

The relation of two Principles of Correctness and Corruption to the article 10 of Civil Code and The Principle of Contracts' Freedom¹

Doi: 10.22081/jrj.2020.51273.1445

Jalil Ghanavaty

(Associate Professor of Tehran University (FARABI); Iran) (Corresponding Author);
E mail: ghanavaty@ut.ac.ir

Esfandiyar Safari

(Assistant Professor of Ahlollbeyt University; Iran); E mail: safari@abu.ac.ir

Received in: 2018/08/05

Accepted in: 2019/09/15

**The relation of
two Principles of
Correctness and
Corruption to the
article 10 of Civil
Code and The Prin-
ciple of Contracts'
Freedom**

181

Abstract

Jurisprudential texts have frequently referred the two principles of correctness and corruption in transactions without clarifying the scope and application of these two principles in a disciplined and lucid manner. This ambiguity has led to confusion of the framework and functions of Articles 10 and 223 Civil Code in legal texts. The principle of correctness in topical misgivings could be prioritized to the principle of corruption but one can not resort to the principle of correctness to exclude the principle of corruption. As the transactions in ruling doubts are custom-oriented, for excluding

1 . Ghanavaty, J (2020); The relation of two Principles of Correctness and Corruption to the article 10 of Civil Code and The Principle of Contracts' Freedom; Jostar- Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 6 ; No: 18 ; Page: 181-206 - doi: 10.22081/jrj.2020.51273.1445

the corruption principle, one can investigate the opposing reasons to the general and absolute indications of transactions, for instance, the principle of fulfilling the contracts is resortable and the correctness of the transaction is proved through the afore-mentioned verbs reasons. Clearly, given the legitimacy and legality of a contract is proven, it is binding with reference to the article 10 of civil code. Such legitimacy is proven if the reasons are investigated and no opposing reasons are proven referring to a specific, general, or absolute reason, albeit it rests on intellectual's conduct and the peoples' intention to legitimize it is not sufficient. The present paper is to sate, analyze, and criticize legal and jurisprudential texts to determine the scope of these two principles of correctness and corruption. Consequently, the exact avenues of the articles 10 and 223 of civil code are determined.

Keyword: The principle of Corruption, the Principle of correctness, rule doubt, topic doubt, contracts' freedom principle, article 223 of civil code, note 10 of civil code.

نسبت دو اصل صحت و فساد با ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادی^۱

جلیل قنوازی^۲

اسفندیار صفری^۳

چکیده

در متون فقهی مکرراً، به دو اصل صحت و فساد در معاملات استناد شده، بدون اینکه گستره و کاربرد این دو اصل، به صورت منضبط و مستدل روشن شود. این ابهام موجب شده که چارچوب و کارکردهای مواد ۱۰ و ۲۲۳ ق.م. نیز در متون حقوقی با هم خلط شود. برخلاف حقوق غرب، در حقوق اسلام اصل اولی در احکام وضعی معاملات چه در شبهات حکمی و چه در شبهات موضوعی، اصل فساد است، مگر اینکه دلیل معتبر شرعی و قانونی برخلاف آن موجود باشد. اصل صحت در شبهات موضوعی می‌تواند بر اصل فساد مقدم شود، ولی در شبهات حکمی نمی‌توان برای خروج از اصل فساد به اصل صحت تمسک نمود. با توجه به عرفی بودن موضوع معاملات در شبهات حکمی برای خروج از اصل فساد می‌توان پس از فحص و عدم ثبوت ادله مخالف به ادله عام و مطلق معاملات مثل اوفوا بالعقود تمسک کرد و صحت معامله را از طریق ادله لفظی مذکور اثبات نمود. بدیهی است صرفاً پس از اثبات شرعیت و قانونی بودن یک قرارداد می‌توان مستند به

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۵/۱۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۴

۲. دانشیار حقوق خصوصی پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم-ایران؛ (نویسنده مسئول) رایانامه: ghanavaty@ut.ac.ir

۳. استادیار حقوق خصوصی دانشگاه بین المللی اهل بیت (ع)، قم-ایران؛ رایانامه: safari@abu.ac.ir

ماده ۱۰ ق.م. آن را نافذ دانست. این مشروعیت پس از فحص از دلایل و عدم ثبوت دلیل مخالف با استناد به دلیل خاص یا عام و مطلق ولو مبتنی بر سیره عقلایی اثبات می شود و صرف اراده افراد برای ایجاد مشروعیت کافی نیست. در این نوشتار با تبیین، تحلیل و نقد متون فقهی و حقوقی، به روشنی گستره اصل فساد و اصل صحت در قراردادهای مشخص شده و به تبع، مجاری دقیق مواد ۱۰ و ۲۲۳ ق.م. نیز معین گشته است.

کلید واژه‌ها: اصل فساد، اصل صحت، شبهه حکمی، شبهه موضوعی، اصل آزادی قراردادی، ماده ۲۲۳ ق.م.، ماده ۱۰ ق.م.

طرح مسئله

فقیهان در موارد متعددی گاهی به اصل فساد و گاهی به اصل صحت در معاملات، استناد کرده‌اند (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۸۲/۱۰؛ نراقی، ۱۴۱۵، ۸۴/۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۳۵۶/۲۶؛ انصاری، ۱۴۲۲، ۳۳۳/۳). خواننده متحیر می گردد، آیا اصل در معاملات صحت است یا فساد؟! این تعجب آنگاه زیاد می شود باز در موارد متعددی، فقیهان اصل صحت را بر اصل فساد مقدم می شمارند (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۴، ۹۱/۱۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۹، ۵۴/۲؛ مکارم، ۱۴۱۱، ۱۴۵/۱). بدون اینکه به روشنی مجاری دو اصل مذکور را مشخص نمایند. ابهام مذکور در تفسیر مواد ۱۰ و ۲۲۳ ق.م. به متون حقوقی نیز سرایت کرده است. در ماده ۱۰ ق.م. مقرر شده است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». در ماده ۲۲۳ ق.م. نیز آمده است: «هر معامله که واقع شده باشد، محمول بر صحت است، مگر اینکه فساد آن معلوم شود». مفاد ماده ۱۰ ق.م. به اصل آزادی قراردادی و مضمون ماده ۲۲۳ ق.م. به اصل صحت در ادبیات حقوقی مشهور شده است.

هر چند در رابطه با گستره مواد یاد شده نیز پرسش‌های گوناگونی وجود دارد، پاسخ به دو پرسش کلیدی از خلط مباحث زیادی در تفسیر دو ماده یاد شده می‌کاهد، اول مجرای ماده ۲۲۳ ق.م. ویژه شبهات موضوعی است یا در شبهات

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۸۴

۱. ناگفته نماند بررسی این پرسش آیا اصل صحت در همه موارد شبهات موضوعی است یا در پاره‌ای از آنها، محل بحث در این نوشتار نیست.

حکمی نیز کارآیی دارد؟ دوم اینکه رابطه ماده ۲۲۳ ق.م. با ماده ۱۰ ق.م. چیست؟ در این مقاله پس از توضیح کوتاه در رابطه با شبهه حکمی و موضوعی، دیدگاه‌های گوناگون مبنی بر جریان یا عدم جریان اصل صحت در شبهات حکمی را بازگو می‌کنیم. در ادامه، به جایگاه اصل فساد و مستندات آن اشاره کرده و بحث می‌کنیم که آیا از طریق اصل صحت می‌توان از اصل فساد در شبهات موضوعی و حکمی خارج شد یا نه؟ همچنین رویکرد دیگری مبنی بر رجوع به ادله لفظی برای خروج از اصل فساد در شبهه حکمی را تبیین می‌کنیم. در پایان نیز نظر نویسندگان حقوقیِ باورمند به جریان اصل صحت در شبهه حکمی را نقد کرده و مجاری دقیق مواد ۱۰ و ۲۲۳ ق.م. را ترسیم می‌نماییم.

گفتار نخست: تبیین مفهوم شبهه حکمی و موضوعی

در دانش اصول فقه شبهه به اقسام گوناگونی منقسم می‌شود. دانشیان اصول فقه در بخش الفاظ (مبحث عام و خاص)، شبهه را به مفهومی و مصداقی (ر.ک: خراسانی، ۱۴۲۳، ۲۲۰)؛ و در بخش اصول عملیه، آن را به حکمی و موضوعی تقسیم نموده‌اند (ر.ک: خراسانی، ۱۴۲۳، ۴۱۰).^۱

شبهه حکمی در جایی است که حکم کلی شرعی نسبت به موضوعی روشن نباشد. منشأ این شبهه یا به سبب نبودن دلیل قانونی، یا اجمال دلیل یا به سبب تعارض ادله است (مشکینی، ۱۳۴۸، ۱۴۴) بدون تردید، رفع این شبهه به دست کسی است که اهل استنباط از ادله شرعی و قانونی است (موسوی، ۱۳۸۲، ۱۱۵). برای نمونه، چنانچه شک شود آیا بیع زمانی صحیح است یا خیر؟ یا شرط ضمان امین درست است یا خیر؟ در این موارد، شبهه حکمی و منشأ آن فقدان دلیل است.

شبهه موضوعی در جایی است که حکم کلی شرعی نسبت به موضوعی روشن بوده، اما به سبب اشتباه در امر خارجی، شبهه ایجاد شود (مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۷، ۶۱۸)؛ به تعبیر دقیق‌تر، شک در حکم جزئی (شک در حکم یک مصداق

۱. برای تفاوت شبهه مصداقی و شبهه موضوعی، ر.ک: مغنیه، ۱۹۸۰، ۱۷۳ و ۱۷۴؛ همچنین برای خلط دو شبهه مذکور در استعمالات، ر.ک: علیدوست، ۱۳۸۴، ۳۶۰.

خارجی) به سبب اشتباه در امر خارجی بوده باشد. برای نمونه، روشن است که طبق ماده ۲۱۶ و ۳۴۲ ق.م.ا.م. بیع باید در زمان معامله معلوم باشد. حکم مذکور روشن است و هیچ شبهه‌ای ندارد. چنان که بعد از وقوع قرارداد یکی از طرفین ادعا کند که هنگام قرارداد، بیع مجهول بوده و عقد باطل است، ولی دیگری ادعا کند که معلوم بوده و عقد صحیح است، باید طبق اصل صحت، عقد را صحیح دانست (شهیدی، ۱۳۸۱، ۲۴۲؛ شهیدی، ۱۳۸۰، ۷۳).

گفتار دوم: بازگویی اندیشه‌ها نسبت به مجرای اصل صحت

۱. نظر نویسندگان حقوقی

پیش از بیان اندیشه‌های فقهی، به نظر نویسندگان حقوقی اشاره می‌شود. نویسندگان حقوقی در این باره دو دسته‌اند:

الف) قائلان به جریان اصل صحت در شبهه حکمی

بعضی به روشنی ماده ۲۲۳ ق.م.ا.م. را افزون بر شبهات موضوعی، شامل شبهات حکمی نیز دانسته و در اثبات مدعای خود با استناد به اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ ق.م.ا.م. ماده یاد شده را یکی از چهره‌های اجرای اصل صحت بر شمرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۳۵۳/۲ و ۳۵۴). طبق مبنای مذکور باید ماده ۱۰ ق.م.ا.م. را مصداقی از ماده ۲۲۳ ق.م.ا.م. دانست. به باور برخی، قانونگذار به سبب ضرورت نظم و مصالح جامعه، باید مقررات خاصی را برای موارد شک در حکم اصلی، مقرر کند تا ثبات قراردادی که مهم‌ترین مبنای رفع نیازهای انسانی است، از بین نرود. چه مشکوک امر موضوعی باشد (مثلاً معلوم بودن مورد عقد برای طرفین هنگام تشکیل عقد) یا امر حکمی (مثل تردید در صحت یا فساد معامله صغیر ممیز)، ماده ۲۲۳ ق.م.ا.م. به عنوان ضابطه در موارد یاد شده کارآیی دارد (شهیدی، ۱۳۸۱، ۱۷۸، ۱۸۰ و ۲۴۱؛ شهیدی، ۱۳۸۶، ۷۶).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۸۶

۱. در ماده ۲۱۶ قانون مدنی آمده است: «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است» در ماده ۳۴۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مقدار و جنس و وصف بیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است».

ب) قائلان به عدم جریان اصل صحت در شبهه حکمی

بعضی ماده ۲۲۳ ق.م. را ویژه شبهات موضوعی شمرده و در اثبات مدعا نوشته‌اند: بیان «جمله هر عقدی که واقع شده» در ماده ۲۲۳ ق.م. بیانگر این است مجرای اصل صحت، نمونه‌های خارجی عقود است. اگر به سببی در صحت و سقم یکی از این نمونه‌ها اشکال و اشتباهی مطرح شود، چنین اشتباهی شبهه موضوعی است، اما در صورت تردید در شبهه‌های حکمی، باید به ماده ۱۰ ق.م. استناد شود نه به اصل صحت (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۰، ۲۳۳/۱؛ جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶، ۳۱۱/۱).

بعضی نیز بر این باورند که اصل صحت در شبهات موضوعی قابل طرح است و ارتباطی با شبهات حکمی ندارد؛ زیرا در شبهات حکمی در صورتی که اصل طهارت یا حلیت وجود داشته باشد، جاری می‌شوند و گرنه اصل برائت جاری می‌گردد (فهیمی، ۱۳۸۸، ۱۶۳ و ۱۶۴). برخی نیز بدون آوردن دلیل، مجرای اصل صحت را مخصوص شبهات موضوعی دانسته‌اند؛ لذا برای اثبات صحت عقد معلق، استناد به ماده ۲۲۳ ق.م. را درست ندانسته و به جای آن، به ماده ۱۰ ق.م. استناد نموده‌اند (قاسمی‌حامد، ۱۳۸۷، ۵۲).

۲. نظر نویسندگان فقهی و اصولی

الف) استنادکنندگان به اصل صحت در شبهات حکمی

در متون فقهی در موارد نسبتاً زیادی در شبهات حکمی، نیز به اصل صحت استناد شده است. برای نمونه چند مثال بازگو می‌شود:

۱. در موردی که سرمایه در قرارداد مضاربه به صورت مجهول تعیین شود، علامه حلی برای اثبات صحت عقد، به اصل صحت، روایت «المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، ۱۴۰۷، ۳۷۱/۷) و جایز بودن قرارداد یادشده استدلال می‌کند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۲۵۳/۶ و ۲۹۱).

۲. برخی فقیهان فروش کالاهایی مثل عطر را صرفاً با توصیف صحیح ندانسته و آزمایش کالا توسط خریدار را از شرایط صحت قرارداد شمرده‌اند (ر.ک: شیخ مفید،

۱. روایت مذکور در کتاب‌های متعدد روایی آمده است. برای نمونه (ر.ک: شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۳۷۱/۷).

۱۴۱۳، ۶۰۹؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ۴۰۴)، اما علامه حلی صحت بیع را در فرض یادشده پذیرفته است. بعضی از فقیهان در توجیه نظر علامه حلی، به اصل صحت، آیه ﴿حَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (بقره/۲۷۵) و اصل جواز استدلال کرده‌اند (حسینی عمیدی، ۱۴۱۳، ۱/۳۹۳ و ۱۱۴ و ۵۸۴).
۳. درباره انعقاد عقد مساقات با لفظ اجاره، علامه حلی آن را دارای اشکال دانسته است، اما فخرالمحققین در توجیه اثبات صحت عقد، به اصل صحت و آیه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (مائده/۱) تمسک کرده است (حلی، ۱۳۸۷، ۲/۲۹۱ و ۲۸۸).

۴. محقق حلی نسبت به حکم فروش مبیعی که تسلیمش در زمان قرارداد متعذر بوده، اما بعد از مدتی امکان تسلیم آن به وجود می‌آید، تردید می‌کند، ولی در نهایت چنین نتیجه می‌گیرد: نظر قوی این است که فروش درست بوده، اما در عین حال خریدار حق فسخ دارد. بعضی در توجیه نظر یادشده، به اصل صحت و امکان تسلیم مبیع در آینده، استناد کرده‌اند (صیمری، ۱۴۲۰، ۲/۲۴، ۲۷۳، ۲۷۷، ۴۰۶ و ۴۱۰).

۵. بعضی برای توجیه نظری که ربا را در عقد صلح روا شمرده، به اصل صحت و آیه ﴿تِجَارَةٌ عَنِ تِجَارَةٍ﴾ (نساء/۲۹) استناد کرده‌اند (حلی، ۱۴۰۷، ۲/۵۳۷).

۶. شهید ثانی نیز یکی از ادله توجیه‌کننده نظری را که صحت تقدم قبول بر ایجاب را می‌پذیرد، اصل صحت می‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳/۲۲۵).

موارد یادشده صرفاً بیانگر تمسک به اصل صحت در موارد شبهات حکمی است و منظور این نیست که در موارد مذکور حتماً اصل صحت پذیرفته شده است، اما این نکته در تعبیر فقیهان مزبور مسلم است که در هیچ‌یک از آن‌ها این اشکال که اصل صحت ویژه شبهات موضوعی است، مطرح نشده است، پس دست کم این برداشت از آن‌ها پذیرفتنی است که در شبهات حکمی نیز اصل صحت قابل اشاره و بلکه در صورت فقدان دلیل مخالف، قابل استناد است.

ب) باورمندان به اختصاص اصل صحت به شبهات موضوعی

بعضی از فقیهان تصریح کرده‌اند محل جریان اصل صحت صرفاً شبهات موضوعی است (ر.ک: خراسانی، ۱۴۲۳، ۴۹۳؛ فاضل لنگرانی، ۱۳۸۵، ۱۶/۷۳؛ مکارم، ۱۴۲۸، ۳/۴۳۶) و در شبهات حکمی نمی‌توان به آن استناد کرد. حتی بعضی از آنان به صورت

کلی نوشته‌اند: قواعد فقهی تنها در شبهات موضوعی جاری می‌شود (خویی، ۱۳۷۵، ۱۰/۱). برخی از فقیهان نیز هر چند تصریح به مطلب یادشده ننموده‌اند، از مباحثی که در این رابطه نوشته و مثال‌هایی که بیان نموده‌اند، به راحتی برداشت می‌شود که در نظر آن‌ها، اصل صحت صرفاً در شبهات موضوعی کاربرد دارد (ر.ک: انصاری، ۱۴۲۲، ۳/۳۴۵ به بعد).

برخی نیز در این باره گفته‌اند: محل جریان قاعده صحت جایی است که شک در صحت موضوعی و به سبب اشتباه در امور خارجی باشد، اما شکی که در شبهه حکمی و ناشی از دلیل شرعی باشد، مشمول قاعده صحت نیست؛ برای مثال، در صورتی که شخصی فردی را ببیند معاطاتاً چیزی را خریداری می‌کند و شک ایجاد شود که آیا شرعاً معاطات قراردادی صحیح است یا خیر؟ نمی‌تواند برای اثبات صحت آن، به اصل صحت استناد کند؛ هر چند برای اثبات صحت آن می‌توان به عموم و اطلاقات ادله لفظی (مثل *احل الله البيع*) تمسک جست، اما روشن است که این ادله [لفظی] با اصل صحت که اصل عملی است، تفاوت دارد (مشکینی، ۱۳۴۸، ۵۲). در تعابیر دیگری، فقیهان تصریح کرده‌اند: اصل صحت مخصوص شبهات موضوعی و در مقام اجرای حکم است. فقیهانی مانند آیت‌الله بهجت، صافی گلپایگانی، مکارم شیرازی و موسوی اردبیلی بر این باورند (ر.ک. گنجینه استفتائات قضایی، مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضاء- قم، سؤال ۵۸۸۶).

بنابر آنچه گفته شد، در متون فقهی و حقوقی دست کم دو اندیشه درباره مجرای اصل صحت وجود دارد؛ بعضی آن را ویژه شبهات موضوعی شمرده‌اند، ولی برخی آن را، در شبهات حکمی نیز جاری دانسته‌اند. برای رسیدن به پاسخ درست باید بررسی کرد که آیا اصل در حقوق اسلام بر فساد معاملات است یا بر صحت آن‌ها.

گفتار سوم: اشاره به اصل فساد و مستندات آن

اصل در حقوق اسلام برخلاف حقوق غرب، فساد معاملات است؛ به همین سبب، فقیهان و دانشیان اصول فقه در موارد متعددی به اصل فساد در معاملات اشاره

کرده‌اند (ر.ک: بهبهانی وحید، ۱۴۱۹، ۳۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۳، ۲۳/۳۴۰؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۶/۳۵۶؛ نراقی، ۱۴۱۵، ۱۶/۸۴؛ مجاهد طباطبایی، ۱۲۹۶، ۵۳۸؛ خویی، ۱۴۲۵، ۵/۴۲؛ ۵۸). برای اثبات مدعای مذکور به ادله سه‌گانه استناد شده است:

۱. توقیفی بودن احکام

بر خلاف حقوق غرب که منشأ احکام در آن عرف یا ارادهٔ افراد است، در حقوق اسلام تقنین و تشریح اختصاص به ذات مقدس الهی دارد و هیچ‌کس به‌طور مستقل حق قانونگذاری ندارد، مگر اینکه مأذون از سوی پروردگار باشد (برای مطالعه دربارهٔ توحید در تقنین، ر.ک: علیدوست، ۱۳۸۴، ۱۴۲ - ۱۴۹). در بند ۱ اصل ۲ قانون اساسی نیز تصریح شده که تشریح به خدای یکتا اختصاص دارد. بعضی از فقیهان با همین پیش‌فرض و رویکرد نوشته‌اند: اصل در عبادات و معاملات، فساد است؛ چون همه احکام از جمله صحت، توقیفی (منوط به بیان قانونگذار) است؛ بنابراین، تا دلیلی از سوی شارع بر صحت عملی کشف نشود، نمی‌توان آن را صحیح دانست. چنانچه شک در ثبوت دلیل بر صحت داشته باشیم، اصل بر عدم آن است و همین امر برای اثبات فساد یک عمل کافی است (بهبهانی، ۱۴۱۹، ۳۱۱-۳۱۴؛ قمی، ۱۴۳۰، ۱/۳۵۶).

برای توضیح بیشتر می‌توان گفت: بر خلاف حقوق غرب - که طبق مبنای اومانیسیم و اصالت انسان، بر آن است که اصل بر آزادی اراده انسان است و تا زمانی که از سوی قانونگذار محدودیتی ایجاد نشود، اراده انسان حاکم بر سرنوشت و اعمال خویش است - حقوق اسلام تکلیف‌مدار است و کشف اعتبار یک عمل حقوقی از فعل انسان در فرض شک را نوعی تشریح و بدعت در تقنین می‌شمارد؛ زیرا خلاف توحید در تقنین است؛ به عبارت روشن‌تر، در حقوق غرب تا دلیلی بر منع نباشد، اصل بر آزادی اعمال حقوقی است، ولی در حقوق اسلام تا دلیلی بر آزادی نباشد، اصل بر ممنوعیت است و نمی‌توان از طریق فعل مسلمان به‌طور مستقل صحت عملی را کشف کرد (ر.ک: قمی، ۱۴۳۰، ۱/۳۵۷؛ کرمانشاهی، ۱۴۲۱، ۲/۵۰۲).

البته ممکن است در نتیجه عملی بر مبنای حقوق اسلام نیز به نوعی آزادی قراردادی برسیم، ولی رویکردها به‌طور بنیادین تفاوت دارد؛ رویکرد در حقوق غرب

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۹۰

این است که خود انسان بودن برای رفع همه محدودیت‌ها و ثبوت آزادی اراده کافی است، مگر اینکه به جهت نظم عمومی و مصالح اجتماعی، قانونگذار اراده وی را محدود کند، ولی در حقوق اسلام باید از طریق ادله‌ای تعبیه شده از سوی خود قانونگذار، به این آزادی اراده رسید و گرنه اصل بر فساد معامله است. نتیجه این رویکرد آثار متعددی دارد؛ از جمله اینکه نفوذ قراردادهای نامعین در حقوق غرب به راحتی مقبول واقع شده و در حقوق اسلام هنوز محل بحث و گفتگو در متون فقهی است.

مطلب دیگر اینکه طبق حقوق غرب در فرض شک، برای اثبات صحت یک قرارداد به فحوص نیازی نیست، ولی در حقوق اسلام نمی‌توان در فرض شک به صحت یک قرارداد حکم کرد، بلکه مجتهد باید ادله را فحوص کند و پس از آن نسبت به صحت یا بطلان یک قرارداد نظر دهد؛^۱ به همین دلیل فقیهان تصریح کرده‌اند در شبهات حکمیة باید به نظر مجتهد مراجعه کرد (ر.ک: طباطبایی‌یزدی، ۱۳۹۱، ۲/۳۲۱).

۲. اصل عدم ترتب اثر

این دلیل در واقع به گونه‌ای تفریر دیگری از دلیل اول است. اگر معامله‌ای واقع شده باشد، در صورتی که شک کنیم اثر شرعی بر آن مترتب شده است یا نه، اصل عدم ترتب اثر جاری می‌شود، مگر آنکه دلیلی مبنی بر ترتب اثر وجود داشته باشد (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۷۱/۵؛ نراقی، ۱۳۷۵، ۱۵۹؛ انصاری، ۱۴۲۸، ۷۴۰/۱؛ مصطفوی، ۱۴۲۱، ۴۶-۴۹). اصل مذکور در قالب استصحاب نیز بیان شده است؛ برای نمونه بعضی نوشته‌اند: اگر اشکال شود فساد نیز حکم شرعی است و نیاز به اثبات دارد، باید گفت: قبل از معامله، ثمن متعلق به خریدار و مبیع ملک فروشنده بوده است بنابراین، در صورت شک در انتقال آن‌ها، اصل بقای آن‌ها به حالت پیشین، جاری می‌شود و هیچ اثری

۱. استادان حقوق در نوشته‌های خود بعد از استناد برای اصل آزادی قراردادی به ماده ۱۰ ق.م. گفته‌اند: در حقوق اسلام آیه شریفه «وفوا بالعقود» اصل آزادی قراردادی را در انعقاد عموم قراردادها... مورد تأکید قرار داده و قاعده فقهی «العقود تابعة للقصد» و حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم» کلیه التزامات، تعهدات و شروط را به عنوان یک اصل اساسی و مورد پذیرش اعلام داشته است (محقق داماد، نظر به شروط و التزامات، ۲۵). این دیدگاه در این مقاله مورد نقد واقع شده است. اصل آزادی قراردادی در حقوق غرب با مفاد قواعد فقهی مزبور همخوانی ندارد.

بر قرارداد بار نمی‌شود. این همان اصل فساد است. این اصالت البقاء، اجماعی است و اخبار نیز بر آن دلالت دارد (بهبهانی، ۱۴۱۹، ۳۱۲).

۱.۳. اجماع

بعضی جز در جایی که دلیل خاصی بر صحت معامله وجود داشته باشد، اصل بر فساد معامله را در فرض شک اجماعی شمرده‌اند (بهبهانی، وحید، ۱۴۱۹، ۳۱۱-۳۱۴؛ حسینی‌مراغی، ۱۴۱۸، ۶/۲ و ۱۷۶). گفتنی است به سبب مدرکی بودن نمی‌توان اجماع مذکور را اجماع اصطلاحی شمرد؛ با وجود این، همین اندازه که این امر حاکی از آن است که اصل فساد از پشتوانه فقهی قوی برخوردار است، توجه به آن مفید است.

گفتار چهارم: امکان سنجی خروج از اصل فساد

در بحث پیش ثابت شد اصل در حقوق اسلام فساد معاملات در فرض شک است. اکنون این پرسش مطرح است که آیا دلیلی وجود دارد که در شبهات موضوعی یا حکمی اصل صحت بر اصل فساد مقدم شود؟

الف) خروج از اصل فساد در شبهه موضوعی از طریق اصل صحت

درست است که اصل در معاملات فساد است، ولی فقیهان در شبهات موضوعی - فارغ از اختلاف در برخی از مصادیق آن - اصل صحت را بر اصل فساد مقدم شمرده‌اند. برای اثبات مدعای یاد شده به ادله متعددی استناد شده است:

یک: اجماع: بعضی از فقیهان به استناد اجماع در شبهات موضوعی، اصل را بر صحت معامله دانسته‌اند (بهبهانی، ۱۴۱۹، ۳۱۲؛ قمی، ۱۴۳۰، ۳۵۷/۱). بعضی به جای اجماع از عدم خلاف نام برده‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲۸۸/۱). البته روشن است این اجماع مدرکی است و مستند آن روایات می‌باشد (قمی، ۱۴۳۰، ۳۵۷/۱).

دو: روایات: روایات بیانگر اصل صحت (ر.ک: مجلسی، ۱۴۱۰، ۲۰۰/۶۵)، دومین دلیلی است که برای تقدم اصل صحت بر اصل فساد در شبهات موضوعی مورد استناد واقع شده است (ر.ک: بهبهانی، ۱۴۱۹، ۳۱۲).

سه: بعضی از فقیهان که اصل فساد را در قالب استصحاب عدم ترتب اثر تفسیر

کرده‌اند، از راه‌های گوناگون برای اثبات تقدم اصل صحت بر استصحاب مذکور استدلال نموده‌اند.

الف) اماره بودن قاعده صحت و تقدم آن بر اصل فساد از باب ورود.

ب) اصل صحت، اصل سببی است و اصل فساد اصل مسببی. در جایی که اصل سببی جاری شود، نوبت به جریان اصل مسببی نمی‌رسد^۱ (ر.ک: انصاری، ۱۴۲۲، ۳/۳۷۳-۳۷۶).

ج) اصل صحت در مقایسه با استصحاب دلیل خاص است؛ زیرا اختصاص به شبهات موضوعی دارد، اما استصحاب-طبق برخی از مبانی- هم در شبهه‌های موضوعی و هم در شبهه‌های حکمی، جاری می‌شود (خراسانی، ۱۴۲۳، ۴۹۳).

د) پیش‌گیری از لغویت اصل صحت: بعضی نوشته‌اند برای پرهیز از لغو شدن ادله مبین اصل صحت باید آن را بر اصل فساد (استصحاب عدم ترتب اثر) مقدم شمرد و گرنه اصل صحت لغو می‌شود؛ زیرا در بیشتر مواردی که اصل صحت جاری می‌شود، استصحاب معارض آن یعنی استصحاب عدم نقل و انتقال نیز جاری می‌گردد (ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۱/۱۴۵؛ سبحانی، ۱۴۲۴، ۴/۴۰۷).

نسبت دواصل صحت
وفساد با ماده ۱۰ قانون
مدنی و اصل آزادی
قراردادی
۱۹۳

ب) عدم امکان خروج از اصل فساد در شبهه حکمی از طریق اصل صحت

خروج از اصل فساد در شبهه موضوعی از طریق اصل صحت مورد پذیرش فقیهان واقع شده است، ولی سخن این است آیا می‌توان از طریق اصل صحت در شبهه حکمی نیز از اصل فساد خارج شد یا نه؟ در پاسخ باید گفت: اصل صحت به معنایی که به عنوان یک قاعده فقهی مشهور است و دلیل آن، اجماع و دلیل مستقل عقل (انصاری، ۱۴۲۲، ۳/۳۵۰) یا صرفاً بنای عقلاست (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱/۲۸۷؛ اراکی، ۱۳۷۵/۲، ۳۹۸)، نسبت به شبهات حکمی، کاربردی ندارد و نمی‌توان از طریق آن از اصل فساد خارج شد. ادله این مدعا را می‌توان به شرح ذیل بیان کرد:

۱. با این توضیح که با جریان اصل صحت دیگر شکی نمی‌ماند تا به استصحاب عدم نقل و انتقال تمسک شود. روشن است که بقای شک از ارکان جریان اصل استصحاب است. نتیجه اینکه اصل صحت اصل سببی و استصحاب اصل مسببی می‌شود و هر جا که اصل سببی با اصل مسببی تعارض کند، اصل سببی مقدم می‌شود (ر.ک: انصاری، ۱۴۲۲، ۳/۳۹۴ به بعد؛ مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۲، ۱/۵۲۱).

۱. طبق اصل صحت، در مواردی که عملی از فردی واقع می‌شود، اما در صحت یا فساد عمل وی شک وجود دارد، بر مصداق صحیح حمل شود. روشن است این حمل وقتی است که ما از قبل با توجه به آگاهی بر حکم قانونی بدانیم که مصداق صحیح نسبت به عمل مذکور قابل تحقق است. در غیر این صورت، چگونه امکان دارد به افراد جامعه دستور داده شود حتی در صورتی که نمی‌دانید معامله‌ای از نظر قانونی صحیح یا باطل است، به محض انجام آن توسط دیگران و شک در صحت و بطلان حکم آن، بگویید حکم آن صحیح است؟ چنان که برخی نوشته‌اند: هرگاه فعل مسلم مردّد گردد میان وقوع بر نهج صحیح ثابت الصّحّه یا بطلان یعنی غیر معلوم الصّحّه، مقتضای ادلّه آن است که باید آن را بر صحیح حمل نمود، نه آنکه فعل مسلم فی نفسه صحیح و مانند فعل معصوم حجّت و دلیل صریح است (کرمانشاهی، ۱۴۲۱، ۵۰۲/۲؛ نیز ر.ک: قمی، ۱۴۳۰، ۳۵۷/۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۷۵۱/۲). بعضی فقیهان نیز تصریح کرده‌اند: بنای عقلا بر اصل صحت وقتی جاری است که شک شود آیا عملی که از فرد آگاه بر حکم صحیح و فاسد، صادر شده، صحیح است یا فاسد (خوبی، ۱۴۲۶، ۲۶۰/۴).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۹۴

نتیجه اینکه، اصل صحت وقتی جاری می‌شود که فعل واقع شده قابلیت اتصاف به صحت و فساد را داشته باشد و در واقع، دارای دو فرد باشد؛ فرد صحیح یعنی فردی که در بردارنده همه اجزا و شرایط معتبر است و فرد فاسد یعنی مصداقی که پاره‌ای از اجزا و شرایط را ندارد^۱ (محمدی، ۱۳۷۵، ۲۹۳/۶). روشن است که تشخیص فرد صحیح با ضابطه یادشده، منوط به آگاهی قبلی از حکم کلی معامله‌ای است که در خارج واقع شده است.

در تأیید استدلال یادشده می‌توان افزود اگر مجرای اصل صحت ویژه شبهات موضوعی نبود، معنا نداشت اجرای آن در متون فقهی و اصولی مقید یا مفروض به وقوع عمل شود! چون اجرای اصول در شبهات حکمی، مقید یا مفروض به وقوع آن‌ها در خارج نیست.

۱. ناگفته نماند در تعریف صحت و فساد اختلافات زیادی در بین دانشیان اصول فقه وجود دارد (ر.ک: عبداللهی نژاد و جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۹۲، ۷۵ - ۹۶). آن‌جا در متن آمده، منطبق با بعضی از مبانی است.

۲. برخی نیز تمسک به اصل صحت برای اثبات حکم یک موضوع را تمسک به دلیل حکم در شبهه مصداقیه شمرده‌اند (سیفی‌مازندرانی، ۱۴۲۶، ۶۱/۱؛ موسوی، ۱۳۸۲، ۴۹۶ و ۴۹۷). طبق مبنای مشهور متأخران تمسک به دلیل یک حکم برای اثبات موضوع آن صحیح نیست.

با توجه به آنچه گفته شد، معلوم گردید برای خروج از اصل فساد در شبهه حکمی نمی‌توان به اصل صحت استناد جست. در این صورت باید این اشکال را پاسخ داد که چرا بعضی از فقیهان در شبهه حکمی به اصل صحت استناد جسته‌اند؟

در پاسخ گفته شده است: منظور فقیهان از اصل صحت در چنین مواردی تمسک به عموماً و اطلاقات و قاعده است (بهیانی، وحید، ۱۴۱۹، ۳۱۱؛ قمی، ۱۴۳۰، ۳۵۷/۱؛ شبیری‌زنجانی، ۱۴۱۹، ۳۷۵۲/۱۱). آنچه برداشت مذکور را تأیید می‌کند، این است فقیهانی که به اصل صحت در شبهه حکمی استناد کرده‌اند، نوعاً در کنار آن به یک دلیل لفظی دارای عموم یا اطلاق نیز استناد جسته‌اند. از این برداشت می‌شود که منظورشان اصل صحت به معنای خاص نبوده است و گرنه با بودن دلیل لفظی عام نوبت به استناد به اصل صحت که صرفاً در مقام شک کارآیی دارد، نمی‌رسد. به هر حال، اگر قرینه‌ای ثابت کند که منظور آنان استناد به اصل صحت به معنای خاص است، باید گفت استناد مذکور ناشی از سهو است و مورد تأیید نیست (قمی، ۱۴۳۰، ۳۵۷/۱).

نسبت دواصل صحت
وفساد باماده ۱۰ قانون
مدنی واصل آزادی
قراردادی
۱۹۵

گفتار پنجم: خروج از اصل فساد در شبهات حکمی از طریق ادله دیگر غیر

از اصل صحت

ثابت شد که در شبهات حکمی نمی‌توان از طریق اصل صحت، از اصل فساد در معاملات خارج شد. پرسش این است که آیا دلیل دیگری برای خروج از اصل فساد در شبهه حکمی معاملات وجود دارد.

در پاسخ باید گفت: اصل فساد تنها به‌عنوان یک اصل کاربرد دارد و مجرای آن در مواردی است که بتوان توسط ادله دیگر شک حادث را نسبت به صحت یا بطلان معامله‌ای رفع کرد؛ بنابراین، اگر بتوان با آیات، روایات خاص یا عام - که در باب

معاملات وارد شده‌اند. اجماع، دلیل عقل یا بنای عقلا مورد تأیید شرع، شک ایجاد شده را از بین برد، دیگر موضوعی برای جریان اصل فساد باقی نمی‌ماند، اما پرسش دارای اهمیت این است که نسبت به معاملاتی که در گذشته سابقه نداشته و دلیل خاص برای تأیید آن‌ها نیست، آیا می‌توان با رجوع به ادله عمومی معاملات از قبیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱) رفع شک نمود؟

بعضی از نویسندگان در پاسخ گفته‌اند: طبق نظر شیخ انصاری تا زمان محقق ثانی، میان فقیهان با استناد به استصحاب عدم رابطه که قبل از انعقاد عقد متیقن بوده - اصل فساد حاکمیت داشته است، ولی پس از آن زمان، اصل صحت عقود، طرفداران بیشتری یافته است. مستند صاحبان این نظریه، عموماً لفظی نظیر «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱) و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره/۲۷۵) است که آن‌ها را حاکم بر استصحاب می‌دانند. البته باید توجه داشت که تمسک به عموماً مزبور مبتنی بر آن است که استعمال حقیقی الفاظ عقود و معاملات، تنها در مصادیق صحیح و دارای آثار شرعی آن‌ها و استعمال مجازی در مصادیق فاسدشان نباشد، بلکه حقیقت در اعم از صحیح و فاسد یا در معانی عرفی باشد تا بتوان در موارد مشکوک به عموم و اطلاق تمسک نمود؛ زیرا در فرض اول، تردید در صحت، مساوی تردید در تحقق عقد است و محلی برای تمسک به عموم و اطلاق باقی نمی‌ماند.

مجرای اصل صحت به این معنا، در شبهه‌های حکمی است؛ یعنی هرگاه منشأ شک در صحت یا فساد، شک در چگونگی حکم باشد - مثلاً عقد بیمه یا فروش سرقفل و یا انتقال حق تألیف که از عقود جدید است و در زمان شارع وجود نداشته - اگر در فرض وقوع در صحت و فساد آن تردید شود، چنانچه به اصل صحت و تقدم آن بر استصحاب معتقد باشیم، این عقدها محکوم به صحت هستند و در غیر این صورت، محکوم به فساد می‌باشند. کسانی که صرفاً عقود معین را صحیح و نافذ می‌دانند، قائل به این اصل نیستند؛ لذا فقط آن دسته از عقود را که شرع، نفوذ آن‌ها را امضا کرده، صحیح و مابقی را با استناد به استصحاب محکوم به فساد می‌دانند. در مقابل گروهی دیگر، با تمسک به عموماً، کلیه عقود عرفی و عقلایی را تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده، صحیح و نافذ می‌دانند. بنا به مراتب فوق، نفوذ

و صحت قراردادهای عام مستند به عمومات لفظی است و به اصل صحت که از امارات می‌باشد ارتباطی ندارد. بنابراین، همان‌طور که گفته شد، ماده ۲۲۳ قانون مدنی ایران به هیچ وجه، نظر به اصل صحت به این معنا ندارد و صرفاً متعرض اصل صحت به معنایی است که تنها در شبهات موضوعی کاربرد دارد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲۱۱/۱ و ۲۱۲).

در نقد و تنقیح این مطلب، می‌توان گفت: از یک سو برخلاف عبادات-که ماهیات مختصره شرعی است- معاملات دارای ماهیات عرفی هستند (حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۷/۲؛ خراسانی، ۱۴۲۳، ۴۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۴، ۳۵۴/۲) و این ماهیات عرفی را قانونگذار اسلام نوعاً امضا کرده و مواردی که مورد پذیرش وی نبوده، اصلاح نموده است. از سوی دیگر حتی در صورتی که الفاظ معاملات برای اسباب یا مسببات صحیح وضع شده باشند، باز می‌توان گفت که تمسک به عموم و اطلاقات ادله معاملات، در مقام شک نسبت به شرط افزوده شده از سوی قانونگذار، امکان دارد؛ زیرا در دانش اصول فقه، هم صحیحی و هم اعمی، این را قبول دارند که معاملات، ماهیات مختصره در نزد عرف و عقلاست و فساد و صحت عرفی و عقلایی، در موضوع‌له آن‌ها دخیل است؛ بنابراین، هر جا صحت عقلایی قراردادی، اثبات و شرط زاید قانونی، مشکوک باشد و با فرض دست نیافتن به آن با جستجو در ادله قانونی، هم صحیحی و هم اعمی، می‌تواند اصالة العموم یا اصالة الاطلاق جاری کنند؛ زیرا در صورت دخالت شرط یاد شده در ماهیت معامله، قانونگذار باید آن را بیان می‌کرد (خراسانی، ۱۴۲۳، ۴۹).

جالب اینکه برخی از فقیهان گذشته و معاصر نیز در صورتی که دلیلی بر بطلان معامله‌ای پیدا نکنند، آن را صحیح می‌دانند؛ برای نمونه شیخ طوسی در این باره می‌نویسد: «اگر موجر به مستأجر بگوید: این خانه ماهیانه به فلان مبلغ اجاره دادم، قرارداد درست است؛ زیرا دلیلی بر نادرستی آن وجود ندارد» (طوسی، ۱۳۸۷، ۲۲۳/۳). بعضی فقیهان بارها طبق این مبنا به مخالفت با مشهور فقیهان پرداخته‌اند (ر.ک: طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ۱۹۲/۱ و ۲۷۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ۲۹۸/۵ و ۲۹۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹، ۳۲۹).

نسبت دواصل صحت
وفساد با ماده ۱۰ قانون
مدنی و اصل آزادی
قراردادی
۱۹۷

اشکال در اینجا تمسک به دلیل حکم در شبههٔ مصداقی است؛ چرا که موضوع عرفاً احراز شده است (برای دیدن نمونه‌ای از ثمره فقهی این بحث، ر.ک: انصاری، ۱۴۲۲، ۲۰/۳، ۴۰-۴۱؛ خویی، بی تا، ۱۴۲/۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۷۱/۳).

روشن است در موردی که احراز موضوع عرفاً مشکوک است، در آن صورت اصل، بر فساد قرارداد است (خراسانی، ۱۴۲۳، ۵۰) و نمی توان به دلیل حکم برای اثبات موضوع تمسک کرد؛ چون تمسک به دلیل در شبههٔ مصداقیه خواهد بود (مصطفوی، ۱۴۲۱، ۴۷). توضیح مطلب اینکه رابطهٔ حکم و موضوع شبیه رابطه علت و معلول است که بدون تصور موضوع، ترتب حکم ممکن نیست. چنان که بدون آمدن علت، تحقق معلول میسر نیست؛ با توجه به تقدم رتبی موضوع بر حکم، هیچ گاه نمی توان برای اثبات موضوع به حکم استناد کرد؛ چنان که برخی از نویسندگان نیز تصریح کرده اند رتبه حکم در وجود، مؤخر از رتبه موضوع خویش است؛ حکم در موضوع خود، تصرف نمی کند، بلکه تابع موضوع خود می باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۴۶).

نتیجه اینکه در صورت شک در دخالت شرط قانونی در ماهیت معاملات، با تمسک به عموم و اطلاق ادلهٔ نفوذ معاملات، شک مرتفع می شود و نوبت به اجرای اصل فساد - که در مقام شک کاربرد دارد - نمی رسد. منتها دو نکته را نباید فراموش کرد:

نخست اینکه، تعیین گسترهٔ دلالت ادله لفظی عام، مربوط به معاملات و اختلاف در برداشت‌ها و اختلاف در مصادیق ادله، امر دیگری است که همواره بین مفسران احکام فقهی و حقوقی وجود دارد (ر.ک: حائری، ۱۳۷۳، ۱۵۵ به بعد؛ صائمی، ۱۳۸۲، ۷۷ - ۱۰۴؛ علیدوست، ۱۳۹۰، ۸۴ - ۸۹؛ علیدوست، ۱۳۹۶، ۹۴ به بعد).

دوم اینکه اگر برای فقهی موضوع معامله عرفاً احراز نشود یا در موردی اطلاق و عموم ادله ثابت نگردد، طبق مبنای وی اصل فساد معامله جاری می شود؛ برای مثال، بعضی از فقیهان به صراحت بیمه را دارای عنوان شرعی ندانسته اند (طباطبایی بروجردی، ۱۳۸۸، ۸۰/۲) یا شرط ابتدایی را نافذ نشمرده اند، مگر اینکه در ضمن عقد لازم چنین شرطی شده باشد (صافی گلپایگانی، ۱۳۸۰، ۳۲۴/۱).

در پایان باید گفت: ماده ۱۰ ق.م. طبق اندیشه فقیهانی چون سیدمحمدکاظم

طباطبایی یزدی تدوین شده که معتقدند: در فرض شک در صحت عقدی می توان به استناد عموماً و اطلاعات، به صحت آن حکم نمود (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ۱/۱۹۲ و ۲۷۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ۵/۲۹۸ و ۲۹۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹، ۳۲۹). چنان که برخی از نویسندگان نیز به این نکته تصریح کرده اند (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱/۱۴۴)؛ با وجود این، تفاوت اصلی بین حقوق ایران - به تبعیت از حقوق اسلام - و حقوق غرب در این است که برای اثبات صحت قرارداد در فرض شک، به استناد ماده ۱۰ ق.م. باید قاضی با فحص از عدم مخالفت قرارداد با قانون به معنای اعم (قانون موضوعه و احکام الزامی شرعی) مطمئن شود؛ در این صورت می تواند با اجرای ادله عام مثل آیه «أوفوا بالعقود» (مائده/۱) از نظر شرعی و ماده ۱۰ ق.م. از جهت قانونی شک خود را مرتفع کند و به درستی قرارداد حکم بنماید.

گفتار ششم: نقد نظر نویسندگان حقوقی طرفدار جریان اصل صحت در

شبهه حکمی

از آنچه گفته شد روشن شد که مجرای اصل صحت در متون فقهی و به تبع، محل تطبیق ماده ۲۲۳ ق.م. در شبهه موضوعی بوده و در شبهه حکمی نمی توان برای رفع شک به اصل صحت استناد جست. طبق این مبنا، به نقد نظریه این گروه از نویسندگان حقوقی می پردازیم که بر این باورند در شبهه حکمی نیز می توان به اصل صحت استناد جست.

الف) برخی از حقوقدانان در اثبات مدعای خود به اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ ق.م. استناد کرده و ماده یاد شده را یکی از چهره های اجرای اصل صحت می دانند؛ برای مثال، در جایی که در نفوذ ضمان از مال جعاله، تردید می شود، برای تأیید استدلال مربوط به صحت عقد، می توان به اصل صحت در قرارداد یا ماده ۱۰ ق.م. استناد کرد و اصل فساد یا عدم وقوع قرارداد را محکوم به آن ساخت (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۲/۳۵۳ و ۳۵۴). همچنین «اگر عقد با قانون مخالف باشد و تردید شود که قانون امری است یا تکمیلی، اصل صحت اقتضا می کند که قانون تکمیلی فرض شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۲۱۵). از عبارات یاد شده به روشنی برداشت می شود که اصل صحت

نسبت دواصل صحت
وفساد با ماده ۱۰ قانون
مدنی و اصل آزادی
قراردادی
۱۹۹

در نظر این نویسنده همانند ماده ۱۰ ق.م. در شبهات حکمی نیز کارآیی دارد. هر چند برای اثبات مدعای یادشده استدلال خاصی ارائه نشده، ولی می‌توان آن را چنین نقد کرد:

اولاً می‌توان استعمال جدیدی از اصل صحت داشت و با توسیع گستره اصل صحت با ادله مربوط به اصل آزادی قراردادی، آن را افزون در شبهات موضوعی در شبهات حکمی نیز به کار برد؛ چنان که برخی از فقیهان با وجود باورمندی به اصل اولی فساد در قراردادها چنین کرده‌اند (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۸، ۷/۲، ۳۰، ۳۱ و ۱۷۶؛ برای مطالعه بیشتر، ر.ک: حائری، ۱۳۷۳، ۴۶-۵۳). ولی روشن است استعمال مذکور، افزون بر مخالفت با تفسیر مشهور فقیهان از اصل صحت، دست کم با ماده ۲۲۳ ق.م. نیز ناسازگار است که در پاسخ‌های بعدی، این مطلب اثبات خواهد شد.

ثانیاً لازمه تلقی ماده ۱۰ ق.م. به‌عنوان مصداقی از اصل صحت (ماده ۲۲۳ ق.م.)، این است که وضع ماده ۱۰ ق.م. یا لغو یا حداکثر از باب تأکید باشد، در حالی که روشن است مضمون ماده ۲۲۳ ق.م. - فارغ از برخی اختلاف‌های مصداقی در گستره آن - در متون فقهی بدون هیچ نظر مخالفی پذیرفته شده است؛ اما مضمون ماده ۱۰ ق.م. هنوز هم محل گفت‌وگو و مناقشه است. همین سابقه فقهی نشان می‌دهد که از نظر قانونگذار، میان مفاد دو ماده یادشده تفاوت اساسی وجود دارد.

ثالثاً فقیهانی که آزادی قراردادی را پذیرفته‌اند، مستند آن را ادله لفظی مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» دانسته‌اند که مضمون آن‌ها بیانگر حکم واقعی اولی است؛ اما مقبول‌ترین ادله اصل صحت، اجماع و بنای عقلا بوده و ادله لفظی مربوط به آزادی قراردادی در اثبات اصل صحت پذیرفته نگشته (انصاری، ۱۴۲۲، ۳/۳۴۶) و استناد به آن‌ها تمسک به دلیل در شبهه مصداقی شمرده شده است (اراکي، ۱۳۷۵، ۲/۳۹۸). افزون بر اینکه مفاد اصل صحت بیانگر حکم ظاهری بوده نه حکم واقعی، ولی ممکن است آزادی قراردادی را توسط ادله لفظی مطرح نموده و به آن به‌عنوان یک حکم واقعی نگاه کرد. همین تفاوت مبنايي دو ماده مذکور حکایت از تفاوت تقنینی آن دو نیز می‌کند.

رابعاً ماده ۱۰ ق.م. صرفاً در شبهات حکمی کارآیی دارد و ناظر به شبهات

موضوعی نیست، در حالی که ماده ۲۲۳ ق.م.م. مخصوص شبهات موضوعی است؛ زیرا بیان جمله «هر عقدی که واقع شده» در ماده ۲۲۳ ق.م. بیانگر این است مجرای اصل صحت نمونه‌های خارجی عقود می‌باشد (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۰، ۲۳۳/۱) و به حکم کلی مربوط به شبهات حکمی ارتباطی ندارد؛ زیرا در گذشته بیان شد که شبهات موضوعی در مصادیق خارجی قابل تطبیق است ولی شبهات حکمی در احکام کلی ظهور دارد و به مصادیق خارجی ارتباط ندارد. به عبارت دیگر، پس از ثبوت صحت قراردادی از نظر حکمی، ممکن است نسبت به مصادیق خارجی آن قرارداد اختلاف شود که آیا به صورت صحیح و با رعایت شرایط قانونی منعقد شده یا نه؟ در این صورت، اصل صحت طبق ماده ۲۲۳ ق.م. کارآیی دارد.

روشن است اگر از سوی مفسر قانون، نسبت به قراردادی با استناد به ماده ۱۰ ق.م.م. رفع شبهه حکمی شود، در صورت اختلاف در شبهات موضوعی قرارداد یادشده، اصل صحت (ماده ۲۲۳ ق.م.م.) کارآیی خواهد داشت؛ همچنان که با همین رویکرد می‌توان به تفسیر این تبصره ماده ۹ قانون کار پرداخت: «اصل بر صحت کلیه قراردادهای کار است، مگر اینکه بطلان آن‌ها در مراجع ذیصلاح به اثبات رسد».

نسبت دواصل صحت
وفساد با ماده ۱۰ قانون
مدنی و اصل آزادی
قراردادی
۲۰۱

ب) برخی از حقوقدانان برای اثبات جریان اصل صحت در شبهه حکمی نوشته‌اند: به جهت ضرورت نظم و مصالح جامعه، قانونگذار باید مقررات خاصی را برای موارد مشکوک بودن حکم اصلی، مقرر کند تا ثبات قراردادی که مهمترین مبنای رفع نیازهای انسانی است، از بین نرود. فرقی نمی‌کند مشکوک امر موضوعی (مثل معلوم بودن مورد عقد برای طرفین هنگام تشکیل عقد) باشد یا امر حکمی (مثل تردید در صحت یا فساد معامله صغیر ممیز) باشد؛ زیرا ماده ۲۲۳ ق.م.م. به عنوان ضابطه در موارد مذکور کارآیی دارد (شهیدی، ۱۳۸۱، ۱۷۸ - ۱۸۰).

در نقد این نظر می‌توان گفت: بین استدلال و استنتاج ناشی از آن تلازمی وجود ندارد؛ زیرا لازمه تعیین مقررات خاص برای موارد مشکوک الحکم این نیست که ما باید حتماً مجرای ماده ۲۲۳ ق.م.م. را برای رفع شک در شبهات حکمی نیز توسعه

دهیم، چون قانونگذار با وضع ماده ۱۰ ق.م. در شبهات حکمی روند رفع مشکل را تعیین کرده است؛ بنابراین، افزون بر ظهور ماده ۲۲۳ ق.م. در شبهات موضوعی، منطبق قانونگذاری نیز به جهت پرهیز از تداخل و لغویت، اقتضا می‌کند که ماده ۲۲۳ ق.م. را ویژه شبهات موضوعی بدانیم.

نتیجه‌گیری

اصل اولی در احکام وضعی معاملات، چه در شبهات حکمی و چه در شبهات موضوعی، اصل فساد است، مگر اینکه دلیل معتبر شرعی و قانونی برخلاف آن وجود داشته باشد.

اصل صحت در شبهات موضوعی می‌تواند بر اصل فساد مقدم شود، ولی در شبهات حکمی نمی‌توان برای خروج از اصل فساد به اصل صحت تمسک نمود. پس از اثبات شرعیت و قانونی بودن یک قرارداد می‌توان مستند به ماده ۱۰ ق.م. آن را نافذ دانست. این مشروعیت پس از فحص از دلایل و عدم ثبوت دلیل مخالف، با استناد به دلیل خاص یا عام و مطلق (مانند «اوفوا بالعقود» و «احل الله البيع» و...) ولو مبتنی بر سیره عقلایی اثبات می‌شود و صرف اراده افراد برای ایجاد مشروعیت کافی نیست.

در متون قانونی نیز ماده ۱۰ ق.م. به‌عنوان یک حکم واقعی تنها مربوط به شبهات حکمی است، ولی ماده ۲۲۳ ق.م. به‌عنوان یک حکم ظاهری ویژه شبهات موضوعی است؛ بنابراین، استناد به ماده مذکور برای رفع شبهه حکمی مطابق با مبانی فقهی و تقنینی ماده ۲۲۳ ق.م. نیست.

اگر صحت یک قرارداد خصوصی و نامعین از نظر حکمی از طریق ماده ۱۰ ق.م. احراز شود؛ می‌توان در شبهات موضوعی عقد مذکور به ماده ۲۲۳ ق.م. استناد کرد.

منابع

۱. اراکی، محمد علی، (۱۳۷۵)، اصول الفقه، قم: مؤسسه در راه حق.
۲. انصاری، مرتضی، (۱۴۲۲)، فرائد الاصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۳. _____، (۱۴۲۰)، کتاب مکاسب، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۴. _____، (۱۴۲۸)، مطروح الأنظار، تقرير: ابوالقاسم کلانتر، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۵. بجنوردی، سید حسن، (۱۴۱۹)، القواعد الفقهية، قم: نشر الهادی.
۶. بهبهانی، محمد باقر، (۱۴۱۹)، الرسائل الفقهية، قم: مؤسسه علامه وحید بهبهانی.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۸. _____، (۱۳۸۲)، فن استدلال، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۹. _____، (۱۳۸۶)، الفارق، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۰. حائری، مسعود، (۱۳۷۳)، تحلیلی از ماده ۱۰ قانون (اصل آزادی قراردادها)، تهران: سازمان انتشارات کیهان.
۱۱. حسینی عمیدی، سیدعمیدالدین، (۱۴۱۶)، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. حسینی مراغی، میرفتاح، (۱۴۱۸)، العناوین، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۳. حلّی، جمال الدین، (۱۴۰۷)، المهدب البارع فی شرح المختصر النافع، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۴. حلّی، فخر المحققین، (۱۳۸۷)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۵. خراسانی، محمدکاظم، (۱۴۲۳)، کفایة الاصول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۶. خوانساری، سیداحمد، (۱۴۰۵)، جامع المدارک، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۷. خویی، سیدابوالقاسم، (۱۴۲۵)، التنقیح فی شرح مکاسب، تقرير: میرزا علی غروی تبریزی، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
۱۸. _____، (بی تا)، مصباح الفقاهة، بی جا، بی نا.
۱۹. _____، (۱۳۷۵)، محاضرات فی الاصول، تقرير: محمد اسحاق فیاض، قم: مؤسسه انصاریان.
۲۰. _____، (۱۴۲۶)، دراسات فی علم الاصول، تقرير: سید علی هاشمی شاهرودی، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۲۱. سبحانی، جعفر، (۱۴۲۴)، ارشاد العقول الی مباحث الاصول، تقرير: محمدحسین الحاج العاملی، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

۲۲. سیفی مازندرانی، علی اکبر، (۱۴۱۹)، مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیة الأساسیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۳. شبیری زنجانی، سید موسی، (۱۴۱۹ هـ ق)، کتاب نکاح، ج ۱۱، چاپ اول، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
۲۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ هـ ق)، الروضة البهیة، ج ۳، چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری.
۲۵. _____، (۱۴۱۳ هـ ق)، مسالك الأفهام، ج ۵، چاپ اول، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۲۶. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۰)، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، تهران: مجد.
۲۷. _____، (۱۳۸۱)، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، تهران: مجد.
۲۸. _____، (۱۳۸۶)، شروط ضمن عقد، چاپ اول، تهران: مجد.
۲۹. شیخ طوسی، (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیة، تهران: المكتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.
۳۰. _____، (۱۴۰۰)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دار الکتب العربی.
۳۱. _____، (۱۴۰۷)، تهذیب الأحکام، تهران: دار الکتب الإسلامیة، تهران.
۳۲. شیخ مفید، (۱۴۱۳ هـ ق)، المقنعة، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۳۳. صافی گلپایگانی، لطف الله، (۱۳۸۰)، جامع الأحکام، قم: انتشارات حضرت معصومه علیها السلام.
۳۴. صائمی، علی اصغر، (پاییز و زمستان ۱۳۸۲)، مقاله: شروط ابتدایی در فقه و ماده ۱۰ قانون مدنی، مجله الهیات و حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۹ و ۱۰.
۳۵. صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، (۱۴۲۰)، غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار الهادی.
۳۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۶)، سؤال و جواب، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۷. _____، (۱۳۹۱)، سؤال و جواب، قم: نشر خدادادی.
۳۸. _____، (۱۴۱۹)، العروة الوثقی (المحشی)، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۹. _____، (۱۴۲۹)، تکملة العروة الوثقی، بیروت: دار الصفة.
۴۰. طباطبایی بروجردی، حسین، (۱۳۸۸)، استفتائات، قم: مؤسسه آیت الله العظمی بروجردی.
۴۱. عبد اللهی نژاد، عبد الکریم و جبار گلباغی ماسوله، سید علی، (تابستان ۱۳۹۲)، تبیین و بررسی صحت و فساد از منظر دانشیان اصول، فصلنامه مطالعات اسلامی، ش ۹۳.
۴۲. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۳)، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۲۰۴

۴۳. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۴)، تذکرة الفقهاء، ج ۱۰، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۴. _____، (۱۴۱۴ هـ ق)، تذکرة الفقهاء، ج ۱۲، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۵. _____، (۱۴۱۹ هـ ق)، نهیة الاحکام، ج ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۶. علیدوست، ابوالقاسم، (تابستان و پاییز ۱۳۹۰)، ادله عمومی قراردادها، مجله فصلنامه فقه اهل بیت علیهم السلام، ش ۶۶ و ۶۷.
۴۷. علیدوست، ابوالقاسم، (۱۳۸۴)، فقه و عرف، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۴۸. علیدوست، ابوالقاسم، (۱۳۹۶)، فقه و حقوق قراردادها: ادله عام قرآنی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۴۹. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۳۸۴)، سیری کامل در اصول فقه، تهیه و تنظیم: محمد دادستان، قم: انتشارات فیضیه.
۵۰. فهیمی، عزیز الله، (۱۳۸۸)، مبانی و قلمرو اصل صحت در معاملات، چاپ اول، قم: انتشارات دانشگاه قم.
۵۱. قاسمی حامد، عباس، (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، شرایط اساسی شکل گیری قرارداد، تهران: انتشارات دراک.
۵۲. قمی، ابوالقاسم، (۱۴۳۰)، قوانین الاصول، بیروت: دار المرتضی.
۵۳. کرمانشاهی، محمد علی، (۱۴۲۱)، مقام الفاضل، قم: مؤسسه علامه مجدّد وحید بهبهانی.
۵۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۵۵. _____، (۱۳۸۰)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ پنجم، تهران: انتشارات دادگستر.
۵۶. _____، (۱۳۸۵)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۵۷. گنجینه استفتائات قضایی، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضای قم.
۵۸. مجاهد طباطبائی، سید محمد، (۱۲۹۶ هـ ق)، القواعد و الفوائد والاجتهاد و التقليد (مفاتیح الاصول)، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۵۹. مجلسی، محمد باقر، (۱۴۱۰)، بحار الأنوار، بیروت: مؤسسة الطبع و النشر.
۶۰. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۶۱. محمدی، علی، (۱۳۷۵)، شرح رسائل، قم: دار الفکر.
۶۲. مشکینی، علی، (۱۳۴۸)، المنافع العامة، قم: انتشارات یاسر.
۶۳. مصطفوی، سید محمد کاظم، (۱۴۲۱)، مائة قاعدة فقهية، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۴. مظفر، محمد رضا، (۱۳۸۴)، اصول الفقه، قم: مؤسسه بوستان کتاب قم.
۶۵. مغنیه، محمد جواد، (۱۹۸۰)، علم اصول الفقه في ثوبه الجديد، قم: انتشارات مکتبه الزهراء علیها السلام.
۶۶. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱)، القواعد الفقهية، قم: مدرسه امام امیر المؤمنین علیه السلام.
۶۷. —، (۱۴۲۸)، انوار الاصول، تقرير: احمد قدسی، قم: مدرسه امام امیر المؤمنین علیه السلام.
۶۸. هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۳۸۲)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: انتشارات مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۶۹. موسوی، سید محمد صادق، (۱۳۸۲)، مبانی نظری جهل و اشتباه و آثار آن بر اعمال حقوقی، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۷۰. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۳)، جواهر الکلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۷۱. —، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۷۲. نراقی، مولی احمد، (۱۳۷۵)، عوائد الايام، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۷۳. —، (۱۴۱۵)، مستند الشيعة في أحكام الشريعة، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۲۰۶

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی