

اصل قابل استناد در موارد شک در امری یا تکمیلی بودن قاعده حقوقی با مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی مصر*

- بیژن حاجی عزیزی^۱
- حامد خسروی^۲
- یاسر خسروی^۳

چکیده

در دکتین حقوقی، معیارهای متعددی برای تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی ارائه شده است. با وجود این، گاهی ممکن است در ماهیت پاره‌ای از قواعد حقوقی به لحاظ امری یا تکمیلی بودن، شک و تردید به وجود آید که همین امر موجب طرح چند سؤال مهم در این زمینه می‌شود؛ از جمله: در نظام حقوقی ایران اصل قابل استناد در این موارد چیست؟ آیا با استناد به ماده ۱۰ ق.م. می‌توان گفت که اصل بر تکمیلی بودن قواعد حقوقی است؟ در پاسخ به سؤالات مذکور، بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی با توجه به قاعده

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۱۳ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۳.

۱. دانشیار دانشگاه بوعلی سینا همدان (haji598@basu.ac.ir).

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسئول) (hamed3564@yahoo.com).

۳. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی (yaserhkh66@yahoo.com).

اصالة الاطلاق، امری بودن قواعد حقوقی را اصل دانسته‌اند. برخی با توجه به ماده ۱۰ ق.م.ا. مینا را بر تکمیلی بودن قرار داده‌اند، عده‌ای نظریه نسبی بودن را برگزیده، معتقدند که در این خصوص باید به جای کلی‌گرایی، به تجربه روی آورد و از استقراء در احکام قانون دریافت که قانون‌گذار در هر مورد، چه اصلی را برقرار کرده است. گروهی نیز نظر قاضی را مناط اعتبار قرار داده‌اند. در حقوق مصر نیز در این زمینه دو ضابطه اصلی وجود دارد. نخست توجه به لحن مواد قانونی است. دوم تکیه بر مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه، که تمیز قاضی در این خصوص ضابطه نهایی است. آنچه از مطالعه و بررسی منابع فقهی و حقوقی و مقررات قانون مدنی در این زمینه به دست می‌آید این است که در نظام حقوقی ایران، اصل بر تکمیلی بودن قواعد حقوقی است و امری بودن قواعد حقوقی، امری استثنایی و خلاف قاعده است. مستند این ادعا علاوه بر ماده ۱۰ ق.م.ا. مبنای حقوق بشر و اصل صحت مندرج در ماده ۲۲۳ ق.م.ا. می‌باشد.

واژگان کلیدی: قاعده امری، قاعده تکمیلی، نظم عمومی، ماده ۱۰ قانون مدنی.

مقدمه

در نظام کنونی حقوق ایران، اصل آزادی در انعقاد قراردادها به موجب ماده ۱۰ ق.م.ا. به عنوان یک راهکار مفید حقوقی که مبنای واقعی آن ملاحظه‌های اجتماعی و مصلحت‌اندیشی اقتصادی می‌باشد، مورد پذیرش قرار گرفته است. اگرچه این اصل در فقه امامیه نیز جایگاه دارد و بسیاری از فقها امامیه در مبحث شرط و تحت تأثیر آیات و قواعدی نظیر «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» بدان توجه داشته‌اند، ولیکن به لحاظ حقوقی، این اصل نتیجه منطقی رویکرد جهان غرب به نظریه اصالت فرد در قرون ۱۷ و ۱۸ میلادی است. آنچه در این رویکرد پراهمیت جلوه می‌کند، تأمین آزادی فرد و احترام به شخصیت و اراده و حقوق طبیعی اوست. از نظر حقوقی، این رویکرد در صدد بیان این است که «دامنه اجرای قوانین باید تا حد ممکن محدود شود. از نظر اصول هر قانونی بد است؛ زیرا موضوع آن محدود ساختن آزادی و حقوق فردی است. هدف اصلی باید این باشد که به تدریج از قلمرو اجرای قانون کاسته شود و دامنه فعالیت‌های فردی گسترش یابد. اراده فرد، روح قواعد حقوقی است و قرارداد

مبنای تمام سازمان‌ها و راه حل‌های حقوقی است» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۵۳/۱). با وجود این، در حقوق کنونی، اصل آزادی قراردادی به صورت مطلق پذیرفته نشده و این اصل به وسیله چند عامل مهم محدود شده است. عدم مخالفت صریح با قانون، یکی از عوامل محدودکننده اصل مذکور است. ماده ۱۰ ق.م. در این زمینه مقرر می‌دارد:

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

با توجه به مراتب فوق، در اینجا دو موضوع مهم مطرح است که باید بدان پرداخته شود:

موضوع اول: تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی است؛ زیرا بی‌تردید آنچه که اشخاص به موجب ماده ۱۰ ق.م. از آن منع شده‌اند، توافق بر خلاف قواعد امری است نه قواعد تکمیلی.

موضوع دوم: اصل قابل استناد به هنگام شک در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی است؛ زیرا به طور کلی برخی از قواعد حقوقی وجود دارند که ماهیت آن‌ها به لحاظ امری یا تکمیلی بودن، محل شک و تردید قرار گرفته است و همین امر سبب طرح چند سؤال مهم در این زمینه می‌شود؛ از جمله: در نظام حقوقی ایران اصل قابل استناد در این موارد چیست؟ آیا با استناد به ماده ۱۰ ق.م. و اصل آزادی قراردادی می‌توان گفت که در این موارد، اصل بر تکمیلی بودن قواعد حقوقی است؟

با کمی دقت نظر می‌توان دریافت که پاسخ به این مسائل، مخصوصاً از لحاظ صحت یا بطلان قراردادهایی که بر خلاف این قواعد منعقد می‌شوند، بسیار حائز اهمیت است.

با توجه به مراتب فوق، در تحقیق حاضر سعی شده است ضمن مطالعه تطبیقی با نظام حقوقی کشور مصر، ابتدا به تعریف قاعده حقوقی و انواع آن یعنی قواعد امری و تکمیلی پرداخته شود تا در ضمن آن، معیارهای تمیز این قواعد از یکدیگر روشن شود و در ادامه به بررسی وضعیت شک در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی پرداخته شده که به عنوان مقدمه، مطالعه پیشینه فقهی امر در این زمینه، ضرورتی انکارناپذیر است.

۱. تعریف قاعده حقوقی و اقسام آن

۱-۱. تعریف قاعده حقوقی

قاعده حقوقی در منابع و مآخذ در دو معنا به کار رفته است. در یک معنا گفته شده است:

- «قاعده حقوقی عبارت از قضیه‌ای است که موضوع حکم در آن کلی می‌باشد» (امامی، ۱۳۸۸: ۷/۲).

- «قاعده حقوقی در حقوق جدید به حکم کلی (بدون توجه به شخص خاص یا مورد خاص) که قابل انطباق بر موارد و نمونه‌های مختلف باشد، گفته می‌شود. فرق نمی‌کند که ضمن یک قانون بیان شده باشد، مانند ماده ۳۰ ق.م. یا علماء حقوق آن را بیان کرده باشند یا از بدیهیات عقلی یا عرفی باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۵۱۵).

اما در معنای دیگر گفته شده است:

«[قاعده حقوقی] قاعده‌ای الزام‌آور است که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت، بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۵۹).

همان‌طور که گفته شده است، در این معنا قاعده حقوقی قلمرو گسترده‌تری پیدا می‌کند؛ به نحوی که هم شامل احکامی می‌شود که به طور مستقیم ناظر به کار و رفتار معین است، مانند لزوم پرداخت نفقه از طرف شوهر یا کیفر زندان برای کلاهبردار، و هم شامل اصولی که از تألیف و ترکیب احکام جزئی فراهم آمده یا از طرف قانون‌گذار به عنوان اصلی راهنما و الهام‌بخش صادر شده است و بی‌واسطه به کار معین تعلق نمی‌یابد، مانند قاعده لاضرر و حاکمیت اراده و آزادی قراردادها (همو، ۱۳۹۳: ۳۶/۱). در حقوق مصر در تعریف قاعده قانونی گفته شده است که قاعده قانونی عبارت است از مجموعه قواعدی الزامی که تنظیم‌کننده روابط افراد در اجتماع است و رعایت و احترام به آن‌ها توسط اشخاص از سوی دولت تضمین شده است (قاسم، ۲۰۰۶: ۳۳/۱؛ سعد و منصور، ۱۹۹۵: ۱۷).

آنچه در تحقیق حاضر مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، قاعده حقوقی به معنای حکمی است که به طور مستقیم ناظر به کار و رفتار معین می‌باشد؛ مانند لزوم پرداخت نفقه از طرف شوهر یا تکلیف پدر و مادر نسبت به نگهداری فرزند خود.

۲-۱. انواع قاعده حقوقی

قاعده حقوقی بر اساس معیارهای متفاوت به اقسام مختلفی تقسیم شده است؛ از جمله:

۱-۲-۱. قاعده الزامی و قاعده اذنی (اختیاری)

قواعد حقوقی بر مبنای ظهور یا عدم ظهور الزام ناشی از آنها، به قواعد الزامی و قواعد اذنی تقسیم شده‌اند. بر این اساس در تعریف قاعده الزامی گفته شده است: «ویژگی اصلی قواعد حقوقی، الزام آور بودن آنهاست. اگر این الزام به صورت مستقیم و آشکار در قواعد حقوقی وجود داشته باشد، آن را قاعده الزامی می‌نامند» (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۱۵۱).

در مقابل به قواعدی که در ظاهر حاوی هیچ امر و نهی نبوده و الزامی برای اشخاص به وجود نمی‌آورند، قواعد اذنی یا اختیاری گفته شده است؛ مانند قوانینی که فقط مقررات گذشته را نسخ می‌کند یا انجام دادن کاری را بر اشخاص مباح می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۹۱/۲).

۲-۲-۱. قاعده امری و قاعده تکمیلی

قواعد حقوقی در یک تقسیم‌بندی دیگر و بر مبنای قدرت الزام، به قواعد امری یا تکمیلی تقسیم شده‌اند. در حقوق ایران در تعریف قاعده امری و تکمیلی، بین حقوق دانان اختلاف نظری وجود ندارد و از این لحاظ، موضع حقوق دانان مصری همانند حقوق دانان ایران است (همان: ۱۸۷/۲؛ سلطان، ۱۹۸۳: ۵۱؛ همچنین ر.ک: زراعت و معین، ۱۳۹۱: ۹؛ ره‌پیک، ۱۳۹۲: ۵۴؛ ساکت، ۱۳۸۷: ۳۸۳؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۶: ۳۶۵؛ قاسم، ۲۰۰۶: ۱۴۳/۱). بنابراین و به طور کلی می‌توان گفت قاعده امری به قاعده‌ای اطلاق می‌شود که متعلق به مصالح اجتماعی و منافع عمومی است و اشخاص نمی‌توانند بر خلاف آن

توافق کنند؛ مانند قواعد مربوط به حقوق اساسی و اداری و به طور کلی قواعد مربوط به نظم عمومی^۱ و اخلاق حسنه^۲ (صفایی، ۱۳۸۸: ۵۰/۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۵۱۹). در همین ارتباط در حقوق مصر گفته شده است:

«بعضی از قواعد قانون، الزام آور است و هیچ کس نمی‌تواند آن را تغییر دهد یا با آن مخالفت کند؛ چون آن قانون مربوط به نظم عمومی است و این قواعد، قواعد آمره یا قواعد مربوط به نظم عمومی نامیده می‌شوند» (سنهوری، ۱۳۹۱: ۴۹۰/۱).

در مقابل، قواعد تکمیلی به قواعدی اطلاق می‌شود که مربوط به مصالح اشخاص می‌باشد و هدف قانون‌گذار از وضع آن‌ها، ایجاد قاعده تخلف‌ناپذیر نمی‌باشد؛ بلکه بیشتر به عنوان عامل تفسیرکننده و تکمیل‌کننده مورد توجه قرار می‌گیرند و اشخاص می‌توانند بر خلاف آن‌ها توافق کنند و در صورتی لازم‌الاجراء هستند که بر خلاف آن‌ها توافق نشده باشد (صفایی، ۱۳۸۸: ۵۰/۲). در حقوق مصر در این خصوص گفته شده است قاعده تکمیلی به قاعده‌ای اطلاق می‌شود که مربوط به نظم عمومی و مصالح عالی اجتماع نمی‌باشد، بلکه مکمل اراده متعاقدين است و در صورتی لازم‌الاجراست که افراد بر خلاف آن‌ها توافق نکرده باشند؛ مانند قواعد راجع به چگونگی تسلیم مبیع و ثمن (سعد و منصور، ۱۹۹۵: ۶۸؛ صده، بی‌تا: ۷۲).

آنچه به عنوان نکته پایانی در این خصوص قابل طرح است، استفاده از اصطلاحات متفاوت از سوی نویسندگان حقوقی برای بیان ماهیت قواعد تکمیلی است که موجب آشفتگی و بی‌نظمی است؛ از قبیل: قاعده تکمیلی، قاعده تفسیری، قاعده اختیاری و قاعده تعویضی (قاسم‌زاده، ۱۳۸۶: ۳۶۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۹۵؛ زراعت و معین، ۱۳۹۱: ۹). نویسنده‌ای اصطلاح قاعده تکمیلی را بر سایر اصطلاحات ترجیح داده و در توجیه آن می‌گوید:

۱. در تعریف نظم عمومی گفته شده است: «قوانین مربوط به نظم عمومی قوانینی است که هدف از وضع آن‌ها، حفظ منافع عمومی باشد و تجاوز به آن، نظم را که لازمه حسن جریان امور اداری یا سیاسی و اقتصادی یا حفظ خانواده است، بر هم زند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۵۲).
۲. در تعریف اخلاق حسنه گفته شده است: «اخلاق حسنه عبارت است از اخلاق پسندیده اجتماعی و به تعبیری "منش و کردار محسنین و پرهیزگاران جامعه" است که بر حسب زمان و مکان متغیر است و ممکن است با اخلاق مذهبی تفاوت داشته باشد» (صفایی، ۱۳۸۸: ۵۸/۲).

«در برابر قوانین امری، اصطلاح قوانین تفسیری یا قوانین تعویضی نیز به کار رفته است؛ بدین اعتبار که قانون، اراده واقعی دو طرف پیمان را تفسیر می‌کند یا به جای آن می‌نشیند تا بر آنان حکومت کند. ولی اصطلاح قانون تکمیلی که چهره اجتماعی دارد، ترجیح داده شد: هدف واقعی تکمیل قرارداد است و قانون به اراده واقعی توجه ندارد. الزام ناشی از قوانین تکمیلی به اقتدار قانون باز می‌گردد نه حکومت اراده» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۸۶/۲، پاورقی).

در حقوق مصر نیز برخی از حقوق دانان، تعبیر قاعده تکمیلی و یا قاعده تفسیری را بر این دسته از قواعد حقوقی ترجیح داده و در توجیه آن نیز این گونه استدلال کرده‌اند:

«این قواعد، قواعد تکمیلی نامیده می‌شوند؛ به خاطر آنکه آن‌ها برای تنظیم روابط افراد در حالتی وضع می‌شوند که نسبت به تنظیم مسئله‌ای از مسائلی که در مورد آن توافق کرده‌اند، غفلت کرده‌اند. به همین خاطر، این قواعد تکمیل‌کننده این توافقات هستند. همچنین این قواعد را می‌توان قواعد تفسیری نامید؛ به خاطر آنکه هنگامی که افراد بر خلاف حکم آن‌ها توافق نکرده‌اند و در این زمینه سکوت اختیار کرده‌اند، پس این سکوت بر این معنا تفسیر می‌شود که اشخاص خواسته‌اند از این حکم پیروی کنند» (قاسم، ۲۰۰۶: ۱۴۵/۱).

لیکن به نظر می‌رسد اصطلاح قاعده اختیاری برای این دسته از قواعد، مناسب‌تر از سایر تعبیرات باشد؛ زیرا در اینجا مقصود، تقسیم قاعده حقوقی بر مبنای درجه الزام یا اجبار قاعده حقوقی یا درجه قدرت اراده اشخاص در برابر آن می‌باشد و آنچه به عنوان اولین معنا از تعبیر قاعده تفسیری^۱ یا قاعده تکمیلی و قاعده تعویضی به ذهن متبادر می‌شود (تبادر)، برای بیان این مقصود نارساست. در حقوق مصر نیز برای بیان این قواعد، در کنار سایر اصطلاحات از تعبیر قواعد اختیاری نیز استفاده شده است^۲ (سنهوری، ۱۳۹۱: ۴۹۰/۱).

۱. برای مثال در تعریف قانون تفسیری گفته شده است قانونی است که به منظور رفع ابهام و یا اجمال از قانونی که قبلاً وضع، ولی در عمل با اشکالاتی مواجه شده است، تصویب می‌شود (زراعت و معین، ۱۳۹۱: ۹۶؛ امامی، ۱۳۸۸: ۲۶/۲).

۲. عین عبارت بدین مضمون است: «وهذه ما تسمى بالقواعد الاختيارية (facultatives)».

۲. معیارهای تمایز قواعد امری از قواعد تکمیلی

در دکترین حقوقی، جهت تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی معیارهایی ارائه شده که در ذیل به بیان آن‌ها پرداخته خواهد شد.

۱-۲. لحن مواد قانونی

لحن مواد قانونی یکی از مهم‌ترین معیارهای تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی است. در این زمینه گفته شده است:

«در کنار اصولی که از راه استقراء درباره امری یا تکمیلی بودن قوانین ناظر به قراردادها به دست دادیم، پاره‌ای از اماره‌ها را نیز باید نام برد که به طور خاص می‌تواند نشانه امری بودن قرار گیرد... یکی از این نشانه‌ها لحنی است که قانون‌گذار در بیان احکام خود به کار می‌برد؛ به طور مثال، آوردن واژه‌هایی مانند "باید" و "مکلف است" یا "ممنوع است" ظهور در امری بودن حکم دارد. در حالی که کلمه "می‌تواند" یا "اختیار دارد" به طور معمول برای بیان قواعد تکمیلی به کار می‌رود» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۶/۱؛ حائری، ۱۳۷۰: ۹۱).

در حقوق مصر نیز لحن مواد قانونی به عنوان یکی از معیارهای تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی مورد توجه فرار گرفته است. سنه‌وری در این زمینه می‌گوید:

«مورد اتفاق است که بعضی از مواد قانونی به گونه‌ای وضع گردیده‌اند که از لحن آن‌ها می‌توان فهمید که قانون امری هستند یا تکمیلی» (سنه‌وری، ۱۳۹۱: ۴۹۱/۱).

۲-۲. توجه به موقعیت و محتوای قواعد حقوقی

یکی دیگر از معیارهای مهم تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی، توجه به مفاد و محتوای قواعد حقوقی است. مفاد و محتوای برخی از قواعد حقوقی، مربوط به نظم عمومی و مصالح عالی سیاسی، اقتصادی و اجتماعی است. در نتیجه، این قواعد امری هستند و توافق اشخاص بر خلاف آن‌ها جایز نمی‌باشد؛ مانند: قواعد مربوط به شرایط اساسی صحت معاملات، قواعد مربوط به حقوق خانواده و احوال شخصی، حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق کار، اجاره اماکن برای کسب و تجارت و حقوق جزا (صفایی، ۱۳۸۸: ۵۱/۲)؛ [در حقوق مصر: صده، بی‌تا: ۷۸ به بعد]. در مقابل، مفاد و محتوای

برخی از قواعد، در جهت تأمین مصالح شخصی افراد می‌باشد. در نتیجه، این قواعد تکمیلی هستند و توافق اشخاص بر خلاف آن‌ها جایز می‌باشد؛ مانند قواعد مربوط به معاملات و امور مالی (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۴۸؛ [در حقوق مصر: سنه‌وری، ۲۰۰۹: ۱۶۱/۱].

۳-۲. قواعد متضمن حمایت از حقوق اشخاص ثالث

قواعدی که متضمن حمایت از حقوق اشخاص ثالث هستند، جنبه امری دارند؛ مانند مواد ۲۲، ۴۶، ۴۸ و ۷۲ قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ (حائری، ۱۳۷۰: ۹۲). در این خصوص گفته شده است:

«قواعدی که هدف آن‌ها حمایت از حقوق اشخاص ثالث در برابر دو طرف عقد است، جنبه امری دارد؛ زیرا پذیرفتن امکان تراضی بر خلاف این قواعد، به منزله حکومت عقد بر حقوق کسانی است که در انعقاد آن‌ها دخالتی نداشته‌اند» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۴/۱).

در حقوق مصر در این خصوص اظهار شده است:

«آن دسته از روابط معاملات مالی که مصلحت عمومی را محقق می‌سازند، از امور مربوط به نظم عمومی شمرده می‌شوند... من جمله مقررات حمایت از ثالث دارای حسن نیت می‌باشد» (سنه‌وری، ۲۰۰۹: ۴۴۷/۱).

۴-۲. قواعد متضمن احکام استثنایی

قواعد متضمن احکام استثنایی نیز جنبه امری دارند. بعضی از حقوق دانان در همین ارتباط می‌گویند:

«احکام استثنایی که بر خلاف قواعد کلی قراردادها وضع می‌شود و نتیجه تراضی دو طرف به شمار نمی‌آید، از قواعد امری است؛ زیرا وضع استثنایی آن‌ها نشان می‌دهد که قانون‌گذار نمی‌خواسته امکان تراضی بر خلاف آن‌ها را بپذیرد. برای مثال اگر قاعده تلف مبیع پیش از عقد، استثناء بر قاعده کلی معاوضه باشد، قاعده امری است که به حکم قانون‌گذار بر فروشنده تحمیل شده است و به همین دلیل نیز نمی‌توان بر خلاف مفاد آن توافق کرد و ضمان تلف را بر عهده خریدار قرار داد» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۶/۱).

۳. تردید در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی

۱-۳. پیشینه فقهی امر

۱-۱-۳. شروط صحت شرط

شروط ضمن عقد یکی از مباحثی است که در فقه امامیه به تفصیل بدان پرداخته شده است و به لحاظ ماهوی، ارتباط بسیار نزدیکی با مباحث قاعده امری و تکمیلی دارد. توضیح آنکه در فقه امامیه، فقها برای گنجاندن شرط در ضمن عقد، شرایطی را لازم دانسته‌اند که از آن به «شروط صحت شرط» تعبیر می‌کنند. حال مسئله مهمی که در این زمینه مطرح شده این است که چنانچه برای مثال در موردی تردید شود که شرط مذکور در عقد، با کتاب و سنت یا مقتضای عقد مخالف است یا نه، آیا می‌توان به اصل صحت شرط استناد نمود و بر این اساس، شرط مشکوک‌الصحة را نافذ دانست؟ (حائری، ۱۳۷۰: ۵۴). در این زمینه بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی فقها بر این

عقیده‌اند که این شرط صحیح است؛ برای مثال میرزای قمی در این زمینه می‌گوید: «به تحقیق، وفای به هر شرطی واجب است، مگر شرطی که مخالف شرع باشد... چنانچه در موافق یا مخالف بودن شرط با شرع، شک و تردید حاصل شد، اصل عدم منع شرط و وفای به آن است و مقتضای کتاب و سنت، موافق بودن اصل است» (میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۹۲۶/۲).

در مقابل، بعضی از فقها معتقدند که در این موارد، نظر فقیه حسب مورد، مناط اعتبار است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴۱۵/۴). بعضی از فقها در این مسئله قائل به تفکیک شده و موضوع را به نحو دقیق‌تری مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند و شک در صحت شرط را به شک در جعل شارع و شک در تغییر حکم شارع تقسیم کرده و موضوع را از این زاویه مورد بررسی قرار داده‌اند که در ادامه بدان پرداخته می‌شود (موسوی خویی، بی‌تا: ۳۲۷/۷).

۱-۱-۱-۳. شک در جعل شارع

اگر در ضمن عقد، شرطی گنجانده شود و تردید در این باشد که در شرع بر خلاف آن حکمی وجود دارد یا نه، شک در صحت شرط، به خاطر شک در جعل شارع

مطرح می‌شود. این شک به دو صورت قابل تصور است:

نخست، شک در وجود حکم تکلیفی است که در این زمینه گفته شده است:

«به صرف احتمال وجود حکم مخالف نمی‌توان شرط را باطل دانست؛ زیرا حکم شارع مانند هر امر حادثی مسبوق‌العدم است و مادام که به وجود چنین حکمی یقین پیدا نشود، اصل براءت جاری است و شرط صحیح است» (حائری، ۱۳۷۰: ۵۷؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۳۲۷/۷).

دوم: شک در وجود حکم وضعی است که در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد. بعضی معتقدند که به موجب ادله عامه وفای به شرط و عقد، اصل صحت جاری است و در نتیجه شرط مورد نظر صحیح است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۱۱/۲؛ حائری، ۱۳۷۰: ۵۶). در مقابل، بعضی از فقها با استناد به اصل فساد در عقود و ایقاعات، معتقد به فساد شرط هستند (موسوی خویی، بی‌تا: ۳۲۷/۷).

۳-۱-۲. شک در تغییر حکم شارع به وسیله شرط

شک در کیفیت جعل شارع، ناظر به موردی است که شارع حکمی را برای موضوعی بیان کرده و ما در چگونگی جعل حکم تردید داریم؛ یعنی بر ما مجهول است که حکم به گونه‌ای وضع گردیده که در صورت حدوث عنوان طاری نظیر شرط، قابل تغییر است یا اینکه حکم به نحوی مورد جعل قرار گرفته است که حتی با شرط قابل تغییر نیست (حائری، ۱۳۷۰: ۵۷). در این زمینه بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از فقها با توجه به عموم قاعده «المؤمنون عند شروطهم» معتقدند که در این موارد، اصل عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت است و مرجع آن اصل عدم ثبوت حکم به نحو غیر قابل تغییر به وسیله شرط است (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱/۶؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۲۶۱/۲). این نظر در فقه امامیه مورد مخالفت عده‌ای از فقها قرار گرفته است (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۰۵/۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۶۵/۳). از جمله سید یزدی در رد این نظر می‌گوید:

«استناد به اصل عدم مخالفت صحیح نیست؛ زیرا برای مخالفت نداشتن این شرط، حالت سابقی وجود نداشته تا این حالت استصحاب شود» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱:

۱۱۱/۲).

در همین راستا نائینی اظهار می‌کند:

«در مصادیق مشکوک، مثل اینکه آیا شرط مخالف کتاب است یا نه؟ در این مرحله هیچ اصلی جاری نمی‌شود [منظور اصل عدم مخالفت]. در اینجا شک در نفوذ شرط وجود دارد که می‌توان گفت اصل، عدم نفوذ شرط و عدم التزام مشروط علیه به آن شرط است» (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۱۱/۲؛ همچنین ر.ک: لاری، ۱۴۱۸: ۴۲۳/۲).

نقد و تجزیه و تحلیل این مبحث از حوصله این جستار خارج است (برای مطالعه تفصیلی در این باره ر.ک: قبولی درافشان و دیگران، ۱۳۹۴: ۳۰۵-۳۳۸). لیکن به نظر می‌رسد در نظام کنونی حقوق ایران، «اصل صحت شرط» پذیرفته شده است و براساس آن می‌توان حکم به صحت شروطی داد که در صحت آن‌ها به لحاظ شک در جعل یا کیفیت جعل شارع تردید وجود دارد. متکای این ادعا مواد ۱۰ و ۲۲۳ قانون مدنی است. در حقیقت از یک طرف، «اصل صحت شرط» براینده منطقی «اصل آزادی قراردادی» و «اصل نفوذ قراردادها» مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی است که در صفحات آینده به تفصیل راجع به آن سخن خواهیم گفت. علاوه بر این، مقتضای اصل صحت قراردادها مندرج در ماده ۲۲۳ قانون مدنی نیز اصل صحت شرط در موارد تردید است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۰۱/۲).

۲-۱-۳. حق یا حکم

یکی دیگر از موضوعاتی که در فقه امامیه به تفصیل بدان پرداخته شده است و با مباحث قاعده امری و تکمیلی قابل انطباق است، مبحث حق و حکم است (برای مطالعه تفصیلی در این باره ر.ک: حسنی، بی‌تا: ۳۱/۱؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۷/۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۵/۱؛ کریمی و دیگران، ۱۳۹۵: ۲۴۷-۲۷۴؛ گرجی، ۱۳۶۴: ۲۹-۳۸). توضیح آنکه در مقام بیان ویژگی‌های حق و حکم گفته شده که حق بر خلاف حکم، قابل اسقاط و نقل و انتقال است و امکان تعهد بر علیه آن وجود دارد. در حقیقت، قابلیت اسقاط و نقل و انتقال، مهم‌ترین خصیصه حق است که باعث تمایز آن از حکم می‌شود؛ برای مثال، حق خیار در عقود لازم از جمله حقوق و قابل اسقاط و نقل و انتقال می‌باشد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۸/۱). در مقابل، حکم غیر قابل اسقاط است و نقل و انتقال آن به اسباب قهری و

ارادی ممکن نمی‌باشد. علاوه بر این، امکان تعهد بر علیه آن وجود ندارد؛ برای مثال، حق ابوت و حق ولایت حاکم، از احکام و غیر قابل اسقاط و نقل و انتقال می‌باشد (همان؛ نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۴۲/۱). با وجود این، همان طور که اشاره شده است، تمیز حق از حکم در مواردی که مفاد مجعول شرعی رخصت است و مدلول آن بیانگر این است که انسان می‌تواند فلان عمل را انجام دهد، کار آسانی نیست. برای حل این مسئله در منابع و مآخذ فقهی، چند معیار به شرح ذیل ارائه شده است:

۱. توجه به آثار حق و حکم: در این خصوص برخی از فقها معتقدند که برای تمیز حق از حکم باید به آثار توجه کرد. اگر این آثار، قابل اسقاط و نقل و انتقال باشد حق، و در غیر این صورت حکم است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۶/۱؛ طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۸).

۲. توجه به مفاد ادله: یکی دیگر از معیارهای تمیز حق و حکم، توجه به مفاد ادله می‌باشد؛ با این بیان که حق و حکم هر دو نتیجه ادله شرعی و قانونی است. گاهی ادله مزبور بیانگر این معنا هستند که اراده شخص در نتیجه حاصل از آن‌ها تأثیری ندارد که در این صورت، این نتیجه حکم است و در غیر این صورت، نتیجه مزبور حق خواهد بود. به هر حال، فقیه باید با دقت در ادله شرعی، موارد را از یکدیگر تشخیص دهد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۱/۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۵/۱).

۳. توجه به هدف و غایت امر مورد نظر: در برخی از آثار فقهی، توجه به هدف و غایت امر مورد نظر، به عنوان یکی دیگر از راه‌های تمیز حق از حکم به شمار آمده است. در این آثار اشاره شده که حق برای مصلحت مکلف و رعایت حال او تشریح شده است؛ بنابراین قابل اسقاط است ولیکن حکم رخصتی است از سوی شارع برای فعلی که بدون رعایت حال هیچ یک از ملتزمان و به خاطر مصلحت و مفسده‌ای وضع کرده و به همین خاطر قابل اسقاط نیست (اراکي، ۱۴۱۵: ۱۲/۱؛ میلانی، ۱۳۹۵: ۲۵).

۴. توجه به طبیعت امر مورد نظر: برخی از حقوق‌دانان معاصر ادعا کرده‌اند که بهترین معیار برای تمیز حق و حکم، توجه به طبیعت امر مورد نظر است؛ بدین شرح که طبیعت پاره‌ای از امور چنان است که می‌توان آن را اسقاط کرد و یا به دیگری منتقل نمود و با فوت او نیز به وارث می‌رسد، مانند حق تحجیر. ماهیت برخی از امور اقتضا دارد که بتوان آن را اسقاط نمود و با فوت نیز به صورت قهری به بازماندگان برسد، ولی

قابلیت نقل ارادی ندارد، مانند حق شفعه. طبیعت بعضی از امور با انتقال قهری منافات دارد و تنها قابل نقل و اسقاط است، مانند حق قسم. پاره‌ای از امور تنها قابل اسقاط‌اند و طبیعت آن‌ها با نقل و انتقال منافات دارد، مانند حق قذف و غیبت (کریمی و دیگران، ۱۳۹۵: ۲۵۹).

۵. رجوع به اصول عملیه: رجوع به اصول عملیه نیز یکی دیگر از معیارهای تمیز حق از حکم است؛ بدین معنا که هر گاه در حق یا حکم بودن امری تردید به میان آید و بر اساس معیارهای فوق‌توان حقیقت امر را دریافت، باید به اصول عملیه رجوع کرد. در این زمینه بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از فقها معتقدند که مقتضای اصل استصحاب این است که امر مشتبه را حکم و غیر قابل اسقاط بدانیم (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۶/۱). نائینی در این خصوص می‌گوید:

«مقتضای اصل استصحاب، عدم سقوط امر مورد نظر و ابقاء آن به صورت ماقبل اسقاط است» (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۴۲/۱).

در مقابل، بعضی از فقها در این خصوص، اصل عدم را جاری دانسته و چنین استدلال می‌کنند:

«چنانچه شک شود که امری حق است یا حکم، همه آثار وجودی حق یا حکم بودن آن امر به مقتضای اصل عدم نفی می‌شود. بنابراین چنین امری نه قابل اسقاط است و نه قابل نقل و انتقال؛ چون که قابلیت اسقاط و نقل و انتقال آن امر، مبتنی بر آن است که حق بودن آن احراز شود و در این زمینه، صرف شک کافی است و نیازی به اجرای اصل عدم نیست. علاوه بر این، چنانچه اصل عدم هم جاری شود، هر چند آثار را نفی می‌کند، ولی حکم بودن آن را اثبات نمی‌کند؛ زیرا اثبات حکم بودن، از لوازم عقلی و به اصطلاح اصل مثبت است و مثبتات اصل، حجت نیست» (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۹/۱).

در حقوق معاصر، نظریه حق و حکم از انتقاد مصون نمانده است و بعضی از حقوق‌دانان به نقد و بررسی آن پرداخته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۵۳؛ گرجی، ۱۳۶۴: ۳۶؛ قبولی درافشان و دیگران، ۱۳۹۴: ۳۱۲). در این خصوص گفته شده است:

«دو مفهومی که باید روبه‌روی هم قرار گیرد، حق و تکلیف است نه حق و حکم؛ زیرا حق نیز از آثار حکم است و باید این گونه‌گونی را در انواع حکم و هدف و نظم

حقوقی جستجو کرد؛ حکمی که حق می‌آفریند و حکمی که تکلیف به بار می‌آورد و موقعیت‌های حقوقی را ایجاد می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۲۴/۳).

همچنین گفته شده است:

«وجهی برای تقسیم مجعول شرعی به حق و حکم نیست تا اینکه به بیان فارق نیازمند باشیم. بلکه همه احکامی است شرعی که به جهت رعایت مصالحی خاص اعتبار شده است و در عین حال، همه آن‌ها را از این جهت که دارای نحوی از ثبوت و تقریر است، می‌توان حق نامید. آری، این احکام یا حقوق از لحاظ آثار، چنانچه مشاهده می‌شود، مختلف است؛ بعضی قابل اسقاط و برخی غیر قابل اسقاط. منشأ این اختلاف آن است که زمام این احکام حدوداً و بقائاً در دست شارع است» (گرچی، ۱۳۶۴: ۳۶).

بحث و بررسی در این زمینه از حوصله این جستار خارج است، لیکن به نظر می‌رسد بر عکس معیار حق و حکم، نظریه امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی می‌تواند راه حل بهتری برای تمایز مصادیق مشتبه به لحاظ قابلیت اسقاط و نقل و انتقال باشد.

۲-۳. جایگاه بحث در حقوق موضوعه

پیش از بحث پیرامون این مسئله از منظر حقوق موضوعه، به منظور تبیین بهتر، به ذکر یک نمونه از قواعدی پرداخته شود که در ماهیت آن به لحاظ امری یا تکمیلی بودن شک و تردید وجود دارد. طبق ماده ۳۸۷ ق.م. ضمان تلف مبیع پیش از قبض بر عهده بایع می‌باشد. ماده مورد اشاره مقرر می‌دارد:

«اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد...».

سؤال این است که وضعیت حقوقی شرط عدم ضمان بایع در فرض تلف مبیع پیش از قبض چگونه است؟ به عبارت دیگر، آیا می‌توان ضمن عقد یا به طور مستقل شرط کرد که بایع در فرض تلف مبیع پیش از قبض، ضامن نباشد و ضمان تلف مبیع بر عهده مشتری باشد؟ در این خصوص بین حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد (امامی،

بی‌تا: ۴۶۳/۱؛ کانونزبان، ۱۳۸۶ ج: ۳۰۵). با کمی دقت نظر می‌توان دریافت که این سؤال ریشه در چند سؤال مهم دیگر دارد: آیا قاعده مذکور تکمیلی، و توافق بر خلاف آن جایز است یا خیر؟ در صورت شک و تردید، اصل قابل استناد کدام است؟ آیا با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادی می‌توان گفت که در این موارد، اصل بر تکمیلی بودن قواعد حقوقی و در نتیجه توافق اشخاص بر خلاف آن‌ها جایز است؟ در نظام حقوقی ایران در این خصوص بین حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از حقوق‌دانان معتقدند که اصل بر امری بودن قواعد حقوقی است و چنین استدلال می‌کنند:

«... اگر شک و تردید در مورد آمره یا تکمیلی بودن قانون همچنان باقی باشد، به نظر می‌رسد قواعد اصولی و به طور مشخص اصالة الاطلاق^۱ مقتضی آن است که قانون آمره شمرده شود؛ چرا که تکمیلی بودن، مستلزم قید زائدی (جواز توافق بر خلاف) است که مفروض عدم آن است» (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۱۵۰-۱۵۱).

در همین راستا، برخی از نویسندگان استدلال می‌کنند که منظور مقنن از اصطلاح «عدم مخالف صریح» مندرج در ماده ۱۰ ق.م.، فساد قراردادهای مخالف قواعد قانونی به صورت مطلق می‌باشد (قبولی درافشان و دیگران، ۱۳۹۴: ۳۳۰). این استدلال مخدوش است؛ زیرا با نگاهی گذرا به مجموع مقررات قانون مدنی، به خوبی می‌توان دریافت که اطلاق ماده ۱۰ ق.م. در این خصوص به قوت خود باقی نمانده است و قرینه‌هایی وجود دارد که نشان می‌دهد مقصود قانون‌گذار از عبارت «مخالف صریح قانون»، عدم مخالفت قراردادهای خصوصی اشخاص با قواعد امری است نه مطلق قواعد. بعضی از حقوق‌دانان نیز تصریح کرده‌اند:

«مقصود از واژه قانون در ماده ۱۰، قانون امری است نه تکمیلی. تراضی بر قانون تکمیلی حکومت می‌کند» (کانونزبان، ۱۳۸۶ ج: ۳۲؛ صفایی، ۱۳۸۸: ۵۰/۲).

۱. در تعریف اصالة الاطلاق (اصل عدم تقیید) گفته شده است: «هر گاه متکلم لفظ مطلق را به کار ببرد، لیکن شک کنیم که منظور و مراد او از این لفظ مطلق، تمام افراد آن است یا برخی از آن‌ها، می‌گوییم منظور و مراد او تمام افراد آن است، نه برخی از آن‌ها؛ مگر اینکه در کلام خود قرینه و نشانه‌ای بیاورد و با این قرینه نشان دهد که منظور او، برخی از افراد آن لفظ است و نه تمام افراد آن» (شب‌خیز و محمدتبار، ۱۳۹۶: ۷۹).

وانگهی اطلاق در جایی قابل استناد است که مقدمات حکمت فراهم باشد. از جمله مقدمات حکمت این است که قدر متیقنی در بین نباشد. در ماده ۱۰ ق.م. با مراجعه به آراء عموم حقوق دانان که نمونه آن ذکر شد، قدر متیقن قانون در ماده ۱۰، قانون امری است نه تکمیلی، و چنانچه با استناد به اطلاق قائل باشیم که قراردادهای مخالف قانون به طور مطلق باطل است، دیگر اصل آزادی قراردادهای معنا ندارد.

بعضی دیگر از حقوق دانان معتقدند که در این خصوص، قاضی دادگاه باید با توجه به شرایط و اوضاع و احوال، امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی را تشخیص دهد و رفع شک و تردید در هر مورد، بسته به نظر و صلاحدید قاضی دادگاه است. در این خصوص گفته شده است:

«مقنن ذکر نکرده که فلان قانون تعویضی یا امری است؛ زیرا موضوع تشخیص انواع قانون، بسته به اهمیت نسبی آزادی فردی و منافع اجتماعی است و این نسبت همیشه به یک قرار نمی ماند و قانون که قاعده کلی و بالنسبه ثابتی است، نمی تواند پیوسته با این تحولات متناسب شود. بنابراین تعیین نوع قانون طبعاً به قاضی محول می گردد و قاضی باید از روی دلایلی که موجب ایجاد آن قاعده شده، نوع آن را تشخیص دهد» (شایگان، ۱۳۹۶: ۲۶-۲۵؛ مدنی، ۱۳۹۰: ۳۵/۱).

اشکال این نظر آن است که اعتقاد به آن، مخالف نظم حقوقی است و سبب خودسری قضایی و صدور آراء متناقض در موارد مشابه می گردد. در حقیقت، این نظر یادآور نظام تفیثی در آیین دادرسی است که مورد انتقاد است (شمس، ۱۳۸۹: ۱۱۵/۲؛ خالقی، ۱۳۹۴: ۳۳/۱).

بعضی دیگر از حقوق دانان با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی اراده معتقدند که اصل قابل استناد در این زمینه، تکمیلی بودن قواعد حقوقی است. امری بودن قواعد امری استثناست که در هر مورد باید اثبات شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۲۹؛ ساکت، ۱۳۸۷: ۳۸۴)؛ برای مثال در این خصوص گفته شده است:

«در مورد قانون امری، جلو آزادی اراده افراد مسدود است و افراد نمی توانند بر خلاف آن، شرطی در ضمن عقد نمایند و تعهدی بر خلاف آن بپذیرند. به عکس در مورد قانون غیر امری، از آنجا که به صرف شک نمی توان جلو آزادی اراده افراد را گرفت، ناچار به حکم اصل آزادی اراده باید حکم به صحت تعهدات مخالف قانون مشتبّه

بین قانون امری و غیر امری نمود. در نتیجه می‌توان از اصل آزادی اراده، اصل کوچک‌تری به عنوان اصل غیر امری بودن قانون استخراج کرد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۲۹).

این نظریه از سوی برخی حقوق‌دانان از دو جهت مورد نقد و بررسی قرار گرفته است:

نخست آنکه گفته شده است:

«این استدلال با ظاهر ماده به ویژه قید "صریح بودن قانون مخالف" در آن موافق است. ولی داوری در این باب، مستلزم توجه به مجموع نظام حقوق کنونی است. از استقراء در آن به خوبی نسبی بودن این اصل استنباط می‌شود. از تاریخ تصویب قانون مدنی تا کنون این نظام تغییر فراوان کرده است. چندان که دیگر نمی‌توان گفت مداخله آمرانه قانون‌گذار در قراردادی تنها به عنوان یک وسیله مفید اجتماعی پذیرفته شده و در نتیجه ضرورت‌های تازه اجتماعی و اقتصادی چندان محدود گردیده است که در پاره‌ای زمینه‌ها باید اصل را امری بودن قانون قرار داد» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۴/۱).

در تشریح این نظر گفته شده است:

«در مقام تردید باید بین قواعد مربوط به امور مالی و قواعد ناظر به احوال شخصی و اهلیت تفاوت گذارد؛ در امور مالی، اصل تکمیلی بودن قانون است و در امور مربوط به خانواده، اهلیت، وصیت و ارث، اصل بر امری بودن قواعد حقوقی است. به علاوه، تمام قواعد مربوط به حقوق عمومی مانند قوانین اساسی و اداری و کیفری و بخش مهمی از آیین دادرسی، از قواعد مربوط به نظم عمومی و در شمار قوانین امری است» (همو، ۱۳۹۴: ۱۶۱).

این سخن در یک نگاه کلی درست است و باید اذعان کرد که در بعضی حوزه‌ها مانند حقوق اساسی، اصل بر امری بودن قوانین است و در برخی موارد، اصل بر تکمیلی بودن است. اما یکی از ایرادات مهمی که سبب تضعیف این نظریه می‌شود، عدم ارائه راه حل در مواردی است که نتوان به صورت متیقن، آمره یا تکمیلی بودن قوانین را استنباط کرد؛ زیرا همان طور که بعضی از نویسندگان به درستی بدان اشاره کرده‌اند، در برخی موارد، تشخیص ماهیت غالب شعبه‌های علم حقوق به خاطر نفوذ متقابل حقوق عمومی و خصوصی دشوار است (همو، ۱۳۹۳: ۳/۳۵۰)؛ برای مثال، برخی

حقوق دانان قواعد مربوط به حقوق تجارت را جزء قواعد مربوط به حقوق خصوصی قرار داده‌اند (همان: ۳/۳۵۷): در حالی که برخی دیگر، حقوق تجارت را به سبب دخالت روزافزون دولت در امور تجاری، ترکیبی از حقوق عمومی و حقوق خصوصی به شمار آورده‌اند (اعظمی زنگنه، ۱۳۴۶: ۱). همچنین بر خلاف نظر مشهور، بعضی از حقوق دانان حقوق کار را از رشته‌های حقوق عمومی یا دست کم از مصادیق حقوق مختلط خصوصی و عمومی به شمار آورده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۳/۳۶۴).

دوم آنکه گفته شده است:

«در موردی که قراردادی با قانون مخالف است و در وصف امری یا تکمیلی بودن قانون تردید است، این تردید زمانی رفع می‌شود که ما به نفوذ قرارداد علم پیدا کنیم (زیرا تنها در این صورت است که قانون را باید تکمیلی شمرد) و چون نفوذ قرارداد نیز در متن ماده موکول به این است که به تکمیلی بودن قانون مخالف علم داشته باشیم، استناد به ماده ۱۰ برای تکمیلی بودن قانون و نفوذ قرارداد، مستلزم دور است و باید از دلایل خارجی دیگر برای این مسئله راه حل بیابیم» (همو، ۱۳۸۵: ۱/۱۵۳).

نویسنده دیگری نیز گفته است:

«مستند قانونی اصل آزادی قراردادی، ماده ۱۰ ق.م. بوده است و این ماده در مقام بیان اصل امری نبودن قوانین نیست. ماده ۱۰ قانون مدنی صرفاً از نفوذ قراردادهای خصوصی در فرض عدم مخالفت صریح با قوانین سخن گفته است. در واقع در مواردی که قراردادی با حکم قانون مغایرت دارد، ولی در امری بودن حکم قانون تردید است، نمی‌توان آن را خارج از مصادیق مخالفت صریح به شمار آورد و از عموم مزبور، نفوذ قرارداد را استنتاج کرد. به سخن دیگر، نمی‌توان از عموم دلیل در شبهه مصداقی بهره برد» (قبولی درافشان و دیگران، ۱۳۹۴: ۳۲۹).

در نقد این نظر می‌توان گفت که اولاً: استدلال فوق، مخالف ظاهر ماده ۱۰ ق.م. است. به لحاظ اصولی، منطوق ماده ۱۰ ق.م. بیان می‌دارد: «کلیه قراردادهای خصوصی افراد نافذ است، مگر قراردادهایی که مخالف صریح قانون (قاعده امری) باشد». ظاهر ماده ۱۰ بیانگر این است که قانون‌گذار، «اصل اباحه قراردادی»^۱ را پذیرفته است. آنچه

۱. تعبیر «اباحه قراردادی» توسط کاتوزیان استعمال شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱/۸۰ و ۳۶۲).

استثنا و خلاف اصل می‌باشد، بطلان قراردادهایی است که مخالف صریح قانون یا به تعبیری مخالف قواعد امری هستند که باید به صورت مضیق تفسیر شود. علی‌الاصول «اصل اباحه قراردادی» در مواردی به کار می‌رود که در نفوذ قرارداد شک و تردید وجود داشته باشد. تردید در نفوذ قرارداد، به علت تردید در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی یا تردید در مشروعیت یا عدم مشروعیت شرط یکی از مجاری اصلی اجرای اصل اباحه قراردادی است، که می‌توان بر اساس آن، حکم به صحت این قراردادها داد. حال با وجود این، چگونه می‌توان ادعا کرد که استناد به ماده ۱۰ ق.م. در این خصوص، مستلزم دور یا از مصادیق استناد به عموم در شبهه مصداقی است و جهت تشخیص صحت قرارداد به مفهوم مبهم نظم عمومی توسل جست. برون‌داد منطقی پذیرش این اصل، استخراج اصولی نظیر «اصل تکمیلی بودن قواعد حقوقی» و «اصل صحت شرط در موارد مشکوک» می‌باشد. آیا می‌توان اصل اباحه قراردادی را پذیرفت، ولی در مقابل، معتقد به اصل امری بودن قواعد حقوق یا اصل عدم مشروعیت شرط در موارد مشکوک شد؟ همان‌طور که گفته شده است، یکی از اصول تفسیر این است که به قانون‌گذار نسبت لغو داده نشود و تا جایی که ممکن است، بر حکم او اثر معقول و منطقی بار شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶ الف: ۱۶۶). آیا این تفسیر باعث نمی‌شود که تمام فوایدی که قانون‌گذار از وضع ماده ۱۰ قانون مدنی در جهت اصل آزادی قراردادی و حمایت از ابتکارهای خصوصی اشخاص در نظر داشته است، لغو و بیهوده گردد؛ زیرا قانون‌گذار با تصویب ماده ۱۰ ق.م. به دنبال به رسمیت شناختن اصل حاکمیت و آزادی اراده در انعقاد قراردادهاست و روشن است که اقتضای چنین اصلی، نفوذ و اعتبار قراردادهای خصوصی است، چون پذیرفته نیست که قانون‌گذار اصل را بر آزادی قرارداده بگذارد، اما بگوید که این قراردادها استثناء نافذ هستند، آن‌هم در جایی که مخالف قانون نباشد و این عدم مخالفت نیز باید اثبات گردد. این‌گونه برداشت از ماده ۱۰، آن را تهی از خاصیت می‌کند و با فلسفه وضع آن نیز تعارض دارد. اگر می‌پذیریم که اصل آزادی قرارداد در ماده ۱۰ تقنین شده است، کم‌اینکه عموم حقوق‌دانان این سخن را قبول دارند، پس عدم آزادی و محدودیت در انعقاد قرارداد استثناء خواهد بود و این استثناء و محدودیت در مقابل قوانین امری است. به عبارت دیگر، در موارد شک در مشروعیت و نفوذ

قرارداد با توجه به اصل، باید استثناء اثبات و احراز شود و آن نیز تعارض با قوانین امری است. یعنی استثناء شامل دو چیز خواهد بود و برای کنار گذاشتن اصل آزادی اراده باید اثبات گردد که قرارداد منعقدشده: ۱. معارض و مخالف با قانون است، ۲. آن قانون نیز امری باشد، در غیر این صورت آن قرارداد مشروع و نافذ خواهد بود. ثانیاً: براینده احترام به شخصیت و حقوق طبیعی انسان به خصوص حق آزادی، این است که به هنگام شک در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی، باید حکم به تکمیلی بودن قواعد حقوقی و نفوذ قراردادهای داد و بدین وسیله از حقوق طبیعی انسان و مصلحت مربوط به برقراری عدالت اجتماعی حمایت کرد و زمینه را برای گسترش نوع قراردادهای و حمایت از ابتکارهای خصوصی اشخاص فراهم آورد. ماده دوم اعلامیه حقوق بشر در این راستا می گوید: «هدف هر جامعه سیاسی، حفظ حقوق طبیعی و مرور زمان ناپذیر انسان است».

وضع مقررات امری و تخلف ناپذیر، براینده منطقی حمایت از منافع و مصالح عمومی است که این امر باید محدود به مواردی شود که در این زمینه تردیدی وجود نداشته باشد و ضرورت مربوط به مصالح عالی اجتماعی و نظم عمومی و اخلاق حسنه، آن را ایجاب کند. عبارت «مخالف صریح قانون» مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی توجیه کننده این استدلال است. ثالثاً: مقتضای اصل صحت قراردادهای مندرج در ماده ۲۲۳ قانون مدنی نیز تکمیلی بودن قواعد حقوقی است و می توان بر اساس آن، حکم به نفوذ قراردادهایی داد که در صحت آنها به علت تردید در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی یا مشروعیت یا عدم مشروعیت شرط، شک و تردید وجود دارد. ماده ۲۲۳ ق.م. مقرر می دارد: «هر معامله ای که واقع شده باشد، محمول بر صحت است، مگر اینکه فساد آن معلوم شود».

در همین ارتباط، بعضی از حقوق دانان اظهار نموده اند:

«اگر عقد با قانون مخالف باشد و تردید شود که قانون امری است یا تکمیلی، اصل صحت اقتضا دارد که قانون تکمیلی باشد؛ زیرا در این صورت، نفوذ قرارداد با هدف از وضع قانون تعارض ندارد» (همو، ۱۳۸۶ ج: ۲۱۳، زیرنویس شماره ۶ ماده ۲۲۳ ق.م.م.).

رابعاً: اعتقاد به آن مخالف نظم حقوقی و سبب آشفته گی است.

رویکرد حقوق مصر در این خصوص در قیاس با نظام حقوقی ایران، از جهتی مشابه و از جهتی متفاوت است. مشابه است از این جهت که در حقوق مصر همانند حقوق ایران در این خصوص نصی وجود ندارد. متفاوت است از این لحاظ که بر خلاف نظام حقوقی ایران در این خصوص، اصل قابل استنادی ارائه نشده است. لیکن در این زمینه از سوی حقوق دانان دو ضابطه اصلی ارائه شده است که مورد اتفاق اکثر حقوق دانان مصری است که عبارت‌اند از:^۱

ضابطه نخست: معیار مادی یا لفظی

لحن مواد قانونی، نخستین ضابطه جهت تمیز قواعد امری و قواعد تکمیلی و رفع تردید در این زمینه است (سعد و منصور، ۱۹۹۵: ۶۹؛ سلطان، ۱۹۸۳: ۵۵)؛ برای مثال در همین ارتباط گفته شده است:

«ملاحظه می‌شود که بعضی از مواد قانونی به گونه‌ای وضع گردیده‌اند که از لحن آن‌ها می‌توان فهمید که قاعده امری هستند یا تکمیلی» (سنهوری، ۱۳۹۱: ۱/۴۹۱).

بر این اساس گفته شده است که چنانچه لحن ماده قانونی، متضمن چنین عباراتی باشد: «توافق بر خلاف حکم این ماده قانونی باطل است»، این امر دلالت بر آمره بودن قاعده قانونی دارد؛ مانند ماده ۲/۱۳۱ قانون مدنی مصر.^۲ اما چنانچه لحن ماده قانونی، متضمن چنین عباراتی باشد: «حکم این ماده در صورتی لازم‌الاجراست که عرف یا توافقی بر خلاف آن وجود نداشته باشد»، این امر دلالت بر تکمیلی بودن قاعده حقوقی دارد؛ مانند ماده ۴۵۶ قانون مدنی مصر.^۳ در نظام حقوقی ایران نیز همان طور که اشاره شد، این ضابطه به عنوان یکی از معیارهای تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی، توسط برخی از حقوق دانان مورد توجه قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱/۱۵۶).

۱. برای مثال در این خصوص گفته شده است: «ولکن کیف یمكن الوصول إلى معرفة طبيعة القاعدة، وهل هي أمرة أم مكتملة؟ هناك طريقتان للوصول إلى ذلك» (سلطان، ۱۹۸۳: ۵۴).
۲. ماده ۲/۱۳۱ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد: «التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضائه، إلا في الأحوال التي نصّ عليها في القانون» (ابوالسعود و منصور، ۲۰۰۳: ۸۳؛ صده، بی‌تا: ۷۶-۷۵).
۳. ماده ۴۵۶ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد: «يكون الثمن مستحقّ الوفاء في المكان الذي سلّم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقتضي بغير ذلك» (همان‌ها).

ضابطه دوم: معیار معنوی

ضابطه دوم، تکیه بر مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه است (سنه‌وری، ۱۳۹۱: ۴۹۲-۴۹۱/۱؛ سعد و منصور، ۱۹۹۵: ۶۹)؛ برای مثال، برخی از حقوق‌دانان مصری در این خصوص می‌گویند:

«هنگامی که نتوان به وسیله الفاظ قاعده قانونی، امری یا تکمیلی بودن آن‌ها را تشخیص داد، در اینجا معیار دیگری وجود دارد که به واسطه آن می‌توان نوع قاعده حقوقی را معین کرد و آن معیار، نظم عمومی و اخلاق حسنه است» (قاسم، ۲۰۰۶: ۱۵۳/۱).

بر این مبنا گفته شده است که چنانچه متعلق قاعده قانونی، نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد، قاعده امری و در غیر این صورت، قاعده تکمیلی به شمار می‌آید (همان؛ سلطان، ۱۹۸۳: ۵۶). در حقوق مصر، این امر مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته است؛ برای مثال، ماده ۱۳۵ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد:

«إذا كان محلّ الالتزام مخالفاً للنظام العامّ والآداب، كان العقد باطلاً».

طبق این ضابطه، تعریف نظم عمومی و اخلاق حسنه و تحدید مصادیق آن‌ها از اهمیت بالایی برخوردار است؛ زیرا همان‌طور که اکثر حقوق‌دانان مصری بدان اشاره کرده‌اند، مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه، امری نسبی و انعطاف‌پذیر است که بر حسب زمان و مکان متغیر است. در حقوق مصر، ضابطه نهایی در این خصوص تمیز قاضی است. قاضی تعیین‌کننده این حقیقت است که کدام قاعده امری و متعلق به نظم عمومی و اخلاق حسنه است و کدام قاعده تکمیلی و متعلق به مصالح شخصی اشخاص می‌باشد (سنه‌وری، ۱۳۹۱: ۴۹۳/۱؛ قاسم، ۲۰۰۶: ۱۵/۱؛ سعد و منصور، ۱۹۹۵: ۶۹-۷۰). برای مثال، برخی از حقوق‌دانان در این زمینه می‌گویند:

«اگر اندیشه نظم عمومی و اخلاق حسنه، مرتبط با بنیان‌های اقتصادی، اجتماعی و اخلاقی حاکم در جامعه، در یک زمان معین باشد، بنابراین قاضی قدرت گسترده‌ای در اداره این امور و به دنبال آن در میزان اعتبار قاعده آمره یا تکمیلی دارد؛ هرچند در این مورد بنا بر افکار و اعتقادات شخصی‌اش تفصیل نمی‌دهد، بلکه بر اساس افکار و جهت‌گیری‌های حاکم بر جامعه است» (قاسم، ۲۰۰۶: ۱۵۵/۱).

این نظریه مصون از انتقاد نمانده است و در نقد آن می‌توان گفت که اولاً: نظم عمومی مفهومی نسبی و قابل انعطاف و مبهم است، که بر حسب زمان و مکان متغیر است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱/۱۵۰). ثانیاً: اعتقاد به آن، مخالف نظم حقوقی است و سبب خودسری قضایی و صدور آراء متناقض در موارد مشابه می‌گردد. ثالثاً: همان طور که گفته شده است:

«هر قانون امری، با نظم عمومی ارتباط ندارد؛ برای مثال، قوانین مربوط به شکل اسناد و حمایت از محجوران امری است، ولی همه آن‌ها به نظم عمومی ارتباط ندارند؛ زیرا گاه ضمانت اجرای تجاوز به آن در قراردادها بطلان نسبی است (یعنی قرارداد مخالف تنها قابل ابطال است نه باطل)، در حالی که نظم عمومی قواعدی است که لازمه زندگی اجتماعی است و ناچار و در همه حال باید رعایت شود» (همان، زیرنویس شماره ۲).

نتیجه‌گیری

در نظام حقوقی ایران، اصل آزادی قراردادی به موجب ماده ۱۰ ق.م.ا. به عنوان یک وسیله مفید اجتماعی پذیرفته شده است؛ لیکن این اصل به وسیله چند عامل مهم محدود شده است. عدم مخالفت صریح با قانون، یکی از عوامل محدودکننده اصل مذکور است. در این خصوص، دو موضوع مهم مطرح است. موضوع اول، تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی است. در دکتترین حقوقی در این خصوص چند معیار مهم ارائه شده است. بررسی مطالعات حقوق تطبیقی نشان می‌دهد که در این زمینه، حقوق مصر با نظام حقوقی ایران هماهنگ است. موضوع دوم، اصل قابل استناد به هنگام شک در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی است. در این خصوص بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی حقوق دانان با توجه به قاعده اصالة الاطلاق، اصل را بر امری بودن قواعد حقوقی گذاشته‌اند. در مقابل برخی از حقوق دانان در این زمینه، نظر قاضی دادگاه را مناط اعتبار دانسته و رفع شک و تردید در هر مورد را به نظر و صلاحدید قاضی دادگاه واگذار کرده‌اند. برخی نیز نظریه نسبی بودن را برگزیده، معتقدند که در این خصوص باید به جای کلی‌گرایی و استفاده از منطق، به تجربه روی آورد و از استقراء در احکام قانون دریافت که قانون‌گذار در هر مورد، چه اصلی را برقرار کرده است.

لیکن به نظر می‌رسد در نظام حقوقی ایران، اصل بر تکمیلی بودن قواعد حقوقی است. امری بودن قواعد حقوقی استثناست و نیاز به تصریح قانون‌گذار دارد. همان‌طور که برخی از حقوق‌دانان به درستی بدان اشاره کرده‌اند:

«برای رفع سرگردانی، به اصولی می‌توان استناد کرد که به نظر قانون‌گذار نیز مشروع باشد، باید متکایی برای آن‌ها در میان قوانین یافت و نشان داد که قانون‌گذار نیز اصل را مباح می‌شمرد» (همو، ۱۳۹۳: ۲۴۳/۳).

متکای اصل تکمیلی بودن قواعد حقوقی، مواد ۱۰ و ۲۲۳ قانون مدنی است. ظاهر ماده ۱۰ قانون مدنی با توجه به رعایت اصول تفسیر، بیانگر این است که قانون‌گذار ضمن بیان «اصل آزادی قراردادی»، «اصل نفوذ قراردادها» یا به تعبیری «اصل اباحه قراردادی» را پذیرفته است. آنچه استثنا و خلاف اصل می‌باشد، بطلان قراردادهایی است که مخالف صریح قانون یا به تعبیری مخالف قواعد امری هستند که باید به صورت مضیق تفسیر شود. برون‌داد منطقی «اصل نفوذ قراردادها» مندرج در ماده ۱۰ ق.م.، «اصل تکمیلی بودن قواعد حقوقی» و «اصل صحت شرط» در موارد تردید است که بر اساس آن می‌توان حکم به نفوذ قراردادهایی داد که در نفوذ آن‌ها به علت تردید در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی یا مشروعیت یا عدم مشروعیت شرط، شک و تردید وجود دارد. علاوه بر این، مقتضای اصل صحت قراردادها مندرج در ماده ۲۲۳ قانون مدنی نیز تکمیلی بودن قواعد حقوقی در موارد مورد تردید است. در نتیجه چنانچه قراردادی مخالف قانون باشد و تردید شود که قانون امری است یا تکمیلی، مقتضای اصل صحت این است که قانون تکمیلی باشد. براین مطالعه تطبیقی در این زمینه آن است که در حقوق مصر جهت تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی و رفع تردید در این زمینه، دو ضابطه اصلی وجود دارد: نخست توجه به لحن مواد قانونی است. دوم تکیه بر مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه است که ضابطه نهایی در این خصوص، تمیز قاضی است. قاضی تعیین‌کننده این حقیقت است که کدام قاعده امری و متعلق به نظم عمومی و اخلاق حسنه است و کدام قاعده تکمیلی و متعلق به مصالح شخصی اشخاص می‌باشد.

کتاب‌شناسی

۱. آل بحر العلوم، سیدمحمد بن محمدتقی، *بلغة الفقیه*، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۲. ابوالسعود، رمضان محمد، و محمد حسین منصور، *المدخل الى القانون*، بیروت، منشورات الحلبي، ۲۰۰۳ م.
۳. اراکي، محمدعلی، *کتاب البيع*، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۵ ق.
۴. اعظمی زنگنه، عبدالحمید، *حقوق بازرگانی*، چاپ سوم، بی‌جا، بی‌نا، ۱۳۴۶ ش.
۵. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیة، بی‌تا.
۶. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲ ش.
۸. همو، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۳ ش.
۹. همو، *مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۳ ش.
۱۰. حائری، مسعود، *مبانی فقهی تحلیلی از ماده ۱۰ ق.م.، تهران، کیهان*، ۱۳۷۰ ش.
۱۱. حسینی، هاشم معروف، *نظریة العقد فی الفقه الجعفری*، بیروت، مکتبه هاشم، بی‌تا.
۱۲. خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۴ ش.
۱۳. دانش‌پژوه، مصطفی، *شناسه حقوق*، تهران، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۱۴. ره‌پیک، حسن، *مقدمه علم حقوق*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۲ ش.
۱۵. زراعت، عباس، و محمدرضا معین، *مقدمه علم حقوق*، تهران، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۱۶. ساکت، محمدحسین، *حقوق‌شناسی: دیباچه‌ای بردانش حقوق*، تهران، ثالث، ۱۳۸۷ ش.
۱۷. سعد، نبیل ابراهیم، و محمد حسین منصور، *مبادئ القانون (المدخل الى القانون - نظریة الالتزامات)*، بیروت، دار النهضة العربیة، ۱۹۹۵ م.
۱۸. سلطان، انور، *المبادئ القانونية العامة*، بیروت، دار النهضة العربیة، ۱۹۸۳ م.
۱۹. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، بیروت، منشورات الحلبي، ۲۰۰۹ م.
۲۰. همو، *نظریة العقد*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۱ ش.
۲۱. شایگان، علی، *حقوق مدنی*، تهران، مهر کلام، ۱۳۹۶ ش.
۲۲. شب‌خیز، محمدرضا، و عباد محمدتبار، *اصول فقه دانشگاهی*، تهران، کتاب آوا، ۱۳۹۶ ش.
۲۳. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، تهران، دراک، ۱۳۸۹ ش.
۲۴. صده، عبدالمنعم فرج، *اصول القانون*، بیروت، دار النهضة العربیة، بی‌تا.
۲۵. صفایی، حسین، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۲۶. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *نهج الفقاهه*، قم، ۲۲ بهمن، بی‌تا.
۲۷. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیة المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۲۸. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *حاشیة کتاب المکاسب*، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۲۹. قاسم، محمد حسن، *المدخل لدراسة القانون*، بیروت، منشورات الحلبي، ۲۰۰۶ م.
۳۰. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، *حقوق مدنی: اصول قراردادها و تعهدات؛ نظری و کاربردی*، تهران، دادگستر، ۱۳۸۶ ش.
۳۱. قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی و دیگران، «بررسی فقهی حقوقی اصل قابل استناد در موارد تردید در مشروعیت شرط»، *پژوهش‌های فقهی*، دوره یازدهم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴ ش.

۳۲. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی - قرارداد - ایقاع، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳ ش
۳۳. همو، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش. (الف)
۳۴. همو، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس‌هایی از عقود معین، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش. (ب)
۳۵. همو، فلسفه حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳ ش.
۳۶. همو، قانون مدنی در نظم کنونی، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش. (ج)
۳۷. همو، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۵ ش.
۳۸. همو، مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴ ش.
۳۹. کرکی عاملی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البتین، لاجئ التراث، ۱۴۱۴ ق.
۴۰. کریمی، عباس، هادی شعبانی کندسری، و حسن اسکندری، «تأملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۱۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۴۱. گرجی، ابوالقاسم، «حق و حکم و فرق میان آن‌ها»، مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۱، بهار ۱۳۶۴ ش.
۴۲. لاری، سیدعبدالحسین، التعلیقة علی المکاسب، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۸ ق.
۴۳. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴۴. مدنی، سیدجلال‌الدین، حقوق مدنی، تهران، پایدار، ۱۳۹۰ ش.
۴۵. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۴۶. موسوی بجنوردی، سیدمحمد بن حسن، قواعد فقهیه، چاپ سوم، تهران، عروج، ۱۴۰۱ ق.
۴۷. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه - المکاسب، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، نرم‌افزار جامع فقه اهل‌البتین، بی‌تا.
۴۸. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، رسائل المیرزا القمی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان، ۱۴۲۷ ق.
۴۹. میلانی، سیدمحمد، محاضرات فی فقه الامامیه، مشهد، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۹۵ ش.
۵۰. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، کتاب منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تقریرات بحث محمدحسین غروی نائینی، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.

