

## معیار و میزان شرط مخالف کتاب و سنت

صادق اسمعیل درجانی<sup>۱</sup>

### چکیده

اصل جواز و مشروعیت اشتراط در ضمن عقد، امری مقطوع و مسلم است و لکن این بدان معنا نیست که این اشتراط به صورت مطلق و بدون هر گونه قیدی باشد بلکه شرع مقدس برای اشتراط در ضمن عقد، شرایطی را منظور نموده است که یکی از مهم‌ترین آن‌ها، عدم مخالفت هر نوع شرطی با کتاب و سنت است؛ اما از آنجایی که ملاک و معیار تشخیص شروط مخالف از غیر آن مورد اختلاف فقهای عظام بوده، لذا ما در این تحقیق کوشیدیم بعد از تبیین همه اموری که برای رسیدن به هدف اصلی مورد نیاز است، تعداد نه معیار و ملاک را که فقها در لابه‌لای کتاب‌ها بیان نموده‌اند را گردآوری و تبیین نماییم تا با ارائه آن برای کسانی که می‌خواهند در فقه و فقهت دستی در کار داشته باشند - ان‌شاءالله - مفید فایده باشد؛ که از جمله این معیارها: ارجاع به فهم عرف و یا این که اصل در شرط جواز است مگر نص خاصی بر خلاف آن بیاید و یا بعضی گفته‌اند اگر شرط مخالف با یک حکم کلی باشد حرام خواهد بود اما چنانچه با یک حکم جزئی مخالفت نماید اشکالی ندارد و یا بعضی بین حکم تکلیفی و وضعی تفصیل داده‌اند و بعض دیگر که تفصیلات بیشتری را بیان نموده‌اند.

### کلیدواژه

شرط نامشروع، اشتراط، مخالفت، کتاب، سنت.

---

<sup>۱</sup>. طلبه درس خارج، مدرسه علمیه فیضیه مازندران، بابل.

شرایط حاکم بر روابط اجتماعی افراد مستلزم انعقاد قرارداد و پایبندی به آن می‌باشد. همان‌گونه که نص قرآن کریم به این پایبندی به عقود ناطق است<sup>۲</sup> اصل آزادی قراردادها اقتضای درج هر شرطی را دارد که مطلوب طرفین است اما قواعد عمومی حاکم بر این اصل مانع از بقای کلیت آن می‌باشد و شرایط خاصی را بر آن ایجاد می‌کند. آن شرایط به‌گونه‌ای است که افراد را برای درج هر شرطی که مطلوب آنان است، آزاد نمی‌گذارد؛ این قواعد عمومی ایجاب می‌کند درج برخی شروط در ضمن عقد اثری نداشته باشد.

بدیهی است یکی از مباحث مهم و اساسی در مورد شرط مخالف کتاب و سنت، مبحث ضابطه و ملاک تشخیص شرط مخالف کتاب و سنت است. چرا که ارائه معیار و ضابطه، برخورد با شروط را آسان خواهد نمود. بر همین اساس فقهای عظام (قدس سرهم) هر کدام به نوبه‌ی خود تلاش نموده‌اند تا بتوانند ملاک و معیاری را ارائه نمایند تا تشخیص شرط مخالف کتاب و سنت با غیر آن آسان گردد و ما به دلیل اهمیت این مطلب، مهم‌ترین این معیارهای ارائه شده را بیان خواهیم نمود.

از آنجایی که تشخیص شرط مخالف کتاب و سنت در مؤثر بودن و یا عدم تأثیر شرط در عقود و ایقاعات تأثیر عملی و حقوقی دارد، و اگر چه فقهای عظام و دانشمندان بزرگ در لابه‌لای ابواب فقه و یا در ذیل مباحث شرط ضمن عقد به تحقیق پیرامون این شرط پرداخته‌اند؛ اما به نظر می‌رسد نیاز است یک تحقیق مستقل در این رابطه که عهده‌دار بیان معیار و میزان شرط مخالف کتاب و سنت باشد نوشته شود تا برای دستیابی به این معیارها و ضابطه‌ها کار آسان گردد لذا این ضرورت باعث شد که این موضوع گزینش و از این زاویه به آن پرداخته شود.

## ۱. معیار اول

شرطی که حرامی را حلال و یا حلالی را حرام نماید جایز نیست و مراد از حلال و حرام همان چیزی است که توسط اصل شریعت ثابت شده باشد نه این که توسط عقد حلال یا حرام شود. در مجموع می‌توان

---

<sup>۲</sup>. سوره مائده - آیه ۱.

گفت: ضابطه در شروطی که حلالی را حرام و حرامی را حلال نکنند، جواز شرط است، مگر دلیل خاصی از نص یا اجماع بر خلاف آن باشد.<sup>۳</sup>

## ۲. معیار دوم

برخی وجه فارق بین شرط نامشروع و مشروع را این دانسته‌اند که شرط نامشروع، شرطی است که نص خاصی بر جواز خلاف آنچه در ج شده است، وارد شده باشد؛ که اگر شرط چیزی بود که با آن‌ها مخالف بود چنین شرطی باطل خواهد بود؛ مثل ازدواج با همسر دوم.<sup>۴</sup>

## ۳. معیار سوم

نظر میرزای قمی (رحمه الله): دیدگاه ایشان را مرحوم نراقی چنین بیان می‌فرماید: مناط در مخالفت با سنت این است که اگر اشتراط ترک مباح بر وجه قاعده کلی باشد - با نظر به این که متعلق حکم شرعی، امر کلی است و تعلق آن به جزئیات به اعتبار تحقق کلی در ضمن آن می‌باشد - در این صورت این چنین شرطی نیز حرام خواهد بود و مخالف با کتاب و سنت به شمار می‌رود. مثل ترک تزویج و تسری و جعل اختیار در طلاق و جماع برای زوجه که در این صورت مخالف آیه شریفه «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ»<sup>۵</sup> خواهد بود؛ اما اگر آنچه که شرط می‌شود مخالفت با یک امر جزئی باشد مثلاً شرط شود که با فلان زن (معین) ازدواج نکند اشکالی ندارد و مخالفت با کتاب و سنت به حساب نمی‌آید.<sup>۶</sup>

مرحوم نراقی بعد از نقل این ضابطه از مرحوم میرزای قمی (قدس سرهما) کلام ایشان را این چنین نقد می‌فرماید:

۱. فرقی بین احکام کلی و جزئی وجود ندارد. دلیلی بر این که در کلی قائل به منع و در جزئی قائل به

جواز شویم نداریم.

<sup>۳</sup> فالضابط فی الشروط التی لم تحرّم الحلال بأصل الشرع و بالعکس هو الجواز، إلّا أنّ یمنع عنه مانع من نصّ أو إجماع. (حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، «ریاض المسائل (ط - الحدیثه)»، ج ۸، ص ۳۷۰).

<sup>۴</sup> نراقی، مولی محمد بن احمد، «مشارق الأحکام»، ص ۱۰۰ - ۱۰۱.

<sup>۵</sup> سوره نساء - آیه ۳۴.

<sup>۶</sup> نراقی، مولی محمد بن احمد، «مشارق الأحکام»، ص ۱۰۱.

۲. منتفی شدن حکم جزئی با حکمی که به نحو کلی برای آن به وسیله شرع ثابت شده، منافات دارد؛ بنابراین، این گونه شروط با حکم کلی هم مخالفت دارد.

۳. خصوصیات در حکم کلی، در حکم جزئی نیز موجود است و گرنه مصداقی برای شروط مخالف کتاب باقی نخواهد ماند.<sup>۷</sup>

#### ۴. معیار چهارم

نظر ملا احمد نراقی (رحمه الله): «ثم المراد بشرط خالف الكتاب أو السنة: أن يشترط - أي يلتزم - أمرا مخالفا لما ثبت من الكتاب و السنة عموما أو خصوصا، مناقضا له؛ و الحاصل: أن يثبت حكم في الكتاب أو السنة و هو يشترط ضد ذلك الحكم و خلافه، أي: يكون المشروط أمرا مخالفا لما ثبت في أحدهما، سواء كان من الأحكام الطلبية أو الوضعية»<sup>۸</sup>

بر اساس این ضابطه، شرطی نامشروع به شرطی گفته می‌شود که بر خلاف و در تضاد با حکم حاصل شده از کتاب و سنت باشد.

مثال: در کتاب و سنت ثابت است که اختیار بعضی امور - همانند اختیار طلاق - در دست زوجه نمی‌باشد، حال اگر شرط شود که این اختیار دست زن باشد، خلاف کتاب محسوب می‌شود و همچنین اشتراط اینکه مشتری حق تصرف در مبیع را نداشته باشد نیز مخالف کتاب و سنت می‌باشد؛ ولی اگر چنین شرط گردد که مشتری در مدتی معین در مبیع تصرف ننماید؛ چنین شرطی، مخالف کتاب و سنت به شمار نمی‌آید و اشکالی ندارد؛ زیرا آنچه در کتاب و سنت ثابت است صرف جواز تصرف است و اشتراط عدم تصرف مصداق مخالفت نمی‌باشد بلکه آنچه مصداق مخالفت است، اشتراط عدم جواز تصرف است نه صرف عدم تصرف.

بعد مرحوم نراقی اشکالی و جوابی را مطرح می‌فرماید.

<sup>۷</sup>. پیشین.

<sup>۸</sup>. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، «عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام»، ص ۱۴۴.

اشکال: جواز تصرف آنچه که خریداری شده است در کتاب و سنت ثابت است و از طرفی شرط (عدم تصرف مشتری، ولو برای مدت معین) هم مستلزم عدم جواز تصرف است و این همان مخالفت با کتاب و سنت است.

جواب: ما قبول نداریم که شرط عدم تصرف، مستلزم عدم جواز تصرف هم باشد بلکه مشروط، فقط عدم تصرف است نه عدم جواز تصرف.<sup>۹</sup>

#### نقد کلام مرحوم نراقی

اشتراک سقوط اختیار ضمن عقد یا ثبوت اختیار برای احد متعاقدين یا هردو، برای مدت معینی مورد قبول فقهاست در حالی که طبق کلام مرحوم نراقی باید به بطلان آن قائل شد.

زیرا طبق فرمایش مرحوم نراقی «عمل به شروطی که متعلق آنها انجام یا ترک فعل یعنی اعم از حرام، واجب یا مباح است ضابطه کلی به دست نمی‌دهد؛ زیرا طبق نظر ایشان، این مورد از موارد شرط مخالف کتاب و سنت نیست؛ بلکه، در این موارد تعارض به وجود می‌آید؛ یعنی: در ادله لزوم وفای به شرط، ادله حرمت فعل یا ترک یا اباحه آن، باید به مقتضای تعارض عمل شود و باید به مرجح عمل شود و اگر اجماع بود مثل تعارض مورد ادله لزوم وفای به شرط و ادله حرمت که جانب حرمت را مقدم کرده‌اند بر اساس اجماع عمل می‌شود و در غیر آن موارد باید به مقتضای اصل عمل شود، پس ملاک مشخصی برای تشخیص شروط باطل وجود ندارد.»<sup>۱۰</sup> مضافاً این که اساساً می‌توان گفت که حصول تعارض در مورد اشتراط فعل حرام یا ترک واجب ممکن است اما چنانچه انجام یا ترک فعل مباحی شرط شود، انجام یا ترک آن به واسطه شرط واجب می‌گردد و دیگر تعارض مطرح نمی‌شود.

<sup>۹</sup>. پیشین، ص ۱۴۴ - ۱۴۵.

<sup>۱۰</sup>. نراقی، مولی محمد بن احمد، «مشارق الأحكام»، ص ۱۰۲ - ۱۰۳.

## ۵. معیار پنجم

بیان مرحوم شیخ انصاری (قدس سره): احکامی که مجرد از ملاحظه هر عنوان خارجی بر موضوع ثابت شده‌اند به گونه‌ای که تحمل عنوان دیگری - همانند شرط و نذر و ... - را دارند؛ مثال آن جمیع مباحات و مکروهات و مستحبات است که با شرط و یا نذر و... تغییر عنوان می‌دهند و درج آنها مخالف کتاب نمی‌باشد. احکامی که با ملاحظه تمامی عوارض و طواری بر موضوع ثابت گردیده‌اند و حکمی ثابت و تغییرناپذیرند و با شرط و امثال آن تغییر نمی‌کنند (محرمات واجبات) که شرط بر خلاف آنها خلاف کتاب و سنت است<sup>۱۱</sup>. البته تشخیص این که حکمی از دسته اول است یا دوم مشکل است؛ مثلاً، آیا شرط عدم توارث زوجه جزء دسته اول است یا دوم؟ که جناب شیخ (رحمه الله) تشخیص آن را به مجتهد واگذار کرده است<sup>۱۲</sup>.

طبق بیان جناب شیخ، با شرط نمی‌توان حلال و حرام را تغییر داد، ولی تغییر مباحات با شرط ممکن است و این سؤال پیش می‌آید که اگر بتوان همه مباحات را با شرط تغییر داد، در این صورت دیگر شرط باطلی به عنوان شرط حرام نخواهیم داشت؛ ولی ممکن است در پاسخ گفته شود مباحات دو قسم‌اند:

۱. آنهایی که مباحات تکلیفی ابتدایی هستند؛ مثل، خوردن گوشت که همیشه قابل تغییر است.

۲. مباحات وضعی؛ مثل، نظر به زوجه که منوط به انعقاد عقد زوجیت است.

این مباحات دسته دوم، قابلیت تغییر ندارند مگر به صورت جزئی؛ مثلاً، اگر ضمن بیع شرط شود که مشتری مطلقاً مجاز در تصرف در مبیع نباشد این شرط خلاف کتاب و سنت است؛ ولی اگر مدت معینی شرط شود که مشتری حق تصرف در مبیع نداشته باشد بلامانع است؛ اما شیخ انصاری این تحلیل را هم رد می‌کند<sup>۱۳</sup> و بدون پاسخ منطقی از کنار آن می‌گذرد.

به عبارت دیگر شیخ می‌فرماید: بعضی از احکام قابل تغییر با شرط نمی‌باشند؛ مثل، احکام الزامی حلال و حرام که جز در حالت ضرر و عسر و حرج این احکام تغییر نمی‌کنند؛ و اگر حکمی، برخلاف حکم اولیه - جز در حال ضرر و حرج وارد شد - بدیهی است که حکم اولیه مقدم خواهد بود و به آن عمل می‌گردد؛ اما

<sup>۱۱</sup> انصاری، مرتضی بن محمد امین، «کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)» ج ۶، ص ۲۶ - ۲۷.

<sup>۱۲</sup> . پیشین، ص ۳۱.

<sup>۱۳</sup> . پیشین، ص ۳۷ - ۳۹.

احکام غیر الزامی (مثل مباحات...) تا زمانی که مقید به چیزی نشود، برای موضوعات خود ثابت هستند و با عارض شدن حکم ثانوی، تعارضی نخواهد بود.<sup>۱۴</sup>

## ۶. معیار ششم

نظر محقق نائینی (رحمه الله): این ضابطه با گفته شیخ قابل جمع است.

در احکام وضعی:

۱. اگر مشروط از امور وضعیه‌ای باشد که شارع هرگونه تغییری در آنها را در اختیار انسان قرار داده است؛ مثل، خیار و شفعه و حق تصرف در امور مالی و...، احکام مربوط به اینها با شرط قابل تغییر است.
۲. مشروط از امور وضعیه‌ای است که شارع تغییر در آنها را تحت سلطه اشخاص قرار نداده است؛ شرط برخلاف آن باطل خواهد بود.

مثال: یکی از امور وضعی، طلاق است که اختیار آن به دست زوج قرار داده شده است و اگر بر خلاف آن شرط شود که طلاق در اختیار زوجه باشد، چنین شرطی باطل است؛ البته ممکن است در بعضی موارد از همین امور، دلیل خاصی داشته باشیم که اذن اشتراط بر آن را داده باشد.

اما در احکام تکلیفی:

۱. اگر بر ترک حلال و حرام شرط شده باشد، چنین شرطی مسلماً خلاف شرع و باطل است؛ زیرا اطلاق ادله حرمت و جوب شامل این صورت است و اینها به سبب شرط قابل تغییر نمی‌باشند.
  - ۲؛ اما در امور مباح (اعم از مباح، مستحب و مکروه)، شرط برخلاف آنها، مخالفت به حساب نمی‌آید؛ چرا که جوب و حرمتی که به وسیله شرط بر آنها عارض می‌شود، با اباحه ذاتی آنها منافاتی ندارد.
- البته مرحوم نائینی (قدس سره) با استدلال به روایت «لیس لک ان تحرم ما احله الله لک» می‌فرماید:
- اگر شرط، موجب ترک نوع مباح به صورت دائمی باشد، از مصادیق شرط حرام خواهد بود.<sup>۱۵</sup>

<sup>۱۴</sup>. پیشین، ص ۲۶ - ۲۷.

<sup>۱۵</sup>. نائینی، میرزا محمد حسین غروی، «منیة الطالب فی حاشیة المکاسب» ج ۲، ص ۱۰۴.

به عنوان مثال: اگر بگوید: با فلان زن ازدواج نمی‌کنم، صحیح است؛ و اگر بگوید: تا مدت ۳ سال با هیچ زنی ازدواج نمی‌کنم، این هم صحیح خواهد بود؛ ولی اگر این چنین بگوید: که با هیچ زنی ازدواج نمی‌کنم، جایز نخواهد بود.

خلاصه معیار حاصل از کلام شیخ انصاری و نائینی (قدس سرهما)

۱. شرط نامشروع و باطل، به شرطی گفته می‌شود که با حکمی از احکام شرع که قابلیت تغییر ندارند مخالف باشد.

۲. در تشخیص این دسته از امور غیر قابل تغییر:

اگر متعلق شرط از آن دسته امور وضعیه ای باشد که تحت اختیار و سلطنت انسان است تغییر آن با شرط مشکلی ندارد. مثل حقوق اموال.

اگر متعلق شرط از امور وضعیه ای باشد که تحت اختیار و سلطنت انسان نیست تغییر آن با شرط صحیح نخواهد بود. مثل طلاق.

۳. اگر متعلق شرط ترک حلال و حرام باشد تغییر آن، مخالفت با کتاب و سنت است.

۴. تغییر در مباحات - به وسیله شرط - نیز، اگر فقط برای مقطعی از زمان باشد و یا مصداق و مورد خاصی از مباح را منع کند، اشکالی ندارد.

اما اگر موضوع شرط ترک فعل مباح به صورت دائمی و در همه زمان‌ها و حالات باشد، باطل و نامشروع خواهد بود.

## ۷. معیار هفتم

بیان مرحوم امام خمینی (قدس سره): مرحوم امام (قدس سره) در فرمایش مرحوم شیخ انصاری مناقشاتی دارند؛ اما در ابتدا می‌فرماید: ضابطه‌ای که جناب شیخ (قدس سره) بیان فرموده‌اند علاوه بر این که تبعید مسافت است، غیر قابل قبول نیز می‌باشد و سپس در ادامه می‌فرماید:



اولاً: عروض عناوین ثانویه، هیچ‌گاه موجب تغییر حکم اولیه نمی‌شود؛ چه حکم از دسته اول (مباحات، مستحبات و مکروهات) باشد و چه از دسته دوم (واجبات و محرمات). چون عروض عنوان ثانوی موجب تغییر موضوع می‌شود و تغییر موضوع، تغییر حکم را به دنبال دارد. به عنوان مثال: اگر نماز شب که حکم اولیه آن استحباب است، نذر شود، انجام آن واجب می‌گردد. ولی نه این‌که در حکم استحبابی نماز شب، تغییری حاصل شده باشد. انجام همان نماز شب مستحب به خاطر عروض عنوان وفای به نذر، واجب شده است. همچنین است اگر انجام نماز شب در ضمن عقدی شرط شود، از باب وفای به شرط، واجب الاتیان است.

ثانیاً: ایشان بین احکام الزامیه (واجبات و محرمات) و غیر الزامیه (مباحات، مستحبات و مکروهات) تفاوت گذاشته‌اند، به این صورت که موضوع حکم در احکام الزامیه، با توجه به دیگر عناوین است و به تعبیر دیگر تمام الموضوع برای حکم است و در همه حال (مطلقاً)، ولی در احکام غیر الزامیه با فرض عدم عروض عنوان دیگر است؛ که این تفاوت گذاری صحیح نمی‌باشد؛ زیرا تشخیص این‌که آیا این شیء مطلقاً تمام الموضوع برای حکم است، یا خیر، به لسان دلیل، امارات، نشانه‌ها و قرائن بستگی دارد؛ که در این جهت فرقی نمی‌کند که حکم الزامی باشد یا غیر الزامی؛ و همچنین ممکن است موضوع در حکم غیر الزامی هم تمام الموضوع باشد.

ثالثاً: در احکام غیر الزامی، حتی آنجا که حکم برای موضوع به نحو اطلاق اخذ شده باشد، - نه در فرض مجرد عناوین عارضی - باز هم اگر شرطی مخالف با آن باشد، مخالفت با کتاب و سنت نخواهد بود؛ زیرا ماهیت غیر الزامی بودن این احکام سه‌گانه، با جواز مخالفت، ملازم است. پس تفاوت بین احکام واجب و حرام، با احکام مستحب، مکروه و مباح، از ناحیه تفاوت در الزامی بودن و غیر الزامی بودن آنهاست؛ که در صورت اول، اگر شرط مخالف با واجب یا حرامی باشد، مخالف با حکم الزامی شرع است، ولی در احکام غیر الزامی چون خود شارع اجازه مخالفت داده و نفی الزام کرده است، چنین شرطی مخالف شرع نخواهد بود.

بله اگر تحریم مباح یا مستحبی را شرط کند، این مخالف حکم شرع است؛ چون حکم اولیه شرع، استحباب و اباحه است. خلاصه این که بین شرط ترک مستحب و ترک مباح و بین تحریم آن به وسیله شرط، فرق است.<sup>۱۶</sup>

بنا بر نظر مرحوم امام (قدس سره) ضابطه، فهم عرف است. ایشان تشخیص مخالف از غیر مخالف را به فهم عرف موکول می‌نماید و می‌فرماید:

شکی در این نیست که تشخیص مخالف کتاب و سنت و عدم آن، مثل سایر موضوعات، موکول به عرف به عرف شده است؛ و «مخالفت» و «عدم مخالفت» برای عقلا، امر مجهولی نیست تا احتیاج به بیان داشته باشد و لازم نیست خود را به زحمت افکنیم و امر واضح را مجهول نماییم. سپس در توضیح می‌فرماید: که اگر در احکام تکلیفی الزامی، انجام فعل حرام یا ترک واجبی را شرط کند، شکی نیست که عرفاً مخالف شرع است. همچنان که اگر بدون شرط، حرامی را مرتکب می‌شد و یا واجبی را ترک می‌کرد، عرفاً با حکم خدا مخالفت کرده بود؛ و همچنین در احکام وضعیه اگر شرط کند حرمت حلال و یا حلیت حرامی را مثل این که حرمت استمتاع از همسر را شرط کند؛ که این شرط، عرفاً خلاف شرع است. در احکام غیر الزامیه، (تکلیفی یا وضعی) حلال‌ها، مباحات، مستحبات و مکروهات، اگر انجام یا ترک هر کدام را شرط کند، شکی نیست که خلاف شرع محقق نشده است. همچنان که اگر بدون شرط هر کدام از این‌ها را مخالفت می‌کرد، خلاف شرعی انجام نداده بود؛ چون خود شارع، اجازه مخالفت با این حکم را داده است.<sup>۱۷</sup>

مرحوم آیت‌الله خویی (قدس سره) نیز هم عقیده با مرحوم امام است و می‌فرماید: بسیار واضح است (نیازی به پیچیده کردن مطلب نیست) که مراد از شرط مخالف، آن چیزی می‌باشد که شرط به آن تعلق گرفته است و این که با قطع نظر از شرط آن فعل (متعلق شرط) مخالف با کتاب محسوب شود.<sup>۱۸</sup>

یعنی با قطع نظر از شرط و قبل از شرط اگر انجام آن فعل جایز (بمعنی الاعم) بود، شرط به ترک و انجام آن نیز جایز خواهد بود؛ و این همان چیزی است که عرف آن را می‌فهمد و درک می‌کند.

<sup>۱۶</sup>. خمینی، سید روح‌الله موسوی، «کتاب البیع (للامام الخمینی)»، ج ۵، ص ۲۵۷ - ۲۵۹.

<sup>۱۷</sup>. پیشین، ج ۵، ص ۲۵۴ - ۲۵۶.

<sup>۱۸</sup>. خویی، سید ابو القاسم موسوی، «مصباح الفقاهة (المکاسب)»، ج ۷، ص ۳۲۲.

و همچنین جناب بجنوردی در قواعد فقهیه می‌فرماید: جای شکی باقی نیست که تشخیص مخالفت و یا عدم مخالفت با کتاب و سنت، مانند موضوعاتی که احکام شرعی بر آن مترتب است با عرف است و اصولاً مسئله مخالفت و عدم مخالفت در نزد عقلا امر مجهولی نیست، وضوح آن بدان دلیل است که در احکام تکلیفی الزامی شرط فعل حرام یا ترک واجب عرفاً مخالف با شرع مقدس است. همان‌طوری که انجام حرام و ترک واجب هم مخالف با حکم خداست. لذا اگر گفته شود: «به هر عالمی به جز آن کسی که مخالفت حکم خدا را می‌کند، اکرام کن» از آن طرف عالمی فعل حرامی را انجام داد یا واجبی را ترک نمود، عرف عقلا بدون شک این عالم را داخل در عقد مستثنا می‌داند. چرا که مخالفت با حکم خدا نموده است در مورد شرط نیز همین‌گونه است. اگر شرط ترک واجب، یا انجام فعل حرامی را نماید هیچ عاقلی شک نمی‌کند که این فرد، شرط مخالف با حکم خداوند کرده است؛ و اصولاً معنای حرام از دیدگاه عرف عبارت است از آنچه که فعل و انجام آن منع شده است واجب نیز از دیدگاه آنان آن چیزی است که به جای آوردن آن لازم و ضروری است.

در احکام غیر الزامی مثل مباحات و مستحبات و مکروهات شکی نیست که شرط ترک و یا انجام این امور مخالف با شرع نیست. پس بدیهی است که هم بر ترک و هم بر انجام این امور اجازه داده شده است لذا در اینجا نه تحلیل حرام و نه تحریم حلالی پیش نمی‌آید و همچنین نه شرط مخالفی. پس هم بر ترک و هم بر انجام این امور اجازه داده شده است اما اگر شرط حرام بودن امر حلالی یا حلیت امر حرامی را بنماید، این امر مخالف با شرع است و باطل می‌باشد.

اما در احکام وضعی، در اینکه امر طلاق به دست زن باشد این شرط، مخالف با شرع مقدس است. لذا این نکته فرق می‌کند با اینکه شرط کند که با او نزدیکی نکند.<sup>۱۹</sup>

---

<sup>۱۹</sup>. بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی، «قواعد فقهیه» ج ۲، ص ۴۶۱ - ۴۶۳.

## ۸. معیار هشتم

بیان مرحوم آیت الله سید مصطفی خمینی (قدس سره): ایشان در ابتدا می‌فرماید: قبل از آن که وارد بحث شویم به چند نکته اشاره کنیم: اولاً: باید گفت اخباری که دال بر منع شرط مخالف کتاب است، تخصیص‌پذیر نیستند و این طور نیست که بعضی از شروط مخالف کتاب را تجویز نماید؛ به همین خاطر، بعضی‌ها به دچار تکلف شده و درصدد توجیه و یا رد سند یا دلالت بعضی ادله برآمده‌اند؛ زیرا همان‌طور که دلیل نذر عام است؛ دلیل عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت نیز عام است؛ (گرچه، سند روایت بربره دچار اشکال است و ما آن را نمی‌پذیریم).

ثانیاً: گفته‌اند که وقتی در این روایت مستثنا را کنار بگذاریم، دیگر مستثنا منه استقرار و جنبه نص یافته و دیگر تخصیص‌پذیر نخواهد بود که این سخن برای ما قابل قبول نیست؛ زیرا معلوم نیست که پس از اعمال قید، مقید ظهور تام یافته و دیگر قید دومی به آنها وارد نشود.

حال پس از بیان این نکات بدان که فقهای اعلام در تحریر ضابطه و معیار، به تشتت افتاده و هریک چیزی در این مورد بیان فرموده‌اند.

اما ایشان در بیان ضابطه و معیار در مسئله می‌فرماید: به نظر ما، احکام کتاب دودسته‌اند:

اول: احکام الهی آسمانی تأسیسی در شریعت اسلامی و یا سایر تشریعیات سابق که اینها هم احکام تأسیسی حساب می‌شوند.

دسته دوم: احکام عقلایی امضایی اسلامی مثل عمل به خبر واحد و نفوذ اشتراط خیار در ضمن عقد.

اگر شرط مخالف از قسم اول باشد، مخالف کتاب به شمار می‌رود و در واقع ضدونقیض کتاب محسوب می‌شود اما اگر شرط مخالف از قسم دوم باشد به حسب طبع مخالف حکم الله نمی‌باشد، زیرا حکم الهی در این موارد نیست و از طرفی سکوت شرع در قبال آن موجب صحت اسناد چنین احکامی به خداوند تبارک و تعالی نمی‌شود. بنا بر آنچه گفتیم شرط مخالف قسم اول چه از احکام تکلیفی یا وضعی ایجابی یا ندبی، تحریمی یا کراهتی باشد، عرفاً شرط مخالف کتاب و تلقی می‌گردد؛ مگر این که گفته شود ترک

مستحب و ارتکاب مکروه جزء ترخیصات می‌باشد و شرط برخلاف آنها جایز است؛ ولی در شرط مخالف قسم دوم چنین چیزی را معتقد نیستیم.

خلاصه این‌که: ترخیص در ناحیه ترک مستحب و ارتکاب مکروه از کتاب است و چنین شرطی مخالف و مضاد کتاب نمی‌باشد بلکه از قرائن استفاده می‌شود که موافق کتاب است.<sup>۲۰</sup>

## ۹. معیار نهم

ضابطه تشخیص شرط مخالف و کتاب و سنت از دیدگاه آیت‌الله سبحانی (مدّ ظلّه): احکام شرعیه وارده در کتاب و سنت همگی قوانین الهی هستند برای سعادت بشر تشریح شده‌اند تا انسان بتواند با عمل به آن به بالاترین درجه کمال دست یابد و همچنین کتاب قرآن خاتم کتب و نیز پیامبر هم خاتم پیامبران است که حلال و حرام الهی آورده شده توسط این پیامبر تا روز قیامت باقی است لکن بشر جاهل احکام الهی را به انواع طرق و حیلها مورد بازی قرار می‌دهد و با آنچه تشریح شده است - البته به صورت قانونی - مخالفت می‌کند تا به زعم خود بتواند بین شرع و خواسته‌های نفسانی خود جمع کند که به خاطر همین خداوند تبارک و تعالی اراده فرموده که جلوی این باب (مخالفت با احکام) را ببند تا بدین وسیله احکامش را از بازیچه قرار دادن، حفظ نماید؛ بنابراین:

۱. کسی حق ندارد به استناد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>۲۱</sup> شرطی نماید که مخالف کتاب و سنت باشد.

۲. کسی حق ندارد با تمسک به کریمه «وَ أَحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ»<sup>۲۲</sup> بر ارتکاب حرام قسم بخورد.

۳. جایز نیست کسی با توسل به آیه «يُؤْفُونَ بِالنَّذْرِ»<sup>۲۳</sup> بر فعل حرامی نذر کند.

لذا کسی حق دخالت در شئون تشریح را ندارد و هیچ فرقی هم بین احکام تکلیفی وضعی و التزامی و غیر التزامی نیست.

<sup>۲۰</sup>. خمینی، شهید، سید مصطفی موسوی، «الخيارات (للسيد مصطفى الخميني)»، ج ۲، ص ۶۴ - ۶۷.

<sup>۲۱</sup>. سوره مائده - آیه ۱.

<sup>۲۲</sup>. سوره مائده - آیه ۸۹.

<sup>۲۳</sup>. سوره انسان - آیه ۷.

با این توضیحات حالا می‌خواهیم از اقسام سه‌گانه احکام الهی (وضعی، تکلیفی الزامی، تکلیفی غیر الزامی) بحث کنیم تا آنچه مخالف است از آنچه مخالف نیست تمییز داده شود.

۱ - احکام وضعی: احکام وضعی که در معاملات و سیاسیات تشریح شده‌اند، احکامی ثابت می‌باشند که حق تغییر دادن آن برای ما وجود ندارد؛ مثل قانون ارث، طلاق و جماع، حریت، ولاء.

۲ - احکام تکلیفی الزامی: شرط مخالف با احکام تکلیفی الزامی بر دو صورت است:

الف. مثلاً، شرط شود که تا چهار ماه (بلکه بیشتر) با همسرش نزدیکی نداشته باشد، (که البته ترک مقاربت بیش از چهار ماه حرام است)؛ که البته این نوع از مخالفت در بین مسلمانان رایج نیست.

ب؛ و یا انگور بفروشد به شرطی که شراب بسازد و یا کسی را برای عملی اجیر کند و شرط کند شخص اجیر باید روزه‌اش را افطار کند تا بتواند با قوت و به طور کامل کارش را انجام دهد؛ که هم شراب سازی و هم افطار (عمدی و بدون عذر) روزه حرام می‌باشند؛ که البته نوع از مخالفت شایع می‌باشد.

و باید گفت که عرف دقیق (که البته عرف با دقت فلسفی به آن نظر نمی‌کند)، ارتکاب به آن را حرام می‌داند.

۳ - احکام تکلیفی غیر الزامی؛ مراد از آن اباحه به معنای اعم که شامل مباحات مستحبات و مکروهات می‌باشد.

ایشان در ادامه می‌فرماید: اشتراط فعل و یا ترک امور مباح (به معنای اعم) بر دو گونه تصور می‌گردد.

الف. شروطی که بخواهد حکم الهی را طرد و با آن منازعه نماید.

به عنوان مثال: شارع فرموده است: «الطلاق بید من اخذ بالساق» با این که شارع اختیار طلاق را به دست مرد سپرده است، شرط گردد که طلاق دست زن باشد؛ و یا مثلاً شارع حق تعیین مسکن را به مرد داده اگر او حق تعیین مسکن را به زوجه بدهد و از خود سلب حق نماید این کار جایز نیست؛ که همه این موارد از قبیل تحلیل حرام محسوب می‌شوند.

ب. آنهایی که حکم شرعی را طرد نمی‌کند و منازعه‌ای با آن ندارد، و آن بدین صورت است که شرط شود مکلف بتواند یکی از دو طرف را اختیار کند (ترک یا فعل را)، اما به‌گونه‌ای که حقی را سلب نکند مثلاً اگر بگوید تا آخر عمر کنیز نمی‌گیرم، این اشکالی ندارد.

بنابراین، احکام وضعی و تکلیفی الزامی و غیر الزامی اگر به دلالت مطابقیه منجر به تشریح شود، حرام است؛ بدون این که مربوط به التزام باشد؛ و بالعکس هر شرطی که به دلالت مطابقی مخالف با آنچه که شارع تشریح کرده است نباشد، مخالفت محسوب نمی‌شود.

با این بیان دیگر نیازی به معیاری که جناب شیخ انصاری (قدس سره) بیان فرموده‌اند، نمی‌باشد.

سپس ایشان می‌فرماید: تفاوت کلام ما و مرحوم شیخ (قدس سره) در موارد زیر است:

۱. خلاف وفاق در همه موارد وصف «ملتزم» هستند نه «التزام».

۲. ملتزم زمانی که با حکم موجود در کتاب مقایسه شود متصف به موافقت و مخالفت می‌گردد - با قطع

نظر از ادله شروط، یمین، عهد و نذر - دیگر نوبت به ادله شروط (التزام) نمی‌رسد تا تعارض یا تراحمی بین دلیل دو حکم واقع شود.

۳. شروط مخالف به حکم ادله رد می‌شود؛ و اما شروط موافق کتاب، موضوع تغییری نمی‌کند تا حکم

آن هم تغییر کند مثل این که پدر پسرش را نهی می‌کند، می‌گوید: نمک نخور که در این جا حکم (اباحه خوردن نمک) تغییری نمی‌کند، بلکه اطاعت پدر لازم می‌باشد؛ یعنی از پدر باید، با ترک خوردن نمکی که (فی نفسه) مباح است اطاعت نماید.

۴. شرط ترک یا انجام مباح و مستحب و مکروه، مخالف شریعت نیست؛ مگر در صورتی که حق

مشروعی را از مشروط علیه سلب نماید.<sup>۲۴</sup>

---

<sup>۲۴</sup>. تبریزی، جعفر سبحانی، «المختار فی أحكام الخیار»، ص ۴۷۲ - ۴۷۹.

## نتیجه‌گیری

در این مقاله ۹ معیار و میزان برای تعیین و تبیین شرط مخالف کتاب و سنت از کتب فقیهان شیعه نقل گردید:

۱. معیار اول؛ شرطی که حرامی را حلال و یا حلالی را حرام نماید جایز نیست و مراد از حلال و حرام همان چیزی است که توسط اصل شریعت ثابت شده باشد نه این که توسط عقد حلال یا حرام شود.
۲. معیار دوم؛ شرط نامشروع، شرطی است که نص خاصی بر جواز خلاف آنچه در ج شده است، وارد شده باشد
۳. معیار سوم؛ مناط در مخالفت با سنت این است که اگر اشتراط ترک مباح بر وجه قاعده کلی باشد - با نظر به این که متعلق حکم شرعی، امر کلی است و تعلق آن به جزئیات به اعتبار تحقق کلی در ضمن آن می‌باشد - در این صورت این چنین شرطی نیز حرام خواهد بود و مخالف با کتاب و سنت به شمار می‌رود.
۴. معیار چهارم؛ شرط نامشروع به شرطی گفته می‌شود که بر خلاف و در تضاد با حکم حاصل شده از کتاب و سنت باشد.

۵. معیار پنجم؛ احکامی که با ملاحظه تمامی عوارض و طواری بر موضوع ثابت گردیده‌اند و حکمی ثابت و تغییرناپذیرند و با شرط و امثال آن تغییر نمی‌کنند (محرمات واجبات) که شرط بر خلاف آنها خلاف کتاب و سنت است

۶. معیار ششم؛ در احکام وضعی: ۱. اگر مشترط از امور وضعیه ای باشد که شارع هرگونه تغییری در آنها را در اختیار انسان قرار داده است؛ مثل، خيارات و شفعه و حق تصرف در امور مالی و... احکام مربوط به اینها با شرط قابل تغییر است. ۲. مشترط از امور وضعیه ای است که شارع تغییر در آنها را تحت سلطه اشخاص قرار نداده است؛ شرط برخلاف آن باطل خواهد بود؛ اما در احکام تکلیفی: ۱. اگر بر ترک حلال و حرام شرط شده باشد، چنین شرطی مسلماً خلاف شرع و باطل است؛ زیرا اطلاق ادله حرمت و جوب شامل این صورت است و اینها به سبب شرط قابل تغییر نمی‌باشند. ۲؛ اما در امور مباح (اعم از مباح، مستحب و



مکروه)، شرط برخلاف آنها، مخالفت به حساب نمی‌آید؛ چرا که وجوب و حرمتی که به وسیله شرط بر آنها عارض می‌شود، با اباحه ذاتی آنها منافاتی ندارد.

۷. معیار هفتم؛ شکی در این نیست که تشخیص مخالف کتاب و سنت و عدم آن، مثل سایر موضوعات، موکول به عرف به عرف شده است.

۸. معیار هشتم؛ احکام کتاب دودسته‌اند: اول: احکام الهی آسمانی تأسیسی در شریعت اسلامی و یا سایر تشریعیات سابق که اینها هم احکام تأسیسی حساب می‌شوند. دسته دوم: احکام عقلایی امضایی اسلامی مثل عمل به خبر واحد و نفوذ اشتراط خیار در ضمن عقد. اگر شرط مخالف از قسم اول باشد، مخالف کتاب به شمار می‌رود و در واقع ضدونقیض کتاب محسوب می‌شود اما اگر شرط مخالف از قسم دوم باشد به حسب طبع مخالف حکم الله نمی‌باشد.

۹. معیار نهم؛ بنابراین، احکام وضعی و تکلیفی الزامی و غیر الزامی اگر به دلالت مطابقیه منجر به تشریح شود، حرام است؛ بدون این که مربوط به التزام باشد؛ و بالعکس هر شرطی که به دلالت مطابقی مخالف با آنچه که شارع تشریح کرده است نباشد، مخالفت محسوب نمی‌شود.

## فهرست منابع

### • قرآن کریم

۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، ۶ جلد، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ هـ ق
۲. بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی، القواعد الفقهیه، ۷ جلد، نشر الهادی، قم - ایران، اول، ۱۴۱۹ هـ ق
۳. تبریزی، جعفر سبحانی، المختار فی أحكام الخیار، در یک جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۴ هـ ق

۴. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، ریاض المسائل، ۱۶ جلد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم

- ایران، اول، ۱۴۱۸ هـ ق

۵. خمینی، سید روح الله موسوی، کتاب البیع، ۵ جلد، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس

سر، تهران - ایران، اول، ۱۴۲۱ هـ ق

۶. خمینی، شهید، سید مصطفی موسوی، الخيارات، ۲ جلد، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی

قدس سر، تهران - ایران، اول، ۱۴۱۸ هـ ق

۷. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ۷ جلد، هـ ق

۸. نائینی، میرزا محمدحسین غروی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ۲ جلد، المكتبة المحمدية،

تهران - ایران، اول، ۱۳۷۳ هـ ق

۹. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام، در یک جلد، انتشارات دفتر

تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۷ هـ ق

۱۰. نراقی، مولی محمد بن احمد، مشارق الأحكام، در یک جلد، کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا

احمد، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۲ هـ ق