

اجتماع امر و نهی اصولی و امکان‌سنجی تحقق آن در حوزه قراردادهای

سیدمصطفی محقق داماد*

مهدی نیاز آبادی**

محمد رضا عباسی راد***

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۰۵

چکیده

در مبحث مربوط به تعارضات (بالمعنی/الأعم) اصولی، یک مجموعه به لحاظ ویژگی خاصی که دارد، تحت عنوان «اجتماع امر و نهی» جدا می‌شود و می‌کوشد به این پرسش پاسخ دهد که اساساً اجتماع امر و نهی در شیء واحد جایز است یا ممتنع؟ این مبحث در نتیجه تفاوت مبانی کلامی، منطقی و اصولی طی قرون متمادی به معرکه آرا تبدیل شده است؛ به طوری که قائلان به جواز مدعی عدم سرایت حکم از عنوان به معنوی و تعدد معنوی به موجب تعدد عنوان شده‌اند. در مقابل، قائلان به امتناع نسبت به ادعاهای مذکور ایراداتی طرح کرده‌اند که مقاله حاضر واجد پاسخی بدیع به ایشان است. بحث از اجتماع امر و نهی هرچند در اصول فقه و دانش‌های متشرعه روییده، اما با الغای خصوصیت می‌توان باب امکان‌سنجی طرح و تطبیق مسئله اجتماع امر و نهی اصولی و فروع آن در نظام حقوقی را گشود. البته لازمه این تطبیق و امکان‌سنجی شستن چشم‌ها و توجه به مختصات جدیدی است که در آن ادبیات امر و نهی رنگ باخته و صحبت از تعارض باید و نبایدهای حقوقی می‌شود. جلوه این تعارض در حوزه حقوق قراردادهای نمایان است؛ جایی که اصل لزوم، تجسم وجوب و امر است و ممنوعیت‌های مدنی و کیفری مختلف تجسد نهی و حرمت و قرارداد همان ذات واحدی است که تعارض ناظر به آن مطرح می‌شود. البته این قسم از تعارض در حوزه قراردادهای هیچ‌گاه به استقرار نمی‌رسد و به طرق مختلفی من جمله تمسک به قاعده «انتفاء المشروط بانتفاء شرطه»، اطلاق، تقیید و... رفع شده و خلاف علم اصول، جانب امتناع اثبات می‌شود.

کلید واژگان:

اجتماع امر و نهی، اصل لزوم، تعارض، قرارداد.

* استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (ره)، تهران، ایران.

** استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران.

*** دانشجوی کارشناسی ارشد، گروه فقه و حقوق، دانشگاه شهید مطهری (ره)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

abbasirad.law@gmail.com



Copyright: ©2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

ناسپاسی است اگر به تأثیر شگرف اندیشه اعتزال بر اجتهاد و گسترش علوم انسانی اذعان نکنیم؛ تفکر اعتزال و عقل‌گرایی^۱ اسلامی از مبحث کلام و الهیات وارد حوزه فقه و اصول شده است. در قرن دوم هجری گرایش به واردسازی استدلال‌های عقلی و توجه به هنجارهای اجتماعی در حوزه استنباطات شرعی معلول چون و چراهای معتزلیان و تاحدی تشکیل مکتب فقه عراق به امامت فقیه ایرانی‌الاصل معروف آن روزگار، ابوحنیفه نعمان بن ثابت است.^{۲، ۳}

از جمله حوزه‌های متأثر علم اصول از تفکر اعتزال و استدلال‌های عقلی، مبحث تعارض ادله است. تعارض ادله حالتی است که دلالت دو دلیل (لفظی)^۴ با یکدیگر ناسازگار است، بدون آنکه سند آنها مشکلی داشته باشد.^۵

در مبحث مربوط به تعارضات (بالمعنی‌الاعم) اصولی، یک مجموعه به‌لحاظ ویژگی خاصی که دارد، تحت عنوان «اجتماع امر و نهی» جدا می‌شود؛ اجتماع امر و نهی، حالتی است که در آن، دو دلیل با عموم بدلی در مقام حکمرانی بر مکلف به واحدی (مقصود واحد بالوجود است و نه واحد بالجنس) با یکدیگر در تنافی و ناسازگاری‌اند.^۶

نظر به اینکه از دیدگاه اصولی، عموم نهی ذاتاً استغراق است، لذا بنابر تعریف اولیه ارائه‌شده، قدر متیقن آن است که عموم امر باید بدلی باشد ولاً با حالت تعارض بالمعنی‌الأخص (تعارض ادله استنباط) روبه‌رو خواهیم شد. هنگام وقوع اجتماع امر و نهی، این شخص مکلف است که ایفای نقش می‌کند و ایجاد حالت مذکور معلول سوءاختیار خود اوست.

1. Rationalism

۲. محقق داماد، سید مصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه(۱)»، *مجله تحقیقات حقوقی* / *دانشگاه شهید بهشتی*، پاییز و زمستان ۱۳۸۵، ش ۱۴، ص ۱۴.

۳. محقق داماد، سید مصطفی و مهدی نیازآبادی، «منطق حاکم بر تعارض قوانین در داوری‌های تجاری بین‌المللی و تنافی ادله در اصول فقه»، *مجله تحقیقات حقوقی* / *دانشگاه شهید بهشتی*، بهار ۱۴۰۰، ش ۹۳، صص ۱۳ و ۱۴.

۴. مقصود از دلیل لفظی، کتاب و سنت است که موضوع تنافی ادله قرار می‌گیرد.

۵. هرگاه دو یا چند دلیل متعارض در برابر یکدیگر قرار گیرند، طوری که عرفاً نتوان آنها را جمع کرد و یکی ناسخ دیگری نباشد، در این صورت تعارض محقق است.

۶. انصاری (شیخ)، مرتضی، *فرائد الأصول (رسائل)*، ج ۲، چ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ق، ص ۲۳۷.

همان‌طور که بیان شد، اجتماع امر و نهی صورت خاصی از تعارض (بالمعنی‌الاعم) است که در کتب اصول فقه و توسط اصولیون مورد بحث قرار گرفته است؛ هرچند محل بحث مذکور در کتب اصولی مختلف، یکسان نیست و هریک از اصولیون بنابر درک خود از این موضوع، آن را در قسمت‌های متفاوتی مطرح نموده‌اند؛ برای مثال مرحوم محمدباقر صدر، بحث مربوط به اجتماع امر و نهی را در میان مباحث امور واجب و پس از بحث «تخیر عقلی در واجب» مطرح می‌نماید.^۱ یا مرحوم مظفر مبحث مذکور را ذیل غیرمستقلات عقلیه طرح می‌کند.^۲ در کتب اصولی معاصر نیز گاه دیده می‌شود که مبحث اجتماع امر و نهی ذیل عنوان کلی «تعارض ادله» مورد بحث قرار می‌گیرد.^۳

از دیرباز اجتماع امر و نهی میان اصولیون از مسائل چالشی مورد بحث بوده و آن این است که اساساً اجتماع امر و نهی در شیء واحد جایز است یا خیر؟ غالب اشاعره و برخی پیروان مذهب امامیه (مانند فضل بن شاذان و بعضی از محققان متأخر) حکم به جواز اجتماع امر و نهی داده‌اند و معتزله و اکثر علمای اهل تشیع، چنین اجتماعی را ممتنع دانسته‌اند. شاید در بدو امر عنوان مسئله «اجتماع امر و نهی در شیء واحد» این نکته را به ذهن متبادر نماید که بحث مورد نظر، بحثی کاذب و فاقد معناست، چراکه اجتماع امر و نهی در شیء واحد عقلاً محال جلوه می‌کند؛ یعنی نفس چنین اجتماعی این است که محال به نظر می‌رسد؛ حتی از نظر برخی اشاعره که تکلیف به امر محال را جایز می‌دانند، اجتماع امر و نهی محال است و اصلاً نزاع مزبور مطرح نمی‌شود. ولیکن زمانی که بحث فقهی قضیه و تکلیف شخص مکلف در این خصوص مطرح می‌شود، بحث مزبور مفید می‌نماید. لذا به تبع همین تفاوت عقیده، دو دیدگاه متفاوت نیز در خصوص چنین اجتماعی میان اصولیون مطرح شده‌است که از آن تحت عنوان «جواز اجتماع» و «امتناع اجتماع» یاد می‌گردد.

۱. صدر، محمدباقر، **دروس فی علم الأصول**، ج ۱، چ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ ق، ص ۳۴۴.

۲. مظفر، محمد رضا، **اصول الفقه**، ج ۲، چ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۳۰ ق، صص ۳۷۶-۳۸۷.

۳. محقق داماد، سید مصطفی، **مباحثی از اصول فقه: دفتر سوم: اصول عملیه و تعارض ادله**، چ ۹، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۷، ص ۱۱۹.

«اجتماع امر و نهی در شیء واحد»، عنوانی است که در دانش اصول‌فقه ذیل مباحث «اوامر» و «نواهی» مطرح می‌شود؛ چنانچه میان امر و نهی مذکور نیز اجتماعی رخ دهد، اجتماع مستحدث را اصول‌فقه مورد بررسی قرار خواهد داد. لذا طبیعی است که هرگاه سخن از اجتماع امر و نهی به میان می‌آید، در وهله اول، طرح یک مبحث اصولی به ذهن متبادر شود.

با این حال به نظر می‌رسد که تعلق مبحث اجتماع امر و نهی به دانش اصول‌فقه، صرفاً از حیث «عنوان» باشد و لذا بتوان از حیث مضمون و مفاد، مصادیقی را در دانش حقوق یافت که قریب به مبحث مذکور باشد؛ بدیهی است مصادیق مزبور، گرچه از حیث مضمون، مباحث و مفادی مانند اجتماع امر و نهی اصولی را دربر دارد، ولیکن دقیقاً معادل با اجتماع مذکور و منطبق بر آن نمی‌باشد؛ چراکه جنس اجتماع امر و نهی اصولی به لحاظ ماهیت و محتوای مطالب خاص آن، متفاوت با هر دانش دیگری و عدم انطباق مطلق نیز معلول همین تفاوت است.

همان‌طور که می‌دانیم، در دانش اصول‌فقه، مصطلح است که «امر» در عبادات ظهور در وجوب و در بحث معاملات ظهور در لزوم دارد یا اینکه حکم وضعی لزوم معاملات از حکم تکلیفی وجوب منتزع می‌گردد و «نهی» ظهور در حرمت یا قدر متیقن، کراهت عبادات دارد و در معاملات نیز به شرط برخورد با ارکان، سبب بطلان و فساد خواهد شد؛ می‌توان گفت، امری که موجب وجوب و نهی که موجب حرمت است، در معنا و مفهوم، «باید» و «نباید» مربوط به یک فعل را می‌رسانند. با این اوصاف در دانش حقوق، به لحاظ فقد عناوین «امر» و «نهی» چنانچه به دنبال مصادیق مورد بحث در اجتماع امر و نهی هستیم، باید مصادیقی را جست‌وجو نماییم که مضمون آنها، همان «باید» و «نباید» مربوط به فعل باشد؛ لذا به طور خاص اگر سخن از اجتماع امر و نهی در دانش حقوق می‌کنیم، ناگزیر در پی مصادیقی هستیم که اعمال موضوع منابع حقوق (به طور خاص قانون) در آن واحد مشمول «باید» و «نباید» همان منابع قرار گیرند و حالتی شبیه به اجتماع امر و نهی اصولی را پدید آورند.

توجه به این نکته که اجتماع امر و نهی قسمی از تعارض (بالمعنی الاعم) است و مقتضای ذاتی هر قسم تعارضی مانع‌تراشی بر سر راه دانش و نظام محل تحقق تعارض در نیل به اهداف و کارکردهای خویش است، اهمیت بحث پیش‌روی را روشن می‌سازد. مادامی که تعارض برقرار

باشد و حل نگردد، تحقق و تأمین هدف غایی دانش‌ها چه علم اصول و چه دانش حقوق منتفی یا قدر متقین معلق خواهد بود.^۱

۱. اجتماع امر و نهی در اصول فقه امامیه

اختلاف اساسی اصولیون در مسئله اجتماع امر و نهی در رابطه با جواز یا امتناع اجتماع مزبور است؛ اصولیونی که حکم به امتناع اجتماع امر و نهی داده‌اند، چون عقلاً تحقق چنین اجتماعی را ممتنع دانسته‌اند (به لحاظ سالبه به انتفا بودن موضوع) از بحث در خصوص فروع این مسئله خودداری کرده‌اند و صرفاً قائلین به جوازند که فروع این مسئله را مورد بررسی قرار داده‌اند. سؤال اساسی آن است که آیا اجتماع امر و نهی، عقلاً جایز است یا ممتنع؟ برای مثال عمل واحد «اقامه نماز در ملک غصبی» در آن واحد می‌تواند متعلق «امر» و «نهی» قرار گیرد؟ با عنایت به طرح پرسش فوق، به بررسی تقابل دو دیدگاه مهم موجود میان علمای اصول فقه امامیه می‌پردازیم و سپس تحلیل و دیدگاه مختار را بیان خواهیم نمود:

۱.۱. دیدگاه «جواز» اجتماع امر و نهی

اگر اجتماع امر و نهی جایز باشد، نماز مورد اقامه همان‌طور که باعث سقوط تکلیف در ارتباط با غضب و آثار آن می‌شود، موجب رواج عصیان و گناه نیز خواهد شد و اگر جایز نباشد، یا باعث سقوط تکلیف مربوط به غضب می‌شود که در این صورت عصیان و رواج گناه محقق نمی‌شود یا بالعکس، که در این فرض دیگر تکلیف ساقط نخواهد شد. لذا پاسخ به این سؤال و بررسی تحلیل‌های ارائه‌شده حول محل نزاع واجد اهمیت خواهد بود.

مرحوم مظفر در کتاب اصول فقه چنین به تبیین موضوع می‌پردازد که قائلین به جواز اجتماع امر و نهی ناگزیر باید یکی از دو تحلیل ذیل را به عنوان دلیل و مدرک مورد ارائه بپذیرند در غیر این صورت، قول به جواز بی‌اساس خواهد بود.

تحلیل اول آن است که نفس «عنوان» را متعلق تکلیف (حکم تکلیفی) بدانیم و معتقد به عدم سرایت حکم از «عنوان» به «معنون» باشیم؛ مثلاً ادای ارکان نماز در ملک غصبی مصداق

۱. نیازآبادی، مهدی، تعارضات ماهوی و شکلی قراردادی، تفسیر قرارداد و حل دعاوی مرتبط با آن، ج ۱، تهران: خرسندی، ۱۳۹۹، ص ۱۹.

دو عنوان نماز و غصب است و امر «صلِّ» به‌عنوان «جلوه» و نهی «لا تغصب» به‌عنوان «غصب» متعلق است. حکم وجوب و حرمت به معنوی (ادای ارکان نماز) سرایت نمی‌کند؛ یعنی آنچه واجب است، «نماز» به‌طور کلی و آنچه حرام است، «غصب» به‌طور کلی است؛ منتهی نماز و غصب در یک معنوی که «ادای ارکان نماز» است جمع شده‌اند؛ لذا آنچه واحد است «معنوی» است، نه متعلق امر و نهی؛ متعلق امر و نهی، نماز و غصب است که در حقیقت دو «عنوان» متعددند و از این طریق اجتماع امر و نهی در شیء واحد لازم نمی‌آید.^۱

تحلیل دوم آن است که متعلق تکلیف (حکم تکلیفی)، «معنوی» است، منتهی تعدد عنوان موجب تعدد معنوی نیز خواهد شد؛ یعنی معنوی اگرچه ظاهراً عمل واحدی است، ولیکن با دقت نظر امری متعدد جلوه می‌نماید؛ لذا سرانجام داستان در ادای نماز در ملک غصبی، مانند نظر کردن به نامحرم حین اقامه نماز می‌شود که در آن متعلق امر و نهی متعدد است، ولیکن در کنار یکدیگر قرار می‌گیرند.^۲

مرحوم مظفر معتقد است که قائلین به امتناع باید هر دو تحلیل را رد نمایند و اجتماع امر و نهی در شیء واحد را به‌لحاظ رد تحلیل‌های اخیرالذکر از حیث عقل، محال بدانند؛ چراکه رد دو تحلیل فوق، عقل را به این سوء رهنمون می‌سازد که طریق دیگری برای اجتماع امر و نهی وجود ندارد و نتیجه عملی آن امتناع است. لذا از نظر این عده در مثال ادای نماز در ملک غصبی، یا باید «امر» باقی بماند و «نهی» از بین برود، یا این که «نهی» باقی بماند و «امر» کنار برود؛ امر و نهی در آن واحد نمی‌تواند حاکم شود. به همین علت است که برخی اصولیون لفظ «توجه» را به‌جای لفظ «اجتماع» قرار داده‌اند.^۳

مرحوم مظفر که به جواز اجتماع امر و نهی اعتقاد دارد، در جهت اثبات این اعتقاد امور سه‌گانه‌ای را در قالب تحلیلی، مورد اشاره قرار می‌دهد:

۱. متعلق تکلیف (وجوب و حرمت حاصل شده از امر و نهی)، نفس «عنوان» است و نه معنوی. لذا در مثال «ادای نماز در ملک غصبی»، معنوی که همان عمل خارجی و انجام ارکان نماز است، واحد است و بر این معنوی واحد دو عنوان کلی (نماز و غصب) با وجود

۱. مظفر، محمدرضا، منبع پیشین، ص ۳۸۰.

۲. همان منبع، ص ۳۸۰.

۳. همان منبع، ص ۳۸۱.

ذهنی منطبق می‌شود و متعلق تکلیف نیز همین عناوین کلی هستند؛ لذا معنون هیچ‌گاه متعلق تکلیف قرار نمی‌گیرد؛ چراکه معنون نمی‌تواند متعلق شوق واقع شود و تکلیف که همان طلب بعث و زجر است، حالت شوق را دارد؛ به عبارت دیگر، معنون اگر در حالت عدم باشد متعلق شوق واقع نمی‌شود، چراکه مشتاق‌الیه (آنچه که متعلق شوق واقع می‌شود) باید یک نوع تحقق و وجود (مثل وجود فرضی و ذهنی) داشته باشد؛ ایضاً اگر معنون با وجود خارجی حالت وجود پیدا کند، باز هم متعلق شوق واقع نمی‌شود، زیرا تعلق شوق به موجود خارجی تحصیل حاصل است؛ مضافاً این که ذکر شوق از امور نفسانی است و مشتاق‌الیه و متعلق آن باید در افق نفس موجود باشد و «عنوان» به لحاظ این که وجود ذهنی و فرضی دارد، در افق نفس و ذهن موجود است و متعلق شوق قرار می‌گیرد. همان‌طور که علم، خیال، وهم و اراده از امور نفسانی است و متعلق آن‌ها اولاً و با لذات وجود ذهنی و ثانیاً و بالعرض موجود خارجی است.^۱

۲. لازم است توجه شود که عنوان با وجود ذهنی خود متعلق تکلیف قرار نمی‌گیرد؛ زیرا نماز و غصب به صرف وجود ذهنی دارای مصلحت و مفسده نیستند و مصلحت و مفسده اموری است که به معنون بازمی‌گردد؛ لذا نقش عنوان این است که با از دست دادن ویژگی وجود ذهنی خود، به اعتبار اینکه اماره معنون است، متعلق تکلیف قرار گیرد. لذا عنوان، زمانی متعلق تکلیف واقع می‌شود که اولاً، ویژگی وجود ذهنی خود را از دست داده و از آن تخلیه گردد و ثانیاً، پوشش دیگری تحت عنوان «اعتبار» را بر تن می‌کند؛ یعنی به اعتبار اینکه اماره معنون است و فانی در آن می‌شود متعلق تکلیف خواهد بود.^۲

۳. عنوان به اعتبار این که نشان دهنده معنون و فانی در آن است، متعلق تکلیف قرار می‌گیرد، نه به این معناست که تکلیف از عنوان به معنون سرایت می‌کند و معنون متعلق تکلیف می‌شود؛ چنان که برخی گفته‌اند تکلیف به واسطه و از طریق عنوان به معنون سرایت می‌کند و به آن تعلق می‌گیرد. همان‌طور که پیشتر بیان شد معنون هیچ‌گاه متعلق تکلیف قرار نمی‌گیرد (عقلاً غیرمقدور است)؛ حال واسطه شدن عنوان، تغییری در ماجرا ایجاد نمی‌کند تا محال بودن چنین تعلق از بین برود؛ بلکه مقصود آن است که عنوان به لحاظ

۱. همان منبع، صص ۳۹۱ و ۳۹۲.

۲. همان منبع، ص ۳۹۲.

انعکاس معنون و به اعتبار فنا برای آن، متعلق تکلیف واقع می‌شود و لذا نقش تعلق عنوان به تکلیف را همین انعکاس و فنا، ایفا می‌نماید؛ لذا انعکاس و فنا صرفاً در تعلق عنوان به تکلیف ایفای نقش می‌نماید و نقشی فراتر (مثل تعلق معنون به تکلیف) نخواهد داشت.^۱

بنابراین مشخص می‌گردد که اجتماع امر و نهی با مانع و محذور عقلی مواجه نخواهد شد؛ چراکه متعلق امر و نهی دو عنوان علی‌حده است (نماز به امر و وجوب تعلق دارد و غصب به نهی و حرمت) که در معنون واحد (عمل خارجی) جمع شده است؛ لذا مکلف با انجام عمل خارجی، از یک سو ممثل و مطیع است و از سوی دیگر عاصی و گناهکار.

درحالی‌که اگر متعلق امر و نهی همان عمل خارجی (معنون) باشد، اجتماع ضدین لازم می‌آید که مانع عقلی داشت. ضمناً نظر بر اینکه عنوان متعلق تکلیف است (و نه معنون) این قضیه که «تعدد عنوان موجب تعدد معنون می‌شود یا خیر» دیگر در مانحن‌فیه نقشی ندارد و باز هم مانع و محذور عقلی نخواهد داشت.

۱.۲. دیدگاه «امتناع» اجتماع امر و نهی

برخی اصولیون، چون مرحوم محمدباقر صدر، صراحتاً با اتخاذ عنوان «امتناع اجتماع امر و نهی» در کتاب «دروس» تابع نظریه اخیرالذکر شده و تحلیل خود را این‌چنین پیش برده‌اند: بدون تردید میان احکام تکلیفی واقعی تنافی وجود دارد؛ چراکه حکم مجرد اعتبار نیست، بلکه ناشی از مصالح و مفاسد است؛ لذا مبادی احکام متنافی است، اما این تنافی زمانی تحقق می‌یابد که متعلق حکم، واحد باشد؛ مثلاً وجوب نماز با حرمت آن منافات دارد ولیکن با حرمت نگاه به نامحرم حتی در یک زمان در کنار یکدیگر واقع شود منافات ندارد؛ چراکه اقامه نماز و نظر کردن دو چیز متغایر است (اجتماع موردی و غیرحقیقی). لذا محذور نیست که یکی از آن دو حرام و دیگری واجب باشد؛ مثل دو عمل روزه‌داری و غیبت کردن.^۲

غیر از مورد مذکور، دو حالت دیگر نیز قابل طرح است:

حالت اول مربوط به موردی است که وجوب به‌طور کلی و بدلی به صرف‌الوجود و نهی به مصادیقی از مصادیق کلی تعلق پذیرد؛ مثل «صلّ» و «لا تصلّ فی الحمام»؛ در این حالت

۱. همان منبع، ص ۳۹۳.

۲. صدر، محمدباقر، منبع پیشین، ص ۳۴۵.

می‌گویند که به‌لحاظ وحدت ذاتی کلی و مصداق، متعلق واحد است ولیکن در حقیقت به‌لحاظ تنایری که دارند، از باب اطلاق و تقيید مشکل تنافی حل می‌گردد و محذوری نخواهد بود. اما اگر بگوییم که وجوب به مصادیق کلی بازگشت دارد، آنگاه اقامه نماز در حمام هم متعلق حکم واجب قرار می‌گیرد و در این صورت اگر حرمت نیز به این مصداق تعلق یابد، اجتماع امر و نهی بر یک متعلق لازم می‌آید که این امر محال است و باید قائل به امتناع آن شد. اگر بازگشت وجوب به مصادیق کلی را منکر شویم، اما مصداقی را که مکلف در مقام امتثال آن است، از حیث وجوب کلی یا مبادی وجوب واجد محبوبیت شارع بدانیم، باز هم حرمت نمی‌تواند به مصداق تعلق یابد؛ زیرا در حالتی که مصداق کلی در خارج واقع می‌شود، لازم می‌آید که مصداق در آن واحد محبوب و مغبوض باشد و این امر محال است بازهم باید قائل به امتناع شد. اما اگر بگوییم که وجوب، وجوب واحد است و به مصادیق سرایت نمی‌کند و مصداق خارجی نه متعلق وجوب است و نه متعلق مبادی وجوب، در این صورت محذوری نیست که «امر» به کلی تعلق پذیرد و نهی به مصداقی از آن. بنابراین هر مصداقی که مکلف اختیار کند، حتی مصداق مورد نهی، مطیع و ممتثل به حساب می‌آید و مستحق پاداش است و درعین حال در صورت ترک آن به‌لحاظ نهی، گناهکار و مستحق عقاب است.^۱

حالت دوم مربوط به موردی است که نهی به‌عنوان دیگری تعلق پذیرد، نه به مصداقی از عنوان متعلق امر؛ مثل «صلّ» و «لا تعصب»؛ یعنی برای «ادای نماز در ملک غصبی» یک امر وارد گردد و یک نهی؛ سؤال آن است که در این حالت تغایر دو عنوان برای سازش میان امر (به نماز) و نهی (از غصب) امکان جمع کافی نیست؟ گاه بیان می‌شود که تغایر دو عنوان کافی است، زیرا احکام به عناوین تعلق می‌گیرند، نه به اشیای خارجی به‌طور مستقیم و به حسب عناوین، متعلق امر (نماز) با متعلق نهی (غصب) مغایر است و اما شیء خارجی (افعال فیزیکی مکلف) که هر دو عنوان بر آن صادق است، اگرچه واحد است، ولیکن احکام مستقیماً و بدون واسطه به آن تعلق نمی‌پذیرد (بلکه به‌واسطه عنوان خاصی که دارد، متعلق حکم قرار می‌گیرد). پس در اجتماع امر و نهی در شیء خارجی واحد، توسط دو عنوان مختلف هیچ محذوری نیست؛ اما در اینجا شخصی ممکن است بگوید که تعدد عنوان، کاشف از تعدد شیء خارجی است؛ پس همان‌طور که

۱. مظفر، محمدرضا، منبع پیشین، صص ۳۴۵ و ۳۴۶.

غصب به لحاظ عنوان غیر از نماز است، به لحاظ مصداق نیز غیر از آن است؛ هرچند این دو به ظاهر یکی‌اند ولیکن دو شیء جدا می‌باشند که یکی مورد امر است و دیگری مورد نهی؛ مانند ادای نماز و نگاه به نامحرم. اگر این مبنا صحیح باشد، جواز اجتماع امر و نهی نیز اثبات خواهد شد؛ درحالی‌که اثبات آن صحیح نیست؛ زیرا احکام به عناوین تعلق می‌گیرند از آن جهت که آیینۀ خارج‌اند، نه از آن جهت که مفاهیم مستقل در ذهن ما هستند. پس برای آنکه تنافی میان امر و نهی برطرف شود، باید خارج متعدد شود و نمی‌توان بر تعدد خارج از طریق تعدد عنوان، استدلال نمود؛ زیرا عناوین متعدد گاه از چیزی که در خارج واحد است انتزاع می‌شود و می‌توان گفت تعدد عنوان موجب تعدد معنوی نمی‌شود. بنابراین اجتماع امر و نهی ممتنع است و با این امتناع، تعارض میان دو دلیل امر و نهی واقع می‌شود که باید حل گردد. درحالی‌که اگر یکی از دو تحلیل سابق‌الذکر را بپذیریم، محذوری جهت پذیرش اطلاق دو دلیل و اجتماع امر و نهی نخواهیم داشت.^۱

لذا ملاحظه گردید که مرحوم صدر با رد هر دو تحلیلی که مرحوم مظفر به عنوان مدرک جواز اجتماع امر و نهی قید کرده است، قائل به امتناع چنین اجتماعی است.

۱.۳. دیدگاه مختار

نگارندگان در پاسخ به امکان اجتماع امر و نهی در شیء واحد قائل به نظری متفاوت هستند؛ اگر در خصوص جواز یا امکان عقلی اجتماع امر و نهی چنین سؤالی مطرح شود باید این گونه پاسخ داد که در عالم خارج چنین اجتماعی ممکن نیست؛ مثلاً امکان ندارد که یک شیء هم صندلی باشد و هم میز. ولیکن در عالم اعتبار پاسخ به امکان چنین اجتماعی مثبت است. از آن جا که بحث ما در حوزه مسائل شرعی است و مسائل شرعی نیز از اعتباریات هستند و بر اعتباریات، حیثیت‌های مختلفی در آن واحد بار می‌شود، لذا امکان اجتماع امر و نهی در عالم اعتبار و به تبع آن در حوزه مسائل شرعی وجود دارد؛ به عبارت دیگر فرق است میان رابطه «کلی با مصادیق آن» و رابطه «عناوین با معنونات» (تفاوتی که مرحوم صدر به آن توجه نکرده و از معنونات تحت نام مصادیق و اشیای خارجی یاد کرده است). رابطه کلی با مصادیقش مثل رابطه مفهوم انسان با علی، حسن، حسین و... «ذاتی» است و مصادیق انسان، ماهیتاً مفهوم انسان را در عالم خارج

۱. همان منبع، صص ۳۴۷ و ۳۴۸.

نمایندگی می‌کنند ولیکن رابطه عناوین با معنونات، رابطه «محل صدق» است؛ یعنی با توجه به مؤلفه‌های یک عنوان باید در پی معنونات آن بود؛ اگر معنونی تمام مؤلفه‌های یک عنوان را داشته باشد محل صدق عنوان مذکور خواهد بود والا فلا. برای مثال، اگر قراردادی تمام شرایط عقد معین بیع را داشته باشد به عنوان معنون آن بیع شناخته می‌شود. حال که رابطه میان عنوان و معنون، از نوع «محل صدق» است، این امکان وجود دارد که یک معنون در آن واحد، به لحاظ دارا بودن مؤلفه‌های چند عنوان مشمول همه آن عناوین قرار بگیرد و از آن‌روی که احکام به عناوین تعلق می‌گیرند، در آن واحد چند حکم متفاوت بر آن بار گردد؛ برای مثال ممکن است قراردادی در آن واحد، هم شرایط بیع را داشته باشد و هم شرایط ربا را و در آن واحد دو حکم متفاوت حلیت و حرمت بر آن بار گردد. ماحصل کلام آن است که در مسائل شرعی نیز امکان دارد، یک معنون در آن واحد مشمول عناوینی قرار گیرد که بر یکی از عناوین مزبور حکم امر و بر دیگری حکم نهی وارد شده باشد.^۱ بنابراین عقلاً امکان اجتماع امر و نهی در مکلف به واحد، در عالم اعتبار و مسائل شرعی وجود دارد.

۲. امکان‌سنجی اجتماع امر و نهی در حوزه قراردادها

از جمله مباحثی که حقوق قراردادها حول آن ارائه مطلب می‌نماید، بحث «اصول و قواعد حاکم بر قراردادها» است؛ یعنی آن دسته از کلیاتی که اولاً، غالب قراردادها-اگر نگوئیم همه

۱. محقق نائینی معتقد است در مورد عموم و خصوص من وجه که در شیئی واحد اجتماع دارند، تعدد عنوان باید موجب تعدد معنون شود والا (در فرض وحدت معنون) عامین من وجه، از عامین من وجه بودن خارج می‌شود؛ لذا جهت جلوگیری از این محذور تعدد عنوان لزوماً و همیشه موجب تعدد معنون خواهد شد. محقق نائینی پیرو استدلالی که در وجه افتراق اجتماع امر و نهی در ابواب تعارض به آن اشاره شد، تحلیل می‌نماید که اگر حیثیت و عنوان یک چیز، «تقییدی» باشد، در این حالت ترکیب انضمامی بوده و معنون متعدد خواهد شد؛ لذا امر واجب یک چیز است و امر حرام چیز دیگری است. اما اگر حیثیت و عنوان چیزی «تعلیلی» باشد، در این صورت تعدد عنوان موجب تعدد معنون نمی‌شود و امور واجب و حرام در یک چیز اجتماع می‌یابند؛ در این حال مورد از موارد باب تعارض است؛ مثلاً به شخص واحد، دو عنوان «عالم» و «عادل»، صادق است. در این حالت صدق عناوین علم و عدالت، دو مبدأ جداگانه دارند و ترکیب آنها اتحادی است و حیثیت آنها نیز تعلیلی است. در حالی که در مثال نماز و غضب، دو عنوان در یک چیز که ارکان مخصوص نماز است، جمع شده‌اند و حیثیت هر کدام نیز تقییدی است؛ در این صورت اتحاد هر دو انضمامی است و تعدد عنوان موجب تعدد معنون می‌گردد (غروی نائینی، محمدحسین، **فوائد الاصول**، ج ۴، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ق، صص ۴۰۷-۴۱۸).

قراردادها- معمولاً از آن تبعیت می‌کنند و ثانیاً، به‌عنوان یک مبحث مقدم بر سایر مباحث راجع به آثار قرارداد، مورد مطالعه قرار می‌گیرد. لذا در حوزه حقوق قراردادها، اصول و قواعدی حاکم بر قرارداد وجود دارد که لازمه تنظیم و سازمان‌دهی آن‌هاست و از حیثیت ترتیب نیز مقدم بر مبحث آثار است؛ از جمله اصول و قواعد حاکم بر قراردادها، می‌توان به «اصل صحت»، «اصل تبعیت عقد از قصد»، «اصل تبعیت شرط از عقد»، «اصل لزوم» و... اشاره نمود.

از میان اصول و قواعد مذکور، آنچه مرتبط با مبحث اجتماع امر و نهی حقوقی راجع به قراردادهاست «اصل لزوم» است؛ فی‌الواقع، اصل لزوم قراردادها به‌نوعی «امر»ی است که در اصول فقه نقش الزام‌آور و «باید» را ایفا می‌کند و از میان احکام خمسسه تکلیفیه موجد وجوب است، در معاملات نیز نقشی مشابه را ایفا می‌کند، ولیکن از آن جهت که حوزه معاملات، محل جریان احکام تکلیفی نیست، حکمی مشابه وجوب از لحاظ مفاد، در قالب «لزوم» را پدید می‌آورد که ذیل «اصاله‌اللزوم» مورد تحلیل و تنقیح قرار می‌گیرد. لذا در این بند، جهت بررسی شق اول اجتماع امر و نهی حقوقی در قراردادها (یعنی امر) تبیین می‌نماییم که اولاً، مفاد اصل لزوم به‌عنوان یکی از اصول حاکم بر قراردادها چیست؟ و ثانیاً، مبانی اصل لزوم در فقه و حقوق چه است که سبب تثبیت اصل مزبور در عرض سایر اصول حاکم بر قراردادها شده است؟

البته درباره حاکمیت اصل لزوم نظرات متفاوتی ارائه‌شده، مشهور حقوق‌دانان^۱ و فقها^۲ این اصل را معتبر و از پایه‌های استنباط احکام دانسته‌اند؛ هرچند در مقابل برخی حاکمیت چنین اصلی را مورد مناقشه و اصل را بر عدم لزوم دانسته‌اند.^۳

همه نظام‌های حقوقی متفق‌القول‌اند که اصولاً هر قراردادی که منعقد می‌شود باید اجرا شود (اصل لزوم وفای به عهد)^۴ و هیچ‌یک از طرفین قرارداد نمی‌توانند از زیر بار تعهدات ناشی از آن

۱. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، چ ۱۰، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۳، صص ۲۱۷ به بعد؛ صفایی، سید حسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، چ ۳۵، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۰، صص ۱۷۴ به بعد.

۲. انصاری (شیخ)، مرتضی، **کتاب‌المکاسب**، ج ۵، چ ۱۰، قم: مجمع‌الفکر اسلامی، ۱۴۳۰ق، صص ۱۸ به بعد.

۳. نراقی، ملااحمد بن محمد، **عوائد الایام من مهمات ادله الاحکام**، چ ۱، قم: مرکز نشر وابسته به مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۷ق، ص ۸.

۴. ماده ۲۶ کنوانسیون حقوق معاهدات وین ۱۹۶۹ در رابطه با معاهدات میان دولت‌ها به این اصل اشاره دارد، پیش از این کنواسیون مفاد این اصل در موارد ذیل مورد توجه قرار گرفته بود: اعلامیه حقوق و تکالیف ملل (پیشنهاد شده به سال ۱۹۲۱ میلادی توسط مؤسسه حقوق بین الملل)، معاهده لوکارنو (مصوب ۱۶ اکتبر ۱۹۲۵ میلادی)،

شانه خالی کنند و به هر دلیل آن را اجرا ننمایند، مگر در موارد استثنایی. اصل لزوم ناشی از همین ایده و طرز تفکر، در مرحله اجرای قرارداد حاکم است و تضمین‌کننده اجرای تعهدات قراردادی توسط طرفین است. در همین راستا ماده ۲۱۹ قانون مدنی، به‌عنوان مبنای قانونی اصل مذکور در نظام حقوقی ایران اشعار می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع می‌شود بین متعاملین و قائم‌مقام قانونی آنها لازم‌الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به‌علت قانونی فسخ شود».

حقوق‌دانان از ماده مذکور تفسیر و برداشت واحدی ندارند و دچار اختلاف عقیده‌اند.

نظریه اول: لزوم وصف قرارداد

طرف‌داران این نظریه معتقدند که ادله فقهی و منابع حقوقی اصل لزوم و به‌طور خاص ماده ۲۱۹ قانون مدنی، بیانگر این مطلب است که اصل بر لزوم و غیرقابل انحلال بودن قرارداد توسط یکی از طرفین است مگر این که با توافق طرفین نسبت به اقاله آن اقدام گردد، یا این که تصریح به عدم لزوم (جواز) آن شده باشد؛^۱ ضمناً حجر و فوت یکی از طرفین نیز بر قراردادی که واجد وصف لزوم است، فاقد تأثیر است. طرف‌داران این نظریه علاوه بر استنباط خود از ادله فقهی و منابع حقوقی مربوطه، به قسمت اخیر ماده ۲۱۹ قانون مدنی (مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به‌علت قانونی فسخ شود) اشاره می‌نمایند.

نظریه دوم: لازم‌الاتباع بودن مفاد و آثار قرارداد

طرف‌داران این نظریه بر این باورند که ادله فقهی و منابع حقوقی اصل لزوم و به‌طور خاص ماده ۲۱۹ قانون مدنی، بیانگر این مطلب است که صرف‌نظر از وصف لزوم یا جواز، مادام که

کنوانسیون هاوانا (درخصوص معاهدات مصوب ۲۰ فوریه ۱۹۲۸)، کنوانسیون هاروارد (درخصوص معاهدات ← مصوب ۱۹۳۵ میلادی)؛ برای نمونه ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی فرانسه پس از اصلاحات سال ۲۰۱۶ میلادی و ماده ۲۴۱ از قانون مدنی آلمان (لازم‌الاجرا از ابتدای سال ۲۰۰۲ میلادی) نیز به اصل مذکور اشاره می‌نمایند.

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۱، چ ۴۱، تهران: اسلامیه، ۱۴۰۳، ص ۲۸۰؛ کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، صص ۲۱۷ به بعد؛ صفایی، سید حسین، منبع پیشین، صص ۱۷۳ و ۱۷۴. همچنین ر ک: حیاتی، عباسعلی، **حقوق مدنی (۳): قواعد عمومی قراردادها**، چ ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶ صص ۵۶ به بعد؛ آهنگران، محمد رسول، «واکاوی اصل لزوم در قراردادها به منظور ارزیابی چارچوب شرعی ماده ۲۱۹ قانون مدنی»، *دو فصلنامه علمی-پژوهشی پژوهشنامه حقوق اسلامی*، ش ۴۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۷.

قرارداد باقی است و به طریقی از طرق قانونی منحل نشده است، لازم‌الوفا و لازم‌الاتباع است؛^۱ بر اساس این نظریه، طرفین عقد جایز، به آثار آن عقد متعهد و ملتزم‌اند و نمی‌توانند به بهانه جایز بودن، از زیر بار تعهدات آن شانه خالی کنند، مگر اینکه از اساس قرارداد مزبور را فسخ و از آن رجوع نمایند که در این حالت دیگر قراردادی باقی نمی‌ماند که متعهد به آثار آن باشند. طرف‌داران این نظریه، علاوه بر استدلال حول ادله فقهی و منابع حقوقی اصل لزوم، به قسمت اول ماده ۲۱۹ قانون مدنی (عقودی که بر طبق قانون واقع شده بین طرفین و قائم مقام قانونی آنها لازم‌الاتباع است) نیز اشاره می‌نمایند.

لذا همان‌طور که از نظر گذشت در برداشت از ماده ۲۱۹ قانون مدنی و مبانی اصل لزوم میان علما اختلاف نظر است.^۲ هریک نیز استدلال و تفسیر خاص خود را در این خصوص ارائه می‌دهند که انصافاً خالی از وجه نیست. لذا نگارندگان از پرداختن به اختلاف‌نظرهای موجود و ترجیح یک نظریه بر نظریه دیگر خودداری می‌کند و با اعلام موضع نسبت به پذیرش هر دو نظریه و امکان جمع آنها با یکدیگر به استناد قاعده اصولی «الجمع مه ما امکن اولی من الطرح» و أيضاً عدم تنافی میان آنها در حوزه حقوق قراردادها و حمایت عقل و عقلاً از هر دو نظریه مذکور، تمرکز خود را بر نظریه دوم در ارتباط با بحث حاضر می‌نهد.^۳ و^۴ یعنی «باید» (معادل امر اصولی) به

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت**، ج ۱، چ ۲، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۱، ص ۲۱۸؛ قمی (محقق)، میرزا ابوالقاسم، **جامع الشتات**، ج ۲، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱، ص ۴۱.
 ۲. البته نظریه دیگری نیز در کتب فقهی و حقوقی در برداشت از اصل مذکور ارائه شده است که مؤدای آن «وفا به وصف عقد آنچنان که هست» است؛ یعنی در عقد جایز وفا به جواز، در عقد لازم وفا به لزوم باید انجام گیرد؛ پیروان این نظریه معتقدند آیه مبارکه «أوفوا بالعقود» وفای به عموم عقد را صرف نظر از وصف آن لازم دانسته است؛ لذا باید به جواز و لزوم، بای نحو ما کان وفا نمود. (انصاری (شیخ)، مرتضی، منبع پیشین، ص ۲۳).
 ۳. حقیقت آن است که مفاد نظریات اول و دوم چنان درهم‌تنیده که امکان گزینش یکی و کنار نهادن دیگری وجود ندارد؛ از سوی دیگر زمانی که امکان برداشت هر دو تفسیر از ادله و منابع اصل لزوم و ماده ۲۱۹ قانون مدنی وجود دارد و حقوق قراردادها نیز به هر دو تفسیر نیازمند است، دلیلی ندارد که خود را مقید به انتخاب یکی از آن دو نماییم.
 ۴. هرچند عده‌ای ایراد گرفته‌اند که از ماده ۲۱۹ قانون مدنی و ادله فقهی مبنای اصل لزوم، عبارت «مادام که عقد باقی است» برداشت نمی‌شود و چنین عبارتی اساساً وجود ندارد، ولیکن ایراد مذکور، موجه به نظر نمی‌رسد؛ چراکه اولاً، این عبارت در تقدیر مقرر ماده ۲۱۹ قانون مدنی و ادله فقهی است و گرچه بدان تصریح نشده، اما عقل به وجود آن حکم می‌کند؛ ثانیاً، جهت استنباط یک معنا همواره لازم نیست الفاظ مدنظر به صراحت در عبارت قید شده باشد و گاهی مدلول التزامی جهت این امر به مدد می‌آید؛ لذا ایراد مزبور بر پایه تفسیر لفظی چندان که باید واجد مبنا نیست و کمی سخت‌گیرانه است (شهیدی، مهدی، **اصول قراردادها و تعهدات**، ج ۱۱، تهران: مجد، ۱۴۰۳، صص ۲۶۹ و ۲۷۰).

مفاد قرارداد منعقدۀ صرف‌نظر از وصف آن تا زمان بقای عقد، پایبند بود. اما ادله فقهی و منابع حقوقی که منجر به تأسیس و تثبیت چنین اصلی (با تأویل بر نظریه دوم) در حوزه حقوق قراردادهای شده است، کدام است؟

با عنایت به اینکه غالب فقها از اصل لزوم، معنای اول را برداشت نموده‌اند، ادله فقهی آن را نیز به‌گونه‌ای تحلیل کرده‌اند که در راستای همان معنا ارائه گردد. از آن جهت که نگارندگان تمرکز خود را بر نظریه دوم (بدون رد نظریه اول) نهاده و اساساً در اجتماع امر و نهی حقوقی در قراردادهای، نظریه وفا به مدلول قرارداد، «امر» حقوقی را متبلور می‌نماید، جهت ارائه ادله فقهی در راستای نظریه مذکور تلاش می‌نماید.

اولین دلیل فقهی قابل ارائه که در زمره ادله نقلی است آیه ۱ سوره مائده (أوفوا بالعقود) است. هرچند عده‌ای از فقها^۱ با تفسیر آیه شریفه، نظریه لزوم وصف قرارداد را استنباط می‌نمایند، ولیکن قدر متیقن آن است که از آیه مذکور، در وهله اول، لازم‌التبایع بودن مفاد قرارداد قابل تحصیل است (کما این که فقها نیز از رهگذر لازم‌التبایع بودن به لزوم وصف می‌رسند)؛ توضیح آن که «أوفوا» به‌عنوان صیغه امر ظهور در وجوب دارد و اصالة‌الظهور نیز در زمره اصول لفظیه واجد حجت است؛ «العقود» نیز همراه با «الف» و «لام» آمده و در ادبیات عرب افاده عموم می‌کند، لذا «العقود» عام است.^۲ به‌موجب اصالة‌العموم، شامل تمام اقسام قرارداد می‌گردد، مادام که قراردادی به تصریح از ذیل آن خارج گردد. بنابراین بر پایه دو قسم از اصول لفظیه که فی‌نفسه واجد حجیت‌اند می‌توان بیان داشت که برداشت اولیه از عبارت مذکور آن است که اگر قراردادی منعقد شود و امکان اطلاق عنوان «قرارداد» به‌لحاظ جمع بودن شرایط صحت بر آن وجود داشته باشد، وفای به آن واجب است و تعهدات ناشی از آن باید ایفا گردد؛ با توجه به این که وجوب، یک حکم تکلیفی است و در حوزه معاملات جایگاهی ندارد، به تناسب ماهیت این حوزه به حکم وضعی لزوم تبدیل می‌گردد و نهایتاً «نظریه لزوم وفا به عقد» متولد می‌شود. بنابراین

۱. برای مشاهده مبانی اصل لزوم و اختلاف نظرها در تفسیر این آیه شریفه، رک: انصاری (شیخ)، مرتضی، منبع پیشین، صص ۱۷-۲۳؛ نراقی، ملا احمد بن محمد، منبع پیشین، صص ۱۸۳ به بعد؛ بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ج ۵، قم: نشر الهادی، ۱۳۹۵ق، صص ۱۶۳ به بعد؛ غروی نائینی، محمد حسین و موسی خونساری، منیه الطالب (الحاشیه علی المکاسب)، تهران: چاپ سنگی، چاپخانه حیدری، صص ۵۹ به بعد.

۲. طباطبائی، سید محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۵، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۷ق، صص ۱۶۰ و ۱۶۱.

می‌توان استنباط نمود که وفا به مدلول هر قراردادی، اعم از لازم و جایز، مادام که باقی و پابرجاست، لازم است و این نکته یک «امر» و «باید»ی است که از قرارداد ناشی می‌شود؛ اگر اندکی توجه نماییم نکته مزبور چیزی جز مفاد نظریه دوم را بیان نمی‌کند.^۱

از ادله نقلی که بگذریم، بنای عقلا یکی دیگر از ادله فقهی است. حقیقت آن است که خردمندان جامعه بر این باورند هنگامی که دو یا چند شخص برای رفع نیازها یا رسیدن به مقاصد خود، اقدام به انعقاد قرارداد می‌نمایند، تمامیت تأثیر اراده ایشان بر این امر است که مفاد و تعهدات ناشی از آن (اعم از مقتضای ذات و اطلاق) را اجرا نمایند تا به نیاز و مقصود خود دست یابند؛ والا هدف غایی ایشان از انعقاد قرارداد تأمین نمی‌شود و اساساً اقدام ایشان در قالب تشکیل صرف قرارداد در عالم انتزاع بیهوده خواهد بود. تا جایی که اگر یکی از آنها پس از انعقاد قرارداد از این اقدام پشیمان شود، نمی‌تواند بدون دلیل و بهانه موجه از اجرای تعهدات سرباز زند و باید بکوشد که با توسل به طریقی قانونی (مثل اعمال اختیارات در عقود لازم یا رجوع در عقود جایز) به انحلال قرارداد و سپس انتفای مقوله اجرای تعهدات بیندیشد.

با عنایت به اینکه در اصول فقه مصطلح است شارع رئیس عقلا است، پس اصل لزوم به معنای لازم‌الاتباع بودن مفاد قرارداد، در زمره نظریات و نهادهای مورد حمایت شرع است.^۲ اما حقوق دانان نیز در تثبیت اصل لزوم در معنای لزوم وصف قرارداد بسیار بحث کرده‌اند؛ در مانحن فیه به لحاظ تمرکز بر معنای دوم اصل لزوم سعی در ارائه مبانی حقوقی مرتبط با آن معنا خواهیم داشت.

مبانی حقوقی قابل ارائه به دو دسته مبانی قانونی و تحلیلی تقسیم می‌گردد؛ مبانی قانونی لزوم وفا به مدلول قرارداد همان ماده ۲۱۹ قانون مدنی است؛ همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، قسمت اول مقرر مذکور به صراحت از لازم‌الاتباع بودن قراردادهای منعقد میان طرفین و قائم

۱. شاید بتوان ادعا کرد که آیه شریفه «أوفوا بالعقود» پیش از آنکه بر نظریه لزوم وصف عقد دلالت نماید، دال بر نظریه لزوم وفا به عقد است. تا جایی که از رهگذر نظریه لزوم وفا به عقد است که فقها نظریه لزوم وصف را تثبیت می‌نمایند.

۲. طرفداران نظریه اول (لزوم وصف عقد) نیز از بنای عقلا جهت اثبات نظریه منتخب خود استفاده می‌کنند. حتی عده‌ای از فقها مثل شیخ انصاری پس از طرح کلیه ادله نقلی و طرح ایراد بر آنها بنای عقلا را به لحاظ حمایت از اصل استحکام معاملات در جامعه، به عنوان قوی‌ترین دلیل فقهی برای اصل لزوم در معنای لزوم وصف قرارداد، مطرح می‌نماید (انصاری (شیخ)، مرتضی، منبع پیشین، ص ۲۴).

مقام آن‌ها بحث می‌کند؛ لذا بنابر عبارت مضبوط در ماده، چنانچه قراردادی میان طرفین به‌نحو قانونی با لحاظ جمیع شرایط صحت منعقد شود، صرف‌نظر از آنکه لازم باشد یا جایز، تا زمان بقا، لازم‌الوفاست و طرفین به اجرای تعهدات ناشی از آن متعهدند. لذا به‌لحاظ اطلاق قسمت اول ماده، کلیه عقود مشمول اصل لزوم وفا به مدلول خواهند بود و این یک «امر» و «باید» است. ممکن است عده‌ای ایراد نمایند که در متن ماده قید «تا زمان بقا» نیامده است و با لحاظ قسمت دوم آن در امر تفسیر، مقصود عبارت همان لزوم وصف عقد است. ولیکن ایراد مذکور موجه به نظر نمی‌رسد؛ چراکه اولاً، این عبارت در تقدیر مقرر ماده ۲۱۹ قانون مدنی و ادله فقهی است و گرچه بدان تصریح نشده، اما عقل به وجود آن حکم می‌کند؛ ثانیاً، جهت استنباط یک معنا همواره لازم نیست الفاظ مدنظر به‌صراحت در عبارت قید شده باشد و گاهی مدلول التزامی جهت این امر به مدد می‌آید؛ لذا ایراد مزبور بر پایه تفسیر لفظی چندان که باید واجد مبنا نیست و کمی سخت‌گیرانه است. ضمناً وجود توأم هر دو معنا در متن ماده، ممکن است و نفی یکدیگر را مقتضی نیست.

ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی سابق فرانسه مصوب ۱۸۰۴ اقتباس گردیده است که در آخرین اصلاحات و تغییرات در سال ۲۰۱۶ میلادی، ماده مذکور خود در دو ماده ۱۱۰۳ و ۱۱۰۴ نمود یافته و به‌گونه‌ای اصل لزوم در ماده ۱۱۰۳ و اصل حسن نیت در ماده ۱۱۰۴ مورد اشاره قرار گرفته است؛ ترجمه ماده ۱۱۰۳ قانون جدید، که تقریباً تکرار عینی صدر ماده ۱۱۳۴ قدیم است، چنین است: «قرارداد نمی‌تواند منحل شود، مگر با رضایت مشترک یا به عللی که قانون اجازه داده است». تا اینجا مشخص است که ماده ۱۱۳۴ معادل قسمت دوم ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران است. اما حقیقت آن است که نویسندگان قانون مدنی ایران هنگام نگارش ماده ۲۱۹، نیم‌نگاهی به مبانی فقهی و بند سوم ماده ۱۱۳۴ نیز داشته‌اند؛ توضیح آنکه اصل لزوم در فقه و توسط فقها در هر دو معنای مورد بحث به کار رفته است و نویسندگان قانون مدنی نیز تلاش داشتند هر دو نظر را تأمین نمایند. ازسوی دیگر، بند سوم ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه «اجرای قرارداد با حسن نیت» را امری ضروری و اساساً یک اصل دانسته است که قدر متیقن از آن، نظریه لزوم وفا به مدلول قرارداد نیز قابل استنباط است (و معانی بیشتری نیز قابل اصطیاد است که در مانحن‌فیه محل بحث نیست). بنابراین سابقه نگارش و ریشه‌یابی ماده

۲۱۹ قانون مدنی نیز مهر تأییدی بر امکان استنباط معنای لزوم‌وفا به مدلول عقد از آن، خواهد زد.

مبنای تحلیلی: هنگام بررسی یک قرارداد، همواره سعی می‌شود دو مورد از یکدیگر تفکیک گردد؛ مورد اول، وصف قرارداد است که بنا بر نص قانون، لازم یا جایز است و مورد دوم، تعهدات و اقتضات ناشی از قرارداد است که با توافق طرفین و به حکم عرف و قانون مشخص می‌گردد. این دو مورد در تحلیل یک قرارداد کاملاً از هم متمایزند و تأثیری بر یکدیگر ندارند. لذا زمانی که یک حقوق‌دان می‌خواهد وصف قرارداد را بسنجد و تعهدات ناشی از آن را مشخص نماید، این دو را با یکدیگر خلط نمی‌کند. لذا طبیعی است پس از شناسایی وصف قرارداد، صرف‌نظر از لزوم یا جواز آن، تصریح نماید که تعهدات قراردادی برای طرفین لازم‌الاجراست. در لازم‌الاتباع بودن تعهدات مذکور نیز، وصف لزوم و جواز هیچ تأثیری ندارد. بنابراین طرفین قرارداد اگر می‌خواهند تعهدات را اجرا نمایند باید خلاف اصل لزوم وفا به مدلول قرارداد، ابتدا علت (قرارداد) را به طریقی قانونی از بین ببرند. والا مادام که قرارداد (لازم یا جایز) پابرجاست، عمل به مفاد و تعهدات آن نیز الزامی خواهد بود.

لذا مشخص گردید که اصل لزوم در معنای دوم واجد مبانی فقهی و حقوقی است. اصل مذکور، چنانچه پیش‌تر بیان گردید، ایفاکننده نقش «امر» در قراردادهاست. یعنی بیان می‌کند که طرفین «باید» تعهدات ناشی از قرارداد منعقد را مادام که اصل قرارداد باقی است، ایفا نمایند. لذا قسمت اول اجتماع امر و نهی حقوقی در حوزه قراردادها مشخص گردید.

اما گاه ممکن است «نهی» (نباید) قانونی به قراردادی برخورد نماید و مانعی در راه آن ایجاد کند. لذا باید بررسی نمود که اولاً، نهی وارده بر قرارداد دلالت بر چه چیزی می‌کند و چه ضمانت اجرایی را به بار می‌آورد و ثانیاً، در کدام موارد ممکن است با امر ناشی از اصل لزوم، اجتماع نماید؟ در اصول فقه، مشهور است که می‌گویند چنانچه نهی بر عبادات تقریبی وارد شود و هریک از آن عبادات توسط مکلف انجام گیرد، ضمانت اجرای آن بطلان و فساد عبادات است اما نهی وارد شده بر عبادات غیرتقریبی از نظر اصولیون، موجب بطلان نیست، مگر آنکه نهی بیانگر شرطی از شرایط صحت باشد که در این صورت به لحاظ انتفای شرط صحت عبادت (مشروط) باطل خواهد بود؛ مثلاً در عبارت «با آب غصبی لباس نشوید»، نهی موجب بطلان نیست، ولیکن در عبارت

«لباس نجس را در آب قلیل نشوید»، از آن جهت که آب، شرط تطهیر است، نهی موجب بطلان نمی‌گردد.^۱

اما ذیل مبحث نواهی در کتب اصول فقه در خصوص نهی وارد شده بر اعمال حقوقی و به‌طور خاص قراردادهای نیز بحث شده است؛ خلاصه کلام اصولیون عبارت است از این که اگر نهی شارع بر ارکان یک قرارداد وارد شود، اقدام جهت انعقاد آن قرارداد منتج به تحقق آن در عالم اعتبار نشده، فلذا قرارداد مذکور باطل است. لذا نهی وارد شده بر ارکان قرارداد موجب بطلان آن است. اما اگر نهی شارع بر غیر رکن در یک قرارداد وارد شود، عده‌ای همچنان به بطلان قائل‌اند و عده‌ای دیگر معتقدند قرارداد منعقد به نحو صحت تحقق می‌یابد؛ اما طرفین آن مرتکب معصیت الهی شده‌اند و با ضمانت اجرای اخروی روبه‌رو خواهند شد. عده‌ای دیگر از علما تقسیم دیگری را در خصوص نهی بر غیر رکن در قراردادهای ارائه نموده‌اند؛ ایشان معتقدند چنانچه نهی شارع بر سبب و مقتضی (نفس قرارداد) وارد شود، موجب بطلان نیست، ولیکن اگر نهی مذکور بر مسبب و مقتضا وارد شود، موجب بطلان است، از آن جهت که شارع در این فرض نمی‌خواهد از اساس چنین نتیجه‌ای واقع شود؛ مثلاً اگر نهی به نفس بیع برخورد کند، موجب بطلان نیست ولیکن اگر به نقل ملکیت برخورد نماید، موجب بطلان است.^۲

در عالم حقوق قراردادهای می‌توان یک چنین تقسیم‌بندی را نیز ارائه نمود؛ فقط تفاوت آن است که اولاً، نهی مدنظر در حقوق در قالب «نباید» قانونی و ازسوی مقنن مطرح می‌گردد و ثانیاً، «نهی» و «نباید» مذکور، لزوماً به‌صورت انشایی بیان نمی‌گردد و گاه به‌صورت خبری وارد می‌شود. اما «نهی» و «نباید» مقنن در ارتباط با قراردادهای ممکن است به دو صورت وارد شود: ۱. نهی یا نیابیدی که رکن یا ارکان قرارداد را نشانه می‌رود؛ منظور از رکن در حقوق قراردادهای همان شرایط صحت، اعم از عمومی و اختصاصی است؛ بدیهی است نهی وارد شده توسط مقنن به

۱. محقق داماد، سید مصطفی، **مباحثی از اصول فقه؛ دفتر اول: مباحث الفاظ**، ج ۲۰، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۰، صص ۱۰۲ و ۱۰۳.

۲. همان منبع، صص ۱۰۴-۱۰۹.

۳. ایرادی که به نظریه تفکیک از نظر نگارندگان وارد است، به این طریق قابل بیان است که سبب فی‌نفسه عبارت است از وجود مقتضی و فقد مانع، حال در نهی وارد شده به قرارداد، مقتضی وجود دارد ولی با وجود نهی، مانع هم وجود دارد، پس اساساً شرایط جهت وجود سبب جمع نیست؛ حال که سبب وجود ندارد، چگونه مسبب می‌تواند ایجاد شود؟

شرایط صحت، موجب عدم صحت قرارداد (بطلان یا عدم نفوذ) خواهد شد. ۲. نهی یا نپایدی که جزئی از شرایط صحت را نشانه می‌رود؛ مثل منع طرفین معامله از تدلیس در خصوص عوضین عقد یا معامله آن با عیب. قدر متقین آن است که نهی وارد شده بر غیر رکن ضمانت اجرای بطلان را در پی نداشته؛ حال ممکن است ضمانت اجراهای دیگری چون جریان حق فسخ و... به نفع یکی از طرفین قرارداد یا هر دو آنها به وجود آید.

لذا جزء دوم اجتماع امر و نهی حقوقی در قراردادها نیز تکمیل گردید.

گاهی ممکن است در قراردادی، از یک سو مبتنی بر اصله‌اللزوم (معنای دوم) با امر مقنن روبه‌رو باشیم و از سوی دیگر به‌نحوی از انحاء، نهی مقنن بر همان قرارداد وارد شده باشد. سؤال مطروحه آن است که آیا در این موارد با نوعی اجتماع امر و نهی در قرارداد روبه‌رو هستیم؟ پاسخ را می‌توان در قالب دو حالت کلی بررسی نمود:

حالت اول، مربوط به موردی است که امر ناشی از اصله‌اللزوم در قرارداد مورد بحث، با نهی مقنن بر شرایط صحت برخورد نماید؛ برای مثال نوعی از قرارداد میان دو شخص واقع می‌شود و طرفین متعهد به اجرای مفاد و تعهدات آن می‌گردند؛ ولیکن مقنن به دلیلی (خلاف نظم عمومی بودن، خلاف مصلحت جامعه بودن و...)، انعقاد قراردادهایی از این نمونه را ممنوع اعلام می‌نماید؛ در ارتباط با رخداد چنین حالتی می‌توان بیان کرد که اساساً اجتماع امر و نهی آن‌گونه که در دانش اصول تعبیر گردید، واقع نمی‌شود یا اگر اجتماع امر و نهی هم واقع شود (در معنای غیر از معنای دقیق اصولی) با تفسیر به‌جانب «نهی» حل می‌گردد.

توضیح آنکه نهی در حالت اول، از آن نظر که شرایط صحت را نشانه می‌رود، موجب انتفای شرط یا شرایط صحت می‌گردد، فلذا سبب عدم تشکیل قرارداد در عالم اعتبار می‌شود؛ با عدم تشکیل قرارداد، اصله‌اللزومی نیز حاکم نخواهد بود که برای طرفین، «امر» یا «باید»ی را در قالب اجرای تعهدات قراردادی ایجاد نماید.

این احتمال (عدم وقوع اجتماع امر و نهی یا امتناع اجتماع امر و نهی حقوقی در قراردادها) خود در دو قالب قابل بررسی است: قالب اول، مربوط به موردی است که نهی به‌صورت ابتدایی و قبل از تشکیل قرارداد، یا اقدام برای تشکیل قرارداد، وارد شده باشد؛ مثل جایی که طرفین اقدام به انعقاد قراردادی می‌نمایند که پیش‌تر توسط مقنن منع شده است (خرید و فروش مواد مخدر در

نظام حقوقی ایران به لحاظ نامشروع بودن موضوع). در این قالب، قرارداد مدنظر طرفین به مرحله انعقاد نرسیده و از حیث ضمانت اجرا باطل است. لذا نهی و منع قانونی در بدو امر موجب عدم تشکیل یا مانع تشکیل قرارداد و امر ناشی از آن بر پایه اصله‌اللزوم می‌گردد. قالب دوم، مربوط به موردی است که طرفین، قرارداد مدنظر خود را منعقد کرده‌اند، ولیکن پس از انعقاد پیش از اجرای تعهدات، مقنن با وضع مقرره‌ای قراردادهایی از این مدل را ممنوع اعلام می‌کند. این قالب از آن جهت که قرارداد منعقد در بدو امر به لحاظ وجود جمیع شرایط صحت، نافذ بوده و لذا بر پایه اصله‌اللزوم، موجب و موجد «امر» مورد نظر حقوقی تلقی می‌شده است، شباهت بیشتری به مبحث اجتماع امر و نهی اصولی دارد و ممکن است این شبهه را ایجاد نماید که قالب مذکور دقیقاً حالت اجتماع امر و نهی اصولی را در قالب حقوقی و به طور خاص قراردادها ایجاد می‌نماید. ولی حقیقت آن است که تفسیر بر پایه اصول حقوق قراردادها مانع از تحقق دقیق اجتماع امر و نهی در این حالت می‌گردد؛ توضیح آنکه نهی مقنن در این قالب از نوع نهی عارض است و از زمان ایجاد، قدرت اجرای تعهد را به نحو مشروع و قانونی از طرفین قرارداد می‌گیرد و ایشان را با حالت تعذر عارض و حادث روبه‌رو می‌کند. بنابراین از تاریخ ایجاد نهی، اساساً قرارداد آنها توسط مقنن به رسمیت شناخته نمی‌شود و لذا اجرای تعهد از ناحیه ایشان فاقد هرگونه اثر حقوقی و قانونی است. اگرچه عملاً طرفین می‌توانند تعهدات را اجرا نمایند؛ لذاست که بیان می‌شود، طرفین قرارداد در این حالت با نوعی تعذر قانونی روبه‌رو هستند و چنین قراردادی بر پایه اصل کلی «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمدلوله» و مستند به ماده ۳۴۸ و مناط ماده ۳۸۷ قانون مدنی منفسخ یا عقیم خواهد شد؛ علت انفساخ یا عقیم شدن نیز آن است که قرارداد مذکور بدواً به نحو صحت منعقد شده و در میان راه شرط صحت خود را از دست می‌دهد و منحل می‌شود. علی‌ای‌حال در چنین حالتی نیز نهی موجب شده قرارداد در اواسط راه منحل گردد و لذا دیگر قراردادی وجود ندارد که بر پایه و مبنای اصله‌اللزوم موجد امر و باید (اجرای تعهدات ناشی از قرارداد) باشد که نهی وارد شده از سوی مقنن با آن اجتماع نماید؛ چراکه وجود قرارداد بدون تعهد، عملاً عبث است.

با اندکی تأمل ارائه تفسیر دیگری نیز ممکن است؛ اینکه در حالات مذکور، صرف اقدام طرفین جهت انعقاد قرارداد را کافی بدانیم و با ورود نهی بر آن قرارداد، علی‌رغم انحلال یا عدم

تشکیل قرارداد، حکم به بقای توافق طرفین، ولو بدون حمایت قانونی دهیم. در این صورت نیز تفسیر نماییم، اصله‌اللزوم بر جامع توافقات، حاکم است و موجد امر (اجرای تعهدات) خواهد بود. ازسوی دیگر نهی و منع قانون‌گذار نیز بر شرایط صحت قرارداد مورد نظر طرفین وارد شده است. در این حالت با اجتماع امر و نهی حقوقی مواجهیم؛ منتهی اجتماع امر و نهی مذکور با تفسیر به نفع «نهی» حل می‌گردد. اگرچه مبانی اصله‌اللزوم حکومت آن را بر قراردادهای قانونی دانسته است، ولیکن بنا بر تفسیر عرفی و فرا قانونی، وجه به یک چنین تعبیری بی‌فایده نخواهد بود، اگرچه شاذ نماید.

حالت دوم، مربوط به موردی است که امر مورد نظر مقنن بر پایه اصله‌اللزوم در قرارداد، بر نهی وارد بر غیر از شرایط صحت برخورد نماید؛ برای مثال مقنن بیان کند طرفین نباید عوضین معیوب به یکدیگر تسلیم نمایند. همانطور که بیان شد منع و نهی در این حالت، در بادی امر موجبات بطلان قرارداد را فراهم نمی‌آورد، ممکن است تصور شود که حالت مذکور قطعاً از مصادیق اجتماع امر و نهی حقوقی در حوزه قراردادهای است ولیکن اندکی تأمل نشان می‌دهد که به عنوان‌های جداگانه و معنونی واحد تعلق می‌گیرند؛ یعنی فعل واحد خارجی در آن واحد مشمول باید و نباید مقنن قرار گیرد؛ در مثال مورد نظر در حوزه حقوق قراردادهای زمانی امر و نهی محقق می‌شود که فعل «اجرای تعهدات» در یک لحظه، هم مشمول امر مقنن بر پایه اصله‌اللزوم قرار گیرد و هم مشمول نهی مقنن باشد. درحالی‌که در این مورد نهی مقنن به‌غیر از شرایط صحت برخورد می‌کند و لذا چنین اجتماعی محقق نمی‌شود؛ چراکه در مثال مذکور، اگرچه «اجرای تعهدات» همچنان مشمول امر بر پایه اصله‌اللزوم است ولیکن نهی مذکور مستقیماً آن را نشانه نرفته است و بیان نکرده که «تعهدات را اجرا نکنید»؛ بلکه صرفاً حدود و قواعد اجرای تعهدات را مشخص کرده است. لذا حالت دوم، از ذیل اجتماع امر و نهی خارج شده و در حوزه اطلاق و تقیید اصولی قابل طرح است؛ یا حتی اگر در فرضی بعید، آن را نوعی اجتماع بدانیم، اجتماع مورد نظر غیرحقیقی بوده و امر و نهی در آن به فعل (معنون) واحدی تعلق نگرفته است.

لذا سنجش و ارزیابی اجتماع امر و نهی حقوقی در حوزه قراردادهای بر پایه اصول و تعبیر مصطلح در این شعبه، بر طریقی است که از نظر گذشت؛ ملاحظه گردید حتی در فرضی که با ارائه تفاسیری، اجتماع امر و نهی محقق می‌گردد، جنس این اجتماع با اجتماع امر و نهی اصولی

متفاوت بوده و طریق حل آن نیز با جانب‌داری از «نهی» حل می‌گردد که باز هم متمایز از طریق حل اصولیون است.

نتیجه‌گیری

صرف‌نظر از محل بحث، «اجتماع امر و نهی» همواره یکی از موضوعات مورد بحث اصولیون بوده که به‌لحاظ ماهیت تعارض گونه آن، باید مورد توجه قرار می‌گرفته است؛ همان‌طور که حل سایر صور تعارض، مانند «تعارض ادله استنباط احکام شرعی» و «تزام» یک «ضرورت» است، تعارض نهفته در اجتماع امر و نهی نیز باید حل شود تا مخاطب احکام از سردرگمی خارج گردد؛ در میان اصولیون، بحث درخصوص «امکان» یا «امتناع» اجتماع امر و نهی به تفصیل است و هریک با استدلالاتی جانب یکی از این دو طرف را گرفته‌اند؛ نگارندگان با طرح استدلالی نو و قائل به تفکیک شدن میان جنس «مفهوم و مصداق» و جنس «عنوان و معنوا»، معتقدند رابطه میان امر و مأمور به و نهی و منهی عنه از نوع عنوان و معنوا است و لذا عقلاً امکان تحقق اجتماع امر و نهی در شیء واحد وجود دارد و به‌لحاظ امکان تحقق چنین اجتماعی باید در دانش اصول تأملی درخصوص حل تعارض نهفته در آن نمود.

اما در میان حوزه‌های موجود در دانش حقوق نیز بحث از امکان یا امتناع اجتماع امر و نهی قابل طرح است؛ در میان این حوزه‌ها، حوزه قراردادهای به‌لحاظ جریان و حکومت قاعده «لزوم» (در معنای لازم‌الاجرا بودن مفاد قرارداد) واجد معادل «امر» اصولی است و در برخی موارد نیز بنابر مصالحی که قانون‌گذار تشخیص می‌دهد ممنوعیت‌هایی بر آن وارد می‌گردد که می‌تواند معادل «نهی» اصولی باشد؛ اما حقیقت آن است به‌لحاظ تفاوت ماهیت قراردادهای و احکام شرعی، امر و نهی در حوزه قراردادهای، مانند امر و نهی در حوزه احکام شرعی، قابل جمع نیستند و در خصوص اجتماع آنها، عکس حوزه احکام شرعی، با مقوله «امتناع» روبه‌رو هستیم؛ چراکه بسیاری از اوقات نهی وارده از سوی قانون‌گذار (منع) بر حوزه قراردادهای به ارکان آن برخورد می‌نماید و از اساس مانع تحقق قراردادهای و تبعاً تولید لزوم (امر) ناشی از آن می‌شود، یا قرارداد منعقد را در اثنای مسیر با مانعی روبه‌رو کرده و سبب انحلال (انفساخ) آن می‌شود یا اینکه و امر و نهی مزبور به عناوین مختلفی تعلق می‌گیرند و از اساس، مسئله اجتماع امر و نهی را ممتنع یا

منتفی می‌نمایند. لذا صرف وجود معادل‌های امر و نهی اصولی در حوزه قراردادهای موجب تحقق اجتماع امر و نهی اصطلاحی نمی‌شود.

منابع

فارسی

کتاب

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۱، چ ۴۱، تهران: اسلامیه، ۱۴۰۳.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت**، ج ۱، چ ۲، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۱.
۳. حیاتی، عباسعلی، **حقوق مدنی (۳): قواعد عمومی قراردادها**، چ ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶.
۴. شهیدی، مهدی، **اصول قراردادها و تعهدات**، چ ۱۱، تهران: مجد، ۱۴۰۳.
۵. صفایی، سید حسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، چ ۳۵، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۰.
۶. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، چ ۱۰، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۳.
۷. محقق داماد، سید مصطفی، **مباحثی از اصول فقه: دفتر اول: مباحث الفاظ**، چ ۲۰، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۰.
۸. محقق داماد، سید مصطفی، **مباحثی از اصول فقه: دفتر سوم: اصول عملیه و تعارض ادله**، چ ۹، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۷.
۹. نیاز آبادی، مهدی، **تعارضات ماهوی و شکلی قراردادی، تفسیر قرارداد و حل دعاوی مرتبط با آن**، چ ۱، تهران: خرسندی، ۱۳۹۹.

مقاله

۱۰. آهنگران، محمدرسول، «واکاوی اصل لزوم در قراردادها به‌منظور ارزیابی چارچوب شرعی ماده ۲۱۹ قانون مدنی»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، ش ۴۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، صص ۳۰۱-۳۱۸.
۱۱. محقق داماد، سید مصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها (۱)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ش ۴۴، پاییز و زمستان ۱۳۸۵، صص ۵۴-۱۱.

۱۲. محقق داماد، سیدمصطفی و مهدی نیاز آبادی، «منطق حاکم بر تعارض قوانین در داوری های تجاری بین المللی و تنافی ادله در اصول فقه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۹۳، بهار ۱۴۰۰، صص ۳۴-۱۱.

<https://doi.org/10.52547/jlr.24.93.11>

عربی

۱۳. انصاری (شیخ)، مرتضی، **فرائد الأصول (رسائل)**، ج ۲، چ ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی لجماعه المدرسین بقم، ۱۴۱۶ ق.

۱۴. انصاری (شیخ)، مرتضی، **المکاسب**، ج ۵، چ ۱۰، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۰ ق.

۱۵. بجنوردی، میرزا حسن، **القواعد الفقهیه**، ج ۵، قم: نشر الیهادی، ۱۳۹۵ ق.

۱۶. صدر، محمدباقر، **دروس فی علم الأصول**، ج ۱، چ ۵، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۸ ق.

۱۷. طباطبائی، سید محمدحسین، **المیزان فی تفسیر القرآن**، ج ۵، بیروت: مؤسسه العلمی للمطبوعات، ۱۴۱۷ ق.

۱۸. غروی نائینی، محمدحسین، **فوائد الاصول**، ج ۴، چ ۱، قم: مؤسسه النشر الإسلامی لجماعه المدرسین بقم، ۱۴۱۸ ق.

۱۹. غروی نائینی، محمد حسین و موسی خونساری، **منیه الطالب (الحاشیه علی المکاسب)**، تهران: چاپ سنگی چاپخانه حیدری، ۱۳۷۳ ق.

۲۰. قمی (محقق)، میرزا ابوالقاسم، **جامع الشتات**، ج ۲، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱.

۲۱. مظفر، محمدرضا، **اصول الفقه**، ج ۲، چ ۵، قم: مؤسسه النشر الإسلامی لجماعه المدرسین بقم، ۱۴۳۰ ق.

۲۲. نراقی، ملا احمد بن محمد، **عوائد الایام من مهمات ادله الاحکام**، چ ۱، قم: مرکز نشر وابسته به مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.

References

Books

1. Emami, Seyyed Hasan, **Civil Law**, Vol.1, Tehran: Eslamiye, 41st edition, 2024. (in Persian)

2. Jafari Langerodi, Mohammad jafar, **Encyclopedia of Civil and Commercial Law**, Vol 1, Tehran, Ganje danesh, 2nd edition, 2023. (in Persian)
3. Ha'yati, Abbas ali, **Civil Law(3): General Rules of Contracts**, Tehran: Mizan, 2nd edition, 2018. (in Persian)
4. Shahidi, Mahdi, **General Principles of Contracts and Obligations**, Tehran: Majd, 11th edition, 2024. (in Persian)
5. Safaei, Seyyed Hasan, **Introductory Course in Civil Law; General Rules of Contracts**, Vol 2, Tehran: Mizan, 35th edition, 2022. (in Persian)
6. Katouzian, Nasser, **General Rules of Contracts**, Vol. 3, Tehran: Ganj-e-Danesh, 10th edition, 2024. (in Persian)
7. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostfa, **Discussions on Usul Al Fegh; First Notebook, Discussion Alfaz**, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, 20th edition, 2022. (in Persian)
8. Mohagheghdamad, Seyyed Mostfa, **Discussions on Usul Al Fegh; Third Notebook, Discussion Usul Amaliye**, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, 20th edition, 2019. (in Persian)
9. Niazabadi, Mahdi, **Substantive and Formal Contractual Conflicts ,Contract Interpretation and Resolution of Related Disputes**, Tehran: Khorsandi, 1st edition, 2021. (in Persian)
10. Ansari(Sheykh), Morteza, **Faraed Al Usul (Rasael)**, Vol. 2, Qom: The Islamic Publishing Institute of the Teachers' Group in Qom, 5rd edition, 1996. (in Arabic)
11. Ansari(Sheykh), Morteza, **Makaseb**, Vol. 5, Qom: Majma Al Fekr Eslami, 10th edition, 2009. (in Arabic)
12. Bojnourdi, Mirza Hasan, **Jurisprudential Rules**, Vol. 5, Qom: Hadi Publishing, 1975. (in Arabic)
13. Sadr, Mohammad Baqir, **Lessons in the Science of Usul**, Vol. 1, Qom: Islamic Publishing Institute, 5th edition, 1998. (in Arabic)
14. Tabataba'i, Sayyed Muhammad Hossein, **Al-Mizan in the Interpretation of the Qur'an**, Vol. 5, Beirut: Al-'Alami Publishing Institute, 1997. (in Arabic)
15. Gharavi Na'ini, Mohammad Hossein, **Faraed Al Usul**, Vol. 4, Qom: Islamic Publishing Institute for the Teachers' Group in Qom, 1rd edition, 1998. (in Arabic)
16. Gharavi Na'ini, Mohammad Hossein and Musa Khansari, **Maniyeh al-Talib** (alhashiyato al-Makasab), Tehran: Heydari, 1955. (in Arabic)

17. Qomi (Researcher), Mirza Abolqasem, **Jame Al-Shetat**, Vol. 2, Tehran: Keyhan Institute, 1993. (in Arabic)
18. Mozaffar, Mohammad reza, **Usul Al Figh**, Vol. 2, Qom: Islamic Publishing Institute for the Teachers' Group in Qom, 5rd Edition, 2009. (in Arabic)
19. Naraqi, Mulla Ahmad, **Avayed Al Ayyam Men Mohemmat kalam**, Qom: Publishing Center Affiliated with the Islamic School of Al Aalam, first edition, 1997. (in Arabic)

Articles

20. Ahangaran, Mohammad Rasul, "Analysis of the Islamic Jurisprudential (Juridical) Foundations of "Pacta Sunt Servanda" Rule in Contracts in Order to Evaluate the Shariah Framework of Article 219 of Iranian Civil Law", *Bi-quarterly Journal of Islamic Law Research*, No. 48, 2019, PP 301-318. (in Persian)
21. Mohagheghdamad, Seyyed Mostfa, "Developments in Shi'ei Ijtihad: Historical Course, Fields and Methods (1)", *Journal of Legal Research*, No. 44, 2007, PP 11-54. (in Persian)
22. Mohagheghdamad, Seyyed Mostfa and Mahdi Niazabadi, "The "Logic" Governing Conflict of Laws in International Commercial Arbitration and Conflict of Sources in *Usul Al Fiqh*", *Journal of Legal Research*, No. 93, 2021, PP 11-34. (in Persian)

Ijtima Amr and Nahi in Usul Al Fiqh and Feasibility Study of Its Realization in Contracts

Sayyed Mostafa Mohaghegh Damad*

Mahdi Niazabadi**

Mohammadreza Abbasirad***

Received: 2025.02.12

Accepted: 2025.08.27

Abstract

In the field of *Ta'arozat* (conflicts) in *Usul Al Fiqh*, an especial subject is separated with the title of "*Ijtima Amr and Nahi*" and in terms of its especial characteristics, it tries to answer the question that basically, gathering the ordinance and prohibitions in a single matter is possible or not? This issue has become a battle of opinions as a result of the difference in theological, logical and Islamic jurisprudential foundations over many centuries, so that the commentators who believed into "possibility" claimed the non-transmission of the rules (*Ahkam*) from title to titled and the plurality of title due to the plurality of titled. On the other hand, the commentators who believed in "impossibility" have raised objections to the aforementioned claims, and the present article is a new argument and response to them. The topic of "*Ijtima Amr and Nahi*", although has been discussed in *Usul Al Fiqh* and related knowledge, but by the abolition of specificity and analogize, we can open the feasibility of planning and implementing this topic and its branches in the legal systems and legal studies. Of course, the necessity of such a compare and feasibility is to look and think differently and to pay attention to the new coordinates in which the literature of ordinance and prohibition has faded and talk about the conflict of legal obligations and prohibitions. The manifestation of this conflict is visible in the field of contract law. Where *Pacta Sunt Servanda* is the embodiment of obligation and ordinance, and various civil and criminal forbidden matters are the embodiment of prohibition, and contract is the single subject that the conflict is about. Of course, this type of conflict is never situated in the field of contracts and is resolved in various ways, including adherence to "If the condition is lost, the result is also lost" rule, and unlike *Usul Al Fiqh* the impossibility of such gathering, would be proved.

Keywords:

Ijtima Amr and Nahi, Pacta Sunt Servanda, Ta'aroz (Conflict), Contract.

* Professor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

** Assistant Professor, Faculty of Humanities, Shahed University, Tehran, Iran.

*** L.L.M Student, Department of Jurisprudence & Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran. Corresponding Author Email: abbasirad.law@gmail.com

