

آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره دوازدهم، شماره ۲۱، بهار - تابستان ۱۳۹۹
نوع مقاله: علمی - پژوهشی

تعیین قلمرو اصل آزادی قراردادی در پرتو تئوری حق و حکم*

- علی مختاری چهاربری^۱
- علی اکبر فرحزادی^۲

چکیده

عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی، شامل قوانین امری، نظم عمومی، اخلاق حسنه است و اشخاص نمی‌توانند بر خلاف آن‌ها تراضی نمایند. با توجه به مبانی فقهی و قرائنی قانونی از قبیل ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی، نظم عمومی و اخلاق حسنه را نیز باید در قوانین یافت. اصولاً در قوانین به امری یا تکمیلی بودن اشاره نمی‌شود و نظرات تفسیری حقوق‌دانان نیز در اغلب موارد راهگشا نیستند. از منظر فقهی، ماهیت عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی با حکم، و ماهیت قواعد تکمیلی با حق قابل تحلیل هستند. مراجعه به فقه نیز همواره برای تعیین حق یا حکم بودن موضوعات مورد توافق اشخاص کافی نیست. البته فقها راه‌حلی برای تشخیص حق و حکم در موارد مشتبه بیان نموده‌اند. طبق نظرات فقها در موارد مشتبه، اصل نه بر حق بودن مورد مشتبه است و نه بر

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۴/۱۲.

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسئول) (mokhtariali8@gmail.com).

۲. استادیار دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری تهران (aliakbar.farhazadi@yahoo.com).

حکم بودن آن، و طبق اصل عدم باید آثار وجودی حق و حکم را از آن مورد سلب نمود و نقل، انتقال، اسقاط و توافق بر خلاف آن را باطل دانست. در این فرض با توجه به مشتبه بودن حق و حکم، در صورتی که شخص بخواهد نسبت به اعمال یا ترک مورد مشتبه که ویژگی مشترک آنهاست، تعهد نماید، باید قدر متیقن یعنی شروط لازم برای تعهد نسبت به اباحه را رعایت کند. نتیجه اجرای اصل و نیز راه ذکر شده برای توافق نسبت به مورد مشتبه، اصل امری و یا تکمیلی بودن نیست، بلکه مبین «أمرٌ بین الأمرین» بودن مورد مشتبه است.

واژگان کلیدی: حق، حکم، اصل آزادی اراده، اصل آزادی قراردادها، اصل حاکمیت اراده.

مقدمه

بعد از انعقاد یک قرارداد، قاضی یا حقوق دان ابتدا در مورد آمره یا تکمیلی بودن موضوع توافق بررسی لازم را انجام می دهد و اگر پس از آن همچنان وضعیت موضوع توافق از نظر امری یا تکمیلی بودن مردد باشد، به اصل آزادی اراده استناد می کند. لذا قبل از استناد به اصل باید وضعیت آمره یا تکمیلی بودن موضوع توافق مشخص شود. ملاحظه اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، ما را به اولین مرجع تشخیص این موضوع یعنی «قانون» رهنمون می سازد؛ لکن در بسیاری موارد علی رغم رجوع به قوانین نمی توان وضعیت موضوع توافق را روشن نمود. منابع فقهی و فتاوی معتبر، مرجعی است که وفق اصل و ماده مارالذکر، در صورت سکوت، نقص، اجمال و یا تعارض قوانین، برای یافتن پاسخ باید به آن مراجعه نمود.

هرچند که در نتیجه مراجعه به فقه دانسته می شود که اصولاً عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی، با اصطلاح حکم متناظر بوده و در مقابل آن حق قرار دارد که مرتبط با قواعد تکمیلی است. اما گاهی خود مفاهیم حق و حکم^۱ شباهت بسیار زیادی به هم دارند و حکم یا حق بودن موضوع توافق روشن نیست؛ مثل حکم تکلیفی اباحه (بالمعنی الاعم یعنی اباحه، استحباب و کراهت به جز وجوب) که در مورد آن، شخص مکلف همچون حق دارای برخی اختیارات است. عدم تمیز مصادیق آنها به خاطر

1. Rule.

همین شباهت زیاد حکم اباحه با حق، ممکن است به خطای در امر قضا و اظهار نظر حقوقی منجر شود؛ مثلاً حق طلاق آیا فی الواقع حق است و مرد می‌تواند تعهد به عدم طلاق نماید یا حق نیست، بلکه حکم بوده و تعهد بر خلاف آن باطل است. با وجود این، فقها تلاش نموده‌اند تا قرائن و راه حل‌هایی را برای تشخیص حق از حکم و برون رفت از تحیر بیان کنند. لذا لازم است که حق، حکم، ویژگی‌های آن‌ها و نقشی که در تعیین قلمرو اصل آزادی قراردادی دارند، مورد بررسی قرار گیرند.

۱. اصل آزادی قراردادی و قلمرو آن

۱-۱. اصل آزادی قراردادی

این اصل که از مواد ۱۰ و ۷۵۴ قانون مدنی و برخی قواعد فقهی همچون قاعده تبعیت (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ۳۷۴-۳۷۰/۲؛ شهیدی، ۱۳۹۶: ۵۶)، قاعده شروط (ابن براج طرابلسی، بی‌تا: ۵۴؛ انصاری، بی‌تا: ۹۰/۳؛ موسوی خویی، ۱۳۷۷: ۳۵۳/۷ و ۳۹۹؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۲۰۳/۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۱۱۷/۲)، قاعده صحت و لزوم عقود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷: ۲۹۶/۵؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۲۱۱؛ همو، ۱۳۹۰: ۶۰۹/۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۲: ۵۹۴/۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۱۱۴ و ۲۵۶؛ سبحانی، ۱۴۲۹: ۳۶۳/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۴: ۱۶۴/۲۰؛ حسینی شیرازی، بی‌تا: ۱۱۲؛ منتظری، ۱۳۸۰: ۱۶۸/۱؛ مدرسی، ۱۴۳۳: ۳۷۸/۲) استنباط می‌شود، مهم‌ترین و پرکاربردترین اصل حقوق قراردادهاست. به موجب این اصل، اشخاص در انعقاد هر نوع قراردادی و با هر عنوانی آزادند و می‌توانند بدون به کار بردن تشریفات و استفاده از صیغه خاصی، عقد مورد نظر خود را منعقد کنند و این قرارداد بین خودشان دارای اثری که توسط آن‌ها تعیین شده است، باشد؛ مگر آنکه بر سر راه انعقاد آن قرارداد، مانعی وجود داشته باشد. بر اساس همین اصل است که درج هر گونه شرطی نیز در ضمن قرارداد، جز در موارد خاص صحیح است.

۲-۱. قلمرو اصل آزادی قراردادی

عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی، شامل قانون امری، اخلاق حسنه و نظم عمومی بوده که تراضی بر خلاف آن‌ها باطل است (مواد ۱۰، ۹۷۵ و بند اول ماده ۱۲۹۵ از

قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی). همان طور که از بند اول ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی استنباط می‌شود، محل فحص راجع به مصادیق اخلاق حسنه و نظم عمومی، خود قانون است؛ لذا همواره برای کشف عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی، محل رجوع باید قانون باشد. برای احراز نفوذ یا بطلان قراردادهایی که با قانون مخالف است، باید طبیعت قانون را بازشناخت؛ اگر قانون امری باشد، قرارداد باطل است و اگر تکمیلی به شمار رود، عقد حکومت دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۵ الف: ۱۵۰).

جستجو در قوانین و نظرات تفسیری حقوق دانان برای احراز امری یا تکمیلی بودن قانون یا مخالفت قرارداد با نظم عمومی و اخلاق حسنه، در اکثر موارد نتیجه قطعی ندارد. چنان که در مورد وضعیت امری یا تکمیلی بودن ضمان تلف مبیع قبل از قبض، نه تنها خود قانون تکلیف را روشن نکرده، بلکه میان حقوق دانان نیز اختلاف نظر وجود دارد. برخی حقوق دانان با توجه به اصول حقوقی تفسیری، اسقاط این ضمان را صحیح دانسته‌اند؛ چرا که معتقدند این ضمان، استثنایی نبوده و در نتیجه مصداق قاعده تکمیلی است (همو، ۱۳۹۵ ب: ۱۸۹/۱-۱۹۰). لکن برخی دیگر بر خلاف ایشان معتقدند که این ضمان، خلاف قاعده و استثنایی بوده و در نتیجه آن را موضوعی آمره می‌دانند که قابل اسقاط نیست (امامی، ۱۳۹۵: ۵۳۲/۱؛ شهیدی، ۱۳۹۶: ۳۲۲-۳۲۳). راه حلی که اصل ۱۶۷ قانون اساسی در این موارد پیش رو می‌گذارد، مراجعه به منابع فقهی و فتاوی معتبر است. برای یافتن پاسخ در منابع فقهی و فتاوی معتبر باید به دنبال اموری بود که از حیث ماهیت و ویژگی‌ها با عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی و قواعد تکمیلی، شباهت و قرابت دارد. کاوش در منابع معتبر فقهی برای یافتن اموری که دارای ماهیت و ویژگی مشابه این قواعد باشند، ما را به بحث حق و حکم رهنمون می‌سازد. لذا نیاز است که ماهیت این دو و ویژگی‌های آن‌ها شناخته شود.

۲. مفهوم و ویژگی‌های حق

۱-۲. مفهوم حق

معانی زیادی برای حق در کتب لغت ذکر شده، اما باید گفت که تمام این معانی

به معنای واحدی برمی گردند که در حالت مصدری «ثبوت» و در حالت وصفی «ثابت» می باشد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹: ۳۸/۱). حق از نظر اصطلاحی محل اختلاف است. برخی از حقوق دانان داخلی آن را سلطه و اختیاری می دانند که حقوق هر کشور به منظور حفظ منافع اشخاص به آن ها می دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۴۹). برخی دیگر آن را سلطه و توانایی خاصی می دانند که برای شخصی بر شخص دیگر یا مال یا شیئی جعل و اعتبار می شود و به مقتضای آن توانایی، صاحب حق می تواند در آن تصرف کند یا از آن بهره برد (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۷/۱). حقوق دانی دیگر، حق را سلطنت و اقتداری برای شخص در انجام و عدم انجام کاری می داند (امامی، ۱۳۹۵: ۴۹/۱). برخی حقوق دانان خارجی نیز حق را مصلحتی می دانند که دارای ارزش مالی است و حقوق از آن حمایت می کند (سنهوری، ۱۹۵۴: ۵/۱).

نزد برخی فقها، حق مرتبه ای ضعیف از ملکیت یا نوعی از آن است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۵/۱). اما بسیاری از فقها، حق را مرتبط با سلطنت می دانند و در طول تاریخ فقه، همین نظریه را توسعه داده اند. در ابتدا آن را سلطنت بالفعل دانسته اند (انصاری، ۱۴۳۵: ۹/۳) که از سوی فقهای بعد مورد ایراد قرار گرفته و گفته شده که حق، اعتبار مخصوصی است که با توجه به مصادیقش دارای آثار متفاوتی است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹: ۴۱/۱). این نظریه نیز از سوی فقهای بعدی بدون ایراد نمانده و گفته شده که حق، ماهیتی اعتباری است که در تمام موارد دارای اثر یکسان سلطنت بر تصرف است (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ الف: ۲۱/۱). به نظر می رسد که آخرین نظر اصح و أدق است؛ چرا که سعی بر عدم مداخله مصادیق یک چیز در تعریف آن دارد و معنایی جامع که تمام مصادیق را تحت شمول قرار دهد، ارائه می نماید.

۲-۲. ویژگی های حق

اصولاً حقوق دارای سه ویژگی قابلیت نقل، انتقال و اسقاط هستند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۶/۱). ویژگی دیگری که برای حق قابل استنباط است، گرچه معمولاً در کنار این سه ویژگی ذکر نمی شود، قابلیت تعهد و التزام به اعمال و عدم اعمال حق است که نمونه آن در بحث انواع اسقاط خیار مجلس دیده می شود (انصاری، ۱۴۳۵: ۵۶-۵۷/۵). هر

حقی لزوماً تمام این ویژگی‌ها را ندارد، بلکه اکثر فقها معتقدند که حق از بین سه ویژگی اول حتماً حداقل قابلیت اسقاط را دارد (طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۸؛ عاملی جزینی، بی‌تا: ۴۳/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۷/۱؛ نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۰۷/۱؛ مروج جزایری، ۱۴۱۶: ۱۴۲) اما به نظر می‌رسد چنین تلازمی بین حق بودن و قابل اسقاط بودن آن وجود ندارد و ممکن است که حق، هر کدام از سه ویژگی اول را بدون تفاوت بین آن‌ها داشته باشد (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ الف: ۲۶-۲۷؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۴). البته در هر حال، تمام حقوق قابلیت تعهد به اعمال و عدم اعمال را دارد؛ چرا که کمترین میزان قدرت (سلطنت) و اختیار در حق، داشتن اختیار اعمال و عدم اعمال آن است و به تبع چنین اختیاری می‌تواند تعهد بر اعمال یا عدم اعمال نیز بنماید (انصاری، ۱۴۳۵: ۱۲/۵).

۳. مفهوم و ویژگی‌های حکم

۱-۳. مفهوم حکم

معانی مختلفی برای حکم ذکر شده است که ضمن اشاره به پاره‌ای از آن‌ها، معنای مورد نظر این پژوهش مشخص می‌شود. گاه حکم به معنای تصدیق یک قضیه منطقی است (تهانوی، بی‌تا: ۴۵۲/۱) و در جایی دیگر به معنای فتوا و نظر فقهی یک فقیه است، بدون اینکه در مورد طرفینی باشد که به وی مراجعه می‌کنند (ساکت، ۱۳۷۱: ۵۷). معنای دیگر حکم، رأی قاضی است که در یک مرافعه بین طرفین آن صادر می‌شود (جوهری، ۱۹۸۴: ۱۹۰۱/۵؛ فیومی، بی‌تا: ۱۴۵). گاهی هم به معنای مطلق مجعول شارع و مدلول خطاب اوست که همین معنا مورد نظر می‌باشد (طباطبایی بروجردی، ۱۴۱۲: ۳۷۰/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۶: ۲۹). لذا به هر چیزی که جزء مجعولات شارع باشد، حکم گفته می‌شود و مراد از آن صرفاً یک دستورالعمل یا طلب یا تحکم نسبت به مخاطب نیست. النهایه برای تمایز حق اصطلاحی از حکم اصطلاحی باید به ماهیت حق برگشت نموده و بیان کنیم که وجه ممیز، همان سلطنت و امتیازی است که در آن وضع شده و در حکم اصطلاحی وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۵/۱).

حکم به یک اعتبار، به وضعی و تکلیفی تقسیم می‌شود. حکم تکلیفی به پنج قسم

وجوب و حرمت و کراهت و استحباب (مشمول بر اقتضاء و طلب از مکلف) و حکم اباحه (مشمول بر تخییر و عدم طلب از مکلف) تقسیم می‌شود. در مقابل حکم تکلیفی، حکم وضعی قرار دارد که به هر گونه مجعول شرعی که در آن اقتضا و تخییر نباشد، گفته می‌شود و به عبارت دیگر، مجعولاتی که ذیل احکام تکلیفی قرار نمی‌گیرد؛ مثل صحت و بطلان (همان: ۲۹/۱؛ انصاری، ۱۴۳۷: ۲/۲۷۱-۲۷۲).

۲-۳. ویژگی‌های حکم

اصولاً حکم فاقد تمام ویژگی‌های ذکرشده برای حق است. به اجماع فقها، حکم قابلیت نقل، انتقال و اسقاط را ندارد (موسوی سبزواری، بی‌تا: ۲۰۵/۱۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۶/۱). نسبت به ویژگی تعهد به اعمال و عدم اعمال نیز باید گفت که اصولاً احکام وجوب و حرمت به هیچ وجه این ویژگی را ندارند و نمی‌توان نسبت به آنها تعهد به انجام حرام یا ترک واجب نمود (غروی نائینی، بی‌تا: ۱۰۵/۲). اما وجود این ویژگی در حکم اباحه روشن و محرز است (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۰۱/۲۳؛ نراقی، بی‌تا: ۱۴۸؛ غروی نائینی، بی‌تا: ۱۰۵/۲). البته تفاوت این ویژگی در حکم اباحه با ویژگی مشابه آن در حق این است که تراضی به اعمال و عدم اعمال حق، مطلق بوده و محدودیتی ندارد؛ اما در حکم اباحه، دارای محدودیت است و تحت شرایطی می‌توان نسبت به آن تراضی نمود.

۴. رابطه عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی و قواعد تکمیلی با

حق و حکم

عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی و نیز قواعد تکمیلی و شروط لازم برای توافق نسبت به آنها با توجه به مباحث فقهی حق و حکم در این بخش بررسی می‌شود.

۱-۴. نظم عمومی

برای شناخت و تشخیص نظم عمومی و مصادیق آن شایسته است که در مفهوم، جایگاه و منشأ آن دقت لازم صورت گیرد.

۱-۱-۴. مفهوم نظم عمومی

نظم عمومی، مقررات مربوط به حسن اداره امور هر کشوری در حوزه‌های مختلف بوده که ضامن ایجاد نظم و بقای آن کشور می‌باشند و مسیر حرکت دولت را معین می‌کنند و اراده افراد در قالب قرارداد یا ایقاع در صورتی که مخالف آن‌ها باشد، بی‌اثر است (قاسم‌زاده، ۱۳۹۲: ۵۰-۵۱؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵ الف: ۱۵۹).

در مورد تأثیر نظم عمومی بر اعمال حقوقی، در کتب فقهی بر خلاف کتب حقوقی به صورت منسجم بحث نشده است؛ لکن مسئله نظم عمومی در حقوق با مسئله حفظ نظام در مباحث فقهی، قرابت و ارتباط زیادی دارد. منظور از حفظ نظام در مباحث فقهی، اصلاح نظام زندگی مردم در حوزه‌های مختلف و جلوگیری از اختلال آن است. علت اشاره به کشور و دولت در تعریف نظم عمومی این است که مجموعه حکومت و در رأس آن ولی فقیه، عهده‌دار حفظ نظم زندگی مردم و جلوگیری از اختلال آن است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۵۱۱).

۲-۱-۴. جایگاه نظم عمومی

نظم عمومی از لحاظ جایگاه، در برخی نظرات فقهی در چهارچوب عناوین ثانویه تحلیل شده است که زمینه تحقق احکام ثانویه قرار می‌گیرند (همان: ۴۹۸). اما می‌توان گفت وجوب حفظ نظام یکی از احکام اولیه است که به خاطر رعایت آن، احکام اولیه دیگر در صورت نیاز تغییر می‌یابند و آن حکم تغییر یافته به دلیل عارض شدن عنوان ثانوی باید یک حکم ثانوی تلقی شود، نه اینکه حفظ نظام یک حکم ثانوی باشد. به نظر می‌رسد در مواردی که راه حفظ نظام، منحصر به ترک واجب یا فعل حرامی باشد، می‌توان به استناد وجوب حفظ نظام و مصلحت قطعی آن، به جواز انجام عمل حرام و یا به ترک واجب حکم نمود (رشتی گیلانی، ۱۴۰۱: ۵۷/۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۹: ۱۷۰/۲۰-۱۷۱؛ همو، ۱۳۶۱: ۱۵/۱۸۸). همچنان که در رابطه با حفظ نظام زندگی مردم و جلوگیری از تضييع حقوق آن‌ها در مباحث مربوط به حقوق عمومی در نظرات فقها دیده شده که از شرط فقیه بودن قاضی در مواقعی که شبهه موضوعیه وجود دارد، عدول نموده و به مقلد بودن قاضی بسنده کرده‌اند (رشتی، ۱۴۰۱: ۵۶/۱-۵۷). در حقوق

خصوصی نیز به اعتقاد برخی فقها، ردّ و عدم امضای برخی معاملات از سوی شارع به خاطر حفظ نظم عمومی جامعه بوده است؛ مانند بیع ربوی (آملی، بی تا: ۳۰۷). در مورد انعقاد عقود و ایقاعات با انشاء لفظی و کتبی، برخی فقها حفظ نظام معاملاتی را بر صحت انشاء کتبی دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۱۱۳-۱۱۴). همچنین حفظ نظم عمومی جامعه مسلمانان و حفظ نظام ارزاق مردم می‌تواند باعث حرمت و در نتیجه بطلان معامله با تجار بیگانه شود (همان، ۴۹۹-۵۰۰).

همان طور که دیده شد، مسئله نظم عمومی در فقه، از احکام دانسته شده و ممکن است به موجب آن سایر احکام تغییر یافته و حسب مورد، از وجوب به جواز یا حرمت و برعکس تبدیل گردد. شاید همین مطلب، مراد برخی از حقوق دانان باشد که گفته‌اند نظم عمومی یعنی هر چه که حکم باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۱۷).

۳-۱-۴. منشأ نظم عمومی

فردگرایان معتقدند که باید مصادیق نظم عمومی در قانون مشخص شود تا آزادی اراده افراد به وسیله تفاسیر قضات و حقوق دانان و مسئولان حکومتی مورد تعدی قرار نگیرد و به صورت نابه‌جا محدود نگردد. اما برخی حقوق دانان داخلی که در این زمینه ظاهراً به نظر اجتماع‌گرایان تمایل دارند، معتقدند:

«بر خلاف آنچه برخی ادعا کرده‌اند، نباید تنها در قانون به دنبال مصادیق اخلاق به نظم عمومی گشت؛ بلکه باید تمام عواملی که تمدن یک ملت را به وجود می‌آورد و همه سنت‌های ملی، مذهبی و نیازهای اجتماعی در نظر گرفته شود تا بتوان نظم عمومی را در هر حوزه و تراضی مخالف با آن را تشخیص داد» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۵۴/۳-۲۵۵).

در دین ما، احکام توسط رسول خدا ﷺ، ائمه اطهار علیهم‌السلام و به نیابت از آنان توسط فقها بیان می‌شوند. لذا با توجه به حکم دانستن نظم عمومی، در صورتی که حاکم، ولی فقیه نباشد، بیان مصادیق آن مانند سایر احکام از جانب فقها صورت می‌گیرد و در غیر این صورت، توسط ولی فقیه که عهده‌دار حفظ نظم و نظام جامعه مسلمانان است، بیان می‌گردد؛ زیرا علاوه بر اینکه ولایت فقیه دایرمدار حفظ نظم بوده و به همین علت

تشریح شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۵۱۱)، خود این امر که هر فقیهی بتواند در مسائل حکومتی و اجتماع دخالت کند و مخالف با حکم ولی فقیه نظر دهد، موجب اختلال نظم و ممنوع است.^۱

لذا در کشوری که ولی فقیه در رأس حکومت قرار دارد، صرفاً ایشان و هر کس یا جایی (مثل قوه مقننه) که از سوی ایشان برای این منظور تعیین شده، می‌توانند موارد خلاف نظم عمومی را تعیین کنند و چنین نیست که موارد خلاف نظم عمومی توسط قاضی تعیین شود، بلکه حاکم و قوه مقننه باید آن را تعیین نماید. لذا به نظر می‌رسد که فقه ما در این رابطه بیشتر به نظر فردگرایان نزدیک است. قرائنی نیز در قانون وجود دارد که این نظر را تأیید می‌کند؛ مانند نظم عمومی و اخلاق حسنه در بند اول ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی: «مفاد آن‌ها مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه ایران نباشد»، که به عنوان وصف و قید قانون ذکر شده است. در نتیجه باید مصادیق اخلاق حسنه و نظم عمومی را از خود قانون استنباط کرد؛ نه اینکه مصادیق آن‌ها اموری خارج از قانون و نیازمند کشف توسط قاضی محکمه باشند.

۲-۴. اخلاق حسنه

برای شناخت و تشخیص اخلاق حسنه و مصادیق آن نیز باید در مفهوم، جایگاه و منشأ آن تأمل گردد.

۱-۲-۴. مفهوم اخلاق حسنه

مقرراتی که نیکوکاران یک جامعه خود را پایبند به آن می‌دانند و در روابط اجتماعی خویش آن‌ها را اجرا می‌کنند، اخلاق حسنه یا عرف نیکوکاران نام داشته و طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی، اراده افراد توان مخالفت با این نوع مقررات را ندارد (قاسم‌زاده، ۱۳۹۲: ۵۰). نیز گفته‌اند:

«گروهی از قواعد اخلاقی که به صورت قانون امری درآمد یا مبنای این قوانین قرار

۱. «مضافاً إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلى الحکام، سیما فی مثل هذا الزمان الذی شاع فیه القيام بوظائف الحکام ممن یدعی الحکومة، وکیف کان، فقد تبین ممّا ذکرنا عدم جواز مزاحمة فقیه لمثله» (انصاری، ۱۴۳۵: ۳/۵۷۱).

گرفته است، باید در زمره قواعد مربوط به نظم عمومی آورد و گروه دیگر که ضامن اجرای آن تنها درونی است، به طور معمول به عنوان اخلاق حسنه مورد استناد قرار می‌گیرد» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۵۶/۳؛ همو، ۱۳۹۵ الف: ۱۸۱).

در کتب فقهی بحثی تحت عنوان اخلاق حسنه وجود ندارد؛ اما با توجه به مثال‌هایی که معمولاً برای قرارداد خلاف اخلاق حسنه آورده می‌شود، باید گفت در اینجا نیز همچون بحث نظم عمومی، هر چه هست حکم است؛ چرا که مواردی مثل قرارداد اخذ اجرت بر عمل منافی عفت که به خاطر مخالفت با اخلاق حسنه باطل است، نه تنها قرارداد بلکه عمل منافی عفت نیز از لحاظ شرعی محکوم به حرمت هستند. علی‌رغم تتبع بسیار در کتب فقهی، بحثی از اخلاق حسنه در حوزه قراردادها دیده نمی‌شود؛ ولی مواردی وجود دارد که برخی فقها با توجه به برخی مصادیق اخلاق حسنه مثل حیاء و مروت فتوا داده‌اند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱۶۹/۳؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۳/۱۹۹؛ فاضل هندی، بی‌تا: ۳۵۱/۷).

۲-۲-۴. جایگاه و منشأ اخلاق حسنه

آنچه در حقوق به عنوان موارد خلاف اخلاق حسنه شناخته می‌شود، در حدی که مخالف شریعت اسلامی نباشد، می‌تواند در شمار احکام قرار گیرد. برخی درباره معیار تشخیص اخلاق حسنه گفته‌اند اخلاق حسنه ناشی از قانون است و با مراجعه به قانون می‌توان آن‌ها را به دقت معین کرد؛ اما هیچ مقننی جز در موارد نادر تعیین نمی‌کند که چه مسائلی در زمره نظم عمومی و اخلاق حسنه هستند. بنابراین این روش کارآمد نیست. برخی دیگر، اخلاق را ناشی از عادات و رسوم اجتماعی، و راه شناختن آن را بررسی علمی وقایع اجتماعی دانسته و گفته‌اند: «به نظر می‌رسد دادرس باید به ندای وجدان خویش گوش فرا دهد و هر آنچه را که این عوامل گوناگون در نهاد او به وجود آورده، بررسی کند و با رجوع به عرف پارسایان اجتماع خود تشخیص دهد که آیا قرارداد با اخلاق حسنه منافات دارد یا خیر» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۵۶-۲۵۷/۳؛ همو، ۱۳۹۵ الف: ۱۸۲).

با توجه به حکم دانستن اخلاق حسنه در تعریف و جایگاه آن و در نظر گرفتن

قرائنی از قبیل بند اول ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی باید منشأ اخلاق حسنه را احکام شریعت و در صورت وجود نظام ولایت فقیه، قانون دانست.

۳-۴. قانون

قانون مجموعه قواعد و احکامی است که از سوی قانون‌گذار (یا شارع) برای تنظیم روابط فردی، خانوادگی، اجتماعی و سایر شئون زندگی (دنیوی و یا اخروی) اشخاص تصویب و اعلام می‌شود.

قوانین از حیث امکان تراضی بر خلاف آن‌ها، به امری و تکمیلی تقسیم می‌شوند. امکان تراضی بر خلاف قوانین امری وجود ندارد و در صورت وقوع تراضی مخالف آن‌ها، قرارداد باطل بوده و هیچ‌گونه اثری بر آن بار نخواهد شد؛ ولی برعکس در قوانین تکمیلی می‌توان بر خلاف آن‌ها تراضی نمود (همو، ۱۳۹۵ الف: ۱۴۹). معمولاً نوع قانون در آن ذکر نمی‌شود که برای تشخیص آن‌ها راه حل را مراجعه به فقه دانستیم. در فقه، برای هر مسئله‌ای حکمی تکلیفی که شامل وجوب، حرمت، اباحه، استحباب و کراهت می‌گردد، در نظر گرفته می‌شود. با توجه به توضیحات آتی، این تقسیم‌بندی ملاک تشخیص قانون امری و تکمیلی است.

در رابطه با اینکه چگونه مخالفت با برخی احکام موجب بطلان عقد می‌شود، باید متذکر شد که روایات مربوط به بطلان صلح و شرط در صورت تحریم حلال و تحلیل حرام، اختصاصی به صلح و شرط ندارد؛ زیرا مراد از آن، جلوگیری از تغییر حکم خداوند است و همان‌طور که برخی از فقها به درستی اشاره کرده‌اند، این حکم که عقلی و استثناء لیبی است از سوی عرف و عقلا به سایر معاملات تسری پیدا می‌کند (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ الف: ۳۰/۱-۳۱). بدین دلیل این مطلب را در اینجا ذکر کردیم که مباحث مربوط به اصل آزادی قراردادی و عوامل محدودکننده آن معمولاً ذیل قواعد شروط، صحت و لزوم عقود، تبعیت و عقد صلح در کتب فقهی مورد بحث قرار می‌گیرند و فقها معتقدند که استثنایی که ذیل عقد صلح و قاعده شروط ذکر شده، به سایر قواعد مبنایی اصل آزادی قراردادی تسری دارد، ولو اینکه در برخی از این مبانی اختلاف نظر وجود داشته باشد.

۴-۳-۱. قانون امری

در حقوق به قوانینی که نمی‌توان علیه آن‌ها تراضی نمود، قوانین امری گفته می‌شود و با توجه به ویژگی این قوانین و توضیحات بحث فقهی حق و حکم، احکام و جوب و اجمالاً حرمت این چنین بوده و به هیچ وجه موضوع تراضی بر نقل، انتقال، اسقاط و تعهد مخالف قرار نمی‌گیرند و از محدوده اراده و اختیار اشخاص خارج هستند (غروی نائینی، بی‌تا: ۲۲۳/۱). به عبارت دیگر در اثر ایجاب و تحریم شرعی، شخص مسلوب‌الاختیار می‌گردد؛ زیرا هنگامی که امری بر شخص واجب شد، قادر به ترک آن نیست و برعکس هنگامی که امری بر شخص حرام شد، قادر به فعل آن نیست (الممنوع شرعاً کالمتنع عقلاً)، در حالی که در صحت معامله و تراضی، شرط است که انجام یا ترک عمل موضوع تراضی، مقدور و تحت سلطنت و اختیار باشد و با فقدان آن، توافق باطل است. هرچند در این حالت ممکن است عمل مذکور در خارج واقع گردد، ولی وقوع آن در خارج، مصحح عقد نیست (همان: ۱۵/۱). سایر احکام نیز نمی‌توانند موضوع تراضی بر نقل، انتقال و یا اسقاط واقع شوند؛ اما با شرایطی می‌توان تعهد به انجام یا ترک آن‌ها نمود. این شرایط در بحث قوانین تکمیلی مورد اشاره قرار می‌گیرند.

علت ذکر اجمال قبل از حکم حرمت این است که دلالت نهی بر فساد در چند بخش قابل طرح است که در برخی از آن‌ها نهی بر فساد دلالت دارد و در برخی خیر. چون صحبت از بحث دلالت نهی بر فساد، از حوصله این پژوهش خارج است، صرفاً به ذکر نتایج بحث پرداخته می‌شود.

حسب اجماع و تسالم فقها، اگر نهی به رکن معامله تعلق گیرد، دلالت بر فساد دارد (حسینی مراغی، بی‌تا: ۳۸۲/۲)؛ چنان که از قاعده «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ» (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ ب: ۱۵/۱) و روایت «... وَمَا كَانَ مَحْرَمًا أَصْلَهُ، مِنْهَيًّا عَنْهُ، لَمْ يَجْزِ بَيْعُهُ وَلَا شَرَاؤُهُ» (نوری طبرسی، ۱۹۹۱: ۶۵/۱۳) نیز این نظر قابل استنباط است. همچنین اگر نهی نسبت به مسبب معامله تعلق بگیرد، موجب بطلان معامله است؛ چرا که اثر صحت معامله این است که طرفین بتوانند در مسبب آن تصرف کنند و چنین تصرفی برای آنان جایز باشد، در حالی که نهی مولوی با ایجاد حرمت، طرفین را ناتوان از تصرف در موضوع حکم می‌نماید (موسوی خویی، ۱۳۵۲: ۴۰۴/۱). اما اگر نهی به امری خارج از عقد

تعلق بگیرد، طبق نظر مشهور فقها موجب بطلان نیست (حسینی مراغی، بی تا: ۳۷۷/۲) و شاید همین امر موجب شهرت «عدم دلالت نهی بر فساد در معاملات» شده است. مواردی از نهی در معاملات نیز محل اختلاف است؛ مثل نهی از سبب. اختلاف بر سر این است که آیا نهی از سبب شدن، دلالت بر مبعوضیت مسبب دارد یا خیر؟ در فرض اخیر برخی گفته‌اند که ایجاد مسبب فقط با آن سبب منهی عنه باطل است و با سایر اسباب بی اشکال می‌باشد (مکارم شیرازی، بی تا: ۶۲۴/۱) و برخی نیز نهی از سبب را ظاهر در ارشاد به این مطلب دانسته‌اند که اثر مورد انتظار (مسبب) بر آن مترتب نمی‌شود و این همان فساد است (سبحانی، ۱۴۰۵: ۴۱۴/۱).

۲-۳-۴. قانون تکمیلی

قانون تکمیلی، قانونی است که امکان تراضی بر خلاف آن وجود دارد. مراجعه به مباحث فقهی حق و حکم نشان می‌دهد که بخش‌هایی از حق و حکم این ویژگی را دارند. با یادآوری ویژگی‌های حق و حکم آشکار می‌گردد که حکم اباحه بالمعنی الاعم قابلیت مشروط تعهد به انجام و ترک را دارد. حق نیز در جایی که تمام ویژگی‌هایش به اثبات رسیده باشد، در زمره قوانین تکمیلی محسوب می‌شود و در غیر این صورت نمی‌توان نسبت به هر کدام از ویژگی‌های آن که به اثبات نرسیده است، تراضی نمود. مشروط بودن تعهد به انجام و ترک یک عمل مباح به خاطر این است که باید به نحوی صورت گیرد که موجب تحریم حلال و یا تحلیل حرام نشود. البته در اینکه این تعهد چگونه باید صورت بگیرد تا موجب تحریم حلال و برعکس نشود، اختلاف نظر وجود دارد؛ لکن آنچه که ظاهراً در اینجا محل وفاق است آن است که اشخاص در تراضی نباید به حلال شدن حرام و یا حرام شدن حلال تصریح کنند، وگرنه عقد باطل است (نراقی، بی تا: ۱۴۸؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۲۳/۲۰۱). ممکن است ایراد شود که نفس التزام به ترک مباح، محرّم حلال محسوب می‌شود، ولو اینکه نفس ملتزم، مباح باشد. در جواب این اشکال می‌توان به مثال‌های نقضی همچون نذر و عهد و موارد مشابه آن‌ها اشاره کرد و گفت اگر اشکال فوق درست باشد، لازمه‌اش این است که در مواردی هم که اشخاص نذر می‌کنند که کاری مباح یا مکروه را ترک نمایند، التزام آن‌ها محرّم حلال

و باطل محسوب گردد، در حالی که به وسیله ادله، صحت چنین مواردی ثابت شده و بسیاری از التزامات صحیح این چنین هستند (غروی نائینی، بی تا: ۱۰۵/۲).

برخی فقها با استنباط از روایت مربوط به بطلان سوگند بر ترک شرب آب میوه و دلیل آن، شرایطی را برای صحت تعهد بر انجام و ترک فعل مباح بیان نموده اند. روایت مذکور به دلیل اینکه انسان حق ندارد حلال خداوند را حرام نماید، دلالت بر بطلان سوگند بر ترک شرب آب میوه به صورت دائمی دارد. از نظر ایشان، مفهوم روایت مذکور این است که اگر شخص بر ترک مصداقی از مباح یا بر ترک نوع آن در برهه ای اندک از زمان سوگند یاد می کرد، التزام به آن بی اشکال بود؛ ولی سوگند بر ترک مباحی نوعاً و دائماً همان طور که در روایت آمده، محرم حلال و در نتیجه باطل محسوب می شود (همان). ایشان شرایط مذکور را به توافقات اشخاص نیز تسری داده اند؛ زیرا معتقدند که روایت مذکور، ضابطه تحریم و تحلیل را بیان نموده است.

با توجه به این شرایط، باز هم در برخی موارد تردید وجود خواهد داشت؛ مثلاً تعهد بر ترک مصداقی از یک مباح یا نوع آن در مدت طولانی که شک داریم آیا موجب تحریم حلال و در نتیجه مخالف کتاب و سنت است یا خیر. در اینجا چاره ای جز مراجعه به اصل نیست. شیخ انصاری در فرض شک بین مخالفت شرط با کتاب و سنت و عدم آن، اصل عدم مخالفت را جاری دانسته، معتقد است که پس از جریان اصل می توان به عمومات تمسک نمود (انصاری، ۱۴۳۵: ۳۱/۶). برخی دیگر بر خلاف ایشان معتقدند که اصل عدم مخالفت در اینجا جاری نیست؛ زیرا مورد مشتبّه هیچ گونه سابقه ای از لحاظ مخالفت و عدم مخالفت با شرع ندارد و به عبارت دیگر همین که حکمی بیان شد، یا مخالف است یا غیر مخالف، و حالت دیگری (که عدم مخالفت سابق بر بیان باشد) ندارد تا بتوانیم آن را استصحاب کنیم (غروی نائینی، بی تا: ۱۱۱/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۱۰۱/۲-۱۱۱). در نتیجه در اینجا، امکان جریان اصل سببی استصحاب وجود ندارد و باید اصل مسببی را جاری کرد؛ زیرا در اینجا در نفوذ توافق شک داریم و اصل عدم آن است (غروی نائینی، بی تا: ۱۱۱/۲). به نظر می رسد علی رغم ایراد اصل مورد استناد شیخ انصاری بتوان به نتیجه مقصود ایشان رسید، بدین صورت که مخالفت شرط باید احراز شود نه عدم مخالفت؛ زیرا آنچه که از عمومات و اطلاقات ادله خارج شده

است، موارد ممنوع و مخالف است و مواردی که مخالفت آن احراز نشده است، داخل عموماً و اطلاعات قرار می‌گیرد (موسوی سبزواری، بی‌تا: ۲۲۴/۱۷؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱/۱۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷: ۲۹۶/۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۱۱۴؛ سبحانی، ۱۴۲۳: ۱۰).

۵. اهمیت و روش‌های تشخیص حق و حکم

۱-۵. اهمیت تشخیص حق و حکم

از آنچه گفته شد، اهمیت تشخیص عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی و قواعد تکمیلی و به عبارت دیگر حق و حکم نیز آشکار می‌شود؛ زیرا در موارد فراوانی بدون وجود این تشخیص نمی‌توان در خصوص صحت یا بطلان قرارداد یا شرط ضمن آن نظر داد. با توجه به عدم تشخیص آن‌ها از طریق قوانین و نظرات تفسیری حقوق‌دانان و در راستای راه حل ارائه‌شده توسط قانون اساسی، سعی در بررسی فقهی این قواعد شد. نتیجه این بررسی‌ها اجمالاً بر تناظر عوامل محدودکننده و قواعد تکمیلی با حق و حکم در کتب فقهی استوار گردید. با وجود این، تشخیص خود حق و حکم نیز در برخی موارد کاری دشوار است.^۱ در این مواقع فقها برای تشخیص حق و حکم راه‌هایی ارائه داده‌اند که دانستن آن‌ها برای تشخیص عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادی و قواعد تکمیلی اهمیت دارد.

۲-۵. روش‌های تشخیص حق و حکم

در ابتدا لازم است گفته شود که این اشتباه بین حق و حکم، میان حق و حکم اباحه پیش می‌آید نه سایر احکام؛ چرا که هیچ وقت اشتباه بین وجوب و حرمت به صورت همزمان با اباحه و حق بودن یک چیز رخ نخواهد داد، مگر اینکه با جریان اصل برائت، احکام وجوب و حرمت کنار زده می‌شوند و در نتیجه از میان شبهات

۱. «گفته می‌شود که تشخیص «قوانین امری» از «تکمیلی» یا «آمره» از «مخیره» امری دشوار است و به نظر ما این مسئله، ریشه در تمیز مفهوم حق و حکم و پیش از آن، درک تفاوت دقیق مفهوم حکم وضعی و تکلیفی دارد و دشواری و ناتوانی این امر از نتایج سوء فاصله گرفتن حقوق مدنی از دو دانش باارزش فقه و اصول است؛ علومی که توسعه آن‌ها از نقاط اوج تاریخ علم و تمدن اسلامی است» (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۳۳).

ذکرشده فقط شبهه بین حق و حکم اباحه بالمعنی الاعم باقی خواهد ماند. در این شبهه بین حق و حکم اباحه، برخی نظر به حکم بودن مورد مشتبه داده‌اند (فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۷۷۶/۱۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۴۳/۶)؛ اما مشهور بر این عقیده‌اند که در این مرحله (یعنی شک بین حق و یا حکم بودن) اصلی وجود ندارد و حسب مورد باید به اصول و قواعد مراجعه نمود (موسوی خویی، ۱۳۷۷: ۴۷/۲-۴۸؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۵/۱). لذا از سوی فقها در این راستا راه‌هایی برای تشخیص حق و حکم ارائه شده که به ترتیب زیر است:

الف) اولین راه حل، مراجعه به ادله جهت کشف حق یا حکم بودن است. برای کشف مراد ادله سه طریق وجود دارد:

۱- اجماع بر اینکه مورد مشتبه، حق و یا حکم است.

۲- توجه به لسان دلیل؛ به این معنا که ادله هر مورد بررسی شود و قرائن ادبی و فقهی درونی و پیرامونی آن ادله مثل وجود «لام» در دلیل مورد مشتبه - که دلالت بر اختصاص و ملکیت دارد (ر.ک: انباری، بی‌تا: ۱۹۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۰۸/۸؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۱۳۹/۴۱) - ملاحظه شود که آیا به حق یا حکم بودن آن اشاره شده یا خیر (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۵/۱). البته در مورد مراجعه به دلیل، اگر از ادله مورد خاصی، سلطنت و تفویض امر و اولویت استنباط شد، آن مورد حق است نه اینکه صرفاً به لفظ حق در روایت توجه شود؛ زیرا برخی از مواردی که در روایات، لفظ حق بر آن اطلاق شده، واقعاً حق نیستند، بلکه حکم هستند و در آن‌ها سلطنت به معنای واقعی وضع نشده است (مروج جزایری، ۱۴۱۶: ۱۴۱؛ حسنی، بی‌تا: ۳۲-۳۳). این قرائن برخی از وجوه متمایزکننده حق از حکم در زمان وضع آن‌ها هستند.

۳- بررسی آثار آن مورد مشتبه؛ بدین معنا که اگر با مراجعه به ادله، مورد مشتبه قابل نقل، انتقال و اسقاط دانسته شده بود، با توجه به اینکه هر آنچه که این آثار را داشته باشد، حق است، آن مورد حق خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۵-۵۶).

ب) در صورت عدم حصول نتیجه از راه حل اول، در مرحله بعد باید با توجه به شکی که وجود دارد، اصل عملی متناسب با آن اعمال شود. موارد زیر، شک‌های قابل تصور در این زمینه هستند:

۱- اگر در حق و حکم بودن چیزی شک شود، نقل و اسقاط آن جایز نیست و بعد از مرگ نیز انتقال نمی‌یابد (همان: ۵۶/۱؛ نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۰۸/۱)؛ زیرا ترتب و حمل این آثار بر چیزی، دایر بر احراز حق بودن آن است و با شک در حق بودن مورد مشتبه، به خاطر جریان اصل عدم شرط (احراز حق بودن)، این آثار قابل ترتب نیستند و علاوه بر این، جریان اصل استصحاب نیز چنین نتیجه‌ای به دست می‌دهد.

۲. در مورد چیزی که حق یا حکم بودن آن بر ما مشتبه است، اگر در قابلیت نقل و اسقاط آن شک کنیم، نه تنها اصل بر عدم این آثار است که از آثار وجودی حق به شمار می‌آیند، بلکه اگر حکم بودن آن، آثار وجودی نیز داشته باشد و در آن‌ها شک داشته باشیم، اصل را بر عدم می‌گذاریم (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۶/۱؛ آل بحر العلوم، ۱۳۶۲: ۱۹/۱).

ج) اگر حق بودن امری محرز بود، اما در ویژگی‌های آن شک داشتیم، برای احراز آن‌ها به نحو ذیل اقدام می‌شود:

۱- از نظر محقق طباطبایی، حق اقتضای تمام ویژگی‌های پیش گفته برای آن را دارد و اگر مانع تعبدی و تقوم به شخص یا عنوان خاصی نداشته باشد، می‌توان بر وفق آن ویژگی‌ها عمل نمود. در غیر این صورت، حسب مورد، قابلیت نقل، انتقال و اسقاط را ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۶/۱).

۲- در صورت شک در وجود منع تعبدی، مقتضای عمومات، صحت تصرفات در آن می‌باشد؛ زیرا چنان که گفته شد، حق اقتضای نقل و انتقال و اسقاط را دارد و با عدم مانع، این اقتضا فعلیت می‌یابد (همان). ولی اگر در قائم بودن حق به شخص یا عنوان خاصی شک شود و قابلیت عرفی آن حق برای نقل و انتقال و یا اسقاط احراز شود (به گونه‌ای که نزد عرف، مورد بودن شخص محرز باشد نه مقوم بودن آن)، حسب عمومات^۱ پس از صدق عرفی عناوین آن‌ها (همچون عقد، صلح، بیع، تجارت، شرط و...)، تصرفاتی که صورت گرفته و یا خواهد گرفت، صحیح است (همان؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰ الف: ۳۰-۲۹۰/۱).

۱. «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»؛ «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»؛ «تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ»؛ «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلَّ حراماً»؛ «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلَّ حراماً أو حرم حلالاً» و....

البته محقق خوئی در این فرض معتقد است که اگر قابلیت نقل (که قرینه‌ای بر عدم خصوصیت حق و در نتیجه قابلیت انتقال قهری آن است)، برای ما محرز نبود، به دلیل ظهور ادله حق در اختصاص آن به ذی حق، اصل بر عدم قابلیت نقل آن است و به عنوان ایراد بیان می‌دارد که نمی‌توان با تمسک به عمومات، این آثار (قابلیت‌های سه‌گانه) را ثابت نمود؛ چرا که تمسک به عام در شبهه مصداقیه است (موسوی خوئی، ۱۳۷۷: ۴۹/۲). به اعتقاد ایشان، عمومات صرفاً در صدد بیان نفوذ اسباب هستند (همان: ۵۰/۲).

برخی فقها به ایراد سید خوئی به نظریه اثبات قابلیت با تمسک به عمومات بدین نحو پاسخ داده‌اند که با توجه به نازل شدن عمومات و اطلاقات کتاب و سنت بر عرفیات، هر جا که قابلیت عرفی محرز باشد، پس از صدق عرفی عناوین عمومات مذکور می‌توان برای اثبات قابلیت شرعی به عمومات مذکور تمسک نمود و صرفاً فرضی که قابلیت و صدق عنوان عمومات عرفاً محرز نباشد تمسک به عمومات، تمسک به عام در شبهه مصداقیه است، نه تمام فروض (موسوی سبزواری، بی‌تا: ۲۰۶/۱۶؛ شریف کاشانی، ۱۴۳۰: ۱۵۷-۱۵۵).

همچنین باید گفت قابلیت مربوط به آن حقی را که اختصاص آن به شخص یا عنوان خاص ثابت شده باشد، نمی‌توان با تمسک به عمومات اثبات نمود، نه هر آنچه را که مردد بین اختصاص و عدم اختصاص است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۶/۱). به علاوه فقهای بزرگی همچون شیخ طوسی، فخرالمحققین، فاضل مقداد، محقق کرکی، شهید ثانی، میرزای قمی و... برای اثبات قابلیت، به عمومات تمسک می‌نمودند (امیرخانی، ۱۳۹۳: ۱۶۵).

البته گویا محقق خوئی نیز در جایی دیگر، هرچند همچنان اصرار داشته بر اینکه عمومات در صدد تنفیذ اسباب هستند، ولی نظریه اثبات قابلیت را پذیرفته است؛ بدین نحو که اگر قابلیت (از نظر شرعی و یا) از نظر عرفی و عقلایی محرز باشند، می‌توان با تمسک به عمومات، حکم به صحت تصرفات داد (موسوی خوئی، بی‌تا: ۲۸-۲۷/۲).

نتیجه گیری

۱. نظم عمومی با مسئله حفظ نظام جامعه انسانی، ارتباط و قرابت تام دارد و مصادیق آن در زمره احکام قرار می گیرد که حسب نوع آن، دارای آثار مختلفی نظیر بطلان توافق بر خلاف آن خواهد بود.
۲. اخلاق حسنه، مسئله مشابهی در کتب فقهی نداشته و صرفاً برخی از مصادیقی که در زمره توافقات مخالف اخلاق حسنه قلمداد شده اند، در زمره احکام قرار می گیرند که حسب نوعشان می توانند منجر به بطلان قرارداد گردند.
۳. قانون امری به دلیل اینکه نمی تواند موضوع ترازی و تغییر و تحول قرار گیرد، با حکم وجوب و حرمت متناظر است.
۴. قوانین تکمیلی، همان احکام اباحه هستند که به شرط دائمی و نوعی نبودن تعهدات مخالف، می توان نسبت به آنها قرارداد منعقد نمود. حق نیز که ماهیتاً از امور اعتباری است، در صورتی که ویژگی های قابلیت نقل، انتقال و اسقاط برای آن به اثبات برسد، همانند قوانین تکمیلی است.
۵. برای تشخیص حکم از حق باید در مرتبه اول به دلیل مراجعه نمود و به دنبال کشف ماهیت موضوع مشتبه از طریق قرائن و یافتن آثار و یا اجماع بود. در صورتی که این طریق نتیجه ندهد، چاره، مراجعه به اصل عملی عدم و نیز استصحاب است که با توجه به آن، نه حق بودن و نه حکم بودن و نه ویژگی های سه گانه مذکور هیچ کدام به اثبات نمی رسد؛ بلکه در این فرض صرفاً اگر کسی قصد نقل و انتقال و یا اسقاط داشته باشد، توافقات وی بی اثر محسوب می شود. همچنین با توجه به مشتبه بودن حق و حکم در این فرض، در صورتی که شخص بخواهد نسبت به اعمال یا ترک مورد مشتبه تعهد نماید، باید قدر متیقن یعنی شروط لازم برای تعهد نسبت به اباحه را رعایت کند.
۶. اگر حق بودن چیزی معلوم بود، ولی برخی از ویژگی های آن مورد تردید بود، در صورتی که عرفاً دارای آن ویژگی باشد و منع شرعی یا اختصاص به شخص یا عنوان خاص نداشته باشد، با تمسک به عمومات، قابلیت مورد نظر به اثبات می رسد و می توان نسبت به آن، تصرفات لازم را انجام داد.

کتاب‌شناسی

۱. آل بحر العلوم، سید محمد بن محمد تقی، *بلغة الفقیه*، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۳۶۲ ش.
۲. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *جواهر الفقه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
۳. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، چاپ سی و هفتم، تهران، اسلامی، ۱۳۹۵ ش.
۴. امیرخانی، عبدالله، *البیع*، تقریرات دروس سید محمد رضا مدرس یزدی، قم، دار التفسیر، ۱۳۹۳ ش.
۵. انباری، ابوالبرکات عبدالرحمن بن محمد بن ابی سعید، *اسرار العربیه*، بیروت، شرکت دار الارقم بن ابی الارقم، بی تا.
۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، قم، ذوی القربی، ۱۴۳۷ ق.
۷. همو، *کتاب مکاسب*، چاپ پنجم، قم، مجمع فکر اسلامی، ۱۴۳۵ ق.
۸. تهانوی، محمد علی بن علی، *کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم*، لبنان، مکتبه لبنان ناشرون، بی تا.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۱۰. جوهری، اسماعیل بن حمّاد، *الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیه*، چاپ سوم، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۹۸۴ م.
۱۱. حسینی روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق علیه السلام*، چاپ سوم، قم، دار الکتاب، ۱۴۱۴ ق.
۱۲. حسینی شیرازی، سید محمد، *الفقه، القواعد الفقهیه*، بی جا، مرکز الثقافی الحسینی، بی تا.
۱۳. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
۱۴. رشتی گیلانی، میرزا حبیب الله، *کتاب القضاء*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۱ ق.
۱۵. ساکت، محمد حسین، *حقوق شناسی (دیباچه ای بردانش حقوق)*، مشهد، نخستین، ۱۳۷۱ ش.
۱۶. سبحانی، جعفر، *تهذیب الاصول*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۷. همو، *دراسات موجزة فی الخیارات و الشروط*، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۳ ق.
۱۸. همو، *رسائل فقهیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۹ ق.
۱۹. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۵۴ م.
۲۰. شریف کاشانی، ملا حبیب الله، *عدم صحة الصلح عن حق الرجوع*، کاشان، مرسل، ۱۴۳۰ ق.
۲۱. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ سیزدهم، تهران، مجلد، ۱۳۹۶ ش.
۲۲. طباطبایی بروجردی، سید حسین، *الحاشیه علی کفایة الاصول*، قم، انصاریان، ۱۴۱۲ ق.
۲۳. طباطبایی حکیم، سید محسن، *نهج الفقاهه*، قم، ۲۲ بهمن، بی تا.
۲۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۵. همو، *حاشیه مکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
۲۶. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، حاشیه سید محمد کلاتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۷. همو، *تمهید القواعد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۸. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *القواعد و الفوائد*، قم، کتاب فروشی مفید، بی تا.
۲۹. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمد حسین، *حاشیه کتاب مکاسب*، قم، مطبعة علمیه، ۱۴۱۹ ق.
۳۰. غروی نائینی، میرزا محمد حسین، *منیة الطالب فی حاشیه مکاسب*، تهران، المکتبه المحمدیه، بی تا.

۳۱. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *التعليقات على العروة الوثقى*، قم، مركز فقهی ائمه اطهار عليه السلام، ۱۴۲۲ ق.
۳۲. فاضل هندی، بهاء الدين محمد بن حسن اصفهانی، *كشف اللثام والابهام عن قواعد الاحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، بی تا.
۳۳. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن يوسف، *ايضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۳۴. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، *الوافی*، اصفهان. کتابخانه امام امیرالمؤمنین عليه السلام، ۱۴۰۶ ق.
۳۵. قاسم زاده، سید مرتضی، *حقوق مدنی؛ مختصر قراردادها و تعهدات*، چاپ دهم، تهران، دادگستر، ۱۳۹۲ ش.
۳۶. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، چاپ چهاردهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵ ش. (ب)
۳۷. همو، *فلسفه حقوق*، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ش.
۳۸. همو، *قواعد عمومی قراردادها؛ مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد*، چاپ سیزدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵ ش. (الف)
۳۹. همو، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، چاپ سی و چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲ ش.
۴۰. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۴۱. مامقانی، ملاعبدالله بن محمد حسن، *نهاية المقال فی تکملة غاية الآمال*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ ق.
۴۲. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، چاپ سی و هشتم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۴۳. همو، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸ ش.
۴۴. مدرسی، سید محمد تقی، *الاستفتاءات*، چاپ دوم، بیروت، مرکز العصر، ۱۴۳۳ ق.
۴۵. مروج جزایری، سید محمد جعفر، *نظرة فی الحقوق، احکامها و اقسامها*، قم، مؤسسه دار الکتاب جزایری، ۱۴۱۶ ق.
۴۶. مقرئ فیومی، احمد بن محمد بن علی، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم، دار الهجرة، بی تا.
۴۷. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، قم، مدرسة الامام علی بن ابی طالب عليه السلام، ۱۳۷۰ ش.
۴۸. همو، *انوار الاصول*، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین عليه السلام، بی تا.
۴۹. همو، *بحوث فقهیه هامه*، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین عليه السلام، ۱۴۲۲ ق.
۵۰. همو، *کتاب النکاح*، قم، مدرسة الامام علی بن ابی طالب عليه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۵۱. منتظری، حسینعلی، *نظام الحکم فی الاسلام*، تهران، سرایی، ۱۳۸۰ ش.
۵۲. موسوی خمینی، سید روح الله، *الرسائل العشره*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
۵۳. همو، *المکاسب المحرمه*، چاپ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق. (ب)
۵۴. همو، *تحریر الوسیله*، چاپ دوم، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۹۰ ق.
۵۵. همو، *صحیفه نور*، تهران، سروش، ۱۳۶۹ ش.
۵۶. همو، *صحیفه نور*، تهران، شرکت افست، ۱۳۶۱ ش.
۵۷. همو، *کتاب البیع*، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق. (الف)

۵۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *اجود التقريرات فی علم الاصول*، تقریرات دروس محمدحسین غروی نائینی، قم، کتابفروشی مصطفوی، ۱۳۵۲ ش.
۵۹. همو، *محاضرات فی الفقه الجعفری*، تقریر سیدعلی حسینی شاهرودی، قم، دارالکتاب الاسلامی، بی تا.
۶۰. همو، *مصباح الفقاهه*، قم، مکتبه الداوری، ۱۳۷۷ ق.
۶۱. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، قم، دارالتفسیر، بی تا.
۶۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۶۳. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *منیة الطالب فی شرح المکاسب*، تقریرات دروس محمدحسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۶۴. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، بی جا، بی تا، بی تا.
۶۵. نوری طبرسی، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، چاپ سوم، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۹۹۱ م.

