

سلب «حق» و تحدید «حکم اباحه» در نظام حقوقی ایران*

حامد خویاری**

چکیده

نظر مشهور در بین حقوق دانان آن است که قابلیت اسقاط از حدود حق بوده و هر ذی‌حقی قادر به سلب حق از خویش است. به همین دلیل نیز از واژه «به طور کلی» در ماده ۹۵۹ قانون مدنی اخذ مفهوم مخالف کرده و معتقدند حقوق مربوط به تمتع یا استیفاء را می‌توان به طور جزئی سلب نمود. در مثال‌های ایشان اما خلط مفهومی بین حق و حکم به اباحه صورت گرفته است؛ برای مثال حق فروش خودروی شخصی با حق خرید خودرو توسط آن شخص از یک جنس نبوده؛ مورد اول از عوارض مالکیت ایشان و مورد دوم حکم به اباحه می‌باشد. در فلسفه اسلامی، انسان نمی‌تواند مرجع اسقاط و سلب احکام باشد و طبق نظر مشهور فقها، تنها می‌تواند استفاده از مباحات را به طور جزئی محدود نماید. بدیهی است ضمانت اجرای سرپیچی شخص مسلوب‌الحق با شخصی که مباحات را بر خود محدود نموده، متفاوت خواهد بود. در این مقاله، نخست، بررسی خواهیم کرد که واژه حق در ماده ۹۵۹ قانون مدنی آینه‌دار حکم به اباحه بوده یا حق در معنای خاص. نگارنده معتقد است منظور ماده ۹۵۹ حکم به اباحه بوده و این حکم کلاً یا جزئاً غیرقابل سلب است. در ادامه با فرض صحت این نظر به بررسی آثار و ضمانت‌اجراهای تمیز این دو مفهوم از یکدیگر خواهیم پرداخت.

کلید واژه‌ها: حق، حکم اباحه، اسقاط، تحدید، ماده ۹۵۹ قانون مدنی.

* تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۷/۱۲/۱۸ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۸/۰۲/۲۰.

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان / h.khubyari@gmail.com



مقدمه

ماده ۹۵۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند».

نظر رایج در بین حقوق‌دانان آن است که قید «به طور کلی» در این ماده دارای مفهوم مخالف بوده، لذا اشخاص می‌توانند به پشتوانه ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی اراده، حقوق خود را به طور جزئی اسقاط نمایند. (صفایی، ۱۳۹۴: ۱۵) ایشان اغلب این بحث را ذیل مطلب اسقاط حق فروش مبیع آورده و با استناد به جواز اسقاط حق در برخی از مواد قانون مدنی قائل به صحت شرط فوق شده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۰۸)

با وجود این، برخی از حقوق‌دانان (ایمانیان، ۱۳۸۲: ۲۵) با استناد به ریشه ماده فوق، یعنی ماده ۲۷ قانون مدنی سوئیس، اسقاط حق را اساساً ممنوع دانسته و «حق» مذکور در این ماده را ناظر بر حقوق اولیه، که کرامت انسانی قائم بر آنها است، می‌دانند. علاوه بر آن، بعضی دیگر در برابر نظر رایج، استدلالی قوی‌تر ارائه کرده‌اند و «حق» مذکور در ماده ۹۵۹ را از جنس حکم و اسقاط ناشدنی دانسته‌اند. (شهیدی، ۱۳۶۹: ۱۴۴) این نظر هرچند در غایت استواری بوده اما متأسفانه در بوته اجمال رها شده است.

بازشناسی اباحه به عنوان حکم تکلیفی از مفهوم حق به عنوان حکم وضعی، می‌تواند در شناخت بهتر مباحث مربوط به اهلیت، کارگر باشد. از سوی دیگر، با پیچیده‌تر شدن مناسبات اجتماعی، شروط ضمن عقد، محمل مناسبی برای طرفین عقد فراهم آورده تا حتی‌الامکان به مطلوب خود از انعقاد قرارداد دست یابند. شرط سلب حق خرید، فروش یا ازدواج مجدد از شروط رایج در قراردادهای جاری کشور است که با وجود شباهت دارای تفاوت ماهوی مهمی می‌باشد. شناخت این تفاوت‌ها در گرو بررسی تفاوت حق و حکم در جنس، مصدر، اسباب زوال و آثار آنها می‌باشد. در این مقاله وجوه افتراق فوق بررسی شده و با تحلیل و تبیین معانی حکم و حق، به فواید عملی حکم انگاری واژه «حق» در تحلیل ماده ۹۵۹ قانون مدنی خواهیم پرداخت.

۱. مفهوم‌شناسی

أ) تعریف «حق»

بسیاری از لغت‌شناسان، فلاسفه و فقها جهت تبیین و شناختن مفهوم «حق» تلاش کرده و تعاریف متفاوتی ارائه داده‌اند. در *لسان‌العرب* آمده است: «حق و باطل متناقض‌اند و جمع حق، حقوق و حقائق است و حق به معنای ثبوت می‌باشد». (ابن منظور، ۱۴۰۸ق، ج ۳: ۲۵۵)

برخی حق را «امتیاز چیزی برای یک موجود یا اختصاص چیزی برای یک موجود» دانسته (نبویان، ۱۳۹۳: ۱۵۹) و برخی بر همین مبنا معادل فارسی «توانه» را جایگزین مناسبی برای آن می‌دانند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴: ۳)

با وجود تشتت آراء در معنای «حق»، دانشمندان متفق‌اند حق دارای دو معنای ثبوتی و اثباتی می‌باشد، که مورد اول به «حق بودن» و دومی به «حق داشتن» برمی‌گردد. (فروغی، ۱۳۹۱: ۸۱)

امروزه حق در دنیای حقوق، بیشتر به معنای اثباتی به کار می‌رود. (Donnelly, 2003, p. 10) رواج حق در معنای اثباتی، باعث شده تا برخی اندیشمندان تصور کنند مفهوم حق در طول زمان از «بودن» به «داشتن» تغییر کرده و این تطور را ناشی از غلبه اندیشه‌های خردگرایانه بر اندیشه‌های مذهبی پیشین بدانند. در پاسخ باید گفت حق در جنبه اخلاقی به معنای «حق بودن» و حق در جنبه قانونی در مقام اثبات و به معنای «حق داشتن» به کار می‌رود، لذا تفاوت آن‌ها از آغاز در کاربرد آن‌ها بوده است. (جوادی آملی، ۱۳۹۲: ۲۷)

در آثار فقهی، حق در بسیاری موارد در معنای اعم به کاررفته و شامل حکم، ملک و حق در معنای اخص می‌باشد. (طهرانی، ۱۳۷۴: ۱۷۱)

احکام را می‌توان به تکلیفی و وضعی تقسیم کرد و حکم وضعی را منقسم بر حق (در معنای اخص) و ملک دانست؛ البته گاهی اوقات حق را در برابر حکم به کار می‌برند که در آن صورت، مراد تنها حکم تکلیفی است. این یعنی حق در یک معنا مترادف حکم وضعی می‌باشد. (فروغی، ۱۳۹۱: ۸۵)





در تبیین مفهوم و ماهیت حق دیدگاه‌های متفاوتی بین فقهای امامیه وجود دارد. برخی ملکیت را مفهومی مشکک پنداشته و حق را مرتبه ای ضعیف از آن دانسته‌اند. (نائینی، ۱۴۲۲ق، ج ۱: ۴۲)

عده‌ای حق را قسم سلطنت و قسیم ملک می‌دانند و قائل به ضعف حق نسبت به ملک در درجات سلطنت می‌باشند. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ج ۱: ۱۷) مرحوم غروی اصفهانی بدون ارائه ضابطه‌ای، حق را مشترک لفظی دانسته که در هر مورد آثار مختص به خود را دارد. (غروی اصفهانی، ۱۳۶۱، ج ۱: ۲۰)

نهایتاً گروهی حق را مشترک معنوی و دارای ماهیت خاص می‌دانند که در انحاء مختلف آثار مختلف دارد. (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱: ۶۸)

از آن جهت که نظرات فوق بارها مورد نقد و تحلیل قرار گرفته، تنها به بررسی نظر مختار پرداخته و بحث را پی خواهیم گرفت. نظر مشهور در فقه (انصاری، ۱۳۹۱، ج ۱۰: ۱۶) و رایج بین حقوق دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۲۱۶) آن است که مفهوم حق در برابر حکم، سلطه من له الحق بر موضوع حق و طرف حق بوده و از همین رو نیز دارای سه عنصر (من له الحق، موضوع حق و من علیه الحق) می‌باشد. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۹۸) برخی انتقاد کرده‌اند (کریمی، ۱۳۹۵: ۲۵۱) که سلطه از احکام حق است و نباید احکام را جزء ماهیت بدانیم.

انتقاد مذکور در تعریف حق، وقتی قسیم ملک است وارد بوده اما در محل بحث ما که حق قسیم حکم بوده و ماهیتاً سلطه است، وارد نیست. محققان در شرح قاعده تسلیط و حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» نیز حق را اعتبار سلطه به نفع شخص یا جهتی نسبت به عین، منفعت، انتفاع یا امر اعتباری دانسته‌اند. (عمید زنجانی، ۱۳۹۰، ج ۱: ۱۲۲) مطابق با این تعریف حق با سلطه مترادف است.

ب) احکام و اقسام حق

مشهور فقهای امامیه برای حق در مقایسه با حکم سه ویژگی را برشمرده‌اند:

۱. اسقاط‌پذیری؛
۲. نقل‌پذیری؛
۳. انتقال‌پذیری.



برخی استادان ویژگی چهارمی برای حق برشمرده اند و آن امکان تعهد به سلب حق می‌باشد. (فروغی، ۱۳۹۱: ۲) البته به نظر می‌رسد باوجود ویژگی اسقاط‌پذیری، تعهد به سلب حق نمی‌تواند در عرض سه ویژگی دیگر باشد. در اینجا با توجه به ارتباط بحث، مختصراً ویژگی اسقاط‌پذیری را مورد بررسی قرار خواهیم داد:

یکم) اسقاط‌پذیری حق

مشهور بر آن‌اند که ممیز حق و حکم، اسقاط‌پذیری حق و اسقاط ناپذیر بودن حکم است. گفتیم حق در معنای اعم، توأمان شامل حق و حکم بوده، لذا پیشینیان گاهی حقوق را به قابل اسقاط و غیرقابل اسقاط تقسیم کرده‌اند. امروزه اما کاربرد حق به معنای سلطه سبب شده تا «اسقاط‌پذیری» یکی از ویژگی‌های جدایی‌ناپذیر آن به شمار آید. اسقاط حق ممکن است ارادی یا قهری (مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی، مالکیت مافی الذمه، تهاتر) باشد. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳۰۸)

با توجه به اصل آزادی اراده و تعابیر متداول فقها (لکل ذی حق اسقاط حقه، الحق قابل للاسقاط و کل ماکان حق فهو قابل للاسقاط) اسقاط حق را باید از شئون سلطه دانست. قانون‌گذار نیز با تعابیر متفاوت در قانون مدنی (مواد ۲۸۹، ۴۴۸ و ۸۲۲) بر این امکان تأکید کرده است.

با وجود شهرت این نظر، دو اشکال در پذیرش آن وجود دارد؛ یکی ارجاع ماده ۱۰ قانون مدنی به قراردادهای و انصراف آن از ایقاعات و دومی صدق عمل اسقاط بر موضوع و نه رابطه. در حقوق ایران اسقاط حق به صورت ارادی را ایقاع دانسته‌اند. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ج ۲: ۲۹۱) و در همین رابطه برخی قائل به آزادی اراده در ایقاعات بوده (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۶) و برخی نیز با توجه به موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی (قرارداد) عقیده بر عدم توسعه ایقاعات دارند. (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۶۱) با وجود این، موضوع مورد بحث با اشکال جدی مواجه نخواهد شد، چرا که معتقدین به انحصار ایقاعات نیز اتفاق بر آزادی اسقاط حق در همه انواع آن دارند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۸۷) و حتی جواز عقود از جانب ذی‌حق (در عقود عهدی یک تعهدی) را نتیجه منطقی سلطه وی بر متعلق حق خویش می‌دانند. (شهبازی، ۱۳۹۳: ۱۶۱)

مورد دیگر، اشکالی است که محقق اصفهانی مطرح کرده‌اند و آن اینکه:



مقتضی مالکیت انسان بر عین یا عمل و نیز سلطه او بر عین یا عمل، این است که امر عین یا عمل به دست انسان باشد، نه امر ملکیت و سلطنت؛ از این رو، مالک، عین را در ملکیت دارد، نه مالکیت را. (قنوتی، ۱۳۹۲: ۶۹)

در پاسخ باید گفت عموم و شمول سلطه مالک اقتضای سلطه بر رابطه را دارد (محقق داماد، ۱۳۶۹: ۱۵) در غیر این صورت انتقال رابطه (در عقود تملیکی یا عهده) نیز بی معنا می‌شد.

دوم) اقسام حق

حق را می‌توان با توجه به منشاء آن، آثار، ثبوتی یا اثباتی بودن، متعلق آن، محدوده آن، اعتباری و تکوینی بودن و... مورد بررسی قرارداد. (نبویان، ۱۳۸۷: ۱۳۰) با این همه آنچه مربوط به این بحث است ویژگی مشترک حقوق در آثار، یعنی اسقاط‌پذیری آن‌ها می‌باشد.

البته با توجه به ویژگی‌های دیگر، محققان، حقوق را به چهار قسم تقسیم کرده‌اند:

۱. حقوقی که صرفاً قابل اسقاط‌اند (حق قذف)؛
۲. حقوقی که قابل اسقاط و نقل بلاعوض‌اند (حق قسم)؛
۳. حقوق قابل اسقاط و نقل معوض (حق تحجیر)؛
۴. حقوق قابل اسقاط، غیر قابل نقل و قابل انتقال (حق خیار). (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱: ۵۶)

با نگاهی به اقسام حق، می‌توان دریافت تمامی آن‌ها از احکام وضعی بوده و به همین دلیل در برابر احکام تکلیفی قرار دارند. می‌دانیم احکام وضعی و تکلیفی اقسام احکام شرعی هستند و وضع هر دو در اختیار خداوند متعال می‌باشد. (صدر، ۱۴۳۰ق، ج ۱: ۱۰۴) در خصوص ماهیت احکام وضعی سه نظر مشهور در فقه مطرح است:

۱. حکم وضعی منتزع از حکم تکلیفی است. (شیخ انصاری)؛
 ۲. حکم وضعی دارای ماهیت و اعتباری مستقل است. (فاضل تونی)؛
 ۳. برخی نیز (آخوند خراسانی) قائل به تفصیل می‌باشند. (عسکری، ۱۳۹۴: ۴۰)
- با وجود این، به نظر می‌رسد احکامی مانند ملکیت و نیابت که موضوع این مقاله‌اند، مستقلاً قابل جعل بوده (حکیم، ۱۹۷۹، ج ۱: ۷۰) و خداوند پس از جعل، انسان را مسلط بر این امور قرار داده است، از این رو اسقاط‌پذیری حق، بین فقها مشهور است.



قانون مدنی ایران نیز در ماده ۳۰ و ۳۱ مالک را مسلط بر هرگونه تصرف در مایملک خود دانسته است؛ این یعنی حق از مقوله اختیارات بوده و به انسان باز می‌گردد. (جوادی آملی، ۱۳۸۹: ۷۵)

تسلط انسان بر حقوق خویش در سیستم‌های حقوقی مختلف، مبانی متفاوتی دارد. برخی مبنای حقوق را فطرت، برخی قانون و بعضی منشأ ایجاد حق را خداوند می‌دانند. فهم مبنای حق، در امکان اسقاط آن راهگشا خواهد بود، از این رو به ایده‌های متفاوت راجع به مبانی حقوق خواهیم پرداخت.

سوم) منشأ حق

وضع حق برای افراد جامعه در اختیار چه کسی است؟ آیا افراد جامعه می‌توانند برای خود حقی را جعل نمایند (قرارداد) یا با توجه به حاکمیت قانون، باید منشأ همه حقوق را قانون دانست؟ آیا می‌توان حقوقی را متصور شد که منشأ آن‌ها قانون نبوده و متکی به فطرت یا احکام الهی باشد؟ برخی برای پاسخ به پرسش‌های فوق جوامع را به فردگرا و جمع‌گرا تقسیم کرده‌اند. در جوامع فردگرا جامعه ماهیتی اعتباری داشته، حق زاده اراده انسان است و به همین دلیل از قانون به قرارداد اجتماعی تعبیر می‌کنند، اما در جوامع جمع‌گرا، جامعه مفهومی حقیقی داشته و حق، زاده اراده دولت می‌باشد. (رحمت‌اللهی، ۱۳۹۰: ۱۰۹ و ۱۱۸)

با وجود این برخی به طور کلی و بدون تمییز در موارد متفاوت، مبنای حقوق در غرب را عقل بشر و در حقوق اسلامی، اراده خداوند دانسته‌اند. (موسی‌زاده، ۱۳۹۰: ۳۷) در دنیای حقوق، مکاتب فلسفی حقوق طبیعی و واقع‌گرا تا حدود زیادی منشأ حقوق را مورد بررسی قرار داده‌اند. حقوق طبیعی خود به دو بخش سنتی و مدرن تقسیم می‌شود. در حقوق طبیعی سنتی (مانند حقوق اسلام و غرب) اراده خداوند مبنا بوده و قوانین دولتی در طول اراده او قرار دارد. در حقوق طبیعی مدرن اما عقل فطری جایگزین اراده خداوند شده است؛ با وجود این، موضوعیت قانون یا طریقت آن برای پاسداری ارزش‌ها در این مکتب حقوقی محل بحث می‌باشد. (شهابی، ۱۳۹۱: ۱۰۲ و ۱۰۳)

نظام حقوقی واقع‌گرا نیز به دو قسمت تقسیم می‌شود؛ اولی واقع‌گرایی اجتماعی که در آن عرف مبنای ایجاد حق بوده و دومی واقع‌گرایی دولتی که در آن قانون، واضع حق تلقی می‌گردد. (شهابی، ۱۳۹۱: ۱۱۱ و ۱۱۲)



پس از جنگ جهانی دوم، هر دو نظام حقوقی در روند تعدیل، در هم استحاله شدند (شهبازی، ۱۳۹۱: ۱۲۱) و امروزه اصطلاح «حقوق قانونی و طبیعی» اصطلاحی رایج در حقوق غرب تلقی می‌شود. در فقه امامیه اما همان‌طور که پیش‌از این نیز گفته شد مبنای احکام شرعی، اعم از وضعی و تکلیفی اراده خداوند است. با وجود این برخی از حقوق‌دانان تحت تأثیر مکتب واقع‌گرایی دولتی حق را قدرتی می‌دانند که قانون به شخص عطا کرده یا نفعی است که مورد حمایت قانونی باشد. (موحد، ۱۳۸۱: ۴۴)

دانستن نکات فوق از آن‌رو اهمیت دارد که مرجع وضع حق، می‌تواند آن را اسقاط نماید، لذا در حکومت‌های استبدادی، وضع و رفع حق غالباً در اختیار دولت است. در نظام‌های حقوقی مطرح امروز، با توجه به التقاط مکاتب طبیعی و واقع‌گرا، حقوق طبیعی با توجه به منشأ آن‌ها سلب ناشدنی و حقوق قانونی قابل سلب می‌باشند. در حقوق اسلامی نیز، با توجه به اعطای اختیار به انسان و تسلیط وی بر حقوق خویش توسط خداوند، انسان می‌تواند حقوق خود را از خویشتن سلب نماید. با وجود این گاهی اعطای اختیار به انسان نشان از حق بودن امر نداشته و حاکی از حکم بودن اختیار است. بارزترین نمونه حکم به اختیار، حکم اباحه می‌باشد که در زبان حقوقی شباهت بسیاری به حق دارد.

برای مثال هرچند، حق فروش یک خانه ذیل ماده ۳۰ قانون مدنی بوده و رفع آن در اختیار مالک قرار دارد، اما حق خرید شیء معین ذیل بحث اهلیت بوده و مباح محسوب می‌شود. در ادامه به بررسی حکم اباحه، تفاوت آن با حق و نهایتاً مفهوم حق در ماده ۹۵۹ قانون مدنی خواهیم پرداخت.

ب) حکم

محققان احکام را خطابات شارع دانسته و از جنبه‌های بسیاری، از جمله احکام ثابت و متغیر، اولیه و ثانویه، وضعی و تکلیفی و... مورد بررسی و تقسیم‌بندی قرار داده‌اند. روشن است که در هر کدام از تقسیمات فوق، ملاک تقسیم متفاوت است. پیش‌از این گفتیم احکام مورد بحث ما احکام شرعی منقسم به تکلیفی و وضعی بوده و به احکام وضعی در حد حوصله مقاله پرداختیم. از نظر لغوی، حکم یعنی بازداشتن، نگاه‌داشتن، واری کردن و مهار کردن برای بهبود چیزی. (راغب اصفهانی، بی‌تا: ۱۲۶)

فقها و دانشمندان اسلامی احکام تکلیفی را به پنج نوع وجوب، استحباب، حرمت، کراهت و اباحه تقسیم کرده‌اند. (حکیم، ۱۹۷۹م، ج ۱: ۵۸) برخی از فقها تکلیف را چنین تعریف کرده‌اند:

تکلیف خطاب الهی را گویند که متعلق بر افعال بندگان است، از جهت اتصاف به حسن و قبح و بر سبیل اقتضا یا بر سبیل تخییر. مراد از اقتضا، طلب است و طلب یا متعلق است به فعل یا ترک و تخییر تسویه است میان فعل و ترک. (جوادی آملی، ۱۳۹۲: ۳۰)

با توجه به کلام فوق، اباحه از جنس اختیار است. (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۰: ۳۷۱) و از همین حیث به حق شباهت دارد. از آنچه گفته شد نمی‌توان این‌همانی اباحه و حکم به تخییر در اصل عملی تخییر را استنباط کرد، چرا که در اصل عملی تخییر، وجود تکلیف (واجب یا حرام) مسلم بوده و امر بین ارتکاب یکی از دو محذور دایر است (قدسی، ۱۴۱۶ق، ج ۳: ۱۱۵) اما در اباحه دوران امر بین محذورین نبوده و فرد ابتدائاً مختار در فعل و ترک آن است.

یکم) احکام حکم

پیش‌از این گفتیم احکام ابتدائاً به وضعی و تکلیفی تقسیم می‌شوند و نیز دانستیم منظور از حق در اینجا، حکم وضعی بوده و اطلاق حکم، نظر به مورد اغلب، معنای حکم تکلیفی را افاده می‌کند. حکم اگر به طور مستقیم و بدون واسطه به فعل یا ترک مکلف تعلق گرفته باشد تکلیفی است و می‌تواند به نحو الزام، منع یا ترخیص باشد. برخی احکام ترخیصی را اباحه به معنای اعم دانسته‌اند (لطفی، ۱۳۹۲: ۸۳) و احکام حاکی از عزیمت را در برابر آن قرار داده‌اند. همان‌طور که از معنای ترخیص نیز برداشت می‌شود، در اباحه نوعی رخصت و امتیاز وجود دارد، با این‌حال امتیاز ناشی از اباحه با امتیاز به معنای حق متفاوت است. دانستیم که اسقاط‌پذیری ویژگی مشترک تمام حقوق است؛ در مقابل، حکم آن است که قابل اسقاط نبوده و وضع و رفع آن در ید شارع است، از همین‌رو نیز به حقوق الله تعبیر شده است. (گرچی، ۱۳۶۴: ۳۵) احکام تکلیفی ضمانت اجرای اخروی داشته، ولی احکام وضعی تلازم مستقیم با عقاب ندارند. (خوانساری، ۱۳۵۲: ۳۹۸) با توجه به آنچه گفته شد روشن می‌گردد، اشخاص به





دلیل عدم سلطنت نمی‌توانند احکام را اسقاط نمایند و همین امر، مهم‌ترین وجه ممیزه حقوق از احکام است. (پورمولا، ۱۳۹۰: ۸۰)

منشأ احکام تکلیفی اراده خداوند است، مبنای این اراده نیز، اداره جامعه بر اساس مصالح و مفاسد می‌باشد. بنابراین به خلاف حقوق که هدف از وضع آن‌ها ایجاد امتیاز و سلطه برای «من له الحق» بود، هدف احکام تنظیم روابط اجتماعی و بعضاً روابط بین بندگان با خداوند است.

در ادامه با مرور فواید عملی بحث، مصادیق مشکوک حق و حکم بررسی شده و نقش مصلحت و مفسده در تمییز آن‌ها را روشن خواهیم کرد. پرسشی که در اینجا قابل طرح می‌باشد، این است که آیا وضع اباحه تنها در ید خداوند است یا اشخاص نیز می‌توانند اباحه ایجاد کنند؟ فقها معتقدند اشخاص نیز در مواردی که خداوند برای ایشان مقرر نموده می‌توانند، در اموال خویش برای دیگران اباحه ایجاد نمایند. (جوادی آملی، ۱۳۹۲: ۳۳) اثر اذن و عقود اذنی در قانون مدنی نیز از همین قبیل است.

دوم) تمییز حق از حکم

با توجه به مباحث پیشین، می‌توان گفت مهم‌ترین نقطه افتراق «حق» و «حکم» در قابلیت اسقاط آن‌ها است؛ هر چند در آثار دیگر حق، از قبیل قابلیت نقل و انتقال نیز این تفاوت مشهود است. برای سنجش امکان یا عدم امکان اسقاط، علاوه بر متون و روایات موجود، می‌توان منشأ و طبیعت امور را مورد بررسی قرارداد. طبیعت برخی از امور مانند خیار و حقوق ناشی از مالکیت به گونه‌ای است که می‌توان آن‌ها را اسقاط نمود، در مقابل اما طبیعت والد بودن، اقتضای تکلیف داشته و قابل اسقاط نمی‌باشد. نکته آنکه تفاوت حکم تکلیفی و تکلیف، تفاوت منشأ و منشأ است، بنابراین تکلیف از حکم نشئت می‌گیرد. از همین رو، اباحه را حکمی تکلیفی می‌دانند که در کُنه خود انسان را مکلف به انتخاب و اختیار می‌سازد. هر چند در نگاه اول بین مفاهیم تکلیف و اختیار تناقضی غیرقابل رفع به چشم می‌خورد، اما این متناقض‌نمای چشم‌نواز در قرون معاصر در فلسفه اگزیستانسیالیسم نیز دیده می‌شود. سورن کی‌یر گگور با مسئول دانستن هر انسان در برابر زندگی خود، او را موظف به انتخاب می‌دانست. (Watts, 2003, p. 5) و این وظیفه‌انگاری چنان در فلسفه وجودگرایی ریشه دواند که سال‌ها بعد ژان پل سارتر نوشت: «انسان محکوم به آزادی است». (احمدی، ۱۳۹۴: ۲۲۵)



بررسی دقیق فلسفه وجودگرایی و مسئول انگاری انسان در برابر زندگی و جامعه، ما را به مبانی فقهی خود و رابطه حکم تکلیفی با اباحه و اختیار بازمی‌گرداند. بنا بر آنچه گفته شد، امری که طبیعت آن با تکلیف پیوند خورده است، غیرقابل اسقاط و امری که حاکی از سلطه فرد می‌باشد قابل اسقاط است. این تفاوت در منشأ حکم و حق نیز وجود دارد. حق برای مصلحت شخص و رعایت حال او جعل شده، درحالی که هدف از تأسیس حکم، حمایت از جامعه یا قشر خاصی صرف نظر از رعایت حال فرد فرد جامعه است. (میلانی، ۱۳۹۵ق: ۲۵) در نتیجه می‌توان گفت موضوع حق، اموال و امور مادی انسان (از قبیل عین، منفعت، انتفاع و تصرف) و موضوع حکم، شخصیت وی می‌باشد. (ساکت، ۱۳۸۷: ۷۱)

ممکن است ایراد گرفته شود که بعضی از حقوق مانند حق دیدن، شنیدن یا اندیشیدن، وابسته به شخصیت انسان بوده، ولی حکم نیست. در پاسخ باید گفت حق مورد بحث در عالم حقوق، حق اعتباری بوده و موضوعاً با حق تکوینی متفاوت است. در حق تکوینی، متعلق حق، اختصاص وجودی به صاحب حق دارد، لذا وارد عالم اعتبار و حقوق نمی‌شود. (نبویان، ۱۳۹۳: ۱۶۲)

بنا بر آنچه گفته شد روشن است که محل بحث حق و حکم اباحه تنها در مورد اشخاص حقیقی بوده و اشخاص حقوقی تنها دارای حقوقی می‌باشند که مؤسسين آنها اعتبار کرده‌اند. معیار فوق در امکان سلب حق دادخواهی کارآمد است. ماده ۳۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی نیز مؤید همین نظر است.

یکی از اموری که بسیار راجع به حق یا حکم بودن آن بحث شده، امر رجوع است. برخی رجوع را حکم دانسته (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱: ۲۱) و برخی قائل به حق بودن آن شده‌اند. (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۱۵۵) عده‌ای دیگر رجوع را با توجه به هدف و طبیعت آن، گاهی حق و گاهی حکم دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۹۳) با پذیرش تفصیل اخیر، در ذیل به اختصار به بررسی بعضی از موارد رجوع خواهیم پرداخت:

رجوع در انقیات

«اذن» را ازاله منع قانونی به سود یک یا چند نفر معین یا غیر معین از سوی مقنن یا شخص معین نامیده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۸۷) گفته‌اند اذن موجب اباحه است و اباحه برای مباح‌له سلطه‌ای (حق یا ملک) ایجاد نمی‌کند، بنابراین اباحه



محدودیتی برای مالک به حساب نیامده و رجوع همواره به اراده وی بستگی دارد. (هاشمی شاهرودی، ۹۳/۱۱/۲۸) از همین رو برخی جواز رجوع عقود اذنی را حکم دانسته‌اند. (شهیدی، ۱۳۷۷: ۶۵)

در مقابل عده‌ای با استناد به ماده ۶۷۹ قانون مدنی معتقدند طرفین می‌توانند در قرارداد خود عقد جایز را غیر قابل فسخ قلمداد کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۴۱)، با وجود این، اذعان کرده‌اند اشترای عقد جایز ضمن عقد لازم، ماهیت آن را تغییر نداده، لذا به موت و جنون منفسخ می‌شوند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۴۶)

عده‌ای نیز جهت حق بودن رجوع در اذنیات به ماده ۱۲۰ قانون مدنی و قابلیت اسقاط حق رجوع به نحو ملزم استناد کرده‌اند. (خسروی، ۱۳۹۵: ۱۶۶) با وجود این به نظر می‌رسد همان‌طور که ماده ۱۰۸ قانون مدنی اشعار دارد، رجوع از احکام و ذاتیات اذن و غیرقابل سلب می‌باشد. (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ۴)

تصور کنید عاریه‌ای را که در آن رجوع اسقاط شده باشد، آیا جز این است که این عقد دیگر عاریه نبوده و حق انتفاع است؟ وکالتی که در آن حق رجوع ساقط شده باشد عقدی عهدی است، نه اذنی و این معنایی جز تبدیل ماهیت ندارد. (شهبازی، ۱۳۹۳: ۱۷۱)

ماده ۶۷۹ قانون مدنی به تبعیت از فقها، شرط ضمن عقد لازم را واجب الوفا می‌داند و این وجوب ناشی از ذات شروط است (تاج آبادی، ۱۳۹۰: ۵۹)، نه وکالت ضمن عقد لازم و بدیهی است که این شرط با موت از بین نمی‌رود. (ماده ۷۷۷ قانون مدنی)

بسیاری سعی کرده‌اند به دلیل مصالح امروزی حکم ماده ۶۷۹ را به صورت قاعده درآوردند، حال آنکه با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی، اساساً نیازی به وضع ماده فوق نبود. مگر نه آنکه علت عمده وضع شروط ضمن عقد، فرار از توقیفی دانستن عقود بین فقهای متقدم است؟ (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۷) پس با وجود ماده ۱۰ می‌توان به امکان انعقاد نوعی نمایندگی قائل بود که لازم و تعهدآور باشد که البته این نمایندگی با وکالت مصرح در قانون مدنی متفاوت است. وکالت‌نامه‌هایی که امروزه در مقام بیع منعقد می‌شوند، عمدتاً از همین نوع می‌باشند، بنابراین منطقی نیست، این وکالت‌نامه‌ها را با فوت منفسخ بدانیم، چرا که موضوعاً از شمول ماده ۹۵۴ خارج می‌باشند.



ممکن است این ایراد گرفته شود که این عمل دخالت در اموال پس از فوت بوده و باید شرایط وصیت رعایت شود. این ایراد مسموع نیست، چرا که این دست مداخله در مصالحه معلق بر فوت و ضمان جریره نیز وجود داشته و مورد پذیرش قرار گرفته است. (سبزواری، ۱۳۶۹ق، ج ۲: ۷۹۱) صاحب عناوین، حکمت انفساخ عقود جایز در اثر موت را حق وراثت به عنوان مالک جدید و بی‌حقی مباح له می‌داند. (برادران، ۱۳۹۱: ۹) روشن است این حق تنها در صورتی برای ورثه ایجاد می‌شود که اذن، ساده بوده و هیچ حق و تعهدی ایجاد نکند، حال آنکه شروط ضمن عقد موجب حکم وضعی و تکلیفی هستند. چنانچه نظر مشهور را بپذیریم باید بگوییم عاریه خانه برای سرتیر جایز است و حتی اگر به نحو ملزومی نیز حق رجوع سلب شده باشد به دلیل ماهیت اذن، عاریه سرتیر در اثر موت منفسخ می‌شود. این نتیجه را منطقی نمی‌پذیرد، بنابراین به نظر می‌رسد بخش اول ماده ۱۲۰ قانون مدنی نظر به اذن و قسمت اخیر آن نظر به حق و تعهد دارد. نتیجه فوق دور از منطقی نیست، چرا که ذات اباحه و نیابت با تعهد مغایرت دارد و اگر امری موجب تعهد و حق شد دیگر اذن ساده نخواهد بود.

رجوع در وصیت

برخی قائل به این قاعده‌اند که رجوع در عقود تبرعی حکم و در عقود غیر تبرعی حق است. از همین مقدمه با استناد به ماده ۸۲۶ قانون مدنی نتیجه گرفته‌اند که رجوع در وصیت عهدی قابل اسقاط و در وصیت تملیکی غیر قابل اسقاط می‌باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۵۷) عده‌ای نیز جهت احترام به آخرین اراده موصی، اسقاط رجوع را از وی نپذیرفته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳: ۴۰۱) با این حال باید توجه داشت عقود چون هبه (ماده ۷۹۵ قانون مدنی) و وصیت، هرچند تبرعی‌اند اما درج شرط عوض در آن‌ها ممکن است. (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۵: ۷۹؛ ماده ۸۰۱ قانون مدنی)

قانونگذار نیز صراحتاً درج شرط عوض را مسقط رجوع در هبه می‌داند. (ماده ۸۰۳ قانون مدنی) عده‌ای از فقها نیز وصیت تملیکی را با انجام شرط عوض غیرقابل رجوع می‌دانند. (کیائی، ۱۳۸۸، ج ۲: ۱۳۶) مدلول مواد ۷۶۸ و ۷۶۹ قانون مدنی نیز نظر اخیر را تأیید کرده و رجوع در وصیت را از اقسام حق شمرده و قابل رجوع دانسته است. حکم رجوع در هبه نیز با وحدت ملاک از آنچه که گفته شد روشن می‌شود. این قول در بین



نویسندگان قانون مدنی طرفدارانی دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳: ۸۴) هرچند در فقه برخی از فقها با آن مخالفاند.

رجوع در طلاق رجعی

در مورد بالا موضوع حق، مال بود و با معیار ارائه شده سازگاری داشت، اما در طلاق ممکن است موضوع رجوع را برگشت به خانواده بدانیم یا حق تصرف زوج. بسیاری با توجه به مبنای نخست رجوع را حکم و غیرقابل اسقاط دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۹۳)

برخی با قیاس طلاق رجعی و طلاق خلع به این نتیجه رسیده‌اند که رجوع در طلاق حقی است قابل مصالحه، لذا می‌توان آن را اسقاط نمود. (خسروی، ۱۳۹۵: ۱۶۶) ممکن است گفته شود این قیاس مع‌الفارق بوده و طلاق خلع و طلاق رجعی موضوعاً با یکدیگر متفاوت‌اند، اولی رجعی و دومی از انواع طلاق بائن است. حتی اگر طلاق خلع را مصالحه بدانیم باید بپذیریم که رجوع زوج محدود به رجوع زوجه به فدیة شده است، درحالی‌که اگر اسقاط شده بود پس از رجوع زن، رجوع مرد ممکن نبود. خواهیم دید که اباحه تحدیدپذیر بوده و در اینجا هنگامی که مانع زایل شود، ممنوع عودت خواهد یافت. این استدلال نیز کامل نیست، چرا که اسقاط به صورت مشروط انجام شده و بسیاری بر این عقیده‌اند که معدوم مشروط، بسته به شرط، قابل بازگشت است. (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۴: ۳۳۹) نکته آنکه در صورت کراهت، طلاق خلع را بر مرد واجب بدانیم (طوسی، ۱۴۰۰ق، ج ۱: ۵۲۹) یا مستحب؟ (ابن زهره، ۱۳۷۵، ج ۱: ۳۷۴)

در صورت اول که رجوع به حکم شباهت دارد، طلاق نوعاً بائن بوده و زوج مکلف است آن را انجام دهد و در صورت دوم که بیشتر به حق می‌ماند، طلاق به صلاحدید مرد بائن خواهد شد. به هر رو هرچند در فقه برخی رجوع را از حقوق زوج و قابل اسقاط دانسته‌اند، ولی به نظر می‌رسد رجوع زوج حکم و غیرقابل اسقاط است. فتاوی‌ای فقهای حاضر نیز بر همین معنا مستقر است. (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۴۳۱)

در ادامه به این مسئله خواهیم پرداخت که اگر امری مردد بین حق یا حکم بود، اصل بر حق بودن است یا حکم بودن؟

سوم) تأسیس اصل در موارد شک

گاهی برای تشخیص حکم یا حق بودن امری دلیل وجود دارد و گاهی با توسل به امارات و قواعد می‌توان حق را از حکم تمییز داد. اما بعضی اوقات امر، مورد شک است و باید به ادله فقهاتی رجوع کرد. برخی معتقدند در این موارد می‌توان عدم اسقاط امر را استصحاب کرده و مورد را مشمول حکم بدانیم. (گرجی، ۱۳۶۴: ۳۸) در مقابل عده‌ای علی‌رغم پذیرش خروج امر از شمول حق، معتقدند به دلیل عدم حجیت اصل مثبت، حکم بودن امر نیز اثبات نمی‌شود. (کریمی، ۱۳۹۵: ۲۶۱) البته این ایراد را می‌توان با توجه به جلی بودن واسطه مرتفع دانست و قائل به حجیت اصل مثبت در این مورد بود. (سبحانی تبریزی، بی‌تا، ج ۴: ۱۵۶)

با وجود این، استفاده از استصحاب جهت حکم به بقای امر پس از اسقاط همچون استفاده از این اصل عملی در راستای اثبات اصل لزوم در عقود است. وقتی شک داریم که آیا مقتضی قابل اسقاط با اراده فرد است یا خیر، چگونه می‌توان بقای امر را با وجود مقتضی مشکوک استصحاب نمود؟ (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۲: ۲۷۰) شاید بتوان تأسیس اصل را متفرع بر نگرش جامعه و سیستم حقوقی هر کشور به این مسئله دانست، به این معنا که در نظام‌های جمع‌گرا اصل بر حکم بودن و در نظام‌های فردگرا اصالت با حق بودن باشد. با توجه به مطالب گذشته و اصول ۴ و ۵۶ قانون اساسی کشور، به نظر می‌رسد در موارد شک در حکم یا حق بودن، باید اصل را بر حکم بودن امر بگذاریم. (مشهدی، ۱۳۹۴)

ج) منظور از حق در ماده ۹۵۹

برخی از حقوق‌دانان، حق مذکور در ماده ۹۵۹ قانون مدنی را حق بنیادین و از جنس حریت مورد اشاره در ماده ۹۶۰ آن قانون و حق، در اصل ۵۶ قانون اساسی می‌دانند. (ایمانیان، ۱۳۸۲: ۲۹)

ایشان مفهوم حقوق بنیادین را در برابر مفهوم حقوق شخصی نسبی قرار داده و نوع اول را قابل اسقاط و دومی را غیرقابل سلب دانسته‌اند. این اندیشه علاوه بر حقوق ایران و فقه امامیه در اندیشه‌های حقوق‌دانان عربی نیز تبلور یافته است. عبدالرزاق سنه‌وری در مقام توضیح حق و تمییز آن از جواز می‌نویسد:





حق منفعتی دارای ارزش مالی است که مورد حمایت قانون قرار دارد و جواز(رخصت) و توانایی واقعی استفاده از آزادی‌های عمومی یا اباحه‌ای است که قانون درباره آزادی‌های عمومی اعطا می‌کند.(نعمت‌اللهی، ۱۳۹۳: ۳۱)

طرفداران غیرقابل اسقاط بودن حق در ماده ۹۵۹ قانون مدنی به ریشه این ماده، یعنی ماده ۲۷ قانون مدنی سوئیس استناد می‌کنند که حقوق مذکور را جزئاً و کلاً غیرقابل سلب می‌داند.

در سوئیس نیز حقوق‌دانان حق مذکور در ماده ۲۷ را ناظر بر حقوق مربوط به شخصیت انسان می‌دانند. دکتر ناصر کاتوزیان با بیان این مطلب قائل بر آن است که قانونگذار کشورمان حکم فوق را در ماده ۹۵۹ تعدیل نموده و بنابراین اسقاط حق به صورت جزئی امکان‌پذیر می‌باشد.(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۰۸) با وجود این در ادامه بحث اذعان می‌کند که برخی از حقوق مذکور در ماده، جنبه عمومی داشته و از این نظر شبیه به حکم بوده و غیر قابل اسقاط هستند.

با توجه به آنچه گفته شد ایشان واژه حق در ماده مذکور را آینه‌دار دو معنی حق و حکم دانستند، که البته ایراد آن آشکار است، چرا که هرچند بسیاری از اصولیین استعمال لفظ بر دو معنا را جایز می‌دانند(حلی، بی‌تا: ۵۳)، اما فقها متفق‌اند که این امر در مقام تشریح و قانونگذاری مجاز نیست.(محقق داماد، ۱۳۶۲، ج ۱: ۳۹)

در حقوق غرب نیز برخی از حقوق که مربوط به شخصیت انسان می‌باشند غیر قابل اسقاط و جدایی‌ناپذیر(Inalienable rights) تلقی شده‌اند؛ هرچند با توجه به حاکمیت فلسفه لیبرالیسم بر حقوق کشورهای غربی، تصور مفهوم حقوق جدایی‌ناپذیر کمی دشوار است. چگونه می‌توان گفت شخصی در کشتن خویشتن آزاد است، اما حق زندگی وی غیرقابل اسقاط باشد؟(Stell, 1979, p.17)

در پاسخ به این ایراد باید گفت شخص با کشتن خویش موضوع حق زندگی را از بین می‌برد و از آن‌رو که زندگی کردن حقی تکوینی است بدون موضوع استمرار نمی‌یابد، لذا نمی‌توان شخص زنده‌ای را بدون حق بر زندگی تصور نمود(البته با توجه به فلسفه حاکم بر حقوق ما، این فرض با صلاحدید خداوند ممکن است).

در غرب برای یافتن مبنای عدم قابلیت اسقاط برخی حقوق به نظریه‌هایی از جمله طبیعت نوع انسان، حقوق به عنوان عطیه‌هایی الهی، طبیعت حقوق مورد بحث و



مسئول انگاری انسان در داشتن حق پرداخته شده است. (Stern, 2008, p.19) به همین دلیل نیز عده‌ای معتقدند «اهلیت تمتع، در حالت کلی، تحت اختیار افراد انسانی نیست تا بتوانند آن را از خود یا دیگری سلب کنند، خواه سلب تمام آن حقوق باشد و یا قسمتی از آن». (امامی، ۱۳۶۶، ج ۴: ۱۵۷)

از آنچه گفته شد روشن است که معیار شناسایی حقوق غیرقابل اسقاط (احکام) کمابیش در سیستم‌های حقوقی مختلف مشابه است. باید یادآور شد که سیستم حقوقی کشورمان که مبتنی بر فقه امامیه است، در مورد مسئله مورد بحث، چندین قدم از نمونه‌های مشابه غربی پیش است.

با توجه به مطالب گفته شده به نظر می‌رسد، واژه حق در ماده ۹۵۹ قانون مدنی آینه‌دار مفهوم حکم است و نه حق، از همین رونیز غیرقابل اسقاط می‌باشد. بدیهی است هیچ‌کس نمی‌تواند اهلیت دارا شدن را حتی به صورت جزئی از خود سلب نماید. آیا کسی می‌تواند حق خرید خانه‌ای معین را برای یک هفته از خود سلب کند؟ مگر شخص پیش از خرید نسبت به آن خانه حقی داشته که بتواند آن را اسقاط نماید؟ اگر حقی وجود داشته، «من علیه الحق» کیست؟ در سوی دیگر آیا شخص می‌تواند حق فروش خانه خود را سلب نماید؟ پاسخ این پرسش مثبت است؛ چرا که ما نحن فیه از عوارض مالکیت بوده و وقتی اسقاط و انتقال مالکیت به اراده شخص می‌باشد، روشن است که عوارض آن نیز در دست شخص خواهد بود.

برخی برای اسقاط حق به صورت جزئی دو راهکار را مطرح کرده‌اند؛ نخست آنکه متعلق حق را مشخص کنند و یا آنکه حق را در مدت معینی اسقاط نمایند. این شروط هم در مورد خرید و هم در مورد فروش کالا مرعی خواهد بود. پرسش آن است که چرا «من له الحق» نتواند برای همیشه از حق خود صرف نظر نماید؟ نمونه بارز اسقاط حق دائم، حبس مؤبد است. فرد برای همیشه یکی از عوارض مالکیت خود را از بین می‌برد و این امر در فقه (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۳: ۲۰۱) و حقوق کشورمان کاملاً پذیرفته شده است. با وجود این برخی گفته‌اند ممکن است اسقاط حق با مقتضای ذات مالکیت در تعارض باشد. (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱: ۶۷) این ایراد نیز وارد نیست؛ چرا که هیچ‌کس در صحت شرط سلب حق فروش به صورت دائمی ضمن مصالحه، هبه و یا حبس مؤبد تردید نمی‌کند. با توجه به عارضی بودن حق انتفاع و تصرف نسبت به مالکیت، امکان



اسقاط دائمی آن‌ها بدیهی است؛ کما اینکه مالک می‌تواند مالکیت خود را تماماً اسقاط نماید و این امر در سیستم‌های حقوقی مختلف دنیا پذیرفته شده است. (پیل‌وار، ۱۳۹۶: ۸۸) بنابراین حق به معنای حکم وضعی تخصصاً از شمول ماده ۹۵۹ قانون مدنی خارج بوده و علی‌القاعده، اسقاط آن به صورت کلی ممکن می‌باشد.

از سوی دیگر دانستیم موضوع ماده مذکور، احکام بوده که منطقیاً به هیچ عنوان قابل اسقاط نخواهد بود. این امر در سیستم حقوقی ما نیز در امور مربوط به اباحه بروز پیدا کرده است. گفتیم علاوه بر خدای متعال، بعضاً انسان نیز می‌تواند منشأ اباحه واقع شود. حال در نظر بگیرید شخصی اباحه انتفاع از مال خود را به دیگری می‌سپارد یا حتی اتلاف مال خود توسط ثالث را مباح می‌گرداند. حقوق دانان متفقند در این شرایط نیازی به قبول دیگری نیست و اذن، موجب اباحه ایقاع است. (توکلی، ۱۳۸۹: ۷۱)

ولی آیا دیگری می‌تواند اباحه را از خود سلب (اسقاط) نماید؟ پاسخ منفی است، اما مسلماً می‌تواند از اباحه موجود استفاده نکند. نکته در این است که در سیستم حقوقی کشور ما، حقوق علی‌القاعده (جزئاً و کلاً) قابل اسقاط‌اند، اما مباحات را تنها می‌توان محدود نمود.

فقهها شرط تحدید حکم را ذیل شرط مخالف سنت و شرع آورده و برخی آن را مصداق تحریم حلال دانسته‌اند. برای مقدمه باید گفت مباحات بر دو دسته‌اند؛ نخست مباحات تکلیفی که موضوع بحث ماست و دیگری مباحات وضعی که منوط به حکم وضعی دیگری است، مانند نگاه به زوجه که منوط به زوجیت است. برخی برای تحدید حکم اباحه هیچ محدودیتی قائل نشده و معتقدند می‌توان به صورت دائمی تعهد به ترک یا انجام مباحات داد. (نراقی، ۱۴۰۸ق: ۴۹ و ۲۸۰)

مشهور اما معتقدند تنها در صورت موقتی بودن می‌توان مباح را ترک کرد یا ملتزم بر انجام شد. در این صورت نه التزام و نه ملتزم با شرع مخالفت نخواهد داشت. (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۲: ۴۶۰) به نظر می‌رسد این شروط، همان شروط گفته شده در بحث سلب حق به صورت جزئی است و از اینجا می‌توان به محل اشکال قائلین به آن نظریه پی برد. پیش‌ازاین گفتیم رجوع در اذنیات حکم بوده، لذا موکل نمی‌تواند حق رجوع خود را اسقاط نماید. اکنون دانستیم که موکل می‌تواند عدم اعمال



این حق را به زمان مخصوصی محدود نماید. برخی از فقها این حکم را حتی در شرط عدم ازدواج مجدد بر زوج مرعی دانسته‌اند. (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۳: ۵۲)

از اصول حقوقی نیز امکان تحدید این حکم استنباط می‌شود. به عنوان فایده عملی بحث باید دید ضمانت اجرای تخلف از حالات فوق (شرط سلب حق، تحدید حق و تحدید حکم اباحه) چه خواهد بود.

۴. ضمانت اجرای تخلف از شرط

از شروط مذکور، شرط سلب حق، شرط نتیجه و شرط تحدید حق و حکم اباحه شرط فعل حقوقی منفی می‌باشند. هرچند قانون مدنی (در مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹) به مبحث تخلف از شرط پرداخته، اما ضمانت اجرای مذکور را باید به شرط فعل مادی مثبت اختصاص داد. در مورد ترک فعل مادی، انجام به خرج متعهد به وسیله دیگری ممتنع بوده و در بسیاری موارد، الزام نیز به دلیل دلالت نهی بر ترک مطلق، ممکن نخواهد بود. امروزه در صورت امتناع مشروط علیه، شرط فعل حقوقی مثبت به وسیله حاکم انجام می‌شود. در ادامه به بحث شرط نتیجه و تخلف از شرط فعل حقوقی منفی می‌پردازیم.

أ) شرط سلب حق

همان‌طور که گفته شد این شرط، نوعی شرط نتیجه است که به نفس اشتراط حاصل می‌شود. بنابراین حق مشروط علیه در عقد، ساقط خواهد شد. در نظر بگیرید فردی حق فروش خانه خود را تا زمانی که زنده است از خود سلب نماید. می‌دانیم که اگر شرط نتیجه صحیح جعل شود، تخلف پذیر نیست و تنها ممکن است، انجام آن متعذر شود. (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۳۸) اگر مشروط له خانه خود را بفروشد مانند شخصی است که ضمن عقد، دیگری را وکیل خود قرار داده و بعد اقدام به عزل وی نموده است. بدیهی است عزل «کان لم یکن» بوده و مؤثر نیست. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۹۸) یا خریداری را در نظر بگیرید که علی‌رغم اسقاط کافه اختیارات، اقدام به فسخ عقد نماید. روشن است که فسخ اثری بر قرارداد نخواهد داشت. عده‌ای جهت تقویت این نتیجه گفته‌اند نهی اقتضاء فساد دارد، لذا عمل حقوقی دوم باطل خواهد بود. (محقق داماد،



با وجود این برخی دیگر از حقوق دانان اعتقاد به غیر نافذ بودن عمل حقوقی دوم دارند که نیازمند تنفیذ من له الحق می‌باشد. (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۳۴)

پرسش اینجاست که در موارد اسقاط حق، فرض «من له الحق» و «من علیه الحق» چگونه ممکن است؟ در اینجا تعهدی وجود ندارد تا بتوان در برابر آن حقی متصور شد. توضیح آنکه در برخی موارد حق مالک با حق دیگری ممزوج شده و از این رو، اراده مالک به تنهایی نمی‌تواند منشأ عمل حقوقی نافذ باشد، اما ما نحن فیه، آنجا مصداق می‌یابد که مالک حق خویش را بر یکی از عوارض مالکیت اسقاط کرده و البته این اسقاط حق، حقی برای دیگری در مال ایجاد نخواهد کرد. بنابراین به نظر می‌رسد در مواردی که شخص، حق انجام عمل حقوقی را از خود سلب نموده است، عمل منافی آن باطل خواهد بود.

ب) شرط تحدید حق و حکم به اباحه

این نوع شرط را باید شرط فعل حقوقی منفی بدانیم که برای مشروط‌له، حق و برای مشروط علیه، تعهد ایجاد خواهد کرد. برای ضمانت اجرای تخلف از این نوع شرط نیز از گذشته برخی قائل به بطلان مطلق تصرفات منافی (خوبی، ۱۴۱۲ق، ج ۷: ۳۴۰) و برخی (همان: ۳۴۲) قائل به صحت مطلق عمل حقوقی دوم بوده‌اند. در این میان مشهور معتقدند با توجه به وجود متعهد و من له الحق، عقد دوم غیر نافذ است و در صورت تنفیذ من له الحق، لازم الاتباع خواهد بود. (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۸: ۱۳)

در برخی موارد نیز قانونگذار اختیار مالک جهت معامله را محدود می‌کند که با بحث حاضر همخوانی دارد. برای مثال قانونگذار در ماده ۷۹۳ قانون مدنی مالک را از تصرف منافی حق مرتهن ممنوع کرده است. می‌دانیم که راهن، مالک عین مرهونه است، لذا طبق ادله سلطنت، حق دارد در مال خود به هر نحو تصرف کند (ماده ۳۰ قانون مدنی)؛ از طرف دیگر، عین مرهونه متعلق حق مرتهن قرار گرفته و نفوذ عقد راهن موجب از بین رفتن حق وی خواهد شد.

طبق مطالب فوق، حکم معامله راهن عدم نفوذ خواهد بود. رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ که در مقام تفسیر حکم ممنوعیت راهن از تصرف حقوقی در مال مرهونه صادر شده است نیز مؤید همین نظر است، چرا که صحت تصرفات راهن را به دلیل وجود حق برای مرتهن، منوط به تنفیذ ایشان می‌داند. برای بررسی دقیق‌تر و نتیجه‌گیری

بهتر، باید متعلق شرط فعل حقوقی منفی را به فعل یا عین تفکیک نمود، به این معنا که در برخی مواقع موضوع شرط حقوقی منفی، عدم انجام معامله بر عین متعلق به مشروط علیه بوده و در برخی موارد موضوع شرط فعل حقوقی منفی، ترک انجام فعلی مانند ازدواج یا تعهد به عدم عزل وکیل می‌باشد. اگر معتقد باشیم که شرط موجب ثبوت حق برای مشروط‌اله بر مشروط‌علیه نیست و وجوب عمل به شرط، فقط یک حکم تکلیفی است، عمل حقوقی منافی صحیح خواهد بود، چرا که فقط مستلزم مخالفت با حکم شرعی وجوب وفای به شرط است، اما اگر معتقد باشیم که شرط، موجب ثبوت حق برای مشروط له است، تصرف منافی اگر با اذن یا اجازه مشروط له باشد صحیح و در غیر این صورت باطل است.

یکم) شرط فعل حقوقی منفی با موضوعیت عین

برخی از فقهای متأخر، در صورت عین بودن موضوع شرط فعل حقوقی منفی، قائل به پیدایش حق برای مشروط له در موضوع شرط شده‌اند. (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵: ۳۴۹)

در تأیید این نظر می‌توان، تعهد به تملیک عین معین را مثال زد. فقها اشتراط مبنی بر فروش عین معین را موجب پیدایش حق، برای مشروط له در عین معین، می‌دانند. (همان: ۳۴۷) به دلیل پیدایش همین حکم وضعی نیز، چنانچه مشروط علیه فوت کند، مشروط له می‌تواند از حاکم تملیک عین را تقاضا نماید. نفوذ گستره این نظر در بین حقوق دانان تا آن حد بوده است که برخی از ایشان اثر چنین شرطی را پیدایش حق عینی تبعی در موضوع شرط می‌دانند. (شهیدی، ۱۳۹۱: ۳۱)

چنانچه بپذیریم شرط فعل حقوقی مثبت با موضوعیت عین معین، موجب پیدایش حکم وضعی در متعلق شرط می‌شود، دلیلی برای عدم اعمال این نتیجه در موضوع مورد بحث نداریم.

ممکن است ایراد گرفته شود که قانون مدنی در مواد ۴۵۴ و ۵۰۰، ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل حقوقی منفی را بطلان عمل حقوقی دوم دانسته است. این نظر چنان در بین حقوق دانان قوت گرفته است که برخی آن را استثنایی بر غیر نافذ بودن تصرفات منافی شرط می‌دانند (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۵: ۱۳۶) و برخی با اجتهاد در برابر نص، لفظ بطلان را حمل بر غیر نافذ بودن کرده‌اند. (صفایی، ۱۳۸۲: ۳۱۱) تحقیق و



تفحص عده‌ای دیگر از حقوق دانان در منابع فقهی نشان می‌دهد مواد فوق‌الذکر کاملاً منطبق با نظریه عدم نفوذ و در راستای منطق حاکم بر قانون مدنی است. (الشریف، ۱۳۹۱: ۱۳۰)

ایشان با تفکیک خيارات قانونی و قراردادی، عین را متعلق خيارات قراردادی دانسته و تصرف «من علیه الخيار» را حتی پیش از فسخ عقد اول غیر نافذ می‌دانند. بنابراین اگر «من علیه الحق»، عین را منتقل نماید، این انتقال غیر نافذ بوده (که منطبق با نظر ارائه شده در این مقاله است) و با فسخ عقد اصلی به دلیل از بین رفتن رابطه حقوقی دوم، تنفیذ یا رد بلا موضوع شده و عقد دوم باطل می‌گردد.

همین‌طور اگر «من له الحق»، عقد خود را فسخ ننماید با پایان پذیرفتن مدت خيار، مانع نفوذ عقد «من علیه الحق» نیز برداشته می‌شود. با پذیرش این تحلیل که کاملاً موجه می‌نماید، به نظر می‌رسد منطق حاکم بر قانون مدنی نیز قائل به عدم نفوذ تصرفات «من علیه الحق» است.^۱

در سایر قوانین کشور نیز تبعیت از این نظریه به چشم می‌خورد. برخی از حقوق دانان تصرفات مالی تاجر ورشکسته را غیر نافذ و منوط به تنفیذ مدیر تصفیه به عنوان نماینده طلبکاران دانسته‌اند (ماده ۵۰۰ قانون تجارت). ایشان حکم ماده ۴۲۳ قانون تجارت را به موارد مصرح محدود کرده (روشن، ۱۳۸۹: ۸۴) و ماده ۵۵۷ را ناظر بر ورشکسته مجرم می‌دانند.

ماده ۴۹۷ با لحاظ بند (۱) ماده ۴۹۲ قانون تجارت مؤید همین نظر است، چرا که قرارداد ارفاقی با توجه به طرفیت طلبکاران صحیح و نافذ تلقی شده، اما در صورت ورشکستگی به تقلب بطلان آن کشف می‌شود. ماده ۵۷ قانون اجرای احکام مدنی که برخی آن را مبین ماده ۵۶ آن قانون می‌دانند نیز همین نظر را تأیید می‌کند.

چگونگی اعمال نتایج فوق در شروط ابتدایی (با فرض پذیرش صحت این شروط) نیازمند تحقیقی مفصل و جداگانه است. با این حال عده‌ای این نتیجه را در سرپیچی موجب از ایجاب ملزم، نیز مجری می‌دانند. (دارائی، ۱۳۹۳: ۱۲۹)

^۱ در مواد ۶۵، ۲۱۸ مکرر و ۱۰۴۳ نیز همین گونه است.

دوم) شرط فعل حقوقی منفی با موضوعیت فعل

در قسمت پیشین گرایش قانونگذار مدنی را برای وضعی دانستن مواردی که موضوع شرط، عین معین است، دیدیم، اما در مورد شرط فعل حقوقی در مواردی که موضوع آن عین معین نیست، قانون مدنی اعتقاد به تکلیفی بودن حکم شرط دارد. نمونه بارز این گرایش را می‌توان در ماده ۷۶۸ و ۷۶۹ قانون مدنی مشاهده کرد. موضوع تعهد در این مواد، تملیک مال کلی است، لذا تعهد موجب حکم تکلیفی بوده و جز در موارد اشتراط قابل انتقال به ورثه نمی‌باشد. (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱: ۱۹۰)

تقابل مواد ۲۴۱ و ۲۴۳ قانون مدنی نیز حاکی از همین نتیجه است. ماده ۲۴۱ و ۲۴۳ به ترتیب مقرر می‌دارند:

ممکن است در معامله، شرط شود که یکی از متعاملین برای آنچه که به واسطه معامله، مشغول‌الذمه می‌شود رهن یا ضامن بدهد.

هر گاه در عقد، شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرط انجام‌نگیرد مشروط‌اله حق فسخ معامله را خواهد داشت.

قانونگذار ضمانت اجرای عدم تعیین ضامن را حق فسخ دانسته، ولی درباره تخلف از رهن دادن، ساکت است. به نظر می‌رسد تفاوت ضمانت اجرای این دو ماده نیز ناشی از دقت نظر قانونگذار در مورد احکام تکلیفی و وضعی است. همین نتیجه را می‌توان در ضمانت اجرای سرپیچی از شرط فعل مشاهده کرد. (ماده ۲۳۹) چنانچه اشتراط فعل، موجب حکم وضعی می‌بود، آخرین راهکار قانونگذار، باید تبدیل شرط به دین می‌بود، نه حق فسخ قرارداد.

برای مواردی که موضوع شرط فعل حقوقی منفی، فعل مشروط علیه است، می‌توان شرط عدم عزل وکیل و شرط عدم ازدواج مجدد را مثال زد. یکی از حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۴: ۲۰۶) در مورد شرط عدم عزل وکیل می‌نویسد:

ضمن عقد لازم، موکل تعهد می‌کند که از حق عزل استفاده نکند. در این حالت، حق عزل از بین نمی‌رود و هرگاه به خلاف شرط آن را به کار برد، عزل، نفوذ خود را دارد و وکالت را منحل می‌سازد، ولی کسی که شرط عدم عزل به سود او شده است، می‌تواند عقد لازم را فسخ کند.



بنابراین عمل حقوقی مغایر با شرط صحیح و نافذ است. فقهای معاصر همین حکم را در مورد سرپیچی زوج از شرط عدم ازدواج مجدد، پذیرفته‌اند. (وحید خراسانی، بی‌تا، ج ۳: ۳۱۸)

ممکن است اشکال شود که چنانچه اجیر خاص، در مدت اجاره، عقد اجاره دیگری منعقد نماید، اجاره دوم فضولی و غیر نافذ است. این اشکال وارد نیست، چرا که عقد اجاره، موجب مالکیت مستاجر بر فعل اجیر شده و اجیر در حقیقت اقدام به انتقال مال غیر نموده است و نه انتقال مال موضوع حق غیر.

از آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل حقوقی منفی (تحدید اباحه) بستگی به موضوع مورد تعهد دارد. چنانچه موضوع تعهد، عین معین باشد، عمل مغایر شرط فعل حقوقی منفی، غیر نافذ و اگر موضوع تعهد، فعل مشروط علیه باشد، عمل مغایر صحیح و ضمانت اجرای تخلف از شرط به فراخور موضوع، فسخ عقد اولی می‌باشد.

نتیجه بحث

با توجه به آنچه گفته شد به نظر می‌رسد واژه حق در ماده ۹۵۹ قانون مدنی ناظر به حکم اباحه بوده و اسقاط آن به طور کلی یا جزئی ممنوع است. همچنین با مرور نظرات فقها و حقوق دانان دانستیم قابلیت اسقاط، خصوصیت حق بوده و به دلیل سلطه «من له الحق» به صورت کلی قابل اسقاط است. با این حال در جهت تسهیل امور اشخاص، فقها معتقدند حکم به اباحه را می‌توان موقتاً محدود نمود و تعهد به ترک امر مباح داد. در این صورت تصرف منافی شرط، از آن رو که شرط فعل حقوقی منفی به حساب می‌آید به فراخور موضوع شرط که ممکن است عین معین یا فعل باشد به ترتیب، غیر نافذ یا صحیح، خواهد بود. از سوی دیگر تصرف منافی شرط سلب حق، به عنوان شرط نتیجه، باطل و بدون اثر است.

منابع و مأخذ:

- ابن زهره، حمزة بن علی (۱۳۷۵ق)، *غنیة النزوع إلی علمی الأصول و الفروع*، به تحقیق ابراهیم بهادری، ج ۱، ج ۱، قم: موسسه امام صادق علیه السلام.
- ابن منظور (۱۴۰۸ق)، *لسان العرب*، ج ۳، ج ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- احمدی، بابک (۱۳۹۴)، *سارتر که می نوشت*، ج ۵، تهران: نشر مرکز.
- امامی، سید حسن (۱۳۶۶)، *حقوق مدنی*، ج ۴، ج ۳، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۳۹۱)، *مکاسب*، حاشیه جواد فخار طوسی، ج ۱۰، ج ۶، قم: نشر مرتضی.
- ایمانیان، فریبرز و دیگران (۱۳۸۲)، «*تفسیر حقوق مدنی در قانون مدنی*»، نشریه مدرس، دوره ۷، ش ۱.
- بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی (۱۴۰۱ق)، *قواعد فقهیه*، ج ۲، ج ۳، تهران: موسسه عروج.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳ق)، *بلغة الفقیه*، ج ۱، ج ۴، تهران: منشورات مکتبه الصادق علیه السلام.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق)، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، ج ۲۰، ج ۱، قم: موسسه نشر الاسلامی.
- برادران، دلاور (۱۳۹۱)، «*نزوم و جواز عقود از دیدگاه وصف حقی یا حکمی*»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۵، ش ۲.
- پورمولا، هاشم (۱۳۹۰)، «*حق و حکم در فقه امامیه*»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۳۳، ش ۱.
- پیل وار، رحیم (تابستان ۹۶)، «*مطالعه تطبیقی اعراض در فقه و حقوق ایران و حقوق فرانسه*»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۸، ش ۱.





- تاج آبادی، حسین (۱۳۹۰)، *شروط صحیح در فقه امامیه*، ج ۱، تهران: نشر میزان.
- توکلی، احمد رضا (۱۳۸۹)، «تفاوت عقود اذنی با نهاد حقوقی اذن»، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، ش ۵.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۸)، *ترمیمولوژی حقوق*، ج ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- _____ (۱۳۸۸)، *حقوق اموال*، ج ۶، تهران: گنج دانش.
- _____ (۱۳۹۰)، *وصیت*، ج ۳، تهران: گنج دانش.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۹)، *فلسفه حقوق بشر*، ج ۶، قم: اسراء.
- _____ (۱۳۹۲)، *حق و تکلیف در اسلام*، ج ۶، قم: اسراء.
- حکیم، سید محمد تقی (۱۹۷۹م)، *الأصول العامة للفقهاء المقارن*، ج ۱، ج ۲، بیروت: مؤسسة آل البيت عليه السلام.
- حلی، جعفر بن حسن (بی تا)، *معارج الاصول*، تحقیق: محمد حسین رضوی، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
- خسروی، حامد و دیگران (۱۳۹۵)، «ماهیت رجوع و تمییز آن از مفاهیم مشابه»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۱۵.
- خوانساری، محمد (۱۳۵۲)، *تسدید القواعد فی حاشیة الفرائد*، ج ۱، تهران: شیخ محمد قوانینی.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲ق)، *مصباح الفقاهه*، ج ۷، ج ۱، بیروت: دارالهادی.
- خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱ق)، *کتاب البیع*، ج ۵، ج ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی عليه السلام.
- دارائی، محمدهادی (۱۳۹۳)، «ایجاب منبع یک جانبه التزام»، فصل نامه دیدگاه های حقوق قضائی، ش ۶۸.

- راغب اصفهانی (بی تا)، *المفردات فی غریب القرآن*، تحقیق: محمد سید کیلانی، بیروت: دار المعرفة.
- رحمت‌اللهی، حسین و زهرا پناهی بروجردی (۱۳۹۰)، «بررسی تطبیقی مصلحت در مکاتب فردگرا و جمع‌گرای غربی و فقه امامیه»، *حقوق اسلامی*، ش ۲۸.
- روشن، محمد و مصطفی مظفری (۱۳۸۹)، «بررسی آثار صدور حکم ورشکستگی و رفع آن»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۴۰، ش ۱۰۱.
- ساکت، محمد حسین (۱۳۸۷)، *حقوق شناسی*، ج ۱، تهران: نشر ثالث.
- سبحانی تبریزی، جعفر (بی تا)، *المحصول فی علم الاصول*، به تقریر سید محمود جلالی مازندرانی، ج ۴، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام.
- سیزواری، محمد باقر (۱۳۶۹ق)، *کفایة الاحکام*، ج ۲، ج ۱، قم: موسسه نشر اسلامی.
- سکوتی نسیمی، رضا (۱۳۹۵)، «بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، *آموزه‌های فقه مدنی*، ش ۱۳.
- الشریف، محمد مهدی و نصرالله، جعفری خسروآبادی (۱۳۹۱)، «تصرفات «من علیه الخيار» در قانون مدنی و فقه امامیه (پژوهشی در مبانی مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی)»، *حقوق اسلامی*، س ۹، ش ۳۳.
- شهابی، مهدی و مریم جلالی (۱۳۹۱)، «تأثیرپذیری منبع قاعده‌ی حقوقی از منشأ الزام‌آوری قاعده حقوقی»، *مجله حقوقی دادگستری*، س ۷۶، ش ۷۷.
- شهبازی، محمدحسین (۱۳۹۳)، *مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی*، ج ۱، تهران: نشر میزان.
- شهیدی، مهدی (۱۳۶۹)، «*رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق اجرای حقوق مدنی*»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۲۰۸.
- _____ (۱۳۷۷)، *تشکیل قراردادهای و تعهدات*، ج ۱، تهران: نشر حقوق دان.



- شهیدی، مهدی (۱۳۸۷)، شروط ضمن عقد، ج ۲، تهران: مجد.
- _____ (۱۳۹۱)، مجموعه مقالات حقوقی، ج ۳، تهران: مجد.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۳۰ق)، دروس فی علم الاصول، ج ۱، ج ۵، قم: دارالعلم.
- صفایی، حسین و سید مرتضی قاسم زاده (۱۳۹۴)، اشخاص و مجبورین، ج ۱۹، تهران: سمت.
- صفایی، سید حسین (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۹، تهران: نشر میزان.
- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی، ج ۵، ج ۵، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۱۰ق)، حاشیه المکاسب، ج ۱، ج ۱، قم: موسسه اسماعیلیان.
- طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۵۰)، اصول فلسفه و روش رئالیسم، حاشیه مرتضی مطهری، ج ۲، ج ۱، قم: دارالعلم.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، ج ۱، ج ۲، بیروت: دارالکتب العربی.
- طهرانی، محمدهادی (۱۳۷۴)، «رساله حق و حکم»، تصحیح نعمت الله صفری، نامه مفید، س ۱، ش ۴.
- عسکری، رضا (۱۳۹۴)، «ماهیت حکم وضعی و تفاوت آن با حکم تکلیفی از منظر اصولیون شیعه»، مجله رسائل، ش ۴.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۹۰)، قواعد فقه، ج ۱، ج ۳، تهران: سمت.
- غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۳۶۱)، رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ج ۱، ج ۲، قم: انوار الهدی.
- فروغی، سید علیرضا (۱۳۹۱)، «آثار و ویژگی های حق از دیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی»، دانش حقوق مدنی، ش ۱.



- فروغی، سید علیرضا (۱۳۹۱)، «بررسی فقهی- حقوقی حق و ملک»، آموزه‌های فقه مدنی، ش ۵.
- قدسی، احمد (۱۴۱۶ق)، *انوار الاصول*، تقریر مباحث مکارم شیرازی، ج ۳، ج ۱، قم: انتشارات نسل جوان.
- فنواتی، جلیل و دیگران (۱۳۹۲)، «بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره ملکیت، حق و حکم»، مطالعات اسلامی فقه و اصول، ش ۹۲.
- کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۹۱)، *اموال و مالکیت*، ج ۳۶، تهران: نشر میزان.
- _____ (۱۳۸۵)، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، ج ۷، تهران: سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۸۸)، *حقوق خانواده*، ج ۱، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار و کتابخانه گنج دانش.
- _____ (۱۳۹۰)، *ایقاع*، ج ۵، تهران: نشر میزان.
- _____ (۱۳۹۲)، *مقدمه علم حقوق*، ج ۸۵، تهران: شرکت انتشار.
- _____ (۱۳۹۱)، *عقود معین*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۱۱، ج ۱، ۳ و ۴.
- کریمی، عباس و دیگران (۱۳۹۵)، «تأملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، س ۸، ش ۱۵.
- کیائی، عبدالله (۱۳۸۸)، *قانون مدنی و فتاوی امام خمینی (ره)*، ج ۲، چ ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره) و انتشارات سمت.
- گرجی، ابوالقاسم (۱۳۶۴)، «حق و حکم و فرق میان آن‌ها»، *مطالعات حقوقی و قضائی*، ش ۱.
- لطفی، اسدالله (۱۳۹۲)، «تحلیل حکم فقهی رخصت و عزیمت، *مطالعات اسلامی*»، فقه و اصول، س ۴۵، ش ۹۲.



- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۶۲)، *مباحثی از اصول فقه*، ج ۱، چ ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- _____ (۱۳۸۳)، *قواعد فقه*، ج ۱، چ ۲۳، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- _____ (۱۳۸۸)، *قواعد فقه*، ج ۲، چ ۹، تهران: سمت.
- _____ (۱۳۸۸)، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، چ ۲، تهران: مرکز نشر علوم انسانی.
- _____ (۱۳۹۰)، *حقوق خانواده نکاح و انحلال آن*، چ ۱۶، تهران: نشر علوم اسلامی.
- _____ (۱۳۶۹)، «*اعراض از ملک*»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۸.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۰)، *اصول الفقه*، ج ۲، چ ۴، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
- موحد، محمدعلی (۱۳۸۱)، *در هوای حق و عدالت*، چ ۱، تهران: نشر کارنامه.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۴۱۹ق)، *قواعد فقهیه*، ج ۱، چ ۲، تهران: انتشارات مجد.
- _____ (۱۳۷۳)، «*شرط ترک ازدواج مجدد زوج در ضمن عقد نکاح از جانب زوجه*»، *حقوقی دادگستری*، ش ۱۱.
- موسی زاده، ابراهیم (۱۳۹۰)، «*بررسی حقوق انسان از دو دیدگاه غرب و اسلام*»، *حکومت اسلامی*، ش ۴.
- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۳ق)، *جامع الشتات فی اجوبه السوالات*، ج ۳، چ ۱، تهران: انتشارات کیهان.
- میلانی، سید محمدهادی (۱۳۹۵ق)، *محاضرات فی فقه الامامیه*، کتاب البیع، چ ۲، مشهد: دانشگاه فردوسی.



- نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۲۲ق)، *منیة الطالب*، ج ۱، ج ۳، تهران: المکتب المحدیة.
- نبویان، سید محمود (۱۳۹۳)، «معنا و لوازم حق تکوینی و حق اعتباری»، *آیین حکمت*، س ۶، ش ۲۱.
- _____ (۱۳۸۷)، «جستاری در انواع حق»، معرفت فلسفی، س ۵، ش ۴.
- نجفی خوانساری، موسی بن محمد (۱۴۱۸ق)، *تقریر میرزا محمدحسین النائینی*، ج ۳، ج ۱، قم: موسسه نشر اسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۹۸۱م)، *جواهر الکلام*، تحقیق: علی آخوندی، ج ۲۳، ج ۷، بیروت: دار احیا التراث عربی.
- نزاقی، احمد (۱۴۰۸ق)، *عواید الایام*، ج ۳، قم: نشر بصیرتی.
- نعمت اللهی، اسماعیل (۱۳۹۱)، «اثر تعهد به تملیک در فقه امامیه و حقوق ایران»، *فقه و اصول*، س ۴۴، ش ۸۹.
- _____ (۱۳۹۳)، «بررسی نظریه ملک آن یمَلِک (حق تملک)»، *حقوق اسلامی*، دوره ۱۱، ش ۴۱.
- _____ (۱۳۸۸)، «ضمانت اجرای شرط فعل حقوقی»، *حقوق اسلامی*، س ۶، ش ۲۳.
- وحید خراسانی، حسین (بی تا)، *منهاج الصالحین*، ج ۳، قم: مدرسه الامام باقر العلوم علیه السلام.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۹۳)، *درس خارج فقه*.
- Donnelly, Jack. (2003) *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press.
- Watts, Michael. (2003), *Kierkegaard*, London: Oneworld Publications.
- Stell, Lance K. (1979), "Duelling and the Right to Life", *The University of Chicago Press*, Vol. 90.
- Stern, Craig A, Jones, Gregory M. (2008), "The coherence of natural inalienable rights", *UMKC Law Review*, Vol. 76.

