرط» را به معنای مطلق الزام و التزام می داند، اما مرحوم امام خمینی «شرط» را به معنای الزام و التزام در ضمن عقد تعریف می کند و ثمره این تفاوت در شرط ابتدایی آشکار می شود، چون «شرط» بنا بر تعریف شیخ به نحو حقیقی شرط ابتدایی را شامل می شود،^۴ ولی بنا به نظر امام خمینی به صورت حقیقی شرط ابتدایی را در بر نخواهد گرفت.^۵

سنهوری (حقوقدان برجسته معاصر) در تعریف شرط می نویسد:

۱. محمد علی توحیدی، مصباح الفقهامة (تقریرات درس خارج فقه آیه الله خویی)، ج ۷، ص ۲۶۸-۲۶۹.

۲. سید عبدالاعلی سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۱۷، ص ۲۱۵.

۳. روح الله (امام) خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۸۶.

۴. شیخ مرتضی انصاری، المکاسب، ص ۲۷۵.

۵. امام خمینی، کتاب البیع، ص ۸۹ و ۹۰.

شرط امری است مربوط به آینده که حدوث یا زوال تعهد منوط بر آن است.^۱

تعریف شرط ابتدایی

باگذری در متون فقهی و بهره‌گیری از کلمات فقها، در تعریف شرط ابتدایی می‌شود گفت: تعهدی است که یکی از طرفین یک قرارداد در مقابل طرف دیگر به عهده می‌گیرد، بدون اینکه در ضمن عقدی از عقود باشد.

شروط ابتدایی از منظر فقه امامیه

پیش‌تر گذشت که یکی از معانی «شرط»، عهد و التزام است و از سوی دیگر، یکی از اصول کلی حقوقی، اصل وفای به عهد می‌باشد. این اصل در نظام‌های حقوقی مختلف به ویژه اسلام پذیرفته شده و قرآن کریم هم بر وفای به عهد و پیمان و التزام به آنها تأکید کرده است.^۲

بنابراین، هر کس موظف است امری را که متعهد شده است، انجام دهد. جوامع امروزی وفای به عهد را برتر از یک اصل اخلاقی و متخلف از آن را ملزم به جبران خسارت می‌دانند؛ چنان که در ماده ۲۲۱ قانون مدنی به این مسئله اشاره شده است. فقها در مورد «شرط ابتدایی» اتفاق نظر ندارند؛ گروهی مخالف و برخی موافق آن هستند. در اینجا به منظور دستیابی به نظری جامع، به بررسی ادله موافقان و مخالفان شرط ابتدایی می‌پردازیم.

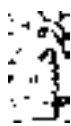
ادله قائلان به بطلان شروط ابتدایی

در بررسی کلمات فقها مشاهده می‌شود که دلایلی بر بطلان شروط ابتدایی اقامه

۱. عبدالرزاق احمد سنهوری، الوسیط فی شرح قانون المدنی الجدید، ج ۳، ص ۷.

۲. اسراء / ۳۴: ... و به عهد خود وفا کنید، که از عهد سؤال می‌شود.





گردیده است؛ از آن جمله گفته شده است:

اولاً، لغویین در مقام بیان معنای لفظ شرط، آن را مقید به التزام در ضمن بیع و مانند آن نموده‌اند و عرف (عقلاً) نیز از لفظ شرط، تعهد ضمن معامله را می‌فهمد، نه مطلق الزام و التزام را؛ بنابراین شرط ابتدایی را نمی‌توان از مصادیق شرط دانست.^۱ ثانیاً، به فرض که معنای شرط «مطلق التزام» و مشمول حدیث «المؤمنون عند شروطهم»^۲ باشد، شرط ابتدایی را نمی‌توان لازم‌الوفای دانست، چنان که مرحوم شیخ انصاری شرط هشتم از شرطهای «صحت شرط» را این می‌داند که شرط در ضمن عقد باشد؛ بنابراین، اگر طرفین قبل از عقد، توافق کنند، بنا بر قول مشهور علما التزامی برای مشروط علیه به وجود نخواهد آمد، بلکه خلافی در این مسئله (عدم صحت) نیست؛ زیرا ایجاد التزام، اگر قبل از عقد باشد «الزام ابتدایی» خواهد بود که «قطعاً» لازم‌الوفای نیست.

ثالثاً، اگر «مطلق التزام» هرچند که در ضمن معامله‌ای نبوده، لازم‌الوفای باشد، بدین معنی است که وفای به کلیه «وعده‌ها» لازم باشد و حال آنکه مشهور علما وفای به وعده را واجب نمی‌دانند، چنان‌که میرزای قمی رحمته‌الله می‌گوید:

... هر التزامی که مکلف بکند، وفای به آن واجب است، و التزام مکلف یا به نذر و عهد و یمین است، یا آنکه شرط را در ضمن «عقد لازمی» قرار دهد... و هرگاه غیر این صورتها باشد، داخل در «مطلق وعده» می‌شود و مشهور علما وفای به وعده را واجب نمی‌دانند و وجه دیگری برای لزوم آن نمی‌دانم...^۳

بنابراین به نظر می‌رسد علت عمده عدم پذیرش صحت شروط ابتدایی از سوی برخی از فقها، این باشد که در عرف و لغت، لفظ شرط را با مطلق التزام منطبق نمی‌دانند، همچنان که در نقل دیدگاه امام خمینی درباره تعریف شرط به این نکته اشاره گردید. افزون بر آن محتمل است چنین شرطی از مصادیق «وعده» باشد که

۱. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۸۶.

۲. محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۱۵، ابواب المهور، ب ۲۰، ص ۳۰، ح ۴.

۳. میرزا ابوالقاسم گیلانی قمی، جامع الشتات، ص ۲۸۳.

اثبات وجوب وفای به آن خود محل تأمل است. قبل از پاسخ به ایراد قائلان به بطلان شرط ابتدایی، ذکر این نکته لازم است که یکی از مستندات قائلان به صحّت شرط ابتدایی، حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم»^۱ می باشد که در مقام انشای حکم تکلیفی و وجوب عمل به شرط و حرمت ترک آن است و چه بسا که صحت کلیه شروط و تعهدات را بتوان از آن به دست آورد. البته این سخن را وقتی می شود صحیح دانست که در مقام «مناقشه و بررسی ادله قائلان به بطلان شروط ابتدایی» دو مطلب ثابت گردد:

۱. شروط ابتدایی صحیح و لازم الوفا هستند؛
۲. لفظ «شرط» قابل انطباق بر عقد و قرارداد است.

الف) اثبات صحت شروط ابتدایی

۱. معلوم نیست که همه لغویین، شرط را به الزام و التزام در ضمن بیع و مانند آن معنی کرده باشند، همچنان که مرحوم سیدمحمدکاظم یزدی به استناد قول بعضی از اهل لغت که شرط را «تعهد» معنی کرده اند، نتیجه می گیرد که شرط، جعل و قرار خاصی است که موجب التزام می شود و از این رو کاربرد شرط در شروط ابتدایی را «استعمال حقیقی» می داند.^۲ علاوه بر آن، از برخی کاربردهای لفظ «شرط» در لسان معصومان علیهم السلام فهمیده می شود که مقصود از شرط مذکور در حدیث، «مطلق التزام» است؛ برای نمونه به دو مورد از این گونه احادیث اشاره می شود:

۱. در قضیه «بریره» باعایشه از قول پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم نقل شده است: «إِنَّ قِضَاءَ اللَّهِ أَحَقُّ وَ شَرْطُهُ أَوْثَقُ»^۳

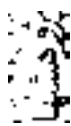
در این روایت، به «عهد» خداوند با انسان، اطلاق «شرط» شده، بدون اینکه مرتبط

۱. حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۱۵، ابواب المهور، ب ۲۰، ص ۳۰، ح ۴.

۲. سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، بخش خیارات، ص ۱۰۵-۱۰۶.

۳. احمد بن حسین بن علی بیهقی، السنن الکبری، ج ۱۵، ص ۵۵۵ (باب المکاتب یجوز بیعه فی حالین...)، ح ۲۲۳۴۴.





به عقدی باشد.

۲. در دعای توبه از قول معصوم علیه السلام آمده است: «لک یا ربّ شرطی أن لأعود فی مکروهک و عهدی أن أهجر بجميع معاصیک»، یا در دعای ندبه: «بعد أن شرطت علیهم الزهد فی درجات هذه الدنيا...» که در دعای توبه، شرط و عهد به یک معنی آمده و در هر دو مورد، شرط و تعهد، مرتبط به تعهد دیگری نیست،... بنابراین، تنها به این استناد که جمعی از لغویین شرط را به «التزام ضمن عقد» معنی کرده‌اند، نمی‌توان شروط ابتدایی را باطل دانست؛ زیرا گذشته از اینکه بعضی از آنان «شرط» را «مطلق التزام» معنی کرده‌اند، نحوه کاربرد لفظ شرط در بسیاری از روایات نشان می‌دهد که حدیث در مقام بیان حکم و جوب وفای به کلیه تعهدات است، نه التزامهای مرتبط به یکی از قراردادها. استدلال امام علیه السلام به حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» در موردی که شرط به عهد یا نذر اطلاق شده، نیز می‌رساند که شرط مذکور در حدیث، به معنای «مطلق التزام و تعهد» است؛ چنان که شیخ انصاری به این مطلب تصریح کرده است.^۱

۲. اجماعی که در مورد بطلان شروط ابتدایی ادعا شده است، مورد قبول همه نیست؛^۲ زیرا شیخ طوسی در *النهاية*، شرط بعد از نکاح را به لحاظ عمل به بعضی از روایات، لازم الوفا می‌داند. فاضل (ملااحمد) نراقی نیز قائل به صحت شرط ابتدایی است و از نقل قولهای ایشان معلوم می‌شود که فقهای دیگری نیز «شرط ابتدایی» را لازم الوفا دانسته‌اند.^۳ بنابراین، ادعای «قطع» به عدم لزوم وفای به شرط ابتدایی از پشتوانه محکمی برخوردار نیست.

۳. اگر منظور از «وعده» تنها قول و قرار اخلاقی باشد؛ مانند اینکه شخصی به دیگری بگوید: «خانه خود را به تو خواهم فروخت» و سپس خلف وعده نماید، اگرچه ممکن است این عمل از نظر اخلاقی مذموم و حتی به موجب بعضی از ادله وفای به وعده، عمل و وفای به آن واجب باشد، چنان که مرحوم سیدمحمدکاظم

۱. شیخ مرتضی انصاری، *المکاسب*، ص ۲۷۵.

۲. سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی، *حاشیه المکاسب*، بخش خیارات، ص ۱۱۷.

۳. ملااحمد نراقی، *عوائد الایام*، ص ۱۴۲.

یزدی به این مطلب تصریح کرده است،^۱ ولی چنین وعده‌ای دارای آثار حقوقی نیست؛ زیرا اولاً، از نظر عرف، تعهد و التزامی در این گونه وعده‌ها وجود ندارد و بیشتر به اخبار شباهت دارد، ثانیاً، ویژگیها و شرایط تعهد مشخص نیست، در حالی که اگر همین شخص به طرف مقابل خود، بدین گونه «وعده قرارداد» بدهد: «خانه خود را در ماه آینده در مقابل یک میلیون تومان به تو منتقل می‌کنم» و طرف مقابل هم آن را قبول نماید، باید گفت چنین وعده‌ای خود، یک قرارداد و لازم‌الوفاست؛^۲ زیرا در ماهیت آن، تعهد وجود دارد و در صورت استنکاف و وعده‌دهنده از ایفای تعهد، می‌توان او را به انجام تعهد مجبور نمود؛ بنابراین، چنانچه توافق طرفین شرط ابتدایی، متضمن تعهد باشد، هرچند خارج از عقد لازم صورت پذیرد، به موجب ادله و جوب وفای به شرط و عقد، لازم‌الوفاست و چنانچه متضمن تعهد نباشد، اگرچه در ضمن عقد لازم باشد، لازم‌الوفاییست؛ زیرا در این فرض در واقع تعهدی وجود ندارد تا وفای به آن واجب باشد، اما در فرضی که «شرط ابتدایی» متضمن تعهد باشد گفته شد که لزوم وفادارد؛ زیرا افزون بر این که - مشمول اطلاق ادله و جوب وفای به عقد و شرط می‌باشد - برخی از فقها وفای به «مطلق وعده» را واجب دانسته و گفته‌اند:

... مقتضای عمومات، وجوب وفاست به هر آنچه انسان برای دیگری متعهد به انجام آن می‌شود، یا آن را وعده می‌دهد.^۳

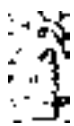
ب) انطباق لفظ شرط بر عقد (قرارداد)

با توجه به این امر که «قرارداد» نیز در ماهیت خود، چیزی جز تعهد و التزام یک طرف در مقابل طرف دیگر نیست و همان ملاکی که در عقود وجود دارد؛ یعنی «ارتباط اعتباری بین طرفین قرارداد» و رضایت آنها به ایجاد التزام و حقی از حقوق برای متعهدله، در مورد «تعهدات ابتدایی» نیز وجود خواهد داشت، بنابراین با توجه به

۱. سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی، حاشیه‌المکاسب، بخش خيارات، ص ۱۱۷.

۲. ملااحمد نراقی، عوائد الایام، ص ۱۴۲. ۳. همان، ص ۱۴۳.





لازم‌الوفا بودن شروط ابتدایی، قرار دادها اصولاً صحیح و لازم‌الوفا هستند مگر اینکه دلیلی بر فساد آنها اقامه شود، همچنان که برخی از فقها^۱ به همین حدیث برای اثبات «لزوم عقود» و برخی دیگر^۲ برای «صحت عقود» و بعضی نیز برای اثبات صحت شروط، به آیه شریفه «أوفوا بالعقود» تمسک جسته‌اند.^۳ واضح است که اثبات لزوم و صحت عقود به وسیله دلیل شرط، و نیز اثبات صحت شرط به دلیل آیه مذکور، فرع بر صدق عرفی معانی آنها بر یکدیگر است.

تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی و مبانی فقهی آن

فلسفه وجودی ماده ۱۰ قانون مدنی

فلسفه وجودی «تشریح عقود معین» (مانند بیع، رهن، اجاره و نکاح) افزون بر نظم بخشیدن به امور اجتماعی و فردی، تأمین امنیت اقتصادی و اجتماعی و فراهم آوردن اطمینان خاطر طرفهای قرارداد می‌باشد. در همین راستا با توجه به پیشرفتهای صنعتی و پیدایش موضوعات و عناوین جدید اقتصادی و نیازمندیهای ضروری جهان معاصر، متولیان امر قانونگذاری و ادار به تدوین قانونی شدند که در پناه آن بتوان بر بسیاری از قراردادهای خصوصی نوظهور، رنگ قانونی داد. امروز حقوقدانان عرفی از این‌گونه قراردادهای بدون سابقه و ذکر نام در قانون به عقود نامعین تعبیر می‌کنند^۴ و ماده ۱۰ قانون مدنی ایران هم که می‌گوید:

قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.

۱. شیخ مرتضی انصاری، *المکاسب*، ص ۸۵.

۲. میرعبدالفتاح مراغی، *العناوین*، ج ۲، ص ۲۵.

۳. میرزا ابوالقاسم قمی، *غنائم الایام*، رساله شرط، ص ۷۳۹.

۴. عبدالرزاق احمد سنهوری، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، ج ۱، ص ۱۵۴-۱۵۶؛ محمدجعفر جعفری لنگرودی، *ترمینولوژی حقوق*، ص ۴۶۰ و ۴۶۲.

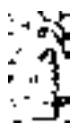
در صدد بیان همین امر و اصل آزادی اراده در انتخاب نوع قراردادها و توجه به موضوع تراضی و حاکمیت اراده طرفین عقد و تأکید بر اصل لزوم وفای به عقد می‌باشد. در اصل، تأسیس ماده ۱۰ قانون مدنی بدین سبب بوده است که افراد با توجه به پیشرفتهای اقتصادی و پیچیدگی روابط حقوقی و ضرورتهای اجتماعی، در نحوه ایجاد الزام و التزامهای مفید آزاد باشند و قانون هم آن دسته از قراردادهایی را که اصول کلی و شرایط اساسی عقود و اخلاق حسنه در آنها رعایت شده است نافذ بداند.

پیشینه ماده ۱۰ قانون مدنی

تاریخ حقوق جدید ایران با تصویب قانون اساسی مشروطیت در سال ۱۳۲۴ ق. آغاز گردید و در پی آن با الحاق و تصویب اصول دیگری به نام «متمم قانون اساسی» در تاریخ ۲۹ شعبان ۱۳۲۵ ق. به ویژه اصل دوم این متمم، که بر اساس آن، قوه مقننه موظف گردیده بود قوانینی منطبق با شرع به تصویب برساند،^۱ تداوم یافت؛ هر چند در عمل آن اصل متروک ماند و بخش اول قانون مدنی که مشتمل بر ۹۵۵ ماده است به موجب ماده واحده «قانون اجازه اجرای لایحه قانون مدنی تا موقع اعلام رأی قطعی کمیسیون پارلمانی عدلیه مصوب ۱۸/۲/۱۳۰۷» تنها با یک قیام و قعود (بدون هرگونه بحثی در این زمینه) به تصویب رسیده، اثری از اعمال اصل دوم متمم قانون اساسی

۱. اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطیت: «مجلس مقدس شورای ملی که با توجه به تأییدات حضرت امام عصر (عج) و... و مراقبت حجج اسلام کثر الله امثالهم و عامه ملت ایران تأسیس شده است باید در هیچ عصری از اعصار، مواد قانونیه آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیر الانام علیه السلام نداشته باشد و معین است که تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامی بر عهده علمای اعلام ادام الله برکات وجودهم بوده و هست. لهادرسماً مقرر است در هر عصری از اعصار هیأتی که کمتر از پنج نفر نباشد از مجتهدین و فقهای متدینین که مطلع از مقتضیات زمان هم باشند به این طریق که علمای اعلام و حجج اسلام مراجع تقلید شیعه، اسامی بیست نفر از علما که دارای صفات مذکوره باشند معرفی به مجلس شورای ملی بنمایند. پنج نفر از آنها را یا بیشتر به مقتضای عصر، اعضای مجلس شورای ملی بالاتفاق یا به حکم قرعه تعیین نموده و به سمت عضویت بشناسند تا موادی... که مخالفت با قواعد مسلم اسلام داشته باشد طرح ورد نمایند که عنوان قانونیت پیدا نکند...» مرتضی راوندی، سیر قانون و داگستری در ایران...، ص ۳۴۲.





دیده نمی شود.^۱

از آن تاریخ است که ماده ۱۰ قانون مدنی ایران به ظاهر جامعه قانونی به تن کرده است و به تبع آن، آزادی اراده هم به طور ضمنی از ضمانت اجرا برخوردار گردید. البته نباید تصور شود که مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی در حقوق ایران اسلامی سابقه نداشته و این تأسیس حقوقی، ابداع نویسندگان قانون مدنی یا تقلید از حقوق اروپایی بوده است؛ زیرا گذشته از اینکه فقهای امامیه در «مبحث شرط» به ویژه در مورد شروط مربوط به حقوق و اموال از همین اصل پیروی کرده اند و ماهیت «عقد صلح» نیز برای تأمین آزادی افراد بوده است. جمع زیادی از فقها «لزوم وفای به عقد» را منحصر به عقود معین ندانسته اند، بلکه با استناد به برخی از آیات و روایاتی که در آینده نزدیک مورد اشاره قرار خواهد گرفت، کلیه معاملات عقلایی را که با موازین شرعی منافاتی نداشته باشد صحیح و لازم الوفا دانسته اند. به همین جهت، برخی از حقوقدانان مسلمان گفته اند:^۲ «به فرض که ماده ۱۰ قانون مدنی ایران از حقوق فرانسه اقتباس شده باشد، ضرورتی برای این کار نبوده؛ زیرا در فقه اسلام به این مسئله توجه شده است.^۳

اهمیت مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی، تحولات پدیدآمده در حقوق موضوعه ایران بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، تدوین قانون اساسی جدید، و ضرورت انطباق قوانین موضوعه با موازین اسلامی به خصوص مفاد اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، می طلبد که در این زمینه پژوهشی انجام گیرد. لذا در این بخش، ضمن بحث تحلیلی از مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی در حد توان به مبانی فقهی و قلمرو کمی و کیفی آن خواهیم پرداخت.

تعریف اراده

بنا بر آنچه در کلمات و گفتار اصولیان و فیلسوفان منعکس گردیده «اراده» این گونه

۱. اقتباس از: رساله «تحلیلی از مبانی فقهی ماده ۱۰ قانون مدنی» نوشته مسعود حائری، ص ۴.

۲. مسعود حائری، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، ص ۲.

۳. محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق مدنی (رهن - صلح)، ص ۱۹۰.

تعریف شده است: «اراده عبارت است از شوق و کشش یافتن به امری که آدمی آن را درک می‌کند... و سرانجام، آن امری که درک و شناسایی شده است یا مورد عمل قرار می‌گیرد و یا آنکه ترک می‌گردد.»^۱ و نیز از «اراده» به ابتهاج (شادمانی) و رضایت و به عبارت دیگر به شوق اکید تعبیر شده است،^۲ اما در حقوق «اراده» چنین تعریف گردیده است:

اراده، حرکت نفس برای ایجاد یک پدیده حقوقی است پس از تصدیق منفعت آن؛ به عنوان مثال، شخصی یک کالا را در مغازه‌ای می‌بیند، در درونش میل به تملک آن پیدا می‌شود و پس از ارزیابی و ترجیح منافع خرید آن، علاقه به مالکیت آن به وجود می‌آید. این مرحله در اصطلاح حقوقی «رضا» نام دارد. فروشنده هم پس از اطلاع از اراده و تقاضای خریدار، آن را در صفحه ذهن خود منعکس می‌کند و اگر فروش آن را به سود خود دید، قصد انشای معامله را می‌کند، لکن برای تحقق خارجی عقد... نیاز به ابراز اراده انشایی دارد.^۳

ثمره عملی اصل حاکمیت اراده در قراردادها

ثمره عملی اجرای ماده ۱۰ قانون مدنی این است که اگر نزاعی در مورد «عقود غیر معین» نزد قاضی مطرح شود، دادرس پس از احراز وقوع عرفی قرارداد و اعمال شرایط اساسی صحت آن (نظیر رضای طرفین و مشروعیت جهت معامله و معلوم بودن آن) باید بر اساس مفاد قرارداد و اراده طرفین، حکم قضیه را روشن کند و حق ندارد به بهانه اجرای عدالت و قاعده انصاف، شرایط عقد را تعدیل نماید یا متعهد را از آنچه بدان ملتزم گردیده، معاف کند. در حالی که اگر اختلاف، مربوط به «عقود معین» باشد، دادرس باید بر اساس قواعد مخصوص آن عقود، رسیدگی کند. بنابراین، پذیرش اصل آزادی قراردادها مستلزم اعتقاد به حاکمیت مطلق (بدون

۱. ابونصر فارابی، *آراء اهل المدینة الفاضلة*...، ص ۱۰۰.

۲. سید ابوالقاسم خویی، *محاضرات فی اصول الفقه*، ج ۲، ص ۳۴.

۳. به نقل از: مسعود حائری، *مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی*، ص ۲۴. (با اندکی تصرف).



قید و شرط) اراده نیست؛ زیرا عقلای جوامع بشری به ویژه مسلمانان پذیرفته‌اند که حکومت واقعی با قانون است، ولی بهره‌های عملی احترام به پیمانها (تا وقتی که موجب اخلال در نظم اجتماعی و مغایرت با مقررات شرعی و قانونی نگردد) باعث شده است که «آزادی قراردادها به عنوان اصل، پذیرفته شود و مبنای واقعی آن، ملاحظه‌های اجتماعی و مصلحت‌اندیشی اقتصادی است. بدین ترتیب، اصل آزادی قراردادها مبنای تجربی و اقتصادی دارد و احترام به آن، نسبی است.

رمز این محدودیت از آنجا کشف می‌شود که انسان در مدار مسائل اجتماعی نمی‌تواند به طور متنوع از اجتماع، موضوع بحث قرار گیرد پس در واقع آزادی اراده فرد در حال زندگی اجتماعی مد نظر است و در این حالت، قلمرو آزادی افراد، آن قدر وسیع نخواهد بود که مصالح اجتماعی را در معرض مخاطره قرار دهد و یا نظم عمومی را مختل کند.^۱

خاستگاه اصل آزادی اراده و زمینه مشروعیت عقود بی نام

پیشرفت صنعت، فراهم آمدن زمینه گسترش روزافزون قراردادها، و توسعه محدوده معاملات، موجب شد که مسئله «آزادی و حاکمیت اراده در قراردادها» از قرن‌ها قبل در کشورهای اروپایی مطرح شود، اما در کشورهای اسلامی اگرچه اصطلاحاتی نظیر «اصل حاکمیت اراده و آزادی اراده در امر قراردادها» به روشنی در کلمات فقها دیده نمی‌شود و چه بسا این عناوین که بعدها در آثار حقوق‌اندانهای مسلمان نیز دیده شد، از حقوق کشورهای نظیر فرانسه، وارد کشورهای اسلامی گردیده باشد، ولی از نظر ماهوی روح این بحث در فقه اسلام وجود دارد و فقها در ضمن مباحث «معاطات»، شرایط صحت شرط، لزوم یا عدم لزوم صیغه (قالب بیانی) خاص در عقود، اصل اباحه و...، این موضوع را مورد بررسی قرار داده و زمینه پذیرش نسبی «آزادی اراده» را فراهم آورده‌اند. به نظر می‌رسد قرن‌ها قبل از سامان یافتن حقوق اروپایی و پرداختن

۱. اقتباس از: رساله «تحلیلی از مبانی فقهی ماده ۱۰ قانون مدنی»، نوشته مسعود حائری، ص ۴۰-۴۱.

به این‌گونه مقوله‌ها، در اندیشه حقوقی فقه اسلام، این اصل (آزادی اراده در قلمرو معاملات) وجود داشته است. علاوه بر آن، اسلام از راه «عقد صلح» آزادی اراده افراد را تا حدودی تأمین کرده است، آن هم در دوره‌ای از تاریخ که «آزادی اراده» برای جوامع متمدن آن روز ناشناخته یا حداقل به خوبی شناسایی نشده بود. با این مقدمه به دلایل و خاستگاههای «آزادی اراده» از منظر فقه اسلام اشاره می‌شود:

الف) اصل اباحه (جواز)

فقهها در کتابهای «اصول فقه» به حصر عقلی، احکام تکلیفی شرع را به پنج دسته و جوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه تقسیم کرده‌اند؛ زیرا خطاب خداوند آن‌گاه که به چیزی تعلق گیرد، یا به نحو طلب جزمی و الزامی فعل با منع از ترک است، که از چنین حکمی تعبیر به واجب می‌شود، یا طلب ترک فعلی با منع از نقیض به نحو الزامی است، که آن را حرام خوانند و یا طلب به نحو غیر الزامی است. در این فرض اگر جانب فعل رجحان داشت، مستحب است و اگر جانب ترک، رجحان داشته باشد و فعلش مرجوح و بدون عقاب باشد مکروه نامیده می‌شود و اگر فعل و ترکش مساوی و بدون رجحان و مرجوحیت بود مباح خواهد بود.^۱

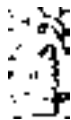
البته در قلمرو احکام الزامی شرع، خارج از دایره اسلام، برای آزادی اراده نقشی نمی‌توان قائل شد؛ زیرا ملاک قانونگذاری در اسلام وجود مصلحت یا مفسده فردی یا اجتماعی است نه توجه به نفع و ضرر. چه بسا در آنچه به ظاهر، ضرری است (مثل مقررات ضمان، دیه و قصاص) مصلحت باشد و یا آنچه دارای مفسده است؛ مثل ربا، در آن منافع فردی دیده شود، و خرد آدمی ممکن است مضار و منافع ظاهری و سطحی را درک کند، ولی وجود و عدم آنها ملاک در تشریح و قانونگذاری نبوده است، بلکه

۱. محمد بن حسن طوسی، *مخدة الاصول*، تحقیق محمد رضا انصاری قمی، ج ۲، ص ۵۶۴؛ امام محمد غزالی، *المستصفی فی علم الاصول*، ص ۵۲-۵۳؛ فخرالدین محمد رازی، *المحصول فی علم الاصول*، تحقیق طه جابر العلوانی، ج ۱، ص ۹۳؛ حسن بن یوسف (علامه) حلی، *تهذیب الاصول الی علم الاصول*، تحقیق سید محمد حسین رضوی کشمیری، ص ۵۰؛ *مبادی الوصول الی علم الاصول*، تحقیق عبدالحسین... البقال، ص ۸۴.

فقه

۹۲

فقه



معیار در قانونگذاری عنایت به مصالح و مفاسد است و در واقع، رابطه احکام و مقررات شرعی با مصالح و مفاسد، رابطه علت و معلول است. به گفته مرحوم آخوند خراسانی در *کفایة الاصول*: «اگر دلیلی بر وجوب یا حرمت نبود، اصل اباحه و ترخیص حاکم است»^۱ و آیه الله بروجردی رحمة الله علیه هم در تعلیقه و حاشیه‌ای که بر کتاب *کفایة الاصول* دارند، در تأیید فرمایش استادشان (مرحوم آخوند خراسانی) و در مقام ردّ دلیل قائلان به احتیاط و حظر و منع قبل از ورود اذن و رخصت از ناحیه شارع می‌گوید:

خداوند همه اشیاء را برای تعیش و زیستن بندگان و برطرف کردن نیازهای [فطری] آنان آفرید و نیل انسان به کمال نفسانی [مورد نظر خداوند] ممکن نمی‌شود مگر بعد از برآورده شدن نیازهایش به علاوه اینکه خداوند، فیاض و کریم است، از ساحت قدس ربوبی او به دور است که بندگان را از تصرف [در اموری که خود نسبت به آن ساکت است] باز بدارد.^۲

بنابراین مرحوم آخوند و آیه الله بروجردی مثل بسیاری از فقهای دیگر قائل به اصل اباحه و عدم حظر می‌باشند. پس به موجب این اصل می‌توان گفت در مواردی که منع صریحی از ناحیه شارع نرسیده باشد، یا اموری که بالمآل به مغایرت با اصول و ضوابط و معارضه با آنها بر نمی‌خیزند، می‌توان به استناد اصالة الاباحه، به «آزادی اراده» قائل شد. آنچه بیان شد، نظر اکثر فقیهان امامیه است، ولی میان فقها در مورد مسئله‌ای که حکم صریحی درباره آن وجود ندارد، اختلاف نظر است؛ برخی در صورت شبهه در حلیت و حرمت، احتیاط و توقف را ترجیح می‌دهند، و بعضی طرفدار اصالة الحظر، و معتقد به تحریم اشیای مذکورند؛ اما اکثر اصولیان، اصالة الاباحه‌ای می‌باشند و بر فرض صحت این نظریه، به اتکای آن می‌شود برای آزادی اراده انسان در انعقاد قراردادهای بی‌نام نقشی قائل شد، البته نه در همه جا، زیرا اینکه از اصل مذکور بتوان در قلمرو معاملات استفاده کرد، خود محل بحث است، چون قدر متیقن از موارد انصراف

۱. محمدکاظم هروی (معروف به آخوند) خراسانی، *کفایة الاصول*، مؤسسه آل‌البیت، ص ۳۴۸.
 ۲. آقاحسین طباطبایی بروجردی، *الحاشیة علی کفایة الاصول* (به قلم شیخ بهاء‌الدین حجتی بروجردی)، ج ۲، ص ۲۳۹-۲۴۰.

اصالة الاباحه، جواز تصرف در اشیای موجود در طبیعت است و حکم شارع صرفاً به این دسته از افعال انسان تعلق می‌گیرد و تسری دادن آن به باب معاملات مشکوک‌الصحة و جهی ندارد؛ زیرا اباحه حکم تکلیفی شارع است و حال آنکه صحت از احکام وضعی است، علاوه بر آن، اصل اولیه در معاملات، «فساد» است؛^۱ زیرا آثار هر عقد، امور حادثی است که همه مسبوق به عدم‌اند و مقتضای استصحاب حالت سابق، عدم وجوب همه آنهاست و صحت که از امور شرعی و محتاج جعل شارع است، باید احراز گردد، وگرنه عقد مزبور تأثیری در نقل و انتقال ندارد (اصل عدم نقل است). بنابراین، اباحه که موضوع تساوی فعل و ترک مکلفان در انتفاع از اشیاست، قادر به اثبات صحت معاملات نمی‌باشد. سخن آقامحمدباقر بهبهانی نیز که می‌گوید: «... تظهر مما تلونا أنَّ الأصل في المعاملة الفساد و عدم الصحة، إلا أن يثبت الصحة بدليل من إجماع أو نصّ...»^۲ مؤید این مطلب است.

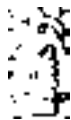
ب) توقیفی و حصری نبودن عقود و قراردادهای

از جمله اموری که می‌تواند پشتوانه‌ای برای «اصل آزادی اراده در انعقاد قراردادهای» باشد اثبات توقیفی نبودن عقود و ابطال حصری بودن آنهاست؛ زیرا فقها درباره این مسئله نظر یکسانی ندارند؛ برخی از آنها عقدهای صحیح را منحصر به عقود شناخته شده در فقه؛ نظیر اجاره، بیع، مزارعه و صلح^۳ می‌دانند و برای مشروعیت قراردادهای مستحدث (بدون ذکر نام در فقه) و عقود بی‌نام همانند عقود معین، در پی نص خاص و امضای شارع می‌باشند؛ یعنی همان‌گونه که درباره بیع، صلح، ضمان و...

۱. محمدحسن نجفی، *جواهر الکلام*، ج ۲۳، ص ۳۴۰؛ محمدحسین نائینی، *اجود التقریرات*، ج ۲، ص ۲۱۲؛ سیدابوالقاسم خویی، *محاضرات فی الاصول*، ج ۵، ص ۲۷-۲۹؛ همو، *مصباح الفقاهه*، ج ۴، ص ۸؛ میرعبدالفتاح مراغی، *العناوین*، ج ۲، ص ۶، عنوان ۲۷.

۲. بهبهانی، *الرسائل*، ص ۴۲۴.

۳. بعضی از حقوقدانان معاصر گفته‌اند: «صلح در ردیف عقود معینه عنوان خاصی نیست؛ زیرا صلح مطلق تسالم است و تسالم به تصریح خدّاق اهل لغت، چیزی جز تراضی نیست...» بنگرید به: محمدجعفر جعفری لنگرودی، *مجموعه محسّی قانون مدنی*، ص ۹-۱۰.



به ادله خاص این عقدها مانند «أحلّ الله البيع»^۱ و «الصلح خیر»^۲ و حدیث نبوی «الزعیم غارم»^۳ استناد می‌شود، نسبت به قراردادهای بی‌نام و غیرمنصوص و نوپیدا مانند «عقد بیمه» و «سرقفلی» نیز وجود دلیل خاص را لازم می‌شمارند. در غیر این صورت این قراردادهای نوپیدا از نظر آنان نافذ نیست و در نتیجه قلمرو آزادی اراده را محدود می‌دانند.^۴ از نظر صاحبان این دیدگاه، عموم آیاتی نظیر «أوفوا بالعقود» نیز منصرف به قراردادهای متداول در زمان شارع است، چنان‌که شهید ثانی در *مسالك الافهام* درباره عقد «مغارسه» می‌گوید:

عقد مغارسه، معامله خاصی است که برای امر درختکاری در زمینی بین صاحب زمین و شخص غرس‌کننده درخت واقع می‌شود، به این صورت که بعد از رشد درختان، هر دو نفر در درختها شریک باشند و این از نظر ما (امامیه) و اکثر عامه باطل است؛ زیرا عقدهای معاوضی متوقف به اذن شارع مقدس می‌باشد و آن [اذن] در اینجا نیست.^۵

مرحوم سیدجواد عاملی هم درباره معنای آیه شریفه «أوفوا بالعقود» و برداشت از آن بعد از نقل دو اجماع می‌گوید:

بنابراین جمع بین دو اجماع این‌گونه است که مراد از کلمه «العقود» را عقدهای رایج در زمان نزول آیه شریفه؛ از قبیل بیع و اجاره... که هم‌اکنون در کتب فقها مضبوط است بدانیم....^۶

۱. بقره / ۲۷۵.
۲. نساء / ۱۲۸.
۳. میرزا حسین نوری، *مستدرک الوسائل*، ج ۱۳، ص ۴۳۵.
۴. از آن جمله است: علامه حلی، *مختلف الشیعة*، ج ۵، ص ۸۴؛ سیدمحمدجواد عاملی، *مفتاح الکرامه*، ج ۸، ص ۲۸۴؛ ملا احمد نراقی، *عوائد الایام*، ص ۲۲؛ محمدحسن نجفی، *جواهر الکلام*، ج ۲۲، ص ۲۱۳.
۵. زین‌الدین بن علی عاملی، *مسالك الافهام*، ج ۵، ص ۷۱.
۶. *مفتاح الکرامه*، ج ۸، ص ۲۸۴: «فالجمع بین الإجماعین أن نحمل العقود علی أجناسها المتداولة المعهودة فی ذلك الزمان المضبوطة فی کتب الفقهاء فی هذا الزمان؛ کالبیع و الإجارة و نحو ذلك ممّا علّمت ماهيته... و شكّ فی صحته...».

در مقابل این دیدگاه، گروه دیگری از فقها و جماعتی از مفسران بر این نظرند که حکم «لزوم وفای به عقد» به عقود معین اختصاص ندارد، بلکه کلیه قراردادها و معاملات عقلایی را که درباره آن از سوی شارع مقدس منعی نرسیده باشد شامل می‌شود.^۱ بنابراین نظریه (که عقود را توقیفی نمی‌دانند)، هر نوع توافق و تراضی که در عرف اطلاق عقد یا قرارداد بر آن ممکن باشد و مخالفتی با احکام شرع نداشته باشد، صحیح و لازم‌الوفاست؛ زیرا «موضوعات» احکام معاملات توقیفی (متوقف بر بیان شارع) نیستند. پس کافی است که تراضی واقع شده، در نظر عرف قرارداد تلقی شود، آنگاه عموم یا اطلاق ادله (نظیر آیه شریفه «أوفوا بالعقود»، «تجارة عن تراض» و حدیث نبوی المؤمنون «أو المسلمون» عند شروطهم) بعید است شامل آن نشود. به همین دلیل «وعدة قرارداد» و به بیانی دیگر «قولنامه» (که ممکن است تصور شود تنها جنبه اخلاقی دارد و دارای ضمانت اجرای حقوقی نیست) لازم‌الوفاست؛ زیرا فرض بر این است که یکی از طرفین در مقابل دیگری تعهد به انجام عملی می‌کند و این التزام به موجب عموم نبوی مشهور «المؤمنون عند شروطهم»^۲ یا «المسلمون عند شروطهم»^۳ و عموم «أوفوا بالعقود»^۴ و اطلاق «تجارة عن تراض»^۵ (بنا بر اینکه ذکر لفظ تجارت تنها به دلیل کثرت موارد کاربرد آن در معاملات باشد) نافذ بوده در اعتبار آن نباید تردید کرد. و شاید بنا بر همین برداشت، مرحوم ملا احمد نراقی در کتاب *عوائد الایام*

۱. از فقها ملاً احمد مقدس اردبیلی، *مجمع الفائدة و البرهان*، ج ۸، ص ۱۴۰؛ میر عبدالفتاح مراغی، *العناوین*، ج ۲، (عنوان أصالة الصحة فی العقود)، ص ۱۴-۱۵؛ شیخ حسین حلی، *بحوث فقهیه*، ص ۴۰-۴۱؛ سید ابوالقاسم خوبی، *مصباح الفقاهة*، ج ۳، ص ۴۲؛ امام خمینی، *کتاب البیع*، ج ۱، ص ۲۹ و ۳۰؛ ناصر مکارم، *تعلیقات علی العروة الوثقی*، ص ۷۷۱. و از مفسران: فاضل مقداد، *کنز العرفان*، ص ۴۲۴؛ سید محمد حسین طباطبایی، *المیزان*، ج ۵، ص ۱۵۸؛ شیخ مرتضی انصاری، *الانظار التفسیریة*، ص ۳۳۲؛ رشید رضا، *المنار*، ج ۶، ص ۱۲۱؛ سید قطب، *فی ظلال القرآن*، ج ۲، ص ۸۳۶.

۲. محمد بن حسن طوسی، *تهذیب الاحکام*، ج ۷، ص ۳۷۱؛ *الاستبصار*، ج ۳، ص ۲۳۲؛ حر عاملی، *وسائل الشیعة*، ج ۱۵، ابواب المهور، ب ۲۰، ص ۳۰.

۳. محمد بن یعقوب کلینی، *الفروع من الکافی*، ج ۵، ص ۴۰۴ (با تعبیر «المسلمون» روایت کرده).

۴. مائده / ۱. ۵. نساء / ۲۹.

کلیه «وعده‌ها» و التزامات را واجب الوفا دانسته است.^۱

اما درباره شرایط و وعده‌هایی که قبل از ازدواج مطرح می‌شود، اگر در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری ذکر نشود، اعتباری برای آنها نیست؛ مگر اینکه از شروط بنائیه باشد زیرا در خصوص عقد نکاح، اجماع بر این است که شرایط مورد نظر طرفین عقد باید در ضمن یا بعد از آن مطرح شود و اگر قبل از عقد مطرح شده باشد، لازم الوفا نمی‌باشد، چنان که مرحوم نراقی هم به این نکته اشاره می‌کند:

... مقتضای عمومات پیشین، وجوب وفای به مطلق شرط است، خواه قبل از عقد ذکر شده باشد و خواه بعد از آن، بلکه اگر عقدی هم در میان نباشد (و شرط به صورت وعده انجام کاری مطرح گردد) وفای به آن شرط لازم است مگر در شرط خیار؛ زیرا که وجودش متوقف به تحقق عقدی است، خواه آن عقد مقارن با شرط باشد یا مقدم یا متأخر از آن، اما شرطهای مطرح شده در قبل از عقد ازدواج به اجماع علما از دایره لزوم وفای به شرط خارج است؛ اما در غیر باب نکاح دلیلی بر خروج از لزوم وفا نداریم، بلکه در روایات زیادی به نفوذ شرط بعد از نکاح تصریح شده است.^۲

روایاتی هم وجود دارد که دلالت می‌کند نکاح، شرطهای قبل از ازدواج را بی‌اثر می‌کند:

امام صادق (ع) فرمود: هر شرطی که قبل از نکاح به وجود آمده باشد، عقد ازدواج،

۱. ملا احمد نراقی، *عوائد الایام*، ص ۱۴۳: «و بالجمله مقتضی العمومات وجوب الوفاء بکل ما یلتزمه إنسان لغيره و یعده و لم یظهر إجماع علی خلافه فیجب أتباعه...» ولی باید یادآور شویم که این سخن مرحوم نراقی با کلام ایشان در صفحه ۲۲ همین کتاب «*عوائد الایام*» به ظاهر، مغایرت دارد؛ زیرا آنجا فرمود: «... و من جمیع ذلك ظهر ضعف التمسك بتلك الآية الشریفة فی إثبات لزوم بعض ما یعدونه عقداً فی الكتب الفقہیة... بل الأصل عدم اللزوم، إلا أن یتثبت لزوم عقد بدلیل خاص، كالبيع و أمثاله.»

۲. *عوائد الایام*، ص ۱۴۲: «ثم أقول: إن مقتضی العمومات المتقدمة وجوب الوفاء بالشرط مطلقاً، سواء كان قبل العقد أو بعده، بل لو لم یکن عقداً أيضاً، إلا فیما كان شرطاً للخیار المستلزم للعقد، مقارناً للشرط (للعقد) أو قبله أو بعده و قد خرج من ذلك ما كان قبل النکاح بالإجماع، و أمّا غیره فلا دلیل علی خروجه، بل الأخبار الكثيرة مصرحة بنفوذ الشرط بعد النکاح و التزویج.»

آن رابی اثر می‌کند و آنچه از شروط که بعد از انعقاد پیمان زناشویی (حداقل در ضمن عقد خارج لازم) مقرر گردد، روا می‌باشد.^۱ بنابراین می‌توان گفت: گروهی از فقهای امامیه «معاملات عقلایی» را که منعی درباره آنها نرسیده باشد، لازم‌الوفا دانسته‌اند و خاستگاه این دو دیدگاه متقابل را می‌شود در دو مطلب ذیل خلاصه کرد:

۱. اختلاف فقها در استنباط از ادله احکام، چنان که برخی مانند صاحب جواهر به کار بردن الفاظ در عقود را از ضروریات شمرده‌اند^۲ و بعضی با استفاده از برخی روایات، احتمال داده‌اند که به عنوان مثال، در عقد صلح، به کار بردن لفظ، شرط نباشد^۳ و نیز فقیهی مانند سید میر عبدالفتاح مراغی در «العناوین» (عنوان ۲۷؛ اصالة الصحة فی العقود) کسانی را که با تمسک به دلایلی، آیه شریفه «أو فوا بالعقود» را ناظر به عقود متداول در زمان شارع می‌دانند، چنین مورد خطاب قرار داده است:

کنار گذاشتن دلالت آشکار آیه کریمه با این احتمالات سست، حتی از یک فقیه‌نما به دور است چه رسد به یک فقیه؛ از این رو احتمالات مذکور نه دقت در فهم به شمار می‌آید و نه ژرفنگری در مطلب، بلکه انحراف از مسیر ذوق و ناشی از تخیلات است که شایسته متخصصان نیست؛ به ویژه آنکه فقهای بزرگوار ما یکی پس از دیگری بدون توجه به این مناقشات به آیه تمسک جسته‌اند و بی‌گمان رأی آنان نافذ و دقت آنان بیشتر بوده است.^۴

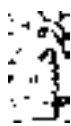
پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱. الفروع من الکافی، ج ۵، ص ۴۵۶: عن محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابي عمیر عن عبدالله بن بکیر قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح و ما كان بعد النكاح فهو جائز....

۲. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۱۱.

۳. شیخ مرتضی انصاری، المکاسب، ص ۹۰.

۴. سید میر عبدالفتاح حسینی مراغی، العناوین، ج ۲، ص ۲۱: «و دفع دلالة الآية الكريمة الظاهرة بمثل هذه الاحتمالات الواهية مما لا ينبغي صدوره عن متفقه، فضلاً عن فقيه! و لا يعدّ أمثال ذلك دقّة فی الفهم و لا غوراً فی المطلب، و إنّما هو انحراف عن جادة الذوق السليم بعروض التخیلات الّتی لا تلیق بشأن أصحاب الفنون، سیما مع إطباق أصحابنا الأعلام خلفاً بعد سلف علی التمسک بها من دون التفاتٍ إلی هذه المناقشات، و لا ریب [فی] أنّ نظرهم ثاقب و تأملهم غالب.»



۲. ضرورت‌های اجتماعی، تحولات اقتصادی، توسعه بینشها: مناسبات اجتماعی و بروز پدیده‌های نوین و رشد سایر رشته‌های علوم و در یک سخن «مقتضیات زمان»، تأثیر اساسی در برداشتها و نگرشهای افراد از جمله فقیهان و مجتهدان دارد و نادیده گرفتن این امر مرادف با انکار واقعیتهاست. بدیهی است مراد از توسعه بینشها، تغییر افق دید و نگرش نوین و عمیق‌تر به احکام ثابت شرعی است، نه بدان معنی که اصول و بنیانهای فکری اشخاص دستخوش دگرگونی گردد، به عنوان مثال، از کلام بسیاری از فقهای پیشین پیدا است که اعتبار هر عقدی را متوقف بر اذن شارع دانسته، قائل به توقیفی بودن عقود می‌باشند. در مقابل آنها اکثر فقیهان متأخر همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، قراردادهای غیر توقیفی می‌دانند؛ از آن جمله است امام خمینی رحمته‌الله علیه؛ زیرا وقتی درباره بیمه اشکال می‌شود: «بیمه یک معامله سابقه‌دار نیست، در زمان پیامبر و ائمه وجود نداشته؛ پس اگر نتوانیم آن را تحت معاملات رایج آن عصر چون بیع، اجاره، هبه، صلح، ضمان و غیره قرار دهیم معامله صحیح نخواهد بود؛ زیرا عناوین معاملات محصور بوده و بیمه از آنها نیست.» ایشان در مقام پاسخ می‌گویند:

اولاً عده‌ای [از فقها] آن را از قبیل ضمانت و ضمان به عوض (که یکی از معاملات محصوره است) قرار داده‌اند.^۱ ثانیاً بر فرض که معامله سابقه‌دار نباشد، به چه دلیل باید معامله (صحیح شرعی) سابقه داشته باشد؟ البته در صدر اسلام بیشتر معاملاتی که امروز متداول است جریان داشته، ولی این به آن معنی نیست که جریان تبعدی باشد و باید حتماً شارع اشاره کند که فلان معامله صحیح است یا فاسد؛ بلکه شارع هر قراردادی که بین دو نفر صورت می‌گیرد آن را تنفیذ کرده است، چه سابقه‌دار باشد و چه نباشد، مگر اینکه دلیلی بر خلافش داشته باشیم.^۲

یکی دیگر از شرکت‌کنندگان در جلسه درس «مسائل مستحدثه» امام خمینی رحمته‌الله علیه اشکال وارد شده بر بیمه و جواب امام خمینی از آن ایراد را این‌گونه نقل می‌کند:

۱. بنگرید به: شیخ حسین حلی، *بحوث فقهیه*، ص ۳۸.

۲. عبدالکریم بی‌آزار شیرازی، *رساله توبینج* ۲، ص ۱۴۲. (به نقل از یادداشت‌های نگارنده از درس «مسائل مستحدثه» که توسط امام خمینی در تابستان سال ۱۳۴۳ در حوزه علمیه قم تدریس گردیده است).

[یکی از اموری که ممکن است سبب اشکال بر صحت بیمه گردد این است که] عموماً از قبیل «أوفوا بالعقود»^۱ و «المؤمنون عند شروطهم»^۲ و سایر عموماً مرتبط به تعهدات و ضمانتها، شروطی را دربرمی‌گیرند که در زمان صدور این‌گونه عموماً، در بین مردم متداول بوده‌اند. «بیمه» در آن زمان رواج نداشته، و دلیل دیگری هم غیر از این عموماً برای صحّت شرعی بیمه نداریم. بنابراین عقد «بیمه» باطل و مورد نهی آیه شریفه: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» است.

مرحوم امام خمینی در جواب گفته است:

دوری چنین برداشتی از ظاهر آیات و روایات، روشن است؛ زیرا ادعای انحصار این‌گونه عموماً، در معاملات متداول در زمان وحی و تشریح، تحمیلی نادرست است. چنین نگرش متحجرانه و برداشت جمودگرایانه نسبت به این الفاظ عام و شامل، از ساحت مقدس شریعت سمحه و سهله به دور است. گمان نمی‌کنم به ذهن احدی که آشنای به زبان عرف باشد و فارغ از وسوسه‌ها، چنین مطلبی خطور کند که آیه «أوفوا بالعقود» که در مقام قانونگذاری پایدار، تا قیامت نازل شده، در تنگنای عقدها و معامله‌های متداول آن زمان محدود باشد. پیامد جمودی از این‌گونه، دور شدن از روال فقه، بلکه از فهم اصل این است و باید از آن، به خدا پناه ببریم...^۳

بعد از روشن شدن این دو دیدگاه و معلوم شدن حکم عقود بی‌نام و غیر منصوص در منابع فقه اسلام، برای تکمیل بحث، در پایان به حکم قراردادهایی که سابقه آنها در شرع، مورد تردید است نیز اشاره می‌شود:

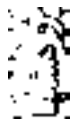
در این باره می‌شود گفت: با توجه به دو نظریه‌ای که درباره توقیفی بودن و یا حصری نبودن قراردادها بین فقها مطرح است، در صورت تردید نسبت به وجود قراردادی در عصر تشریح، بنا به نظریه حصری بودن عقود، اصل اولی در معاملات، فساد است، به این معنی که هر قراردادی فاسد است، مگر اینکه شرعاً دلیلی بر صحت

۱. مانده / ۱.

۲. حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۱۵، ص ۳۰.

۳. امام خمینی، «بیمه»، تقریر محمد محمدی گیلانی، فصلنامه «فقه اهل بیت»، سال اول، ش ۱، ص ۲۶-۲۷.





آن وجود داشته باشد و اگر چنین دلیلی یافت نشود، اصل، عدم ترتب آثار عقد و بقای مال بر ملکیت مالک است (اصل عدم نقل). بنابراین، تنها عقودی را باید صحیح دانست که نوع و احکام و آثار آن شرعاً ثابت شده باشد. وگرنه، آثاری بر آن عقد مترتب نمی‌شود،^۱ همچنان که بعضی از فقهای معاصر در معنای قاعده فقهی «العقود تابعة للقصد» گفته‌اند:

مراد از «قاعده» این نیست که هرچه را طرفین عقد قصد کنند مشروعیت داشته باشد؛ زیرا اگر قصد طرفین به معامله‌ای غیر عقلایی تعلق گیرد، یا معامله عقلایی باشد، ولی شارع آن را امضا نموده باشد، قطعاً چنین قراردادی اعتبار شرعی ندارد.^۲

پس اگر شخصی مالی را به موجب چنین قراردادی تملک کرده باشد، در حکم مقبوض به عقد فاسد است.

اما بنا بر نظریه غیر حصری بودن عقود و قراردادها، در صورت شک در عقدی که آیا مستحدث و نوپیدا است، یا اینکه در زمان شارع وجود داشته، به اصل اباحه و جواز تمسک می‌شود؛ زیرا آنچه از ادله لفظی و روح شریعت استنباط می‌شود، این است که شارع مقدس کلیه قراردادهای عقلایی و مورد نیاز مردم را، هر چند عنوان شناخته شده شرعی نداشته، ولی ضرورتها موجب اختراع و پیدایش آنها شده باشد، امضا نموده است و عقلاً هم پایبندی به قراردادها را برای نظم اجتماعی و امنیت اقتصادی، لازم می‌داند.

عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی

عقد صلح، یکی از عقود است که مفهوم و دامنه‌ای گسترده دارد. همچنین آن را می‌توان در شمار دلایل و خاستگاههای اصل آزادی اراده قرار داد و این احتمال نیز وجود دارد که اساساً «صلح» مبنایی برای جواز و مشروعیت عقود بی‌نام به شمار آید، به خصوص که اکثر فقها آن را عقدی مستقل و قائم به نفس (خود)

۱. ملا احمد نراقی، *عوائد الایام*، ص ۱۶۰.

۲. سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، *القواعد الفقهیه*، ج ۳، ص ۱۳۶-۱۳۷.

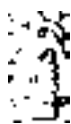
دانسته‌اند،^۱ نه غیر مستقل و متفرع بر دیگر عقود.^۲ و نیز با توجه به این نکته که فقیهان امامیه بر خلاف برخی از عامه،^۳ برای تحقق صلح، سابقه نزاع و وجود اختلاف را شرط نمی‌دانند؛ هرچند در خارج و در مقام عمل، از صلح بیشتر برای رفع نزاع و فیصله دادن به دعاوی استفاده می‌شود، به خصوص که در بعضی از نصوص به مشروع بودن آن بدون اینکه قیدی برای رفع تنازع دیده شود حکم شده است.^۴ چه‌بسا همین موجب شده باشد که بعضی از حقوق‌دانان معاصر به قدری قلمرو صلح را وسیع گرفته‌اند که «عقد صلح» را اساساً از تحت عقود معین خارج دانسته‌اند.^۵ کارایی بالا و بسترسازی مناسب عقد صلح برای حاکمیت اراده در قراردادها ممکن است این ذهنیت را ایجاد کند که با وجود «صلح»، دیگر به وضع قانونی به نام «ماده ۱۰ قانون مدنی» نیازی نخواهد بود؛ زیرا تمام توافقات منعقدشده در خارج را دربرمی‌گیرد. در پاسخ چنین تصویری گفته شده است:

[اگرچه ماهیت صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی در واقع ترتیب اثر دادن به تراضی مشروع متعاقدین است، ولی این قرابت ماهوی نباید سبب شود که این دو نهاد حقوقی تکرار یک قاعده به حساب آید؛] زیرا عقد صلح عنوانی است که باید به طور صریح یا ضمنی از سوی طرفین قرارداد انتخاب شود. به بیان دیگر، صلح نیز خود قالبی است که از سوی قانونگذار برای تجلی حاکمیت اراده تأسیس شده است، در حالی که مفاد ماده ۱۰ حکایت از لزوم قرارداد خصوصی قطع نظر از هرگونه لباس و

۱. حسن بن یوسف (علامه) حلّی، *مختلف الشیعة*، ج ۶، ص ۱۷۷: «الصلح عقد قائم بنفسه علی الأشهر... و الأصل عدم القرینة» شهید اول در *اللمعة الدمشقیة* و شهید ثانی در *الروضه البهیة فی شرح اللمعة*... (ج ۴، ص ۱۷۵) فرموده‌اند: ... و هو أصل فی نفسه... لأصالة عدم الفرعية...
 ۲. محمد بن حسن طوسی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۲، ص ۲۸۸: «إذا ثبت هذا فالصلح لیس بأصل فی نفسه و إنما هو فرع لغيره...»، ولی در صفحه بعد می‌فرماید: «و یقوی فی نفسی أن یکون هذا الصلح أصلاً قائماً بنفسه و لایکون فرع البیع...»
 ۳. عبدالله بن احمد... بن قدامة، *المغنی*، ج ۵، ص ۲۵: «و قال الشافعی لایصح الصلح علی مجهول لأنه فرع البیع...»

۴. شیخ یوسف بحرانی، *الحدائق الناضرة*، ج ۲۱، ص ۸۴-۸۵.

۵. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *مجموعه محشی قانون مدنی*، ص ۹-۱۰.



قلب ویژه است و دامنه‌ای گسترده‌تر دارد.^۱

البته توافق و تراضی دو اراده که به استناد مواد ۱۰ و ۱۸۳ و بند یک ماده ۱۹۰ قانون مدنی، یکی از ارکان اساسی عقد به شمار می‌آید، در صورتی معتبر است که مخالفی با قانون و حکم شرع نداشته باشد. بنابراین، مناسب است در کنار بحث از اصل حاکمیت و آزادی اراده، اشاره‌ای هم به حدود و دامنه آن داشته باشیم.

قلمرو حاکمیت اراده

هرچند که اصل آزادی قراردادهای از روی ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی و به عنوان یک وسیله مفید در حقوق موضوعه ایران پذیرفته شده است، اما تا جایی این اصل کلی قابل استناد و احترام است که با نظام اجتماعی و حقوقی معارض نباشد. ماده ۱۰ قانون مدنی نفوذ قراردادهای خصوصی را منوط به عدم مخالفت صریح با قانون دانسته است. مضافاً بر اینکه ماده ۹۷۵ قانون مدنی نیز بیان می‌دارد:

محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد؛ اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

بنابراین، حقوق ایران آزادی قراردادهای را به طور مطلق نپذیرفته، بلکه اعتبار آن را مشروط به عدم مخالفت قانون دانسته است، همچنان که ماده ۱۹۰ قانون مدنی در ضمن بیان شرایط اساسی صحت معامله در بند ۴، به مشروعیت داشتن جهت معامله تصریح می‌کند. پس تراضی اشخاص بر خلاف مقررات قانونی و شرعی، نفوذ حقوقی ندارد، بلکه باطل است؛ مثل توافقی که بر روی امور ممنوعه؛ مثل قمار و فروش مسکرات و مواد افیونی مضر و نابودکننده نسل و مال و خانمان افراد صورت می‌گیرد و به علت نهی شارع و قانونگذار، باطل است.

۱. به نقل از: ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، مشارکتها - صلح ص ۳۰۴-۳۰۵، شماره ۱۷۴، باندرکی تصرف.

نتیجه گیری

یکی از مجوزهای بسیار کارآمد که می شود حاکمیت اراده را از آن طریق عملی کرد، شروط ابتدایی است و چون ماده ۱۰ قانون مدنی فعلاً بار قانونی آزادی نسبی اراده را به دوش می کشد، باید دید که چه رابطه ای میان شروط ابتدایی و ماده ۱۰ قانون مدنی وجود دارد؟ با توجه به مباحثی که تا اینجا ارائه شد، به خصوص بعد از اینکه ثابت شد عقود، حصری نیستند، وجود رابطه بین شروط ابتدایی و ماده ۱۰ (حداقل از نظر اشتراک در مبانی) به خوبی به دست می آید، بلکه می توان گفت ماده ۱۰ قانون مدنی به کمک ادله لزوم وفای به عهد و عمل به شرط، همچون آیه شریفه: «و أوفوا بالعهد إنَّ العهد کان مسؤولاً»^۱ و حدیث نبوی مشهور «المؤمنون عند شروطهم»^۲ و دلالت آیه کریمه «لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراض»^۳ به وجود آمده است و آزادی و حاکمیت اراده مستفاد از ماده ۱۰، از نظر مجوز و مشروعیت، وابسته به مبانی شروط ابتدایی (سرچشمه عقود نامعین و بی نام و قراردادهای مستقل) می باشد و از طرفی هم به شروط ابتدایی کمک می کند و ضمانت اجرایی آنها را در جوامع بشری که به ظاهر، تحت حاکمیت حقوق عرفی هستند، فراهم می سازد و در حد یک مسئله فقهی و حکم شرعی و ارزش اخلاقی باقی نمی ماند، بلکه به وسیله ماده ۱۰ قانون مدنی از پشتوانه اجرایی قوی نیز برخوردار می شود و از باب مثال، اگر طرفین قراردادی درباره میزان مسئولیت مدیونی، با هم توافق کردند؛ یعنی مبلغی را که در صورت تخلف از اجرای تعهد باید داده شود، معین ساختند، دیگر حاکم نمی تواند متعهد (متخلف از تعهد) را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملتزم شده است، محکوم کند (ماده ۲۳۰ قانون مدنی).^۴

۱. اسراء / ۳۴.

۲. حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۱۵، ابواب المهور، ب ۲۰، ح ۴.

۳. نساء / ۲۹.

۴. اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است، محکوم کند (قانون مدنی ماده ۲۳۰).