

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۴، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷

صفحات ۶۷۷-۷۰۶

## مبانی فلسفی اسقاط حق در فقه اسلامی و حقوق غرب

ابراهیم تقی‌زاده\*

دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور

(تاریخ دریافت: ۹۵/۶/۲۳؛ تاریخ پذیرش: ۹۷/۸/۲)

### چکیده

موضوع اسقاط حق در اغلب رشته‌های حقوقی مطرح شده است. برای ارزیابی و قضاوت در زمینه صحت یا بطلان این عمل حقوقی، معیارهای مختلفی از قبیل خودمختاری، کارایی (فایده) و مصلحت پیشنهاد شده‌اند. ریشه این معیارها را باید در گفتمان «فلسفه حق» جست‌وجو کرد. بنابراین، پرداختن به مبانی فلسفی اسقاط حق یک ضرورت است. در این مقاله با مرور ایده‌های مطرح‌شده در خصوص حق در فقه اسلامی از یک‌سو و نظریات ارائه‌شده توسط فلاسفه و حقوقدانان غربی از سوی دیگر، معیارهای ارزیابی اسقاط حق، شناسایی و مقایسه خواهند شد. در فقه اسلامی این موضوع در ضمن مباحث مربوط به حق و حکم بررسی شده است. حق در تفکر اسلامی در قالب مصلحت، تحلیل و قضاوت می‌شود. در میان نظریه‌پردازان حق در جهان غرب نیز، نظریه‌های مختلفی ارائه شده که دو نظریه اراده و سود، از شهرت و طرفداران بیشتری برخوردار است. بر اساس نظریه اراده، تسلط ذی‌حق بر موضوع حق، اساسی‌ترین ویژگی یک حق محسوب می‌شود. نظریه سود نیز با تقلیل حق به فایده، سودمندی را اصلی‌ترین کارویژه برای حق می‌داند. از نگاه سودگرایان، حق ابزاری در خدمت خیر عمومی است و چنانچه رفاه جامعه به‌عنوان یک کل اقتضا کند، قربانی کردن حق‌های شخصی مجاز خواهد بود. لذا در اسقاط حق، اراده ذی‌حق نقش ثانوی دارد. این بررسی نشان داد که آرای برخی فقها، با نظریه اراده هماهنگ است؛ ولی نگرش غالب در فقه اسلامی به مصلحت متکی است که مشابهت‌هایی با نظریه سود دارد، اما تفاوت اساسی این دو در این است که مصلحت در تفکر اسلامی جنبه دروندینی و در تفکر غربی، جنبه انسانی دارد.

### واژه‌های کلیدی

اسقاط حق، حق و حکم، مصلحت، نظریه انتخاب، نظریه فایده.

\* نویسنده مسئول، رایانامه: taghizaadeh@gmail.com

## تعریف‌های حق

### تعریف حق در حقوق غرب

در آثار نویسندگان عرصه فلسفه حق، تعریف‌های گوناگونی از حق به چشم می‌خورد. قبل از ذکر مهم‌ترین تعریف‌ها، لازم به یادآوری است که اغلب این موارد، حول محور «حق داشتن» می‌چرخد، نه «حق بودن». یک مرور تاریخی کوتاه، به‌خوبی تغییر نگرش‌ها از حق بودن به سمت حق داشتن را نشان می‌دهد.

مفهوم حق آن‌گونه که امروز راجع به آن بحث می‌شود، در تفکر یونانی مطرح نبوده است. فلاسفه یونان آنجا که از حق سخن گفته‌اند، بیشتر به «حق بودن» و درستی عمل نظر داشته‌اند تا «حق داشتن» (Finnis, 1980: 206).

در رم باستان، "اولپین" حقوقدان رومی معتقد بود که حق (ius) یعنی اینکه هر کسی به حقش برسد. به تعبیر وی، حق هر شخص چیزی بود که متناسب با نقش و جایگاه هر فرد، به وی داده می‌شود. به‌عنوان مثال از نظر او، کسی که پدر خود را بکشد، حقش این است که در کیسه‌ای پر از مار انداخته شود (Tierney, 1997: 16).

در خصوص نقطه آغاز تفکر بشر راجع به «حق» وحدت نظر وجود ندارد. به‌زعم برخی تفکر انسان نسبت به مقوله حق‌ها تا قبل از قرن چهاردهم نظم و سامانی نداشته است. برخی نیز قرن دوازدهم میلادی را نقطه آغاز می‌دانند و عده‌ای تلاش برای یافتن آیشخور تاریخی را بی‌نتیجه می‌پندارند (جونز، ۱۳۹۲: ۱۱).

در قرون هفدهم و هجدهم، فیلسوفان تعریف‌هایی از حق ارائه کردند. "هابز" در کتاب گفت‌وگو درباره حقوق عرفی می‌گوید: «حق آزادی‌ای است که قانون به من داده است» و در فصل چهاردهم کتاب لویاتان و در صفحه ۲۶۰ می‌نویسد: «حق دربرگیرنده آزادی انجام یا ترک یک فعل است». از نظر «جان لاک»، «مفهوم آزادی، مفهوم قدرت هر فرد بر انجام یا ترک یک فعل است» (راسخ، ۱۳۹۳، ج ۲: ۱۸۷). «هوگو گروسیوس» حقوقدان هلندی سده‌های شانزدهم و هفدهم (۱۵۸۳ - ۱۶۴۵) در کتاب «جنگ و صلح» می‌نویسد: «حق، ویژگی اخلاقی شخص است، شخصی که صلاحیت دارد چیزی را تملک کند یا کاری را

انجام دهد» (Grotius, 1925: 35). «ویلیام بلک استون» حقوقدان انگلیسی قرن هجدهم معتقد است که بشر، موجودی آزاد بوده که قوه تشخیص خوب و بد به او داده شده است و قدرت انتخاب اعمالی را دارد که به نظرش بهتر است، بنابراین، حق چیزی جز نتیجه آزادی نیست (Blackston, 1825: 125).

ویژگی مشترک نظریات فلاسفه قرون هفدهم و هجدهم و قبل از آن، این است که حق را از مقوله حق انتخابی پنداشته‌اند. حق انتخابی به حوزه‌ای از آزادی مربوط است که در آنجا صاحب حق، عملی را برای انجام دادن انتخاب می‌کند. در واقع در قلمرو مذکور، فرد «حاکم» خویش است. به علاوه این حق، متضمن حدی از حاکمیت بر دیگران هم هست، زیرا حاکمیت شخص بر خویش در عمل دامنه آزادی دیگران را محدود می‌کند (راسخ، ۱۳۹۳، ج ۱: ۱۸۳).

فلاسفه معاصر غربی نیز تعریف‌هایی از حق ارائه کرده‌اند:

حق داشتن به معنای داشتن یک ادعای معتبر و موجه است (Feinberg, 1970: 257). حق در معنای دقیق خود، چیزی جز ادعا نیست (Hohfeld, 1919: 36). این تعریف، بسیار شبیه عبارتی است که «کانت» در کتاب «فلسفه حقوق» خود آورده است؛ آنجا که می‌گوید: «حق به معنای دقیق، با قدرت الزام کردن توأم است» (کانت، ۱۳۸۳: ۷۰).

مهم‌ترین معنای حق، ترکیبی از امتیاز و ادعاست (Mackie, 1979: 169). حق، اجازه‌ای است فارغ از هرگونه شرط، حق‌ها به ما می‌گویند که دارنده آنها در انجام دادن چه چیزی آزاد هستند (Louden, 1983: 95). حق‌ها صرفاً بازتاب فعل یا ترک فعل دیگران هستند و ما مستقلاً هیچ حقی نداریم (Williams, 1968: 125). یک حق، یک شیوه ایجادشده برای رفتار است (Martin, 1993: 1). شخصی که به دیگری می‌گوید من نسبت به فلان چیز حق دارم، در مقام گفتن این نکته نیست که آن امر، امر درستی است؛ بلکه می‌خواهد بگوید که تو حق مداخله نداری و در صورتی که من بخواهم، آن کار را انجام دهم (Raz, 1994: 275). تصور یک حق مشکل است، مگر اینکه آن حق، قابلیت اعمال داشته باشد (Hart, 1982: 185). حق قدرتی است که یک مخلوق باید داشته باشد (Plamenatz, 1938: 82).

حق، اساساً یک حق مالی است (Steiner 1994: 93). حق‌ها، دارایی ما هستند، چیزهایی که ما مالک آنها هستیم (Feinberg 1973: 75). حق عبارتست از اختیار تفویضی به یک فرد برای انجام دادن امری، همراه با حق مطالبه آن که متنازماً تکلیفی برای دیگری وجود دارد (دل وکیو، ۱۳۸۶: ۱۰۸). حق یک ادعای موجه در برابر دیگران در خصوص چیزی است که شخص آن را متعلق به خود می‌داند (Orend, 2002: 17). حق چیزی است که اعمال شود، به دست آید، از آن بهره برده شود، مورد ادعا قرار گیرد، درخواست یا اعلام یا بر آن پافشاری شود، تأمین شود، از آن صرف‌نظر یا تسلیم شود (White, 1984: 90).

در نخستین نگاه و با ملاحظه این تعابیر و تعاریف متفاوت، ذهن ما حکایت فیل در تاریکی را به یاد می‌آورد که هر کسی به فراخور آنچه لمس می‌کرد، اظهار نظر کرد. این تعریف‌ها به شدت از دیدگاه‌های اخلاقی و سیاسی نظریه‌پردازانی متأثر است که در زمینه حق‌ها اظهار عقیده کرده‌اند.

اینک از منظر اسقاط حق به این تعریف‌ها می‌نگریم و بررسی می‌کنیم که کدام تعریف از حیث جامعیت، مفهوم اسقاط حق را نیز پوشش می‌دهد.

بدیهی است آنهایی که حق را بر مبنای تکلیف تعریف می‌کنند، تعریفشان جامعیت لازم برای پوشش دادن مفهوم اسقاط حق را ندارد (ویلیامز) زیرا صرف‌نظر کردن از یک حق، هیچ ملازمه‌ای با مکلف بودن دیگران ندارد. اینجاست که می‌توان از «نظریه همبستگی» انتقاد کرد. این نظریه دارای دو عنصر است: اول اینکه برای هر حق، تکلیف همبسته‌ای وجود دارد و دوم اینکه برای هر تکلیفی، یک حق همبسته وجود دارد (جونز، ۱۳۹۰: ۳۴). «آلن وایت» با اعتقاد به اینکه هر حقی به‌طور منطقی متضمن یک تکلیف نیست، از این نظریه انتقاد می‌کند. بر اساس تحلیل وایت ملازمه حق و تکلیف یک امر کاملاً اتفاقی است و بسیاری حق‌ها وجود دارند، حتی اگر تکلیفی وجود نداشته باشد (White, 1984) البته وایت، حق اسقاط حق را به‌عنوان مثال ذکر نکرده است. بنابراین، این سخن «رز» که استناد به حق به‌معنای ایجاد تکلیف برای تأمین منفعت فردی خاصی است (Raz, 1986: 166) تعریف کاملی محسوب نمی‌شود.

همچنین تعریف‌هایی که «ادعا» در آنها نقش محوری دارد نیز، دربرگیرنده تعریف اسقاط حق نیستند، چه اینکه عنصر ملازم ادعا «مطالبه» از دیگران است، در حالی که هنگام صرف نظر کردن از یک حق، اصولاً چیزی از دیگران مطالبه نمی‌شود. حتی می‌توان گفت پس از اسقاط حق، این دیگران هستند که در برابر ذی‌حق، مدعی به‌شمار می‌آیند و می‌توانند به استناد اسقاط حق، وی را از مداخله منع کنند. به‌عنوان مثال اگر کسی از مال خود اعراض و دیگری آن را تملک کند، مالک سابق نمی‌تواند به استناد حق سابق، ادعایی داشته باشد. بنابراین تعریف‌های ارائه‌شده توسط «فینبرگ»، «هوفیلد» و «مکیه» به‌لحاظ نقش محوری ادعا در آنها جامعیت لازم را ندارند. البته این یادآوری لازم است که تحلیل آقای هوفیلد به‌طور کلی، اسقاط حق را نیز دربر می‌گیرد. زیرا یکی از شاخه‌های این تحلیل حق - قدرت است که بر اساس آن ذی‌حق می‌تواند نسبت دیگری با یک رابطه حقوقی را تغییر دهد (راسخ، ۱۳۹۳، ج ۱: ۱۴۸). به‌عنوان مثال چنانچه «الف» مبلغ یک میلیون تومان از «ب» طلبکار باشد، می‌تواند حالت «ب» را که «مدیون» است، از طریق ابرای دین تغییر دهد.

تعریف‌های «لودن» و «هارت» از حیث نقش محوری «قدرت اعمال» دربرگیرنده اسقاط حق هم هست، ولی تعریف آلن وایت از این حیث به‌لحاظ تصریحی که در خصوص «صرف نظر کردن» دارد، نسبت به سایر تعریف‌ها پذیرفتنی‌تر است. در فرهنگ حقوقی «بلک» اسقاط حق این‌گونه تعریف شده است: «ترک کردن، رها کردن و صرف نظر از یک ادعا یا امتیاز و واگذار کردن یک حق یا یک ادعا به‌طور ارادی» (BLACK'S LAW DICTIONARY, 1580 7th ed. 1999).

برخی نیز اسقاط حق را، انتخاب آگاهانه صاحب حق تعریف کرده‌اند (Dix, 1977:205).

با در نظر گرفتن تمام تعاریف ارائه‌شده از حق، می‌توان اسقاط حق را این‌گونه تعریف کرد: «صرف نظر کردن از یک ادعا، امتیاز یا یک قدرت قانونی به نحو آگاهانه و ارادی که شخص را به‌طور دائم یا موقت از مزایای ادعا، امتیاز یا قدرت مذکور محروم می‌نماید». در این تعریف، عناصری آمده که نیاز به توضیح و توجیه دارد. در تعریف اصطلاحی ادعا

گفته‌اند: «عملی است قانونی که مدعی به موجب آن تقاضا و درخواستی را در دادگاه به نزد قاضی برای صدور حکم و احقاق حق وی طرح می‌کند» (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸: ۱۴۴). اگرچه این تعریف از حیث محدود کردن مرجع شنونده ادعا به قاضی، واجد اشکال است، دربردارنده معنای ادعاست. در واقع جوهر ادعا قدرت مطالبه در پناه قانون است. در تقسیم‌بندی هوفیلد از حق‌ها یکی از اقسام حق، حق - ادعاها هستند. یک حق - ادعا ضرورتاً حقی است در مقابل دیگری یا دیگری که تکلیف مرتبگی در قبال دارنده حق بر عهده دارند؛ یعنی با نبود آن تکلیف هیچ حق ادعایی وجود نخواهد داشت (جونز، ۱۳۹۲: ۳۱). حال باید دید آیا حق - ادعاها مطلقاً اسقاط‌پذیر هستند؟ برای پاسخ به این سؤال باید محتوای حق - ادعاها را تعیین کرد. از جمله نظریاتی که در این خصوص ارائه شده، تفکیک میان حق - ادعاها مثبت و حق - ادعاها منفی است. حق - ادعاها مثبت، حق بر اموال یا خدمات معینند و از این جنبه «مثبت» نامیده می‌شوند که با پاسخ مثبت از سوی افرادی ملازمه دارند که تکالیف متناظر بر عهده ایشان است، مانند حق بهره‌مندی از حمایت یا حق بر دریافت غرامت. حق ادعاها - منفی حق بر عدم مداخله است و از این حیث «منفی» نامیده می‌شوند که جز اقدام منفی یا خودداری دیگران، نیازمند چیز دیگری نیست، مانند حق بر عدم توهین و حق بر عدم ورود به ملک (جونز، ۱۳۹۲). تقسیم‌بندی دیگری که در این خصوص ارائه شده، تقسیم حق - ادعاها به «حق بر شخص» و «حق بر نوع» است. حق بر شخص، حقی محسوب می‌شود که در مقابل شخص یا اشخاص معینی مطرح می‌شود؛ در حالی که حق بر نوع حقی است که در مقابل تمام اشخاص مطرح‌شدنی باشد (Rainbolt, 2006: 22).

### معیارهای تفکیک حق اسقاط‌شدنی از اسقاط‌ناپذیر

به نظر می‌رسد می‌توان از این معیارها برای تفکیک و شناسایی حقوق اسقاط‌شدنی از حقوق اسقاط‌ناپذیر استفاده کرد. به‌عنوان مثال ماده ۲۸۹ قانون مدنی در تعریف «ابراء» آورده است: «ابراء عبارت از این است که دائن از حق خود به اختیار صرف‌نظر کند». حق دینی از جمله حقوق مثبت و نوعی و حق بر شخص است. مثبت از آن جهت، که چنین

حقی با تکلیف مدیون به ادای دین خود ملازمه دارد و حقی است بر شخص، از آن جهت که صرفاً در مقابل مدیون قابل طرح است. حق دینی در تحلیل هوفیلد از حق‌ها به اعتبار تکلیف مدیون به ادای دین، حق - ادعا و به اعتبار توانایی دائن بر صرف نظر کردن از دین خود به طور یکجانبه، حق - قدرت محسوب می‌شود. در قانون‌های ما معیار صریحی برای تمایز حق اسقاط‌شدنی از حق اسقاط‌ناپذیر به چشم نمی‌خورد؛ ماده ۹۵۹ قانون مدنی بیان می‌دارد که: «هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب نماید». از این ماده، جواز سلب حق مدنی به‌طور جزئی استنباط می‌شود. کما اینکه خود قانون مدنی اسقاط حق شفعه (ماده ۸۲۲)، اسقاط خیرات (ماده ۴۴۸) و اسقاط حق عزل وکیل (ماده ۶۷۹) را پیش‌بینی کرده است. با دقت در این مصادیق می‌توان به‌وضوح دریافت که قانون مدنی اصل قابلیت اسقاط حق بر شخص یا حقوق مثبت را پذیرفته است؛ بنابراین در خصوص مصادیق مردد، ابتدا باید دید حق موضوع بحث، جزو حقوق مثبت یا حقوق بر شخص هست یا خیر؟ چنانچه بتوان حق مورد بحث را در این دسته جای داد، اصل بر این است که صاحب حق می‌تواند بدون هیچ قید و شرطی از آن صرف نظر کند.

بر اساس آنچه گفته شد، با تشخیص نوع حق می‌توان در خصوص مصادیق مردد، تصمیم درستی اتخاذ کرد.

### اصل حاکم بر حق‌های منفی یا حق بر نوع

اینک وقت آن است که ببینیم در خصوص حق‌های منفی یا حق بر نوع، چه اصلی حاکم است؟

یکی از مصادیق بارز حق بر نوع، حق مالکیت است؛ حقی که اگر توسط جامعه پذیرفته و تصدیق نشود، هیچ ارزشی ندارد (پیلوار، ۱۳۹۲: ۵۳). تقریباً تمام نظام‌های حقوقی «حق اخراج از مالکیت» را به‌عنوان یکی از امتیازات مالکیت پذیرفته‌اند. در نظام‌های اقتصادی لیبرال و تابع نظام فردگرایی، این حق به‌حدی مهم است که آن را قلب نظام مالکیتی لیبرالی دانسته‌اند (پیلوار، ۱۳۹۲: ۹۳). منظور از «حق اخراج» این است که مالک می‌تواند با مال

خویش کاری کند که پس از آن دیگر مالکش نباشد و به عبارتی مال را از مالکیتش خارج کند. یکی از مصادیق این امتیاز، اعراض مالک از مال خویش است. ماده ۵۴۴ قانون مدنی فرانسه به صراحت قدرت اعراض را از ویژگی‌های مالکیت می‌داند. از مفاد ماده ۱۷۸ قانون مدنی ایران نیز می‌توان فهمید که اعراض، سبب قطع رابطه مالکیت میان شخص و مال می‌شود و آن را در زمره اموال مباح درمی‌آورد. اعراض از شاخه‌های سلطه‌ای است که مالک بر مال خود دارد و می‌تواند آن را تا جایی که با قانون برخورد پیدا نمی‌کند، به کار برد. به عبارت دیگر اصل، آزادی مالک در اسقاط حق خویش است و موانع این آزادی را باید در قانون‌ها جست‌وجو کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۴۴۵). اما این بدان معنا نیست که در حق بر نوع، اصل آزادی اسقاط حق باشد. از آنجا که اغلب حق‌هایی که حق بر نوع هستند، از جمله حقوق بشری و بنیادین به‌شمار می‌روند؛ اصل، عدم جواز اسقاط این‌گونه حق‌هاست، زیرا قدرت بر اسقاط حق، حق درجه دومی است که قابلیت از بین بردن حق‌های درجه اول را ندارد (Follesdaland Maliks, 2013: 29). بنابراین می‌توان گفت حقوقی که امروزه به انسان به‌عنوان یک انسان تعلق می‌گیرد، از جمله حقوق «درجه اول» به حساب می‌آیند که ذی‌حق، قدرت اسقاط آنها را ندارد. انسان از آن نظر که انسان است، آنچنان ارزش و موقعیتی دارد که به هیچ‌وجه نباید به حریم او تجاوز کرد و وظیفه اصلی حق‌ها، پاسداری از این ارزش‌هاست. همه بر اساس اصل برابری (که آن نیز مبتنی بر کرامت ذاتی انسان است) از این حق‌ها برخوردارند (راسخ، ۱۳۹۲، ج ۲: ۲۴۵). از اینجا می‌توان فلسفه وجودی مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی را که اسقاط کلی حق و سلب حریت را ممنوع می‌کند، به خوبی درک کرد. نوع دیگر از حق‌ها، حق - قدرت است. حق - قدرت، حقی محسوب می‌شود که به ما توانایی تغییر در روابط حقوقی را می‌دهد. توانایی اشخاص در خرید و فروش مایملک خود، حق ازدواج، طلاق، وصیت، حق اقامه دعوا و ابرای ذمه بدهکار، از جمله مصادیق بارز حق - قدرت‌ها هستند. نداشتن این حق‌ها به معنای نداشتن توانایی بر انجام دادن آنهاست (جونز، ۱۳۹۲: ۴۳). باید به یاد داشته باشیم که قدرت در معنای حقوقی از معنای غیرحقوقی آن متمایز است. به‌عنوان مثال افراد قانوناً این حق را دارند که ازدواج کنند، اما



اگر فردی فاقد امکانات لازم برای اداره زندگی زناشویی باشد، با وجود توانایی قانونی در عالم واقع، فرد این توانایی را ندارد. آیا چنین حق‌هایی اسقاط‌شدنی هستند یا خیر؟ آیا این امکان وجود دارد که در یک قرارداد خرید و فروش، مشتری حق فروش مبیع را برای همیشه یا موقتاً از خود سلب کند؟ آیا یک شرکت هواپیمایی می‌تواند در قرارداد خود با یک مهماندار، بر سلب حق ازدواج در ایام استخدام با مهماندار توافق کند؟ آیا مرد می‌تواند در برابر زن، حق طلاق خود را اسقاط کند؟ یافتن پاسخ سؤالات فوق مستلزم شناسایی مبنا یا مبانی حق است. به عبارت بهتر باید دید چنین حق‌هایی بر چه اساسی توجیه شده‌اند؟ بدیهی است اگر اصل «آزادی و خودسامانی» را به‌عنوان مبنا بپذیریم؛ افراد مجاز خواهند بود که بر این مبنا چنین حق‌هایی را اسقاط کنند؛ چرا که بر اساس این نظریه، تصمیمی که افراد در مورد خودشان می‌گیرند؛ قطعاً عادلانه است. لیکن اگر از دریچهٔ مکتب «اصالت سود» به این موضوع بنگریم، پذیرش چنین حقی برای افراد در گرو تأمین سود حداکثری است. در فقه اسلامی به‌نظر می‌رسد بتوان با استفاده از مباحث مربوط به مقاصد شریعت، پاسخ این سؤالات را یافت.

### تعریف حق در فقه اسلامی

در آثار فقهی، مباحثی به «حق» اختصاص یافته است. در خصوص مفهوم حق، بین فقها اتفاق نظر وجود ندارد. از جملهٔ مباحثی که در ضمن آن به حق توجه کرده‌اند، بحث «حق و حکم» در فقه اسلامی است.

از نظر مرحوم «نایینی» حق، سلطه‌ای است که برای صاحب آن جعل شده است، بر این اساس که ذی‌حق بتواند از آن دست بکشد و اختیار آن به دست ذی‌حق باشد (نایینی، ۱۳۷۳: ۹۹). ایشان قابلیت اسقاط را کامل‌ترین معیار برای تشخیص حق می‌دانند و تقسیم حق‌ها به اسقاط‌شدنی و اسقاط‌ناپذیر را بلاوجه می‌پندارند. مؤلف «بلغه الفقیه» نیز همین تلقی را از حق دارند آنجا که می‌نویسند: «حق سلطه‌ای است که بر دیگری قرار داده شده؛ خواه اینکه دیگری مال یا شخص یا هر دو باشد» (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۳). همچنین گفته‌اند که حق سلطتی است که ذی‌حق بر من علیه‌الحق دارد (حکیم، بی‌تا: ۱۰). در جای

دیگر گفته‌اند: حق، حکم وضعی قابل اسقاط است (صدر، ۱۴۲۰: ۲۳۰). برخی از معاصران بر این باورند که: «حق چیزی جز حکم شرع و یا عقل نیست که برای خاطر مصالحی که دارند، اعتبار می‌شود» (شوشتری، ۱۴۲۷: ۲۳۳). ایشان حق را مطلق سلطنت می‌دانند نه سلطنت بر افعال خارجی، همچنین دیدگاهی را که قائل به وحدت حق و حکم است؛ صحیح نمی‌دانند و در نقد این نظریه می‌نویسند: «نمی‌توان حکم و حق را امر واحدی دانست و یا به لفظی دیگر می‌توان گفت حکم شرع و یا حکم عقلا، همان امر و نهی است که از طرف آنان صادر می‌گردد و سبب می‌شود که مکلف، ملزم به انجام فعلی و یا ترک فعلی شود و این خطابی است که متوجه «من علیه الحق» می‌شود، اما حق امری است که از شئون و اختیارات «من له الحق» است. اینکه شارع مقدس، حق را در بسیاری از موارد از لوازم حکم قرار نداده است، برای مثال در حق قصاص، حکم به جواز قصاص نکرده، بلکه جعل سلطنت از برای ولی دم نموده است و جعل سلطنت ارتباطی با جعل حکم ندارد. یا برای مثال درباره حدود شرعی که در روایات وارده گردیده که حق الله هستند، یعنی سلطنت مجازات و اختیار آن در اختیار خداوند است، در حالی که این حقوق هیچ‌گونه ارتباطی با حکم ندارند، زیرا، در حدود، حکمی به خداوند تعلق نگرفته است، تا بتوان حکم مذکور را حق به حساب آورد. بنابراین از مطالبی که گفته شد به دست می‌آید: اولاً ملک، نوعی از حق است؛ ثانیاً حکم، عین حق نیست» (شوشتری، ۱۴۲۷: ۲۳۴). مرحوم «اراکی» نیز حق را سلطنتی می‌دانند که جهت رعایت حال و رفاه دارنده آن اعتبار شده است و اتفاقاً به همین دلیل حق‌ها را اسقاط‌پذیر می‌پندارند (اراکی، ۱۴۱۵، ج ۱: ۱۲).

در «فقه عامه» نیز تعریف‌هایی از حق ارائه شده است؛ «ابن‌قیم» حق را امری می‌داند که از باب مصلحت ذی‌حق وضع شده است و قابلیت اسقاط دارد (ابن‌قیم، ۱۴۱۱: ۱۰۸). گاهی از حق به‌عنوان چیزی که انسان نسبت به آن استحقاق دارد، یاد شده است (ابن‌نجیم، بی‌تا: ۱۴۸). معاصران نیز تعریف‌های تقریباً مشابهی از حق ارائه کرده‌اند. برخی در تعریف حق گفته‌اند: «اختصاصی است که شارع آن را امضا کند؛ خواه سلطه ایجاد کند یا تکلیف» و برخی دیگر آن را مصلحتی می‌دانند که از نظر شرع مورد استحقاق است (الحسنی، ۱۳۸۳: ۳۷۳).

«آیت الله خویی» در کتاب «مصباح الفقاهه» مجعولات شرعی را شش گونه توصیف می‌کند: تکلیفی الزامی مانند واجبات، تکلیفی غیرالزامی مانند مستحبات و مکروهات، وضعی لزومی فسخ‌شدنی مانند بیع، وضعی لزومی فسخ‌ناشدنی مانند نکاح، وضعی ترخیصی اسقاط‌پذیر مانند حق خیار و وضعی ترخیصی اسقاط‌ناپذیر مانند حکم جواز در عقود جایز (خویی، بی تا: ۴۵ - ۴۶). بر اساس این تقسیم‌بندی، حق‌ها احکام وضعی اسقاط‌شدنی هستند. ایشان معتقد است که حق و حکم، هر دو امر واحدی هستند که اعتباری صرفند که قوام آنها به همین اعتبار محض است. بنابراین وجهی برای تقسیم مجعولات شرعی به حق و حکم وجود ندارد. زمام تمام احکام حدوثاً و بقائاً به دست شارع است، گاهی به بقای حکم نظر دارد و گاه ارتفاع آن را اجازه می‌دهد. این فقیه در توجیه اتحاد حق و حکم می‌نویسد: «لفظ حق در لغت به معنای ثبوت است، بنابراین، اطلاق آن به هر چیزی که در ظرف مناسبت استقرار یابد صحیح است، خواه این استقرار تکوینی باشد خواه اعتباری، بنابراین، مفهوم حق تمام مجعولات شرعی را دربر می‌گیرد» (خویی، بی تا: ۴۷). شهید صدر در دفاع از این دیدگاه با بیان اینکه هر حقی حکم و هر حکمی حق است، می‌نویسد: «آن چیز اساسی که حکم را حکم می‌کند، این است که حکم یک مجعول شرعی یا قانونی است؛ به عبارت دیگر این جعل شارع یا قانونگذار است که حکم را حکم کرده است. حق نیز جعل شارع یا قانونگذار است در راه مصلحت مکلف و ارفاق به او؛ بنابراین حق‌ها احکامی هستند که از ناحیه شارع یا مقنن جعل شده‌اند» (صدر، ۱۴۲۰: ۲۲۶). همچنین از آنجا که احکام تابع مصالح و مفاسد هستند و از طرفی حق نیز از باب مصلحت جعل شده، می‌توان گفت هر حکمی، حق است. «البخاری» از فقهای حنفی نیز چنین عقیده‌ای دارد. وی در «کشف‌الاسرار» می‌نویسد که حق همان حکم و آن خطاب خداوند است که به افعال مکلفان تعلق می‌گیرد، از طریق اقتضا و تخییر. احکام شریعت چهار گونه‌اند: گاهی حکم، حق‌الله محض است، گاهی حق‌الناس محض، گاه ترکیبی از این دو با غلبه حق‌الله و گاه با غلبه حق‌الناس (البخاری، بی تا: ۱۳۴). در واقع آنگاه که از حق سخن گفته می‌شود، منظور احکامی است که جنبه حق‌الناس در آنها غلبه دارد (شاطبی،

۱۴۱۷: ۳۱۷). در عین حال این عقیده نیز وجود دارد که هر جا حق الناس باشد، حق الله هم هست، زیرا حق خداوند این است که از امر وی متابعت شود و در حق الناس باید حق ذی حق مراعات شود که امتثال امر الهی نیز شده باشد (القرافی، بی تا: ۱۴۰).

به نظر می‌رسد در جمع این نظریات می‌توان گفت که حکم دارای دو معنای اعم و اخص است. حکم در معنای اعم تمام هر آنچه از جانب شرع جعل شده است را شامل می‌شود و از این لحاظ می‌توان قائل به وحدت حق و حکم شد. زیرا حق و حکم، هر دو مجعول شارع هستند و هر دو در راستای مصالح انسان جعل شده‌اند. از طرف دیگر، آنجا که حکم متضمن امر و نهی خطاب به مکلفان است، از آنجا که این مکلف، صرفاً من علیه الحق است، در واقع چنین حکمی، حکم به معنای اخص خواهد بود که در این صورت امری متفاوت از حق است.

### مبانی فلسفی اسقاط حق فقه اسلامی

برای جست‌وجوی مبانی حق و اسقاط آن باید در فلسفه احکام در فقه اسلامی مذاقه کرد. «محقق حلی» احکام شریعت را مبتنی بر مصلحت می‌داند و در تعریف مصلحت می‌گوید: «مصلحت، عبارت است از آنچه با مقاصد انسان در امور دنیوی یا اخروی یا هر دو موافق بوده و نتیجه آن به دست آوردن منفعت یا دفع ضرر می‌باشد» (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۲۲۱). «فاضل مقداد»، فقیه قرن نهم هجری در کتاب «التنقیح الرائع» می‌نویسد: «کمال انسان در جلب منفعت و دفع ضرر است و منفعت یا موقت است یا پایدار، جلب منفعت موقت با مباحث معاملات، اطعمه و اشریه و ازدواج صورت می‌پذیرد و جلب منفعت پایدار با عبادات و دفع ضرر نیز با قصاص و مانند آن حاصل می‌گردد... شرایع آسمانی برای حفظ پنج امر یعنی دین، جان، مال، نسب و عقل آمده‌اند. دین با عبادات و جان با تشریح قصاص و نسب، با ازدواج و توابع آن چون حدود و تعزیرات و اموال، با عقود و تحریم غصب و سرقت؛ عقل با تحریم مسکرات و حدود و تعزیرات و تمام آنها با دادرسی و شهادت حفظ می‌گردد» (سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۱۵). «صاحب جواهر» نیز بر این

باور است که از روایات و سخن فقهای امامیه فهمیده می‌شود که تمام احکام مربوط به معاملات و غیر آن برای تأمین مصالح دنیوی و اخروی مردم که عرفاً مصلحت و فایده نامیده می‌شوند، تشریح شده‌اند (دهقان چاچکامی، ۱۳۹۰: ۳۶). تبعیت احکام از مصالح در میان فقهای متأخر امامیه نیز از مقبولیت زیادی برخوردار است (صدر، ۱۴۲۰). در میان فقهای عامه تبعیت احکام از مصالح و مفاسد، طرفداران بسیار دارد. «ابن قیم جوزی» تعبیری دارد به این شرح: «همانا اساس شریعت بر مصلحت و سود افراد انسان در معاد و معاش پایه‌گذاری شده است و آن دادگری و رحمت و حکمت است و هر امری که از عدالت به‌سوی ستم و از مصلحت به مفسده و از حکمت به عبث گراید، از شریعت نیست» (ابن قیم، بی‌تا، ج ۳: ۳). «صاحب شرح المنهاج» معتقد است که هدف قانون‌های اجتماعی که عبارت از جلب منافع و رفع و دفع مفاسد از مردم است، بر عقل و منطق استوار است. به عبارت دیگر پایه قانون‌ها بر این استوار است که در مصالح، اصل اباحه و جواز و در مفاسد، اصل منع و جلوگیری عملی شود (محمضانی، ۱۳۸۶: ۱۷۰). «القرافی» حقوق‌بندگان را دایرمدار مصلحت و مفسده می‌داند و بر این باور است که حرمت ربا و غرر برای صیانت از مال، حرمت مسکرات برای صیانت از عقل، حرمت زنا برای صیانت از نسل، حرمت قتل و جرح برای صیانت از اعضا و جوارح و سلامت انسان است (القرافی، بی‌تا: ۱۴۱). از نظر «عزالدین عبدالسلام»، همه احکام به مصالح این جهان و آن جهان مردم بستگی دارد و خداوند از بندگی مردم بی‌نیاز است، نه از فرمانبرداری انسان‌ها سودی می‌برد و نه گناهکاری مردم برایش زیانی دارد (بن عبدالسلام، ۱۴۱۴: ۷۰). نکته‌ای که ذکر آن در این مقطع بسیار ضروری خواهد بود، این است که نگاه فقهای اسلامی به مصلحت (که اساس تشریح در اسلام را تشکیل می‌دهد) یک نگاه «درون‌دینی» است. این معنا در سخن «غزالی» به‌خوبی پیداست آنجا که می‌گوید: «مصلحت در اصل، جلب منفعت و دفع ضرر است، ولی مقصود ما این نیست؛ چون جلب منفعت و دفع ضرر، مقصود خلق است و صلاح خلق در دست یافتن به مقاصدشان است. بلکه مراد ما از مصلحت، حراست از مقصود شریعت است و مقصود شریعت، پنج امر است: حفظ دین، جان، عقل، نسل و

ثروت. هر آنچه به حفظ این‌ها بینجامد، مصلحت است و هر آنچه این‌ها را از میان برد، مفسده است» (غزالی، ۱۴۱۳: ۱۷۴). «طوفی» در «ارشاد الفحول» می‌گوید: «مصلحت بر حسب شریعت یعنی اسبابی که مقصود شارع را در عبادات و عادات تأمین کند. از این اسباب، برخی را شارع برای حقوق خود خواسته، مانند عبادات و برخی را برای سود بندگان و نظم زندگی آنان در نظر گرفته است، مانند رفتارهای عرفی» (الحسنی، ۱۳۸۳: ۳۶۵). «شوکانی» در ارشاد الفحول می‌نویسد: «منظور از مصلحت، حفظ مقاصد شرع است با دور کردن مفسده‌ها از مردم» (شوکانی، ۱۴۱۹: ۲۴۲). «بوطی» از نظریه‌پردازان معاصر عرب، مصلحت را از جهت وزن و معنا مانند منفعت می‌داند و در این زمینه معتقد است که میزان و معیار مصلحت در شریعت اسلام، ملحوظ داشتن زندگی دنیا و آخرت با هم است و در مقام تراحم، مصالح آخرت مقدم است و به همین علت امیال و احساسات در آن راه ندارد. در حالی که معیار مصلحت نزد دانشمندان اخلاق، تنها منافع دنیوی است، زیرا تنها امور و مظاهر زندگی دنیوی، معیار لذت‌ها و دردهایی است که اساس سود و فایده را در نظر فایده‌گرایان تشکیل می‌دهد. هر چند شاید احیاناً به مناسبت‌هایی از دین سخن به میان بیاورند (دهقان چاچکامی، ۱۳۹۰: ۴۰ - ۴۱).

«شهید مطهری» مبتنی بودن احکام اسلام بر مصالح و مفاسد را این‌گونه بیان می‌کند: «قوانین اسلامی به اصطلاح امروز، در عین اینکه آسمانی است، زمینی است، یعنی بر اساس مصالح و مفاسد موجود در زندگی بشر است. به این معنا که جنبه مرموز و صد درصد مخفی و رمزی ندارد که بگوید حکم خدا به این حرف‌ها بستگی ندارد، خدا قانونی وضع کرده و خودش از رمزش آگاه است. نه، اسلام اساساً خودش بیان می‌کند که هر چه قانون وضع کرده‌ام بر اساس همین مصالحی است که یا به جسم شما مربوط است یا به روح شما؛ به اخلاق شما، به روابط اجتماعی شما، به همین مسائل مربوط است؛ یعنی یک امور به اصطلاح مرموزی که عقل بشر هیچ به آن راه نداشته باشد، نیست. ما می‌بینیم قرآن اشاره می‌کند به مصالح و مفاسدی که در احکامش وجود دارد، به‌علاوه این امر جزو ضروریات اسلام است» (مطهری، ۱۳۶۸: ۲۷). ایشان در زمینه مصلحت می‌نویسد: «مسئله مصلحت را

نباید با منفعت خلط کرد، چرا که مصلحت دایرمدار حقیقت است، مصلحت، یعنی رعایت حقیقت را کردن، نه رعایت سود خود را نمودن، که این منفعت است. دروغ مصلحت‌آمیز غیر از دروغ منفعت‌خیز است؛ اولی برای احقاق یک حقیقت است، اما دومی برای سودجویی و چه بسا امانت‌ه حقیقت باشد» (مطهری، ۱۳۶۲: ۴۹). ایشان در کتاب «اسلام و مقتضیات زمان» آورده است: «مصلحت یعنی آنچه مورد نظر اسلام است و منفعت یعنی آنچه مورد نظر من است» (مطهری، ۱۳۷۴: ۸۳). ملاحظه می‌شود نگاه این عالم فقید به مصلحت نگاهی درون‌دینی است. اینک که مصلحت همان محافظت از مقاصد شریعت است، پس باید در قضاوت خود به‌طور جدی به مقاصد شریعت توجه داشته باشیم. ماحصل کلام اینکه، در فقه اسلامی حق‌ها مبتنی بر مصالح هستند. اما برای شناسایی حق‌های اسقاط‌پذیر از حق‌هایی که اسقاط‌شدنی نیستند، بر اساس این تفکر چه معیاری می‌توان به‌دست داد؟

### معیار تفکیک

در آثار فقهی اسلامی در خصوص ارائه معیاری برای تفکیک حق‌های اسقاط‌شدنی از غیر آن، مباحث چندانی مطرح نشده است. «محقق اصفهانی» امکان اسقاط و نقل و انتقال حق را تابع ادله آن حق شمرده است. مثلاً حق ولایت حاکم به دلیل حاکم بودن او و حق وصایت وصی به دلیل وجود ویژگی‌ای در او، به آنها اعطا شده است، بنابراین ولایت و وصایت، انتقال‌شدنی نیستند یا مثلاً حق شفعه، فقط برای پیشگیری از ضرر احتمالی شریک است و انتقال این حق به دیگران معقول نیست. شماری از فقها، انتقال حق را به کسی که حق به گردن اوست، صحیح ندانسته‌اند؛ البته انتقال قهری این حقوق، در صورتی که سبب آن فراهم باشد، ممکن است، مانند حق شفعه و حق خیار (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۴۸ - ۵۰). بنابراین برای تمیز حق‌های اسقاط‌شدنی از غیر آن، در خصوص هر مورد باید به ادله آن مورد رجوع کرد.

«شیخ عبدالله مامقانی» ضمن پذیرش حق‌های اسقاط‌ناپذیر نوشته است: «همانا سقوط (حق) به سبب اسقاط و قابلیت انتقال به غیر به سبب نقل و به وارث به موت، از لوازم دائمی حق نیست. به‌درستی که گاهی اوقات ربط در مقام جعل بین شخص و مجعول

وجود دارد، ولی حق با اسقاط ساقط نمی‌شود و با ناقل به غیر و با فوت به وارث منتقل نمی‌شود یا به دلیل مانعی که در اینجا وجود دارد، همچنانکه در حق استمتاع است یا قوت ارتباط و علاقه مانند حق ربوبیت و مولویت و ابوت، بلکه در مطلق اقسام ولایت؛ بنابراین هر حقی موروث و ساقط‌شدنی و قابل انتقال نیست و نه هر چه به ارث نمی‌رسد و ساقط نمی‌شود و انتقال نمی‌یابد حکم باشد. به کوتاه سخن ضابطه‌ای در میان نیست و دلیلی بر کلیت از طرفین مسئله دیده نمی‌شود و به‌ناچار در هر مورد باید از دلیل خاص آن پیروی کرد» (مامقانی، ۱۳۵۰: ۴).

بعضی دیگر عقیده دارند که برای تشخیص حق‌های اسقاط‌پذیر باید به «سیره عقلا» و «ارتکاز عرفی» توجه کرد. توضیح اینکه عقلای عالم بنابر مصالح، برخی حق‌ها را قابل اسقاط و برخی دیگر را اسقاط‌نشدنی می‌دانند (حائری، ۱۴۲۳، ج ۱: ۱۳۷). به نظر «بحرالعلوم» گاهی منشأ حق، علت تامه آن است، مانند حق ولایت. در این فرض، اسقاط یا نقل و انتقال حق محال است، چون معلول از علت تامه خود تخلف نمی‌پذیرد؛ اما اگر منشأ حق از قبیل مقتضی باشد و حق به شخص معینی اختصاص داشته باشد، اسقاط حق امکان‌پذیر است، ولی انتقال آن با اختصاص یادشده منافات دارد. هرگاه حق مختص به شخص معین نباشد، علاوه بر اسقاط، نقل و انتقال آن هم جایز است، مانند حق خیار، زیرا مقتضی، موجود است و مانع (علت تامه یا اختصاص) مفقود (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۱: ۱۷ - ۱۸).

به نظر می‌رسد بر اساس تقسیم‌بندی مصالح بر اساس تأثیری که بر استواری امت اسلام دارند، صورت گرفته است، دستیابی به معیار شناسایی تسهیل خواهد شد. مصلحت به اعتبار فوق به مصالح ضروری، مورد نیاز و تحسینی تقسیم شده است. «مصلحت ضروری» چیزی است که امت با کلیت و افراد امت به آن نیازمندند؛ به‌گونه‌ای که بدون آن، امر امت استوار نشود و اگر از بین برود، زندگی انسان به تباهی می‌انجامد (الحسنی، ۱۳۸۳: ۳۱۷). «شاطبی» در خصوص ضروریات می‌نویسد: «ضروریات مصالحیند که زندگی دینی و دنیوی انسان به آن بستگی دارد؛ به‌گونه‌ای که اختلال آن در حیات دنیوی موجب نقصان در مصالح دنیوی و مجازات و خسران در جهان آخرت می‌شود» (شاطبی، ۱۴۱۷، ج ۲:



۱۷). بنابراین می‌توان گفت حق‌هایی که لازمه رسیدن به سعادت و ساماندهی زندگی بشری هستند، در زمره ضروریات قرار می‌گیرند که اسقاط آنها ممکن نیست، زیرا قائل شدن به جواز اسقاط این‌گونه حق‌ها، به معنای نفی سعادت دنیوی و اخروی انسان است. مثلاً حق حیات، لازمه بهره‌مندی از زندگی است، حریت انسان نمی‌تواند قابلیت سلب و اسقاط داشته باشد، چرا که انسان را در ردیف سایر حیوانات قرار می‌دهد. بدیهی است اسقاط این‌گونه حق‌ها، ولو به صورت جزئی هم باشد، پذیرفتنی نیست. مصالح ضروری که در کتب فقهی بر آنها تأکید شده است عبارتند از: حفظ دین، حفظ جان، حفظ عقل، حفظ ثروت و حفظ نسل و نسب. بنابراین هر حقی که در جهت حفظ این مقاصد جعل شده است اسقاط‌شدنی نیست. بر این اساس است که برخی شرط عدم نزدیکی در نکاح دائم را باطل و مبطل می‌دانند، زیرا این شرط متضمن اسقاط حق نزدیکی است (ناظمی‌زاده و نیک‌دوستی، ۱۳۹۲: ۱۹۹). دسته دوم از مصالح مصالحی هستند که از آنها تحت عنوان «حاجیات» یاد می‌شود. حاجیات، مصالحی هستند که بدون آنها به مصالح پنج‌گانه خلیلی وارد نمی‌شود، ولی اگر این‌گونه مصلحت‌ها رعایت نشوند، مردم در عسر و حرج قرار می‌گیرند، اما حیات آنها مختل نمی‌شود (شاطبی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۱). به‌عنوان مثال اولویت مادر در حضانت فرزند در هفت سال اول زندگی؛ این حق اگر چه در برابر پدر اسقاط‌شدنی است، شاید رشد جسمی و عاطفی طفل را با مشکل مواجه کند. به‌نظر می‌رسد در خصوص حاجیات نمی‌توان به صورت مطلق قائل به جواز اسقاط حق شد؛ چرا که مصلحت جامعه به‌عنوان یک کل اقتضا می‌کند که فرزندانی با رشد جسمی عاطفی مطلوب داشته باشد. مضافاً اینکه جواز اسقاط چنین حقی مصالح طفل را به مخاطره می‌افکند. از همین مثال می‌توان استفاده کرد و شرط عدم تعلق موضوع حق به غیر را به‌عنوان یکی از ویژگی‌های حق اسقاط‌شدنی استنباط کرد. دسته سوم مصالح به «تحسینات» معروفند. «غزالی» در تعریف تحسینات گفته است: «مقصود از این دسته مصالح، چیزهایی است که نه به ضرورت و نه به حاجت بازمی‌گردد، بلکه جایگاه آنها به آسان‌سازی زندگی و رعایت پسندیده‌ترین شیوه در عبادات و عادات است» (غزالی، ۱۴۱۳:

۱۷۵). در واقع مصلحت‌ت‌حسینی آن است که رشد و کمال جامعه به‌وسیله آن تأمین می‌شود و معیار آن مکارم اخلاقی و رعایت آداب و رسومی است که با اصول شریعت ناسازگار نیست (الحسنی، ۱۳۸۳: ۳۱۹). در حوزه حق‌ها بیشتر حق‌های شخصی در این دسته قرار می‌گیرند. مانند حق زن بر نفقه گذشته، حق دائن در برابر مدیون و ... بر اساس آنچه گفته شد، می‌توان از قالب تقسیم‌بندی مصالح برای تقسیم‌بندی حق‌ها بهره گرفت و به‌عبارت دیگر حق‌ها را به حیاتی، مورد نیاز و تحسینی تقسیم کرد. نتیجه‌ای که از این تقسیم‌بندی به‌دست می‌آید این است که حق‌های حیاتی، مطلقاً اسقاط‌ناپذیرند. اسقاط حق‌های مورد نیاز تابع تشخیص دادگاه و تأثیر آن بر نظم عمومی است و حق‌های تحسینی مطلقاً اسقاط‌پذیرند.

همچنین در این زمینه، مصالح به مصالح عمومی و خصوصی تقسیم شده‌اند؛ «مصالح عمومی» به لحاظ اختصاص به خداوند اسقاط‌شدنی نیستند. لکن «مصالح خاص»، مشروط به آنکه سبب فوت مصلحت عمومی یا جلب مفسده عمومی نباشند، اسقاط‌شدنی هستند. بنابراین می‌توان گفت اسقاط در حوزه حقوق شخصی نیز ضوابط خاص خود را دارد. به این معنا که اگر اسقاط حق در یک ضرورت فطری اختلال ایجاد کند، اسقاطی سفیهانه و در نتیجه مجاز نخواهد بود. برای مثال جسم و جان انسان در اختیار انسان نیست که حقوق مربوط به آنها را اسقاط کند. چنانچه میان مصالح تعارضی به‌وجود آید با رجوع به جایگاه مصلحت، مصلحت بزرگ‌تر انتخاب می‌شود. چنانکه ایمان بر جان و جان بر مال مقدم است (الحسنی، ۱۳۸۳: ۳۷۵ - ۳۷۷).

### اسقاط حق در آئینه نظریات حق در حقوق غربی نظریه سود (اصالت فایده)

یکی از نظریاتی که در موجه‌سازی حق‌ها سهم عمده‌ای از تفکر حقوقی فلسفی را به خود اختصاص داده، نظریه «اصالت سود» است. این نظریه عدالت و سودمندی را یکی می‌داند و تلاش می‌کند که عدالت را تا حد سودمندی تقلیل دهد. ریشه این مکتب به مکتب «هدونی» یا «سیرنائیک» برمی‌گردد که بنیانگذار آن «آریس تیب دوسیرن» است. این طرز

تفکر توسط «جرمی بنتام»، «جان استوارت میل»، «چارلز داروین» و «هربرت اسپنسر» به اوج رسید (دل وکیو، ۱۳۸۶: ۲۲۸).

از نظر «بنتام» یک نظام حقوقی عقلانی باید حق قانونی را که در راه رفاه همگانی مانع ایجاد می‌کند، معلق کند. او از نظام سنتی کامن‌لا انتقاد می‌کرد، چون این نظام را با خیر همگانی و سودهای واقعی هماهنگ نمی‌دانست. از نظر وی هر حق معینی که مانع خیر عمومی باشد، باید کنار گذاشته شود (تیبیت، ۱۳۸۶: ۱۶۹). جان استوارت میل نیز اگرچه با افکار بنتام مخالفت می‌کرد، تلاش کرد که نظریه سودانگاری را با این استدلال که با حقوق اخلاقی و عدالت سازگاری دارد، اصلاح و تکمیل کند. از نگاه میل، تنها چیزی که همچون هدفی فی‌نفسه در نظر گرفته می‌شود، سود یا سعادت همگانی است. او این‌گونه استدلال می‌کرد که گسترش احترام به آزادی و حقوق فردی آن‌گونه که در حق آزادی بیان، آزادی مذهبی، حق انتخاب شیوه زندگی و مانند اینها آشکار می‌شود، تأثیر فراوانی بر سلامت جامعه دارد و سرکوب تفاوت و خلاقیت فردی سرانجام به نابودی جامعه می‌انجامد. تمام سخن میل این است که احترام اخلاقی و قانونی به آزادی و حقوق فردی، در پایان سودانگاران است و چنین احترامی در خدمت سود جامعه به‌عنوان یک کل خواهد بود (تیبیت، ۱۳۸۶: ۱۷۰). اسپنسر نیز تلاش کرد اصالت سودجویی عقلی خود را در مقابل اصالت سودجویی تجربی بنتام قرار دهد. از نظر وی حقوق بر سودجویی استوار شده، ولی نه در معنای «هدونی» آن که التذاذ است، بلکه در معنای زیست‌شناختی آن، یعنی منطبق کردن خود با دیگران، با محیط و شرایط زندگی از طریق توارث (دل وکیو، ۱۳۸۶: ۲۳۰). «مک کورمیک» از نظریه‌پردازان معاصر عقیده دارد که ویژگی اساسی قواعد موجد حق این است که هدف خاص این قواعد، حمایت یا بهبود منافع یا خیر افراد است (Maccormick, 1982: 192). از نظر «دیوید لیونز» یک فرد تنها در صورتی نسبت به تعهد یا تکلیف دیگری دارای حق خواهد بود که آن شخص، منتفع مستقیم و مد نظر آن تعهد یا تکلیف باشد (Lyons, 1969: 176). «جوزف رز» در تعریف خود از حق به مفهوم نفع، ارزش کلیدی می‌دهد و معتقد است که یک شخص تنها در صورتی دارای حق خواهد بود

که نفع او دلیل کافی برای مکلف شدن دیگری باشد (Raz, 1986: 166). به‌طور خلاصه می‌توان گفت که سودگرایی رایج‌ترین شکل نتیجه‌گرایی است که سودمندی را به‌عنوان خیر نهایی معرفی می‌کند و نتیجه می‌گیرد که هر چیزی تا آنجا ارزش دارد که نفع را ارتقا ببخشد یا ضرر را کاهش دهد (جونز، ۱۳۹۲: ۸۵). این طرز تفکر از انتقاد مصون نمانده است؛ از جمله ایرادهای وارد شده به نظریه مذکور این است که حقوق قانونی تا اندازه‌ای مانعی بر سر راه سود به‌شمار می‌روند. اگر هیچ‌گونه پیش‌فرضی درباره حقوقی که بر سودها برتری دارند، موجود نباشد و حقوق تا اندازه‌ای به خیر همگانی تبدیل شود، به هیچ معنای روشنی نمی‌توان از حق‌ها سخن گفت. حق‌ها در این قالب فکری، سودهای پاسداری‌شده‌ای خواهند بود، آن هم تا هنگامی که مزاحم دانسته نشوند. در حالی که حقوق تنها هنگامی اهمیت دارد که احتمال انکار آن وجود داشته باشد و این دقیقاً هنگامی است که برای مردم مزاحم تلقی شود یا ناخوشایند باشد (تبیث، ۱۳۸۶: ۱۷۰). از طرفی سود و فایده یک چیز است و حق و تکلیف یک چیز دیگر و اختلاف ریشه‌ای این مقوله‌ها، از طریق وجدان اخلاقی و حقوقی هر شخص درک‌شدنی است. اگر حقوق دیگران مورد احترام است و امر مقدسی شناخته می‌شود، از آن جهت نیست که این امر مفید به‌نظر می‌رسد، بلکه از جهت معرفت ما به ارزش و اعتبار حق، فارغ از هرگونه فکر سودمندی و سودجویی است (دل و کیو، ۱۳۸۶: ۲۲۹).

سودگرایان با اسقاط حق‌ها به‌طور کلی مخالفند، چرا که چنین عملی فی‌نفسه امری ضرری خواهد بود. برای مثال اینکه ما به افراد اجازه نمی‌دهیم از خود سلب حریت کنند، به این دلیل بوده که ضرر ناشی از سلب حریت، بسیار و به‌مراتب از ضرری که در اثر منع افراد از این کار حاصل می‌شود، بیشتر است (wilen berg, 2003: 292). البته اگر معیار را ضرر شخصی یا اجتماعی در نظر بگیریم، نتیجه متفاوت خواهد بود. تفکرات پدرمآبانه که به رفاه به‌عنوان یک هدف نهایی می‌نگرند، از محدودیت‌ها و مداخله‌ها در حوزه حق‌ها دفاع می‌کنند؛ در نتیجه انصراف از یک حق همیشه بر مبنای تصمیم ذی‌حق استوار نخواهد بود (wilen berg, 2003: 293)؛ برای مثال حق زوجه بر نفقه را در نظر بگیریم. آیا زن

می‌تواند حق خود نسبت به نفقه در آینده را اسقاط کند؟ تصور کنیم اکثر زنان یک جامعه حق خود بر نفقه آینده را اسقاط کنند، چه خواهد شد؟ بی‌شک اولین پیامد چنین اجازه‌ای فروپاشی خانواده‌ها و ایجاد اخلال در روند پرورش جسمی و روحی کودکان آن جامعه خواهد بود. فلسفه وضع چنین الزامی برای مرد خود به روشنی گویای موضوع است. طرفداران نظریه سود، کارویژه یک حق را تأمین منافع دارنده آن می‌دانند؛ وقتی می‌گویند کسی نسبت به یک شیء حق مالکیت دارد؛ به آن معنا نیست که مالک دارای کنترل بر روی آن مال است، بلکه به این دلیل است که مالکیت، منافع مالک را بهتر تأمین می‌کند. زمانی که می‌گوییم متعه‌تله در مقابل متعهد حق مطالبه دارد، به آن معنا نیست که وی می‌تواند متعهد را به انجام دادن موضوع تعهد اجبار کند، بلکه منظور ما این است که انجام دادن موضوع تعهد می‌تواند متعه‌تله را در موقعیت بهتری قرار دهد. بنابراین ما تنها نسبت به اموری حق داریم که برای ما بهتر هستند. با این ادبیات، حق یک ذی‌حق برای اسقاط حق خود به حداقل ممکن می‌رسد، زیرا صرف نظر کردن از یک حق، غالباً با سود توأم نیست. به دیگر سخن حق دایرمدار سودمندی است و از آنجا که اسقاط حق به نوعی حذف این سودمندی خواهد بود، پس خود نمی‌تواند به عنوان یک عمل سودمند تلقی شود، بنابراین اسقاط حق جایز نیست، مگر اینکه جایگزین معادلی برای آن در نظر گرفته شود (Rubin, 1981:537). اما این نتیجه نباید ما را از نظریه منفعت در حوزه اسقاط حق ناامید کند. همان‌گونه که ما برای توجیه حق اسقاط حق به مبنا نیازمندیم، گاهی برای ایجاد مانع بر سر این حق نیز نیازمند یک نظریه موجه‌ساز هستیم. به نظر می‌رسد «نظریه فایده» در مباحث مربوط به موانع اسقاط حق کمک شایان توجهی می‌کند. اگر چه در حوزه حقوق خصوصی اولاً و بالذات اشخاص آزادند تا در خصوص اعمال حقوق و آزادی‌های شخصی خود تصمیم بگیرند و از هرگونه مداخله در امان باشند، محصور ماندن در این قالب سنتی به شدت منافع عمومی را دچار مخاطره خواهد کرد. از این رو ضروری است که با وارد کردن گفتمان حق‌های اساسی و نظم و منفعت عمومی در حقوق خصوصی، جامعه را از خطرات اعمال حق‌های خصوصی (اصل جواز اسقاط حق توسط ذی‌حق) در امان

نگه داشت و به نوعی نفع فردی و نفع جمعی را آشتی داد (Collins, 2007). به نظر می‌رسد آموزه‌های نظریه فایده در این راه به کار می‌آید.

### نظریه اراده یا انتخاب

یکی از رقبای جدی نظریه سود، نظریه «اراده یا انتخاب» است. بر اساس این نظریه، یک حق، یک «قلمرو کوچک حاکمیتی» به صاحب خود می‌دهد که شخص در آن قلمرو به طور بلامنازع حکمرانی می‌کند (Hart, 1982: 183). بر این اساس، خاصیت حق این است که به دارنده، قدرت کنترل نسبت به وظیفه‌ای را می‌دهد که دیگران در مقابل وی دارند. به بیان دیگر نظریه اراده ارتباطی قوی میان حق و کنترل‌های هنجاری برقرار می‌کند. داشتن حق به این معناست که ذی‌حق این توانایی را دارد که تعیین کند دیگران چه باید بکنند و چه نباید بکنند. در واقع صلاحیت کنترل، محوری‌ترین موضوع در نظریه اراده محسوب می‌شود. شاید به همین دلیل است که «هارت» عقیده داشت داشتن یک حق قانونی، مستلزم دارا بودن امکان و انتخابی است که از سوی قانون مورد حمایت قرار گرفته باشد (Hart, 1982: 183).

هارت در جای دیگری می‌نویسد که تصور صحیح از یک رابطه حق - تکلیفی، تصور زنجیری نیست که دو فرد را نسبت به یکدیگر ملزم خواهد کرد، بلکه تصور زنجیری است که فرد را مکلف می‌کند و طرف دیگر که صاحب حق است و بر اجرای تکلیف کنترل دارد، می‌تواند آن‌گونه که مناسب می‌بیند، از حق خود استفاده کند (Hart, 1967: 58). همچنین به نظر هارت در حقوق مدنی کامل‌ترین شکل این کنترل، خود را نشان می‌دهد: صاحب حق می‌تواند از حق خود صرف‌نظر کند یا تکلیف را از بین ببرد یا آن را آن‌گونه که هست، بگذارد بماند؛ بعد از نقض یا تهدید به نقض تکلیف، او می‌تواند اجرای تکلیف مربوط را درخواست نکند یا اینکه از طریق اقامه دعوا، مطالبه غرامت کند؛ او می‌تواند پس از صدور حکم پرداخت غرامت از دریافت آن صرف‌نظر کند (Hart, 1982: 184). سؤالی که در خصوص کنترل تکلیف دیگران جای طرح دارد، این است که در خصوص حق -

آزادی‌ها و حق - قدرت‌ها این کنترل چگونه اعمال می‌شود؟ آیا در خصوص این گونه حق‌ها می‌توان از اسقاط حق سخن گفت؟

طرفداران نظریه انتخاب در خصوص حق - آزادی‌ها و حق - قدرت‌ها این گونه از موضع خود دفاع می‌کنند که هر کدام از این حق‌ها دربرگیرنده آزادی و اختیار دوجانبه مبنی بر انجام دادن یا ندادن و استفاده یا عدم استفاده است. در نتیجه نبود «انتخاب» به معنای نبود حق و وجود آن به معنای وجود حق خواهد بود. واقعیت این است که حتی با فرض پذیرش چنین توجیهی این نظریه قادر نیست که در قالب «انتخاب» حق - مصونیت‌ها را تحلیل کند. با وجود این برخی معتقدند که نظریه انتخاب یک منطق اصولی و ادبیات مناسب برای حق‌ها فراهم کرده است (Kearns, 1975:478). همچنین این نظریه به لحاظ ارتباط عمیقی که میان حق‌ها و حمایت از خودسامانی اشخاص برقرار می‌کند، ستایش شده است (Sumner, 1987:88). «جونز» عقیده دارد زبانی که ما در ارتباط با حق‌ها بیشتر به کار می‌بریم، متضمن آموزه‌هایی است که اساس نظریه انتخاب را تشکیل می‌دهند. ما در گفت‌وگوهای روزمره خود از مردمی صحبت می‌کنیم که حق‌هایی دارند که می‌توانند آنها را «اجرا کنند»، بر آنها پافشاری داشته باشند یا از آنها «صرف نظر کنند». این عبارات متضمن این معنا هستند که حق چیزی است در اختیار ما و در واقع چیزی است که به ما قدرت انتخاب می‌دهد (جونز، ۱۳۹۲: ۶۱).

نظیر این مباحث را در فقه اسلامی می‌توان یافت. از نظر «مرحوم نایینی»، حق سلطه‌ای است که برای صاحب آن جعل می‌شود، بر این اساس که ذی‌حق بتواند از آن دست بکشد و اختیار آن به دست ذی‌حق باشد (نایینی، ۱۳۷۳: ۹۹). ایشان قابلیت اسقاط را کامل‌ترین معیار برای تشخیص حق می‌دانند و تقسیم حق‌ها به اسقاط‌شدنی و ناشدنی را بلاوجه می‌پندارند. مؤلف «بلغه الفقیه» نیز همین تلقی را از حق دارند، آنجا که می‌نویسند: «حق سلطه‌ای است که بر دیگری قرار داده شده؛ خواه اینکه دیگری مال یا شخص یا هر دو باشد» (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۳). همچنین گفته شده که حق سلطنتی است که ذی‌حق بر من علیه الحق دارد (حکیم، بی‌تا: ۱۰).

این نظریه با تمام نقاط قوتش مصون از ایراد نیست. از آنجا که این نظریه قابلیت کنترل وظیفه دیگران را ویژگی اصلی حق می‌داند، در واقع در صدد بیان این امر است که: «هرچه که قابل اسقاط باشد، حق است و هر آنچه قابل اسقاط نباشد، حق نیست». به همین دلیل «مک‌کورمیک» گفته است: «در قالب این تئوری نمی‌توان از "حقوق غیرقابل اسقاط" سخن گفت (Maccormick, 1977:195). این در حالی است که امروزه از حق‌هایی صحبت می‌شود که اسقاط‌پذیر نیستند و صرف اسقاط‌ناپذیری به معنای نفی یک حق نخواهد بود. بنابراین می‌توان گفت که وجود یک انتخاب صرفاً نشانه‌ای بر دارا بودن حق است، نه اینکه انتخاب، خود حق باشد. پس می‌توان گفت که شخص می‌تواند حقی را دارا شود، حتی اگر هیچ کنترلی بر وضع خود نداشته باشد (جونز، ۱۳۹۲: ۶۷).

ایراد دیگر این است که بر اساس نظریه مذکور، تنها اشخاصی که اهلیت استیفا دارند «صاحب حق» به‌شمار می‌آیند؛ زیرا لازمه کنترل و اعمال حق، داشتن صلاحیت و اهلیت است. بنابراین کودکان، مجانین و به‌طور کلی محجوران که اهلیت استیفا ندارند، در واقع «حقی ندارند». امروزه شاید نتوان کسی را یافت که در حق داشتن این‌گونه افراد تردید داشته باشد.

اگر ما در جست‌وجوی معیاری برای شناسایی حق‌های قابل اسقاط از حق‌های اسقاط‌ناشدنی باشیم، نظریه انتخاب کمک‌چندانی به ما نمی‌کند، زیرا بر اساس این نظریه «هر آنچه قابل اسقاط باشد، حق است». زمانی که قابلیت اسقاط خود به‌عنوان معیاری برای تعریف حق استعمال می‌شود، صحبت از حق‌های غیرقابل اسقاط و بالطبع صحبت از معیار تفکیک بیهوده خواهد بود. طرفداران این نظریه معتقدند که هر آنچه ما بر روی آن قدرت کنترل نداشته باشیم، یک حق واقعی نیست (wellman, 1985:3).

### نتیجه‌گیری

مفهوم حق به‌عنوان پایه‌ای‌ترین مفهوم حقوق، بسیار پیچیده و بحث‌برانگیز است. ورای تمام تعریف‌ها و نظریاتی که در خصوص حق ارائه شده است، نگرش به انسان و هدف زندگی نقش بسیار تعیین‌کننده‌ای دارد. اگر انسان به ما هو انسان و به‌عنوان یک فاعل اخلاقی خودمختار، محور تفکر فلسفی حقوقی ما باشد، ارزش و مطلوب نهایی، تأمین



حداکثری خودمختاری این فاعل اخلاقی خواهد بود. بنابراین حق‌ها نمادی از خودسامانی وی خواهند بود و ابقا یا اسقاط حق نیز در اختیار او خواهد بود. «نظریه اراده» در راستای چنین تفکری به وجود آمده است. بر اساس این نظریه هر آنچه ما بر آن تسلط داشته باشیم، حق خواهد بود؛ در غیر این صورت نمی‌توان از حق‌ها سخن گفت. چنین نگرشی در فقه اسلامی نیز طرفدارانی دارد که مرحوم نایینی از آن جمله بودند. در مقابل طرفداران «نظریه اصالت سود» قرار دارند که با نگرش ابزاری به حق، هدف نهایی را خیر و رفاه عمومی جامعه می‌پندارند. از این منظر، حق ابزاری است در خدمت خیر عمومی و چنانچه رفاه جامعه به عنوان یک کل اقتضا کند، قربانی کردن حق‌های شخصی مجاز خواهد بود. بررسی ما در این پژوهش نشان داد که نگرش غالب در فقه اسلامی در خصوص حق‌ها مبتنی بر «مصلحت» است و مصلحت، هم جنبه شخصی دارد هم جنبه جمعی و در مقام تزامن این مصالح حیاتی یا ضروری هستند که بر سایر مصالح مقدمند. بنابراین می‌توان گفت مقوله حق‌ها در فقه اسلامی تابع بحث مصلحت به عنوان ملاک واقعی احکام شرعی است و بر این اساس نگرش اصالت سود به نگرش فقه اسلامی نزدیک است. با وجود این، تفاوت عمده‌ای که میان این دو طرز تفکر وجود دارد، این است که مصلحت در چارچوب نظریه اصالت سود جنبه انسانی و دنیوی دارد، در حالی که در قالب تفکر اسلامی مصلحت کاملاً درون‌دینی است. نظریه مقاصد در فقه اسلامی به خوبی این قابلیت را دارد که به عنوان یک مبنا برای شناسایی حق‌ها و بالتبع تحلیل اسقاط حق استفاده شود. مضافاً اینکه هر کدام از این نظریات به لحاظ اینکه امکان استفاده در موضوع حق‌ها را دارند، نباید به طور کامل به دست فراموشی سپرده شوند. در توجیه جواز اسقاط حق، نظریه اراده به کار می‌آید. آنجا که بخواهیم مانع اسقاط حق شویم، می‌توانیم از آموزه‌های مکتب اصالت سود بهره بگیریم. به نظر ما نظریه «مقاصد» در فقه اسلامی در هر دو حوزه اعمال حق و اسقاط آن، امکان استفاده خواهد داشت و به لحاظ همین جامعیت، بر نظریه‌های ارائه شده در حقوق غربی اولویت دارد.

## منابع

۱. ابن‌القیم الجوزیه، محمدبن ابی‌بکر (۱۴۱۱ ق). *اعلام الموقعین عن رب العالمین*، الطبعة الاولى، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲. ابن‌عابدین، محمد امین بن عمر (۱۴۱۲ ق). *رد المحتار علی الدر المختار*، الطبعة الثانية، بیروت: دارالفکر.
۳. ابن‌نجیم، زین‌الدین بن ابراهیم (بی‌تا). *البحر الرائق شرح کنز الدقائق و منحه الخالق*، الطبعة الثانية، بی‌جا: دارالکتب الاسلامی.
۴. اراکی، محمد علی (۱۴۱۴ ق). *الخيارات*، چ اول، قم: مؤسسه در راه حق.
۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۵ ق). *کتاب البیع*، جلد ۱، چ اول، قم: مؤسسه در راه حق.
۶. البخاری، عبدالعزیز بن احمد (بی‌تا). *کشف الاسرار شرح اصول البزدوی*، جلد ۱، بی‌جا: دارالکتب الاسلامی.
۷. الحسنی، اسماعیل (۱۳۸۳). *مقاصد شریعت از نگاه ابن‌عاشور*، ترجمه مهدی مهریزی، تهران: صحیفه خرد.
۸. الشربینی، شمس‌الدین (۱۴۱۵ ق). *معنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج*، الطبعة الاولى، بی‌جا: دارالکتب العلمیه.
۹. القرافی، ابوالعباس شهاب‌الدین (بی‌تا). *الفروق*، جلد ۱، بی‌جا: عالم‌الکتب.
۱۰. بن‌عبدالسلام، ابومحمد عزل‌الدین (۱۴۱۴ ق). *قواعد الاحکام فی مصالح الانام*، القاهرة: مکتبه الکلیات الازهریه.
۱۱. بحرالعلوم، محمدبن محمد تقی (۱۴۰۳ ق). *بلغه الفقیه*، جلد ۱، چ چهارم، تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۱۲. پیلوار، رحیم (۱۳۹۲). *فلسفه حق مالکیت*، چ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۳. تبیت، مارک (۱۳۸۶). *فلسفه حقوق*، ترجمه حسن رضایی خاوری، چ دوم، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۱۴. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۷). *فلسفه حقوق بشر*، چ دوم، قم: اسراء.

۱۵. جونز، پیتز (۱۳۹۲). *حقوقها*، ترجمه مشتاق زرگوش و مجتبی همتی، چ اول، تهران: نشر میزان.
۱۶. حائری، سید کاظم (۱۴۲۳ ق). *فقه العقود*، جلد ۱، چ دوم، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۱۷. حکیم، سید محسن (بی تا). *نهج الفقاهه*، چ اول، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۱۸. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲ ق). *مصباح الفقاهه فی المعاملات*، به قلم میرزا محمد علی توحیدی، جلد ۲، بیروت: دارالهادی.
۱۹. دل وکیو، جورجو (۱۳۸۶). *فلسفه حقوق*، ترجمه جواد واحدی، چ دوم، تهران: نشر میزان.
۲۰. دهقان چاچکامی، حمید (۱۳۹۰). *جایگاه مصلحت در قانونگذاری کیفری ایران*، چ اول، قم: مؤسسه بوستان کتاب.
۲۱. راسخ، محمد (۱۳۹۳). *حق و مصلحت*، جلد ۱، چ پنجم، تهران: طرح نو.
۲۲. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۲). *حق و مصلحت*، جلد ۲، چ دوم، تهران: نشر نی.
۲۳. سیوری حلی، مقدادبن عبدالله (۱۴۰۴ ق). *التفیح الرائع لمختصر الشرائع*، جلد ۱، چ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۲۴. شاطبی، ابراهیم بن موسی (۱۴۱۷ ق). *الموافقات*، جلد ۲، الطبعة الاولى: دار ابن عفان.
۲۵. شوشتری، سید محمد حسن (۱۴۲۷ ق). *دیدگاه‌های نو در حقوق*، جلد ۱، چ دوم، تهران: نشر میزان.
۲۶. شوکانی، محمدبن علی (۱۴۱۹ ق). *ارشاد الفحول الی تحقیق الحق من علم الاصول*، طبعة الاولى: دارالکتب العربی.
۲۷. صدر، شهید سید محمد (۱۴۲۰ ق). *ماوراء الفقه*، جلد ۳، چ اول، بیروت: دارالأضواء للطباعة و النشر و التوزیع.
۲۸. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ ق). *حاشیه مکاسب*، جلد ۱، چ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۲۹. طاهری، مسعود و انصاری، محمد علی (۱۳۸۴). *دانشنامه حقوق خصوصی*، جلد ۱، چ اول، تهران: محراب فکر.
۳۰. غزالی، ابوحامد محمدبن محمد (۱۴۱۳ ق). *المستصفی، الطبعة الاولى*: دارالکتب العلمیه.
۳۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). *اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع)*، چ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۲. کانت، ایمانوئل (۱۳۸۳). *فلسفه حقوق*، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، چ دوم، تهران: نشر نقش و نگار.
۳۳. مامقانی، ملاعبدالله (۱۳۵۰ ق). *نهایه المقال فی تکمله غایه الآمال*، چ اول، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
۳۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۹). *قواعد فقه (بخش مدنی)*، چ بیست وهفتم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۵. محمصانی، صبحی رجب (۱۳۸۶). *فلسفه قانونگذاری در اسلام*، ترجمه اسماعیل گلستانی، چ اول، تهران: نشر آثار اندیشه.
۳۶. مطهری، مرتضی (۱۳۷۴). *اسلام و مقتضیات زمان*، جلد ۲، چ یازدهم، تهران: صدرا.
۳۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۶۲). *فلسفه اخلاق*، قم: بنیاد ۱۵ خرداد.
۳۸. ناظمی‌زاده، محسن و نیک‌دوستی، مجتبی (۱۳۹۲). *شرط عدم نزدیکی در نکاح*، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هفتم، شماره ۸۲.
۳۹. نایینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۳ ق). *منیه الطالب فی حاشیه مکاسب*، مقرر موسی بن محمد خوانساری، جلد ۱، چ اول، تهران: المکتبه المحمديه.
40. Blackstone, William (1893). *Commentaries on the Laws of England*, Philadelphia: J.B. Lippincott.
41. George E. Dix (1977). "Waiver in Criminal Procedure: A Brief for More Careful Analysis", *TEX. L. REV*, 55, 193.
42. Finnis, J (1980). *Natural Law and Natural Right*, Oxford: Clarendon Press.
43. Feinberg, J (1970). "The Nature and Value of Rights", *Journal of Value Inquiry*, 4.

44. — (1973). *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.
45. Grotius, H (1925). *The Law of War and Peace*, Translated by Francis Kelsey, Indianapolis: Bobbs-Merill.
46. Hohfeld, W (1919). *Fundamental Legal Conceptions*, W. Cook (ed.), New Haven: Yale University Press.
47. Hart, H (1982). *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press.
48. Louden, R (1983). "Rights Infatuation and the Impoverishment of Moral Theory", *Journal of Value Inquiry*, 17, 2.
49. Mackie, J (1984). "Can There be a Rights-Based Moral Theory?" in Waldron, pp. 168–81.
50. Martin, R (1993). *A System of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
51. McCormick, 1982, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford: Oxford University Press.
52. McCormick, N (1977). "Rights in Legislation", in Hacker, P., and Raz, J. (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A Hart*, Oxford: Oxford University Press.
53. Malik & Follesdal, R & A (2013). *Kantian Theory and Human Rights*, London: Routledge.
54. Orend, B (2002). *Human rights, concept and context*, Peterborough: Broadview press.
55. Plamenatz, J (1938). *Consent, Freedom, and Political Obligation*, Oxford: Oxford University Press.
56. Raz, J (1994). *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.
57. Rainbolt, G. W (2006). *The Concept of Rights*, Dordrecht: Springer Science & Business Media.
58. Rubin, L (1981). "Toward a General Theory of Waiver", *UCLA L. REV.* 478.
59. Steiner, H (1994). *An Essay on Rights*, Oxford: Blackwell.
60. Sumner, L (1987). *The Moral Foundations of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
61. Skorupski, J (2010). *The Domain of Reasons*, Oxford: Oxford University Press.
62. Williams, G (1968). "The Concept of a Legal Liberty", in Summers, R. (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Blackwell.
63. Wellman, C (1985). *A Theory of Rights*, Totowa, NJ: Rowman & Allanheld.

64. Wenar, L. (2008) "*The Analysis of Rights*", in Kramer, M., Grant, C., Colburn, B., and Hatzistavrou, A. (eds.), *The Legacy of H. L. A. Hart*, Oxford: Oxford University Press.
65. Wilen Berg, J. (2003) "Understanding waiver", *Houston Law Review*, 40, 2.

Archive of SID