



10.30497/sj.2025.246743.1411

*Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",
Vol. 12, No. 2 (Serial 24), Spring & Summer 2024*

Research Paper

Departing from Non-Detailed Legal Authorizations in Identifying the True Concept of the Right of Permissibility and Discretion

Hossein Javar*

Received: 08/03/2024

Mohaddeseh Osuli Yamchi**

Accepted: 10/07/2024

Abstract

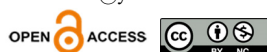
Distinguishing 'right' from concepts such as free will, permissibility, and right of discretion is important due to the difficulties caused by mixing these two and misinterpretations [necessity of research]. One of the common fallacies is the fallacy of real and figurative, which is due to the legislator's use of "common words" or expressing legal propositions based on the persons' free will, which has caused some cases such as the right of divorce, recourse to divorce or *fadiah* or custodianship to become abortive. Therefore, it is necessary to define conceptual boundaries with appropriate methods [research problem]. By relying on the classification of the core of authority and induction in the jurists' criteria [research method], it is known that by relying on the nature of the arbitrariness of right and paying attention to the difference in the "limit of authority" and the "degree of dominance of persons", the difference in the "limitation limit" and the achievement of "dominion over supremacy" or "authority over authority" which is specific to the concept of right, we could achieve a correct understanding. In the true concept of right, revocability is the definitive factor of differentiation with similar concepts, and paying attention to factors such as public right, the existence of the obligor, the existence of context and reason, the existence of the intention of revocation and its expression, the possibility of delimitation, obligation, demandability, and decomposability, we can pass over the above-mentioned non-detailed condition or fallacy and clarify the conceptual dimensions and significations of right and permissibility. [research results]

Keywords

Homonyms, Non-Detailed Law, Right, Permissibility, Free Will, Degree of Limitation.

*Associate Professor of Private Law, Farabi Faculty, Tehran University, Tehran, Iran (corresponding author) hjavar@ut.ac.ir

** Ph.D. in Islamic Jurisprudence and Law, Farabi Faculty, Tehran University, Tehran, Iran m.osuli14@yahoo.com





10.30497/sj.2025.246743.1411

دوفصلنامه علمی «پژوهش‌نامه فقه اجتماعی»، سال دوازدهم، شماره دوم (پیاپی ۲۴)، بهار و تابستان ۱۴۰۳، صص. ۳۳۳-۴۰۸

برون‌رفت از اجمال‌های قانونی در شناسایی مفهوم حقیقی حق از اباحه و اختیار

حسین جاور*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۸

محدثه اصولی یامچی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۲۰

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

در ساحت تشخیص حق از حکم، شناسایی «حق» از مفاهیمی مانند «اباحه» و «اختیار»، به دلیل دشواری های ناشی از اختلاط این دو و بروز اجمال و ابهام در فهم عبارت‌ها، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است (ضرورت پژوهش). یکی از مغالطه‌های رایج در ادبیات حق و حکم، مغالطه مبتنی بر اشتراک لفظ و استعمال مجازی حق است که به دلیل استفاده قانون‌گذار از «واژه‌های اعم» یا بیان گزاره‌های مبتنی بر اختیار (توانایی) اشخاص، رخ داده است (مجاز عقلی). وجود اوصافی مانند جواز، اختیار، ترخیص و امتیاز در هر دو مورد باعث شده است برخی از موارد مانند اختیار بر طلاق، رجوع در طلاق یا رجوع به فدیة، حضانت و مانند آن به‌رغم ارتباط با مصالح مهم و اغماض‌ناپذیر در تنظیم و تنسيق ازدواج یا طلاق، در نظر برخی اسقاط‌پذیر باشد. بنابراین، لازم است برای برطرف کردن اجمال قانونی و مصونیت از افتادن در دام مغالطه اشتراک لفظ، مرزهای مفهومی و شبهات مصداقی با شیوه‌های مناسب مشخص شود (مسئله پژوهش). با تکیه بر درجه‌بندی هسته اختیار و استقرا در معیارهای فقیهان (روش پژوهش)، معلوم می‌شود که می‌توان با تکیه بر ماهیت اضافه اعتباری حق و توجه به تفاوت در «حد اختیار» و «درجه سلطه اشخاص»، تفاوت در «حد تحدید» و احراز «سلطه بر سلطه» یا «اختیار بر اختیار» که ویژه حق اصطلاحی است، به تشخیص درست دست یافت. در مفهوم حقیقی حق، اسقاط‌پذیری فارق قطعی با مفاهیم مشابه است و با توجه به عواملی مانند حق‌الناس بودن، وجود من علیه‌الحق، وجود مقتضی (سبب)، وجود قصد اسقاط و ابراز آن، اقتضای تحدیدپذیری، تعهدپذیری، مطالبه‌پذیری و تجزیه‌پذیری و بررسی دقیق‌تر، می‌توان از اجمال قانونی یا مغالطه یادشده عبور و ابعاد مفهومی و مصداقی حق و اباحه را روشن کرد (دستاوردهای پژوهش).

واژگان کلیدی

اشتراک لفظی، اجمال قانون، حق، اباحه، اختیار، اختیار دو درجه‌ای، حد تحدید.

* دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده‌گان فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

hjavavar@ut.ac.ir

** دکتری تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده‌گان فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

m.osuli114@yahoo.com

مقدمه

در سیستم‌های حقوقی مبتنی بر «حقوق نوشته»، تلاش می‌شود حقوق در وهله نخست به حالت نوشته درآید و در قالب قانون، تظاهر وجودی پیدا کند. قانون‌گذار متأثر از الگوهای نظری مسلط و ارزش‌ها و هنجارهای کلان حاکم بر جامعه و با صورت‌بندی مناسب، به وضع قانون اقدام می‌کند. اعمال این مهم، از رهگذر واژگان و عباراتی صورت می‌پذیرد که باید بر اساس موازین فنی، تخصصی، ادبی و حقوقی تنظیم شود (تنگستانی، ۱۳۹۹، صص. ۲۱-۱) و البته با رعایت موازین شکلی در خصوص چگونگی به‌کارگیری الفاظ و عبارات و جنبه‌های ذوقی همراه باشد. تنظیم فنی و مناسب متون قانونی به افزایش کارآمدی قانون و کاهش اختلاف‌های تفسیری و سازگاری مجموعه قوانین، مقررات و اجزای مختلف متن قانون منجر می‌شود؛ به‌گونه‌ای که همه آن‌ها روی هم، یک «کل منسجم» را شکل می‌دهند.

در عین حال، به دلیل بی‌توجهی در چگونگی استخدام واژگان توسط قانون‌گذار عرفی و گسست ظاهری متن قانون از مبانی و منابع تاریخی آن، ممکن است متن تنظیم‌شده با ابهام، اجمال و گاه مجاز ناشی از استعمال واژه‌های اعم و اشتراک الفاظ مواجه شود. رخداد این اجمال به‌ویژه در میان برخی شیوه‌های تفسیری نمود بیشتری خواهد داشت. فنون گسترده‌ای برای تفسیر متون حقوقی ارائه شده است. در دستگاه دلالت زبان و دانش معناشناسی، شیوه‌هایی مانند لغت‌شناسی، بافت زبانی قانون، زبان‌شناسی، نقد ادبی، منطق و معانی بیان (و توجه به شکل‌های مختلف مجاز و استعاره) تا شیوه‌هایی مانند پدیدارشناسی و توجه به ابعاد تاریخی تقنین مطرح شده است. در این میان، در پژوهش‌های بومی حقوق ایران که بر جنبه‌های فقهی نیز تأکید دارند، شیوه‌های تفسیری مقید به متن مانند تفسیر ادبی، قصدگرایی و کشف مقصود قانون‌گذار، وزن مهمی دارد. از این رو، ابهام‌زدایی از پاره‌ای استعمال‌های قانون‌گذار از اهمیت بالایی برخوردار است (دهقان و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۲۲۵؛ پروین و مبصری، ۱۳۹۶، صص. ۴۱۰-۳۷۷). از جمله بایسته‌های قانون‌گذاری در این نوع سیستم‌های حقوقی نوشته، این است که تا حد امکان الفاظ قانونی باید به‌گونه‌ای باشد که عاری از ابهام، ایهام و ایجاز باشد و در معنای دقیق، واقعی و خالی از ابهام استعمال شود؛ زیرا این شیوه واژه‌گزینی در قانون‌گذاری، زمینه انحراف در تحلیل و تفسیر، از جمله مغالطه

اشتراک لفظ را به دنبال دارد که نتیجه آن، تشخیص نادرست مفاهیم و به تبع آن، تشخیص نادرست آثار عناوین استعمال شده خواهد بود.

یکی از مواردی که در حقوق ایران محل بحث و گفت‌وگوی حقوقی است، بحث از ماهیت اختیارات و توانه‌هایی است که به اشخاص اعطا می‌شود. در ادبیات حقوقی، معمولاً ذیل عنوان «قواعد امری و قواعد تخییری» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳، ص. ۴۲۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ج ۳، ص. ۲۱۸) و در ادبیات فقهی ذیل «ضابطه حق و حکم» از این مهم بحث می‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۴۴؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص. ۲۱). حد و سطح اختیاری که اشخاص از آن برخوردار هستند از جمله نقل‌پذیری و اسقاط‌پذیری اختیارات اشخاص، ذیل همین دو عنوان بحث می‌شود. از آنجاکه از سویی در بسیاری موارد، قانون‌گذار در بیان اختیارات اشخاص در فعل و ترک فعل، از واژه «می‌تواند» و از سوی دیگر، هم در مصادیق حق و هم در مصادیق حکم از این واژه استفاده کرده، این شیوه استعمال به دلیل اشتراک الفاظ یادشده که هم در گزاره‌های امری و هم در گزاره‌های اختیاری به کار رفته، در تفسیر حدود اختیاری که مدنظر قانون بوده و در نتیجه، در ماهیت آن از لحاظ اوصافی مانند اسقاط‌پذیری، تجزیه‌پذیری، تحدیدپذیری و حق یا حکم بودن، ایجاد اختلاف کرده است؛ تا جایی که گاه، نتایجی را برخلاف ماهیت حقیقی اختیارات یادشده در قانون به دنبال داشته است.

به‌منظور تبیین مسئله، نخست، مفهوم‌شناسی و شناسایی مفهوم حقیقی حق از مفهوم مجازی آن و سپس، راه‌های ابهام‌زدایی و رفع اجمال از عبارت‌هایی که در ساحت حق و اباحه به کار می‌رود، همراه با اشاره به برخی مصادیق مطرح شده است.

۱. پیشینه پژوهش

محقق اصفهانی (رحمت‌الله علیه) (۱۴۱۸ق) از نخستین کسانی است که در زمینه حق و حکم رساله‌ای را در حق و حکم و در ضمن حاشیه خود بر مکاسب نگاشته است. مضمون این رساله توسط قنواتی و همکاران (۱۳۹۲) در مقاله‌ای با عنوان «بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره ملکیت حق و حکم» در فصلنامه فقه و اصول، بررسی و با دیدگاه‌های دیگر مقایسه شده است. در ادامه، در تطبیق آن بر برخی عناوین نوپدید مانند حریم خصوصی، توسط قنواتی و جاور، مقاله‌ای با عنوان «حریم خصوصی؛ حق

یا حکم» به رشته تحریر درآمد. بعد از آن مقالات دیگری در قلمرو حق و حکم از جمله مقاله‌ای با عنوان «تأملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه» توسط کریمی و همکاران و مقاله‌ای با عنوان «ماهیت فقهی و حقوقی حق و حکم با رویکردی به دیدگاه امام خمینی (رحمت‌الله علیه)» توسط غفاری (۱۳۹۹) در موضوع حق و حکم به نگارش درآمد. مقالات متعدد دیگری هم در تطبیق با پاره‌ای مصادیق به نگارش درآمده که حاوی بررسی‌های جدی موضوعی است و در محتوا، ضوابط اثباتی دقیق و مستقلی درباره اباحه و حق ارائه نکرده‌اند. عمده مطالب این مقالات به مرزهای مفهومی حق و حکم و آثار آن پرداخته است؛ البته مقاله‌ای با عنوان «روش‌شناسی تشخیص حق از حکم در حوزه حقوق زن» در فصلنامه مطالعات راهبردی زنان (۱۳۹۴) به چاپ رسیده که به حق و حکم به‌طور کلی پرداخته و موضوع اصلی آن، حق و اباحه نیست. به‌هرحال، تشخیص دقیق معنای حقیقی حق از معنای مجازی، عوامل مؤثر بر مغالطه‌های موجود در خلط حق و اباحه و نیز معیارهای تمیز بین حق و اباحه (در کنار دیگر معیارهایی که برای تشخیص حق از حکم و تکلیف بیان می‌شود) از مواردی است که به‌صورت مستقل به تبیین دقیق و مرزبندی ثبوتی و ارائه معیارهای اثباتی نیاز دارد. این نوشتار درحقیقت، به‌منظور برطرف کردن این کمبود و تکمیل پژوهش‌های پیشین انجام شده است.

۲. مفهوم‌شناسی در قلمرو بحث

به‌منظور تبیین بهتر مسئله، مفاهیم نزدیک و مرتبط با مسئله پژوهش ازجمله مفهوم استعمال مجازی، مفهوم مجازی حق و مفهوم اختیار و نسبت آن با اراده بررسی خواهد شد.

۲-۱. مفهوم استعمال حقیقی و استعمال مجازی

از نظر مشهور^۱، «مجاز» اسمی است که به سبب مناسبتی که بین معنای موضوع^۲ و معنای غیرموضوع^۳ وجود دارد، از آن معنایی غیر از معنای موضوع^۴ اراده شده است. دلیل نام‌گذاری این نحو استعمال به مجاز این است که این لفظ از محل خود و معنای موضوع^۵ خارج شده است (مروارید، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۴۹). بنابراین، از نظر مشهور،

مجاز عبارت است از «استعمال لفظ در غیر ما وضع له» با دو شرط، نخست آنکه، علاقه‌ای بین معنای حقیقی و مجازی موجود باشد و دوم آنکه، قرینه معاند بر این شیوه استعمال وجود داشته باشد (ترجینی عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۷، ص. ۲۱۰).

مجاز ممکن است به صورت «مفرد» و یک لفظ باشد و ممکن است به صورت «مرکب» در قالب یک جمله و به صورت ترکیبی و روی هم رفته از چند واژه به هم پیوسته تشکیل شده باشد (خطیب قزوینی، ۲۰۱۹م، ج ۱، ص. ۶۴). به مجاز در جمله، گاه مجاز عقلی نیز گفته می‌شود. مجاز عقلی آن است که کلام دارای مفادی باشد که با اعتقاد متکلم سازگار نیست. از این رو نوعی تأویل در آن وجود دارد (سکاکي، ۱۴۲۰ق، ص. ۱۷۱). نظریه دیگری که به طور ویژه مورد توجه دانشمندان اصولی قرار گرفته، از سوی مرحوم اصفهانی مطرح شده و بر تمایز اراده استعمالی و اراده جدی استوار است (اصفهانی، ۱۴۱۳ق، صص. ۱۰۴-۱۰۳). بر اساس این تفسیر از چگونگی استعمال مجازی، اراده استعمال کننده همان معنایی است که لفظ برای آن وضع شده، اما اراده جدی وی با اراده استعمالی اش متفاوت است (اصفهانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۰۸). از این رو در این نحو استعمال، «قرینه معانده» به همراه کلام لازم است که با اراده استعمالی در تعاند و تضاد باشد تا کسی از آن اراده جدی را برداشت نکند. بنا بر مراتب یادشده، اگر موضوع را با خطابات قانونی و مواد قانونی تطبیق دهیم، می‌توان گفت عمده مجازها در قالب ترکیبی و گزاره‌های قانونی شکل می‌گیرد و از مصادیق مجاز عقلی است. بنابراین، در تحلیل قضایای قانونی باید آن‌ها را به دو قضیه منحل کرد. نخست، منطوق این قضایاست که چون دربردارنده اراده استعمالی است و انطباق آن با اراده واقعی و جدی قانون‌گذار محل تردید است، تا قبل از کشف دیدگاه واقعی (اراده جدی) قانون‌گذار، در رتبه استعمال مجازی و غیرقابل اتکا است و دوم، قضایای مقارن و ضمنی است که اراده جدی و واقعی قانون‌گذار در پرتوی آن فهم می‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۰۸)، از مصادیق استعمال مجازی بدانیم^۲. این نحو استخدام واژگان، از جمله به «مغالطه اشتراک لفظ» نیز منجر می‌شود.

چنان‌که در مقدمه نوشتار حاضر هم اشاره شد، این بعد از آن‌رو اهمیت دارد که نخست، در استعمال‌های قانونی در سیستم‌های مبتنی بر حقوق نوشته، در زمان

تخصیص واژه‌های حقوقی، گاه از الفاظی استفاده می‌شود که در استعمال، اعم است، اما ممکن است منظور قانون‌گذار، معنای اخص آن باشد یا دست‌کم در تفسیر اختلاف شود که کدام یک از دو معنا، منظور قانون‌گذار بوده است؛ معنای اعم یا معنای اخص؟ بنابراین، این نحو استعمال، نوعی «اجمال» را به دنبال دارد. دوم اینکه، گاه در گزاره‌های قانونی، قضیه‌ای مشتمل بر حکم و موضوع وجود دارد که منظور قانون‌گذار به دلیل چگونگی استخدام کلمات یا بیان جملات روشن نیست و ممکن است دو یا چند احتمال در منظور قانون‌گذار وجود داشته باشد؛ به‌ویژه در زمانی که از شیوه‌های لفظی و متن‌محور و مبتنی بر ساخت زبانی و معانی و بیان در تفسیر منظور قانون‌گذار استفاده می‌شود، با ابهام و اجمال ناشی از استعمال قانون‌گذار مواجه می‌شویم. در این قبیل شیوه‌های تفسیری که با گسست از مبانی و جنبه‌های تاریخی متن قانونی انجام می‌شود، در ناحیه بهره‌برداری از منطق قضایای قانونی و مضمون این مقررات، اجمال و گاه (در فرض پذیرش) نوعی مجاز رخ می‌دهد.^۲ به دیگر سخن، گاه قانون‌گذار در بیان قانون به قدر کافی بین موضوع و محمول و بین حکم و موضوع ارتباط برقرار کرده است و اجمال یا مجازگویی به او منسوب نیست، اما در ناحیه دکترین فقهی و حقوقی یا تفسیر قضایی یعنی در مرحله انطباق احکام بر موضوعات و مصادیق خارجی، مفسر و تحلیلگر با اجمال مواجه می‌شود و بی‌توجهی به اصول تفسیر ممکن است وی را در مغلطه اشتراک لفظ گرفتار کند. در استعمال مجازی همیشه تأوّل و عنایت و ادعای اتحاد وجود دارد (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۳۶۷). برای مثال، کسی در مقام تطبیق و تفسیر ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی ایران مدعی می‌شود این قضیه بر حق اصطلاحی منطبق است و از مصادیق آن به شمار می‌رود. بدین ترتیب، عنصر ادعا که در دیدگاه مرحوم اصفهانی رکن اصلی است، از سوی بهره‌برداران از قانون واقع می‌شود؛ البته ناگفته نماند، در استعمال مجازی و ادعایی، ادعای مصحح لازم دارد (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۴، صص. ۷۵-۷۳) و مصحح ادعا در این موارد، وجود اختیار و واژه‌ها یا مضامین دال بر آن است. به هر حال، حتی اگر استعمال اعم و نظایر آن را از مصادیق مجاز ندانیم نیز این قبیل شیوه‌های تقنین، در عمل، تحقق ابهام در ناحیه تحلیل و تفسیر را به دنبال خواهد داشت. ممکن است این‌طور به ذهن برسد که مجاز «استعمال لفظ»

در «غیر ما وُضِعَ له» است؛ یعنی در ساحت استعمال خود را نشان می‌دهد نه در ساحت استنباط. باید دقت کرد که در گویندگان عادی همین‌گونه است؛ زیرا منظور جدی متکلم از همان آغاز یا مجاز بوده است یا حقیقت، اما در قانون‌گذاری عرفی، بحث قدری فرق می‌کند؛ زیرا ممکن است قانون‌گذار در هنگام وضع قانون، تنها معنای اخص را در نظر داشته باشد، اما در ادامه، به دلیل عدم بیان قرائن صارفه و گسست قانون از منشأ و مبانی وضع قانون و حتی با پیدا شدن مصادیق نوپدید و جدید در مقام تطبیق یا تفسیر، مغالطه اشتراک الفاظ یا مغالطه حقیقت و مجاز، موضوعیت پیدا کند. مغالطه در این ساحت به این معناست که قانون‌گذار از الفاظی استفاده می‌کند که به‌نحو حقیقت و مجاز بر چند معنا «قابل تطبیق» است. دست‌کم می‌توان ادعا کرد اگر قانون‌گذار در ناحیه استعمال، لفظی را به‌گونه‌ای به کار برده باشد که در معانی متعدد کاربرد داشته و مشترک در آن‌ها باشد، اگر هم مرتکب مجاز نشده باشد، مرتکب اجمال‌گویی و منشأ اختلاف در تفسیر شده است.

۲-۲. مفهوم‌شناسی اختیار و نسبت آن با اراده انشایی

از آنجاکه اراده، قرابت مفهومی با اختیار دارد، لازم است مفهوم اراده با تأکید بر مراحل شکل‌گیری آن و سپس نسبت آن با اختیار بررسی شود. در متون فقهی، اراده، شوق مؤکد و گرایش نفس برای انجام دادن عمل (تهانوی، ۱۹۹۶م، ص. ۵۴) و کیفیتی نفسانی است که از تصور عمل ناشی می‌شود و بعد از تصدیق به کار می‌آید (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ص. ۲۷۵) و انسان را به سوی فعل یا ترک فعل سوق می‌دهد. در نسبت اراده و قوای ادراکی و چگونگی شکل‌گیری اراده و مقدمات آن پنج مرحله در نظر گرفته شده است. ۱. تصور فعل، ۲. تصدیق به فایده آن خواه در جلب سود باشد یا دفع زیان، ۳. شوق به انجام دادن فعل، ۴. اراده یا شوق مؤکد و ۵. اعمال اراده در خارج (با نیروی حرکتی). این مراحل با اندک تفاوتی در اراده تکوینی و انشایی مشترک است.

اگر متعلق اراده، موضوعی خارجی و تکوینی باشد، به آن «اراده مادی» یا «اراده تکوینی» گویند و اگر متعلق آن، موضوعی اعتباری و حقوقی باشد، آن را «اراده انشایی» یا «اراده اعتباری» گویند که ممکن است برای خلق یک اثر حقوقی یا تغییر و رفع اثری

باشد که پیش‌تر ایجاد شده است. از دیدگاه حقوقی، اراده به معنای خواستن است و در ردیف فعل ارادی به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص. ۳۲۲). این عنصر در مواردی مثل مسئولیت مدنی و ضمان قهری، اصولاً به معنای اراده مادی است و در حقوق قراردادهای، منظور از آن، اراده انشایی است (شهیدی، ۱۳۸۰، ص. ۶۰). در اصطلاح فقها، قصد، به داشتن اراده و اختیار فرد (بدون اکراه یا اجبار) در تحقق نتیجه معنا می‌یابد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص. ۳۰۷). بنابراین، اعمال حقوقی، دایر مدار اراده است و تخلف از آن نیز با ضمانت اجرایی مثل بطلان مواجه است. هر جا که امکان دخالت اراده وجود داشته باشد، ممکن است نسبتی با حق قابل‌تصور باشد. دست‌کم می‌توان گفت بین امکان دخالت اراده و حق بودن موضوع دخالت، ملازمه قطعی وجود ندارد. در ادامه مطالب، این مهم بررسی خواهد شد.

در ادبیات فلسفی، اختیار عبارت از این است که اگر فاعل اراده کند که فعلی را انجام دهد، بتواند آن را انجام دهد و اگر اراده نکند، بتواند آن را انجام ندهد (کون الفاعل بحیث ان یثأ یفعل و ان لم یثأ لم یفعل) (شیرازی، ۱۹۸۱م، ج ۶، ص. ۳۰۸ به نقل از نصری، ۱۳۹۲، ص. ۷۲). به دیگر سخن، فعل اختیاری، فعلی است که ترجیح یکی از دو طرف آن در اختیار فاعل باشد؛ یعنی وی هم بتواند آن را انجام دهد و هم بتواند آن را ترک کند و در ترجیح یکی از این دو نیز آزاد باشد و از اراده دیگری متأثر نباشد. به نظر می‌رسد همین معنا در ادبیات حقوقی و فقهی هم پذیرفتنی است. به دیگر سخن، آنجا که سخن از رفتار اختیاری اشخاص است، منظور، آزادی شخص در اعمال اراده خویش است. به فاعل آزاد، شخص مختار گفته می‌شود. در این صورت، اراده و اختیار داشتن به معنای آزاد بودن اراده است؛ البته ممکن است آزادی عمل در رفتار از نفوذ اراده شخص ثالث و تهدید وی متأثر شود که موضوع ذیل عنوان «اکراه» بررسی می‌شود. ممکن است آزادی شخص در رفتار، از عوامل بیرونی و حوادث خارجی و نیازهای شدید ناشی از آن متأثر شود. در این صورت موضوع ذیل «اضطرار» بررسی می‌شود و هر دو عنوان از شمول نوشتار حاضر خارج است. همچنین، ممکن است اراده شخص در رفتار خویش، از قواعد و ضوابطی متأثر شود که به حوزه نفوذ اراده اشخاص مربوط است. در این صورت سخن از تأثیرپذیری اختیار اشخاص از این دست عوامل به میان می‌آید که موضوع نوشتار حاضر است و تحدیدپذیری اختیار اشخاص

در این ساحت مطرح می‌شود. بنابراین، اراده اعم از اختیار است؛ یعنی در هر عمل اختیاری، اراده وجود دارد و مفروض است، اما در هر جایی که اراده‌ای وجود دارد به این معنا نیست که اختیار هم وجود دارد. بنابراین، به‌عنوان نتیجه می‌توان گفت رابطه این دو عموم و خصوص مطلق است و اختیار اخص از اراده و اراده اعم از اختیار است. تحدید اختیار ممکن است در قالب «اسقاط»، «شرط سقوط»، «شرط سلب حق»، «تعهد (التزام) به اسقاط» یا در «تعهد به عدم اعمال اختیار»، «تعهد به عملی که منافعی اختیار است» و مانند آن انجام شود. اختیار نسبتی هم با حق دارد که در ادامه بررسی خواهد شد.

۲-۳. مفهوم حقیقی و مجازی حق و عوامل بروز اجمال یا ایجاد مفهوم اصطلاحی مجازی در حق

از آنجاکه حق در اصطلاح فقیهان و حقوق‌دانان به‌وفور استفاده می‌شود، لازم است مفهوم اصطلاحی و آنچه نویسندگان در چستی آن بیان کرده‌اند، در حد ضرورت بررسی شود. از آنجاکه گاه خارج از قلمرو حقیقی و اصطلاحی نیز از واژه حق گفت‌وگو می‌شود، لازم است برای درک درست مفهوم مجازی حق، نخست به مفهوم حقیقی حق اصطلاحی اشاره و سپس، مفهوم مجازی حق و پاره‌ای شبهات مصداقی آن و نیز عوامل مؤثر بر پیدایش انحراف در تحلیل و اتکا به معنای مجازی به‌جای معنای حقیقی بررسی شود.

۲-۳-۱. چستی حقیقی و مجازی حق در ادبیات فقهی و حقوقی

حق معنای حقیقی و اخص دارد و معنایی که اعم است و به‌عنوان معنای مجازی شناخته می‌شود. نخست این دو معنا و سپس عوامل بروز اجمال در معنای حق و بروز مفهوم مجازی آن بررسی خواهد شد.

۲-۳-۱-۱. مفهوم و چستی حقیقی حق اصطلاحی (حق به معنی اخص)

«حق» در منابع فقهی و ادبیات فقیهان امامیه، در معانی گوناگونی به کار رفته است. حق در استعمال، گاه «در مقابل حکم» و گاه «در مقابل ملک» به کار می‌رود و با آن مقایسه می‌شود. برای مثال، مقایسه حق ارتفاق و حق ممر و معجرا با مالکیت از قبیل مقابله دوم

است، اما گاه حق، نه مقابل، بلکه مرادف مالکیت و مرتبه ضعیفی از ملکیت به کار رفته است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۵۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱، صص. ۱۴-۱۳). از این منظر، حق مرتبه ضعیفی از ملک و بلکه نوعی از آن است و همچنان که در ملک، مالک آن زمام عین یا منفعت را به دست دارد، صاحب حق هم بر چیزی که زمام آن به دست اوست، مالکیت دارد. برخی نیز حق را در مقابل حکم، همان سلطنت (سلطه) می‌دانند (طباطبایی حکیم، بی‌تا، ص. ۱۰). تعبیر به «سلطنت» (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص. ۱۰) یا «سلطنت فعلیه» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص. ۲۰)، به این معناست که اگر مجعول شرعی برای مکلف ایجاد سلطنت کند، «حق» و در غیر این صورت «حکم» است (خوانساری، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۱۰۶). در این باور، حق سلطه‌ای است که برای صاحب آن اعتبار شده و اختیار آن به دست ذی‌حق است؛ به گونه‌ای که شخص حقدار می‌تواند از آن دست بکشد (غروی نایینی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۹۹). در تفسیر فوق تلاش می‌شود حق در «طیفی» قرار گیرد که در یک سوی آن، «سلطنت شدید» به نام «ملک» و در سوی دیگر آن، «سلطنت ضعیف» به نام «حق» قرار دارد. از این رو در میان طرف‌داران این باور، برخی (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۲۸۰) با مقایسه حق و ملک و در نسبت‌سنجی میان آن دو، حق را نوعی مالکیت [نارسیده] و درجه ضعیفی از آن به شمار می‌آورند. حتی در باوری که حق را «اعتباری خاص با آثاری خاص» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۵۵؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۳۹) می‌داند نیز همین وصف وجود دارد. حق در هر مصداقی، اعتباری مخصوص است که آثار خاص دارد (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۴۴) و سلطنت از جمله آثار آن است مانند سلطنت بر فسخ در حق خیار یا توانایی بر تملک به عوض در حق شفعه (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۱۲). بنابراین، برای مثال، در خیار تدلیس در نکاح، برای شخص فریب‌خورده (زوج/زوجه) اعتباری در نظر گرفته می‌شود که از آثار آن، اقتدار و اختیار شخص بر فسخ نکاح است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۲۱). از این منظر، حق ماهیتی اعتباری است که بر اساس فهم و ارتکاز عقلایی، در همه موارد استعمالش معنای واحدی دارد و حق، میان مصادیق مختلف آن، مشترک معنوی است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، صص. ۴۰-۳۹).

حقوق‌دانان نیز حق را سلطه و اختیاری می‌دانند که حقوق هر کشور به‌منظور حفظ منافع اشخاص به آن‌ها می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص. ۲۴۹) که ممکن است ناظر به فعل یا ترک آن باشد. از این منظر، حق نوعی سلطه و توانایی خاصی است که برای شخصی بر شخص دیگر یا مال یا شیء جعل و اعتبار می‌شود و به‌مقتضای آن، صاحب حق می‌تواند در متعلق آن تصرف کند یا از آن بهره برد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص. ۱۷).

در اوصاف حق در جایی که حق، اصطلاحی و در معنای حقیقی خود باشد، چند وصف را می‌توان بیان کرد. ۱. حق اصولاً نقل‌پذیر است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص. ۲۸۷). ۲. حق اصولاً انتقال‌پذیر است. ۳. حق، بدون تردید و بدون استثنا، اسقاط‌پذیر است. ۴. حق اصولاً تحدید‌پذیر است. ۵. حق حتماً مطالبه‌پذیر است و هر حقی مطالبه‌کننده‌ای دارد: «و لكل حقّ طالباً...»؛ (فرازی از خطبه ۱۰۴ نهج‌البلاغه) بسیاری از حق‌نماها، نوعی مصونیت است و بحث مطالبه‌پذیری در آن مفهوم ندارد. حقوق تعهد‌پذیر مثل تعهد به ترک حق حبس (موضوع ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی) و حقوق تعهدناپذیر مثل تعهد به تشکیل نکاح (موضوع ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی).

۲-۳-۱-۲. مفهوم مجازی حق در استعمال

هرچند حق و حکم دو مفهوم جدا از هم هستند، استعمال کلمه «حق» یا «توانه» با بیان واژه‌ای مانند «می‌تواند» در مورد احکام در ادبیات روایات و کلمات فقیهان و حتی قانون‌گذار، موضوعی متداول است. اصطلاحاتی مانند حق طلاق، حق ولایت، حق اُبُوْت، حق حضانت، حق وصایت، حق رجوع در هبه، حق رجوع در طلاق و مانند آن فراوان وجود دارد. این موارد را به صرف اینکه از آن‌ها به حق تعبیر شده است، نمی‌توان حق اصطلاحی دانست حتی اگر مسلّم باشد که در روایت و کلام فقیهان در این موارد از واژه حق استفاده شده است (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، صص. ۵۱-۵۲).

در این موارد، به‌وضوح واژه حق در معنای مجازی به کار رفته است نه معنای حقیقی اصطلاحی. بنابراین، می‌توان گفت در مورد حق، دو گونه استعمال وجود دارد. یکی از این‌ها، «حق به معنی اعم» است که اعم از «حق به معنای اخص» (حق در معنای حقیقی اصطلاحی) و «حکم» است؛ همان‌گونه که از «حضانت» و «ولایت» نیز با واژه

حق تعبیر می‌شود حال آنکه روشن است که هر دو این‌ها در ماهیت، حکم‌اند.

حق در این استعمال، گاه به معنای جواز و جزو احکام پنج‌گانه تکلیفی^۴ است؛ یعنی در واقع، حق در اینجا به معنای حکم است و از حکم به حق تعبیر شده است و به تعبیر یکی از نویسندگان، به کار بردن واژه حق درباره آن‌ها (احکام) رسمی است که بدون مسامحه نباید پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص. ۲۹۹). از همین قبیل است در جایی که حق به دو معنای عام (که ملک و احیاناً حکم را نیز شامل می‌شود) و خاص (که در مقابل ملک و حکم است) تقسیم می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص. ۱۷). در تمام این تقسیم‌ها و استفاده‌ها از واژه حق، احتمال مسامحه و مجاز را نباید از نظر دور داشت.

بنابراین، از آنجاکه هم در ادبیات فقهی و حقوقی و هم در ادبیات قانون‌گذار، گاه حق در معنای مجازی و به معنای «اختیار» به کار می‌رود و اختلاف در تحلیل احکام خانواده را به دنبال دارد، باید در تفسیر این واژه دقت بیشتری اعمال شود. «اختیار (توانایی) مرد در طلاق دادن همسرش» (که به موجب ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون، با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را کند») یا «اختیار رجوع زوجه به فدیة در طلاق خلع» (که به موجب مفهوم مخالف بند ۳ ماده ۱۱۴۳ قانون مدنی، در طلاق خلع و مبارات در صورتی که زن در ایام عده، به عوض (فدیة/ما بذل) رجوع کند، مرد هم «می‌تواند» به زن رجوع کند)، از این «اختیار» برای زوجه در رجوع به فدیة و برای زوج در مورد رجوع به زن، ممکن است به «حق» تعبیر شود. همچنین است در «اختیار رجوع زوج در طلاق رجعی» (که به موجب ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی، «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عدّه حق رجوع است»)، بیان کلمه «حق» این شائبه را ایجاد کرده که «اختیار رجوع» در این موارد، «حق اصطلاحی» و در نتیجه، «قابل اسقاط» است در حالی که اختیار رجوع زوج، برای پیشگیری از انحلال خانواده و تأمین منافع عمومی است که به دلیل موقعیت اجتماعی زوج به او داده شده است و تسلط مزبور از آن کسی نیست تا قابل اسقاط باشد. از این رو کاربرد کلمه «حق» در ماده ۱۱۴۸^۵ قانون مدنی دلیل بر این نیست که اسقاط اختیار رجوع در طلاق و صلح بر آن ممکن باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ص. ۴۴۳)؛ زیرا ممکن است که معنای مجازی حق مراد باشد. از همین قبیل است عبارت «می‌تواند از وصلت امتناع کند» در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی^۶. همچنین، برای مثال، به موجب ماده ۹۵۹ قانون مدنی،

«هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طور کلی، حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند». حق در این ماده نیز به معنای مجازی آن به کار رفته‌است؛ زیرا حق تمتع و حق اجرای حقوق مدنی که همان اهلیت تمتع و اهلیت استیفاست، از جنس حق به معنای خاص آن نیست و جنبه حکمی دارد؛ زیرا «اهلیت تمتع و اهلیت استیفا»، لازمه شخصیت حقوقی و از لوازم حیات انسانی هر فرد است. ازاین‌رو سلب این حقوق و جدا کردن آن از شخصیت افراد ممکن نیست و این نسبت بین حق و شخصیت بر حکم بودن مفاد این ماده دلالت دارد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص. ۲۸۷). مصداق‌های فقهی ماده یادشده در ادبیات فقیهان نیز این مدعا را تأیید می‌کند (بحرالعلوم، ۱۴۰۶، ج ۱، ص. ۲۰). ازاین‌رو برخی از حقوق‌دانان (صفایی، ۱۳۸۹، ص. ۲۵۸؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص. ۲۷۸؛ امامی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۴۰۲) نیز در ضمن بحث از این ماده، با تکیه بر مناسبت‌های موضوعی و ممنوعیت یادشده در مفاد ماده، آن را در زمره قواعد امری و در رتبه حکم تلقی کرده‌اند نه در زمره حقوق و از آنجاکه حق رجوع بر اساس پاره‌ای مصالح مهم تشریع شده، «رجوع در طلاق رجعی، حکم است. ازاین‌رو رجوع قابل انتقال و اسقاط شناخته نشده است و نمی‌توان عدم رجوع را ضمن عقد لازم شرط کرد» (امامی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۴۰۲)؛ زیرا شرط اسقاط اختیار رجوع برخلاف مقتضای طلاق رجعی و برخلاف مصلحت در نظر گرفته‌شده توسط شارع است. بنابراین، حتی اگر اختیار به‌گونه الزام‌آوری هم اسقاط شده باشد، باز هم زوج اختیار رجوع دارد. بنابراین، ماهیت حکمی رجوع با عواملی مثل شرط اسقاط متزلزل نمی‌شود و به تصریح برخی حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص. ۱۰۲۹)، «اسقاط حق رجوع موجب تغییر ماهیت این طلاق نمی‌شود». با ملاحظه دقیق‌تر، درحقیقت، «حق رجوع» در این مورد، حداکثر در حد «اختیار رجوع» است و در واقع، قانون‌گذار با استفاده نابجا از واژه حق، این شائبه را ایجاد کرده است که حق رجوع نیز مانند حق بر مطالبه و نظایر آن، دیگر اوصاف حق مانند اسقاط‌پذیری را نیز دارد درحالی‌که همان‌طور که بیان شد، با تحلیل بیشتر معلوم می‌شود این تحلیل بر نوعی مغالطه لفظ مشترک یا استفاده از لفظ اعم برای بیان آثار معنای اخص متکی است و منشأ آن هم چگونگی بیان قانونی و استخدام نادرست واژگان فنی است.

برای پرهیز از این دام در ناحیه کاریست حق، بهتر است بررسی شود در هسته حق اصطلاحی چه چیزهایی وجود دارد تا از انحراف در فهم ماهیت اختیار و حق جلوگیری شود. بدین منظور لازم است اوصاف مهم و قانونی حق به درستی شناخته شود. در زیر، مهم‌ترین اوصاف حق با تأکید بر ساحت خانواده بررسی می‌شود. از آنجاکه بین اباحه به عنوان حکم شرعی و حق شباهت‌های زیادی وجود دارد، در بسیاری از موارد، در مصادیق این دو و آثار و نتایج مترتب بر عناوین مورد تردید، اختلاف پیش می‌آید. بنابراین، در مقایسه بین حق و اباحه لازم است نخست، نقاط اشتراک و دلیل شباهت (به عنوان قرینه شباهت و عامل ایجاد مجاز) به اختصار بررسی و سپس عوامل عبور از مجاز با تکیه بر تمایزهای این دو مشخص شود.

۲-۳-۲. عوامل اتکا به معنای مجازی مبتنی بر شباهت‌های حق اصطلاحی و اباحه

بین حق اصطلاحی و اباحه شباهت‌هایی وجود دارد که زمینه استعمال مجازی را فراهم می‌کند که به دو مورد آن اشاره می‌شود.

۲-۳-۲-۱. وجود اختیار و ترخیص

مهم‌ترین شباهت حق اصطلاحی و اباحه، وجود «جواز»، «اختیار» و «ترخیص» و «امتیاز» در هر دو مورد است. درحقیقت، هم در حق اصطلاحی و هم در اباحه، اشخاص، «می‌توانند» با «اختیار»، جانب «فعل و ترک فعل» را «انتخاب کنند»؛ یعنی همان‌طور که در اباحه، شخص مکلف بین فعل و ترک فعل مخیر است، در حق اصطلاحی نیز شخص حق‌دار (صاحب حق) بین اعمال و عدم اعمال حق خود مخیر است؛ یعنی می‌تواند حق خود را اعمال یا از اعمال آن خودداری کند. از آنجاکه در برخی احکام قانونی، از اصطلاح «می‌تواند» استفاده شده است، در وهله نخست ممکن است این تردید به وجود آید که آنچه قانون‌گذار از به کار بردن این واژه مدنظر داشته، کدام یک از این دو بوده است؛ اباحه یا ایجاد حق؟ برای مثال، ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی قبل از اصلاحیه کنونی مقرر می‌داشت «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». این مقرر با واژه «می‌تواند»، این‌طور القا می‌کرد که طلاق موضوعی است که تنها، «حق مرد» و تابع «خواسته مرد» است و افزون‌بر امکان

اعمال آن، ممکن بود پرسش‌هایی در مورد اسقاط‌پذیری را هم به ذهن متبادر کند. قانون‌گذار در اصلاحیه بعدی (مصوب ۱۳۸۱/۸/۱۹) مقرر کرد «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون، با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بکند». با وجود اصلاح یادشده، هنوز هم تردیدهای ناشی از چگونگی تنظیم نامناسب متن یادشده، به صورت کامل برطرف نشده است؛ زیرا از سویی به موجب ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه، طلاق همسرش را تقاضا کند و از سوی دیگر، هم «حق» و هم «حکم» در قانون مدنی، عموماً با واژه «می‌تواند» بیان شده است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۲۷۰). بنابراین، به طور طبیعی، در ماهیت این اختیار مرد تردید به وجود می‌آید که از کدام دسته است؛ حق یا حکم (اباحه)؟

در همین جا شایسته است تفاوت «اصل تخییر» با اختیاری که در اباحه است، روشن شود. احکام پنج‌گانه از لحاظ اتصاف به حسن و قبح یا به نحو «اقتضا» است یا به نحو «تخییر»؛ یعنی گاه از مکلف فعل یا ترک فعل خواسته می‌شود و گاه مکلف بالسویه، بین فعل و ترک فعل مخیر می‌شود (جواد آملی، ۱۳۹۲، ص. ۳۰)، اما تخییری که در اباحه وجود دارد، با تخییری که از اصالةالتخییر به عنوان اصلی عملی ناشی می‌شود، تفاوت بسیار دارد. درحقیقت، در اصل عملی تخییر، امر بین واجب و حرام دایر است و به اصطلاح دانشمندان اصولی، دَوْران امر بین دو محذور است و مکلف در گزینش بین واجب و حرام ناچار می‌شود (قدسی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص. ۱۱۵)، اما در اباحه فرد مکلف گرچه در نهایت، ناگزیر از انتخاب بین فعل و ترک فعل است، اما امر مکلف در اباحه، بین دو محذور (حرام و واجب) دایر نیست و نوعی ترخیص در اباحه وجود دارد که در اصل تخییر نیست. به همین دلیل، اباحه قسیم واجب و حرام است و این دو، مبتنی بر عزیمت‌اند درحالی‌که اباحه مبتنی بر ترخیص است.

۲-۳-۲. تحدیدپذیری فی‌الجمله در حق و اباحه

۱. هم در جانب حق و هم در جانب اباحه، این امکان وجود دارد که اشخاص بتوانند از دامنه اختیاری که دارند، بکاهند. به دیگر سخن، اشخاص می‌توانند با توافق و ازجمله

در قالب شرط ضمن عقد، از قلمرو اختیار خود بکاهند. تفصیل شیوه‌ها و شرایط این وصف، در بحث از انحای شیوه‌های تحدید اراده بررسی شد و تکرار نمی‌شود. به‌طور خلاصه، در حق اصطلاحی، در قالب شرط فعل، امکان تعهد به عدم اعمال حق یا تعهد به اسقاط آن (در آینده) وجود دارد و در قالب شرط نتیجه نیز امکان سلب حق و شرط سقوط آن وجود دارد. محدودیت ماده ۹۵۹ قانون مدنی نیز در این باره مدنظر خواهد بود. در مورد اباحه نیز امکان تحدید اختیار فی‌الجمله وجود دارد و شرط مهم صحت تحدید اباحه این است که به تحریم حلال منجر نشود. بنابراین، برخی «موقتی بودن» و «جزئی بودن» تحدید اختیار را در اباحه ازجمله شرایط صحت شمرده‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۴۶۰).

۳. بررسی راهکارهای عبور از ابهام‌های قانونی در شناسایی حق از اباحه و اختیار

به نظر می‌رسد برای برطرف کردن اجمال‌های قانونی و نیز عبور از مغالطه حقیقت و مجاز در ناحیه استفاده و بهره‌برداری از عبارات‌های قانونی، توجه به موارد زیر می‌تواند مفید باشد.

۳-۱. توجه به اصل اولی در تحدید اراده در قلمرو خانواده

پرسشی که مطرح می‌شود این است که در مقام تردید در امکان تحدید اراده، اصل کدام است و با چه شیوه‌ای می‌توان بر این تردید غلبه کرد؟ می‌توان ادعا کرد در این باره، نمی‌توان اصلی را یافت که بر همه تردیدهای موجود غلبه کند و ای بسا تأسیس اصل واحد برای همه این تردیدها ناموجه باشد. به نظر می‌رسد باید بین ساحت‌های مختلف و سازمان‌های حقوقی مختلف تفاوت گذاشت. برای مثال، می‌توان به‌حسب غلبه وجود محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های مربوط به دخالت اراده اشخاص، در مواردی مانند حقوق خانواده، اصل محدودیت اراده و توقیفی بودن نکاح را مطرح کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ص. ۴۴۳)، اما در همین قبیل سازمان‌های حقوقی نیز تمایز بین ساحت‌های مختلف اختیار، موجه به نظر می‌رسد. دسته‌بندی اختیارات با توجه به متعلق آن‌ها می‌تواند یکی از شیوه‌های برقراری تمایز باشد. در دسته بزرگی از اختیارات که به «امور مالی» و «جنبه‌های اقتصادی» مربوط است، اصل بر حق

بودن و تخییری بودن است؛ زیرا زمام امور و حقوق مالی، اصولاً در اختیار ذی‌حق است؛ مانند آنچه در مورد «حق مطالبه» بر مهر و اجرت‌المثل کار زن در ایام زناشویی وجود دارد، اما در جنبه‌های غیرمالی و به‌ویژه امور مرتبط با حیثیت معنوی افراد خانواده یا شئون خانوادگی، می‌توان اصل را بر حکم بودن و امری بودن قرار داد. بنابراین، حقوق غیرمالی در خانواده به لحاظ ارتباط با نظم عمومی و اخلاق حسنه اصولاً حکم شمرده می‌شود (صفایی، ۱۳۸۹، ص. ۵۸). بنابراین، در دسته‌ای از حقوق که ذیل «حقوق مالی» قرار دارند، اصولاً تحدید اراده صحیح و نافذ است مگر در موارد استثنایی مانند اصل حق بهره‌مندی از نفقه با اختلاف‌هایی که البته وجود دارد و برای صیانت از موقعیت زن در نظر گرفته شده‌است یا اصل حق بهره‌مندی از مهر که حتی در فرض توافق بر عدم مهر با شرایطی، مهرالمثل یا مهرالمتعه برقرار می‌شود. در دسته دیگری از حقوق خانواده که ذیل «حقوق غیرمالی» قرار می‌گیرند، می‌توان گفت اصل بر تحدیدناپذیری اراده است. برای مثال، همان‌طور که در مطالب قبلی نیز اشاره شد، در ظاهر ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی، از واژه «حق» استفاده شده است، اما کاربرد کلمه حق در این ماده دلیل بر این نیست که اسقاط اختیار رجوع در طلاق و صلح بر آن ممکن است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ص. ۴۴۳). درحقیقت، مضمون آن، حداکثر به مرد، «اختیار می‌دهد» در مدت عده، به زن رجوع کند و نکاح پیشین را تداوم دهد، اما به این معنا نیست که مانند حق اصطلاحی، مرد بتواند اختیار خود را در این باره اسقاط کند. این مثال، یکی از موارد روشن استعمال مجازی حق است که به دلیل گسست ماده از مبانی و بنیان‌های تاریخی آن، از مواردی است که واژه حق دچار ابهام و اجمال شده و ممکن است در ناحیه تفسیر و تطبیق با آثار حق یا حکم، منشأ اشتباه شود.

۳-۲. توجه به ماهیت و شرایط تحدید اختیاری اراده

افزون‌بر آنکه قانون‌گذار/شارع می‌تواند اراده اشخاص را محدود کنند، ممکن است دامنه اعمال اراده اشخاص، با اراده (انشایی) خود اشخاص، در قالب مواردی مانند «تعهد به فعل»، «تعهد به ترک فعل»، «اسقاط حق» و «شرط سقوط حق» محدود شود؛ زیرا در این موارد، شخص، دیگر به همان میزان از اختیار قبل از تعهد یا

اسقاط حق، برخوردار نیست. اگر خود شخص صاحب اختیار نخواهد اختیار خود را اعمال کند، به‌طور طبیعی مشکل خاصی وجود ندارد و این فرض، از محل بحث خارج است. منظور از نقش اراده در تحدید اختیار در نوشتار حاضر، قسم دیگری از اراده است که در اصطلاح از آن به اراده انشایی تعبیر می‌شود. همچنین، از آنجاکه در بحث تحدید اختیار، عمدتاً به جنبه‌های سلبی و محدود کردن دامنه اختیار توجه می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، صص. ۵۷-۵۶)، آن دست از مواردی که به‌صورت ایجابی و از قبیل شرط فعل مثبت (مادی یا حقوقی) است، اصولاً از شمول موارد تحدید اراده خارج می‌شود؛ هرچند ممکن است مواردی یافت شود که با التزام به امری که ضد اختیار است، در عین ایجابی بودن مفاد شرط، در واقع به‌نوعی به سلب یا تحدید حق برگردد.

یکی از نکات لازم در این باره، توجه به ماهیت این دسته از اقدامات است. برخی فقیهان این پرسش را مطرح کرده‌اند که آیا اسقاط به معنای عفو است یا رفع اضافه خاص یا اخراج شخص یا طرف از اینکه یکی از دو طرف اضافه باشد؟ به‌باور برخی، اسقاط درحقیقت، برداشتن رابطه شخص یا اضافه اعتباری است که در هر مورد وجود دارد و لازمه آن خروج ذی‌حق از طرفیت رابطه است. بنابراین، اسقاط، عین خروج طرف و شخص از طرفیت رابطه نیست (قنواتی و همکاران، ۱۳۹۲، ص. ۶۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۴۵).

«عفو» در لغت از جمله به معنای اسقاط، صفح، چشم‌پوشی، گذشت کردن و ترک عقوبت، اسقاط مذمت و عقوبت از مستحق آن، نادیده گرفتن و گذشت کردن از عواقب کار کسی و ضد عقوبت به کار رفته‌است (ازهری، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۱۴۳؛ فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۵۸؛ صاحب، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۱۷۰؛ محمود، ۱۹۹۱م، ج ۲، ص. ۵۱۴؛ شریف‌مرتضی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص. ۲۷۸؛ صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۸، ص. ۵۰۹؛ ابن‌درید، ۱۹۸۸م، ج ۲، ص. ۹۳۸)، اما در ماهیت، اسقاط دقیقاً به معنای عفو و چشم‌پوشی از حق نیست، بلکه عبارت است از قطع ارتباط بین «طرف نسبت و اضافه»؛ یعنی صاحب سلطنت با «طرف تعلق» که همان مسلط‌علیه است. اگر آنچه متعلق اسقاط است، حق باشد، اسقاط‌پذیر است. اسقاط‌پذیر بودن حق، قاعده است. از دیدگاه برخی فقیهان، اسقاط‌پذیری در حقوق تنها نسبت به حقوقی که دلیل خاص

بر امکان عفو و چشم‌پوشی از آن‌ها وجود دارد، جریان می‌یابد. از دیدگاه این دسته فقیهان، مقتضای مالکیت و سلطنت انسان بر عین یا عمل این است که تنها «امور» مربوط به آن عین یا آن عمل به دست او باشد نه «خود ملکیت و سلطنت» بر آن‌ها؛ زیرا ملکیت و سلطنت از امور اعتباری هستند و وضع و رفع امور اعتباری به دست معتبر است نه به دست اشخاص. به این ترتیب که معتبر و قانون‌گذار به سبب مصلحتی که در ملکیت (و اختصاص اموال) یا حقیقت (و سلطنت بر برخی اعمال) برای انسان وجود دارد، آن دو را جعل و اعتبار کرده و از این رو سقوط این امور اعتباری نیز به دست شارع و معتبر است. پس هر زمان که «رفع و زوال» این امور از نظر شارع و معتبر دارای مصلحت شود، آن را اسقاط‌پذیر می‌کند. بنابراین، اعتبار ملکیت و حقی «هم در ثبوت و وضع» و «هم در سقوط و رفع» به دست قانون‌گذار است نه به دست مالک یا صاحب حق. به همین دلیل، اعراض از ملک نه موجب سقوط ملکیت است و نه موجب سقوط مال از ملکیت؛ زیرا «سقوط» مانند «ثبوت» نیازمند سبب جَعَلی است (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، صص. ۴۶-۴۵). این اختیار با عناوینی مانند «قاعده اسقاط حق» (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۲۹۴)، «لَکُلِّ ذی حق اسقاطُ حقه» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۶۱؛ حکیم طباطبایی، بی‌تا، ص. ۸) و «کُلِّ ماکان حقاً قابلٌ للاسقاط» (غروی نایینی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۸) بیان می‌شود. برخلاف حق، حکم را نمی‌توان اسقاط کرد؛ زیرا اولاً، از مصادیق «تحریم حلال» شمرده می‌شود و ثانیاً، برخلاف حق که اختیارش در دست ذی‌حق قرار دارد، زمام حکم در دست حاکم (شارع یا قانون‌گذار) است نه محکوم‌علیه (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص. ۱۳). در سلب حق نیز به نظر می‌رسد همین اتفاق می‌افتد و رابطه ذی‌حق و مورد حق زایل می‌شود. موارد زیر در تحدیدپذیری شایسته توجه است.

۳-۲-۱. حق الناس بودن مورد اسقاط

زمام حق الله، وضعاً و رفعاً، به دست شارع مقدس است (مانند تأثیر قاعده «الاسلام یجب ماقبله» بر رفع آثار جرائم حق اللهی). از این رو حق الله از قلمرو اسقاط‌پذیری خارج است و مواردی مانند جواز عفو توسط حاکم بر اساس ادله و مبانی خاص خود مطرح می‌شود (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص. ۶۱۴) و اسقاط حق تنها مربوط به

حق الناس است؛ زیرا در حق الناس، در مرحله پیدایش، حق با وضع و جعل شارع به وجود می‌آید، اما رفع آن به دست ذی‌حق است. به دیگر سخن، اگر معلوم شود زمام استمرار موردی، به دست ذی‌حق داده شده، او بر اسقاط نیز مسلط است، اما در جایی که تنها بر مورد حق مسلط باشد و نه اسقاط آن، به نظر می‌رسد که از مجرای اسقاط، خارج است و در قلمرو اباحه قرار می‌گیرد نه حق اصطلاحی. در این باره، در تفاوت اباحه و حق بحث خواهد شد. در ساحت خانواده نیز اگر مواردی وجود داشته باشد که بتوان آن را حق الناس به شمار آورد مانند حق مطالبه، می‌توان اسقاط را در مورد آن پذیرفت و اگر مواردی باشد که حق الله یا حق جامعه یا اشخاص ثالث شمرده شود (مانند حقوق کودکان)، نمی‌توان به اسقاط‌پذیری آن قائل شد و اگر مصداق مورد تردید باشد، با توجه به توقیفی بودن نکاح و غلبه جنبه‌های امری و حکمی، می‌توان مطابق اصل، بر عدم اسقاط‌پذیری نظر داد.

۳-۲-۲. مطالبه‌پذیری و وجود من علیه‌الحق

اسقاط تنها به آن دسته از حق الناسی تعلق می‌گیرد که مطالبه‌پذیرند؛ یعنی دارای رکن «من علیه‌الحق» باشند. بنابراین، حقوقی که واجد این رکن نباشند، به علت عدم قابلیت مطالبه، اسقاط‌شدنی هم نیستند. چنان‌که از شیخ طوسی نقل شده است که اسقاط در موردی امکان‌پذیر است که مطالبه در همان مورد امکان‌پذیر باشد و اگر چیزی مطالبه‌شدنی نباشد، قابل «تحلیل و ابرا» هم نخواهد بود (طوسی، ۱۳۷۵ق، ص. ۴۵). بدون وجود «من علیه‌الحق»، ادله مربوط به اسقاط حق که عموماً با لفظ «عفو و تصدق» وارد شده‌اند، وافی به مقصود و استنادشدنی نیستند (آلانی و راغبی، ۱۳۹۹، ص. ۴۶۵).

۳-۲-۳. کفایت وجود مقتضی (سبب)

لازم نیست در زمان انشای صریح یا ضمنی اسقاط، مورد حق نیز به‌طور بالفعل مطالبه‌شدنی باشد. همین قدر که سبب دین یا حق موجود باشد یا به تعبیر دیگر، بستر ایجاد حق موجود باشد، از قلمرو اسقاط «مالم یجب» خارج است و می‌توان آن را اسقاط کرد. بنابراین، بر اساس دیدگاهی که استحقاق بر نفقه را حق اصطلاحی

می‌داند^۷، امکان اسقاط نفقه آینده، ضمن عقد نکاح یا بعد از آن به موجب ایقاع مستقل، وجود دارد.

۳-۲-۴. کفایت احراز حق بودن هسته اختیار

ممکن است با تحلیل هسته اختیار، به این نتیجه برسیم که آنچه موضوع اختیار است، درحقیقت، حق اصطلاحی است. در نتیجه، برخلاف برخی دیدگاه‌ها که برای اسقاط‌پذیری هم دلیل مستقلی را از ناحیه قانون‌گذار (شارع) شرط می‌دانند (خویی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۵۲)، «همین قدر که اثبات شود مورد حق اصطلاحی است، برای اسقاط آن کافی است و وجود دلیل مستقل برای امکان اسقاط هر حق لازم نیست» (آلانی و راغبی، ۱۳۹۹، ص ۴۵۸). برای مثال، در مورد نفقه معوق تردیدی وجود ندارد که هسته حق چون تنها جنبه مالی دارد و در رتبه دیون قرار می‌گیرد و مانعی هم برای اسقاط‌پذیری ندارد، از تمام جهات حق شمرده می‌شود و در اسقاط‌پذیری آن تردیدی وجود ندارد، اما در مورد نفقه آینده بر اساس ارتباط آن با مصلحت حفظ خانواده و زوجه، در نظر مشهور (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۳۷۳؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۲۱۳؛ ص ۵۸۹؛ کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق، ص ۲۵۸) فقیهان امامیه، اسقاط‌پذیر نیست (ایزدی فرد و همکاران، ۱۳۹۲، صص ۲۴-۲۳). استفاده از واژه «عهده» در ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی نیز که به قرار گرفتن نفقه در داخل دو گیومه (») اشاره دارد، استدلال فوق را تأیید می‌کند. برخی محاکم نیز با لحاظ همین جهت، تکلیف مرد به دادن نفقه در عقد دائم را ناشی از حکم قانون و غیرقابل اسقاط می‌دانند و هر قرارداد خلاف تکلیف نفقه را خواه قبل از نکاح یا بعد از آن، باطل تلقی می‌کنند (سامانه ملی آرای قضایی، دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۸۰۲۰۰۱۰۰۳۳۵ مورخ ۱۳۹۴/۹/۲۴).

۳-۲-۵. وجود قصد اسقاط و ابراز آن

از آنجاکه اسقاط از جمله اعمال حقوقی است، به موجب قاعده «العقود تابعه للقصد» و نیز به موجب ماده ۱۹۰ قانون مدنی، در اسقاط حق نیز اولاً، می‌توان گفت «اسقاط واقع می‌شود به قصد انشا». بنابراین صاحب حق باید قصد قطع ارتباط خود را با آن حق یعنی قصد ساقط کردن آن حق را برای همیشه داشته باشد و تحقق اسقاط به ملاک ماده

۱۹۱ قانون مدنی، اثباتاً منوط است به اینکه «مقرون به چیزی باشد که بر اسقاط دلالت کند»؛ خواه به صورت اسقاط صریح و لفظی و خواه به صورت اسقاط ضمنی و عملی که به دلالت التزامی بر اسقاط حق دلالت داشته باشد. بنابراین، صرف قصد بدون اینکه ابراز شود، در سقوط حق کفایت نمی‌کند.

ازجمله پیامدهای سلب حق یا اسقاط آن یا شرط سقوط آن در زمان تشکیل قرارداد، سقوط همیشگی حق است (الساقط لا یعود والمعدوم لا یعاد). این اثر باعث می‌شود **اولاً**، حق، دیگر مطالبه‌پذیر نباشد. **ثانیاً**، دیگر امکان اعمال اراده در مورد حق وجود ندارد. درحقیقت، اسقاط باعث بی‌حق شدن اسقاط‌کننده برای اقدام معارض با مفاد اسقاط است و اگر به‌طور طبیعی، اقدام منافی با اسقاط و سلب و سقوط، به ضرر ذی‌نفع اسقاط باشد، می‌توان آن را باطل (به معنی اعم) و غیرنافذ (به معنی اخص) در نظر گرفت و زمام آن را در اختیار مشروطه (یا ذی‌نفع) قرار داد.

اگر آنچه را در حقیقت حق گفتیم، مبنا قرار دهیم و مضمون حق را اختیار و اختیار بر اختیار بدانیم، آنگاه ممکن است «واژه‌ها» و «جملات» در ناحیه استعمال به کیفیتی باشند که معادل حق به کار رود و این تردید را ایجاد کند که استعمال در این موارد از مصادیق استعمال حقیقی است یا استعمال مجازی؟

۳-۳. ضرورت توجه به تفاوت‌های جوهری حق و اباحه

به‌رغم شباهت‌های پیش‌گفته که زمینه را برای اشتباه و استنباط‌های نادرست در تشخیص و تطبیق آثار حق و حکم فراهم کرده است، با دقت بیشتر، می‌توان مرزهای مفهومی و حکمی بین حق و اباحه را روشن و از آمیختگی موجود بین این دو مفهوم عبور کرد.

۳-۳-۱. تفاوت در طبیعت و مبنای رابطه شخص با اختیار خود

یکی از مهم‌ترین تفاوت‌هایی که بین حق و اباحه وجود دارد، در طبیعت و مبناست. اختیار در اباحه تنها به‌موجب حکم شرعی و قانونی به اشخاص داده می‌شود و هیچ نوع رابطه اضافی و اعتباری برقرار نمی‌شود. درحقیقت، در اباحه تنها نوعی ترخیص و جواز برای شخص مباح^۱ ایجاد می‌شود نه بیشتر، اما در حق اصطلاحی درحقیقت، بین

شخص حق‌دار (صاحب حق) و مورد حق (مسلط‌علیه)، نوعی اضافه اعتباری و سلطه تمام‌عیاری ایجاد می‌شود که حتی برخی از آن به «ملک» تعبیر کرده‌اند (غروی نایینی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۱۰۶؛ ایروانی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۷۳)؛ چنان‌که در «باب قضا»، کلمه حق بر «ملک»، به اعتبار ثبوتش بر مدعی^۱ علیه نیز صدق می‌کند (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، صص. ۳۸-۳۹). این تعبیر نشان‌دهنده بالاترین حد اختیار و درجه سلطه در حق اصطلاحی است که در زیر و در تفاوت دوم اشاره خواهد شد.

۳-۲. تفاوت در «حد اختیار» و «درجه» سلطه اشخاص

پاسخ اجمالی که در تفاوت و تمایز بین حق و اباحه می‌توان گفت این است که مابه امتیاز در حق و اباحه همان مابه‌الاشتراک است؛ یعنی همان عاملی که بین حق و اباحه مشابهت ایجاد کرده، همان هم باعث ایجاد تمایز جوهری شده است. در بیان مشابهت‌های بین حق و اباحه، از وجود «اختیار» سخن گفتیم. در متن و بطن اختیار، گونه‌ای سلطه وجود دارد؛ یعنی شخصی که به او اختیاری داده می‌شود اعم از اینکه ناشی از منبع حق باشد یا حکم شرعی و قانونی اباحه، او بر فعل یا ترک فعل تسلط دارد. در مورد این تسلط تا این اندازه و تا این مرحله، بین حق و اباحه تفاوتی وجود ندارد. درحقیقت، مسلط‌علیه در حق و اباحه در این سطح از مقایسه، یکسان است. پس تفاوت واقعی در کجاست؟ پاسخ را دقیقاً از همین فعل یا ترک فعل می‌توان یافت. درحقیقت، پاسخ این پرسش، در درجه‌بندی سلطه نهفته است. به این معنا که «یک درجه از اختیار»، «آزادی اشخاص در امکان انتخاب بین فعل یا ترک فعل» است که این درجه از آزادی و اختیار، بین حق و اباحه مشترک و عامل مشابهت است، اما اگر افزون‌بر اختیاری که در این اندازه و در این درجه برای اشخاص لحاظ شده است، اختیار و تسلط بالاتری نیز برای شخصی وجود داشته باشد، به‌طوری‌که مسلط‌علیه در مرحله دوم تحت اختیار و سلطه قرار داشته باشد، یک سلطه دوم‌مرحله ای شکل گرفته است و مورد تردید، از قلمرو اباحه خارج و در قلمرو حق وارد می‌شود. به تعبیر فنی‌تر، در اباحه، تنها اختیار وجود دارد، اما در حق، «اختیار» و «اختیار (سلطه) بر اختیار» وجود دارد. بنابراین، در حق سلطه‌ای که وجود دارد، دودرجه‌ای است و خود اختیار نیز تحت اختیار و سلطه شخص قرار می‌گیرد.

بنابراین، اسقاط‌پذیری مهم‌ترین وجه تمایز حق از اباحه است. آثار عملی این تمایز در تفاوت‌های دیگر روشن می‌شود.

برای مثال، هرگاه ماهیت اختیار مرد در طلاق دادن زن یا در رجوع به زن در طلاق رجعی، محل اختلاف و تردید واقع می‌شود، اگر این اختیار، سلطه تمام‌عیار وی بر این اختیار باشد، به گونه‌ای که هر دو درجه پیش‌گفته از اختیار را با خود داشته باشد، هم بعد از عقد و هم در ضمن عقد اسقاط‌پذیر خواهد بود و به طریق اولی، تحدید این حق (شرط عدم استفاده از حق) نیز درست به نظر می‌رسد، اما اگر این قبیل اختیارات در راستای تنظیم و تنسيق طلاق و در راستای مصالح مهمی مثل استحکام خانواده باشد و گفته شود انحلال نکاح و شیوه‌ها و احکام مرتبط با آن توقیفی است، در این صورت از قبیل حکم و در رتبه اباحه و جواز و نوعی ترخیص محض باشد، طبعاً مرد تنها حق دارد عندالاقضاء از این امکان یا امتیاز استفاده کند، اما نمی‌تواند در خود این حق تصرف کند. در واقع، امتیازی که برای زوج در اینجا مقرر شده، به موجب حکم شرعی و قانونی بوده و اسقاط‌ناپذیر است. بنابراین، شرط اسقاط، شرط سقوط و نقل آن به دیگری (زوجه) جایز نیست و چنین اقدامی به لحاظ مخالفت با حکم (قواعد امری) باطل و التزام‌ناپذیر است.

۳-۳-۳. تفاوت در «حد تحدید»

در بررسی مشابهت‌های حق و اباحه گفته شد که فی‌الجمله هم حق و هم اباحه، تحدید‌پذیر است، اما تفاوت این دو در دامنه تحدید‌پذیری است. در اباحه، مباح‌له می‌تواند با شرایطی به صورت موقت و جزئی، از اختیاری که وجود دارد، صرف‌نظر کند. اباحه، مثل دیگر احکام، قابل اسقاط نیست و مباح‌له اختیاری بر اسقاط اختیار خود ندارد، اما در حق اصطلاحی، امکان اسقاط و صرف‌نظر از کل حق وجود دارد. منظور از کل حق، همان حقی است که در یک مورد خاص یا در یک رابطه خاص پدید می‌آید نه کلی حق؛ زیرا سلب و اسقاط حق به‌طور کلی، حتی آن مواردی که در زمره حق اصطلاحی است، اسقاط‌پذیر نیست، بلکه باید در روابط خاص و به صورت موردی نمود یابد و تمام این حق نمود یافته برخلاف اباحه، قابل اسقاط است. برای مثال، اگر خانم «الف» با شخص «ب» ازدواج کند، اختیار مرد در ازدواج مجدد، چون

از قبیل اباحه است، اسقاط‌پذیر نیست، اما در همین رابطه زن و مرد می‌توانند کل خیارات ناشی از عیب را از خود سلب و اسقاط کنند یا عمل سلب و اسقاط را تنها در بخشی از حقوق خود اعمال کنند. به هر حال، تفاوت بین کل و کلی روشن است و به توضیح بیشتر نیاز ندارد.

بنابراین، حکم (و به تبع، جواز، اختیار، ترخیص و امتیاز ناشی از آن) قابل اسقاط نیست و وضع و رفع آن در ید شارع است. از همین رو نیز به حقوق‌الله تعبیر شده است، اما حق، حتی وضع و تأسیس آن هم به موجب ادله شرعی بوده، اما رفع آن به دست ذی‌حق داده شده است. بنابراین، در حق و اباحه، وصف ترخیصی بودن وجود دارد، اما بین این دو ترخیص تفاوت بسیار است از جمله اینکه «ترخیص در اباحه» تنها «ترخیص محض» است و شبیه آنچه در اختیار گفته شد، در اینجا هم می‌توان بیان کرد؛ یعنی بر اساس دیدگاهی که به تمایز بین حق و اباحه باور دارد، در اباحه، ترخیص محض وجود دارد و خود ترخیص، در قلمرو تصرف مباح^۱ قرار ندارد در حالی که در حق اصطلاحی، بین شخص حق‌دار و ترخیص، نوعی رابطه اضافه اعتباری وجود دارد که زمام آن به صورت کامل در اختیار اوست و به تعبیری ملک او شمرده می‌شود. حتی در دیدگاهی که حق را نیز در زمره احکام وضعی می‌داند، اباحه، حکم تکلیفی ترخیصی اسقاط‌ناپذیر و حق، حکم وضعی اسقاط‌پذیر است. بنابراین، این تفاوت در همه دیدگاه‌های پیش‌گفته پذیرفته شده است. از منظر «امتیاز» بودن هم همین شکل از تحلیل پذیرفتنی است؛ یعنی امتیازی که در اباحه وجود دارد، تنها از طرف مباح^۲ قابل بهره‌برداری است، اما این‌گونه نیست که وی بتواند موقعیت ممتازی را که دارد از خود سلب کند، اما امتیازی که در حق اصطلاحی وجود دارد، هم صاحب حق را نسبت به بهره‌برداری از امتیاز، متمکن می‌کند و هم این امکان را به او می‌دهد که از این امتیاز، صرف‌نظر کند، آن را از خود سلب یا اسقاط کند.

برای مثال، ممکن است اختیار مرد در دادن طلاق از جنبه نقل‌پذیری (تفویض) یا اسقاط‌پذیری مورد تردید قرار گیرد. منشأ تردید هم این است که آیا این اختیار تنها اباحه یا جواز حکمی است یا از مصادیق حق اصطلاحی است؟ همین پرسش در جواز رجوع مرد در طلاق رجعی یا جواز رجوع زن به فدیة، اولویت زن یا مرد در

حضانت کودکان، حق بر فرزندخواهی، ازدواج مجدد و ده‌ها مورد دیگر در ساحت خانواده مطرح می‌شود.

نتیجه‌گیری

۱. به دلیل استفاده قانون‌گذار از واژه‌هایی که هم در هسته حق اصطلاحی قرار دارد و هم در هسته اختیار مانند توانایی بر فعل و ترک فعل، مصداقی از ابهام و گاه نیز نوعی مغالطه اشتراک لفظ مجاز مبتنی بر استعمال اعم شکل می‌گیرد و به تدریج، در مرزهای مفهومی و جنبه‌های مصداقی حق، اختیار و جواز، اجمال ایجاد می‌کند. در تحلیل‌هایی که به بیان نفوذ اراده و حدود تصرف اشخاص مربوط می‌شود، لازم است از این دست اجمال‌ها و مغالطه‌ها عبور و با معیارهای دقیق، ابعاد مفهومی و مصداقی حق و اختیار را روشن کرد.
۲. دلیل بروز اجمال در مفهوم یا بروز مفهوم مجازی برای حق، مشابهت آن با اباحه است. این مشابهت در دو جهت به عنوان قرینه عمل می‌کند و معنای مجازی را رقم می‌زند. نخست، وجود اوصافی مانند «جواز»، «اختیار»، «ترخیص» و «امتیاز» در هر دو مورد است. درحقیقت، هم در حق اصطلاحی و هم در اباحه، اشخاص «می‌توانند»، با «اختیار»، جانب «فعل و ترک فعل» را «انتخاب کنند». دوم، تحدیدپذیری فی‌الجمله در حق و اباحه است با این تفاوت که در اباحه، با قید موقتی بودن و جزئی بودن همراه است.
۳. برای عبور از این قبیل مجازها باید به عناصر فارق این دو مفهوم توجه کرد. تکیه بر هسته اختیار و اوصافی که به تمایز مفهوم حقیقی حق از مفهوم مجازی آن می‌انجامد، چاره کار است و در این باره، به چند جنبه مهم می‌توان توجه کرد. نخست اینکه، در اباحه تنها نوعی ترخیص و جواز برای شخص مباح‌له ایجاد می‌شود نه بیشتر، اما در حق اصطلاحی، درحقیقت، بین شخص حق‌دار (صاحب حق) و مورد حق (مسلط‌علیه) نوعی اضافه اعتباری و سلطه تمام‌عیار ایجاد می‌شود. تعبیر به ملک در این موارد به همین نکته اشاره دارد. دوم، تفاوت در حد اختیار و درجه سلطه اشخاص است. درجه‌ای از تسلط که همان آزادی در انتخاب فعل و ترک فعل است، بین حق، اباحه و جواز اقدام مشترک است و

گفته شد که یکی از عوامل بروز اشتراک و حتی بروز معنای مجازی است و درجه‌ای از تسلط، بالاتر و کامل‌تر از این سلطه است که همان، سلطه بر اختیار و تسلط بر سلطه اول است؛ یعنی «سلطه بر سلطه» یا «اختیار بر اختیار» که ویژه حق است و بدین ترتیب، در اباحه و جواز تنها اختیار وجود دارد، اما در حق اصطلاحی، «اختیار» و «اختیار (سلطه) بر اختیار» وجود دارد. اسقاط‌پذیری حق، بر همین نکته فنی متکی است.

۴. در مفهوم حقیقی حق، اسقاط‌پذیری فارق قطعی با مفاهیم مشابه است و مواردی مانند تحدید‌پذیری، تعهد‌پذیری، مطالبه‌پذیری و تجزیه‌پذیری با توجه به عوامل میدانی مانند حق‌الناس بودن، وجود من علیه‌الحق، وجود مقتضی (سبب) وجود و ابراز قصد اسقاط بررسی می‌شود.

یادداشت‌ها

۱. «قد اشتهر بينهم أنَّ المجاز هو استعمال اللفظ في غير ما وضع له بعلاقة معتبرة مع قرينة معاندة» (خمينی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۰۲).
۲. فإنَّ حمل العامِّ على الخاصِّ استعمال مجازی و إبقاؤه على عمومهِ حقيقة و لا يجوز العدول إلى المجاز مع إمكان الاستعمال على وجه الحقيقة (عاملی) (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص. ۱۵۷). بناء على أنَّ استعمال اللفظ في بعض أفرادهِ هو استعمال مجازی، فالاستعمال المذكور إذا كان حقیقاً أولى، لأنَّ المجاز بحاجة إلى قرينة و الأصل عدمها (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۷، ص. ۲۱۰).
۳. المتجاوز لم يتصرف في تأسيس الواضع وجعله. أعنى به ربط اللفظ بالمعنى - وإنما تصرف فيما يرجع إلى المستعمل نفسه. أعنى به تطبيق ذلك المعنى الذي وضع اللفظ له على ما ليس من مصاديقه في الواقع لفائدة ما - و أمر تطبيق المعاني الكلية على مصاديقها لا يرجع الى الواضع كما أنَّ تطبيق الموضوعات ذات الأحكام الشرعية على مصاديقها لا يرجع أمره إلى الشارع بل إلى نظر المكلف في الثاني و إلى نظر المستعمل في الأول (آملی، ۱۳۲۹، ج ۱، ص. ۸۷).
۴. احکام تکلیفی پنج قسم است؛ واجب، حرام، مکروه، مستحب و مباح.
۵. ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی: «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است».
۶. ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی: «وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند؛ اگرچه تمام یا قسمتی

از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر شده [است] پرداخت شده باشد. بنابراین، هریک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده [باشد] می‌تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی‌تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کند یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی کند».

۷. در پایگاه اطلاع‌رسانی یکی از مراجع معاصر (آیت‌الله مکارم شیرازی) در پاسخ به برخی استفتائات، نفقه حق دانسته شده است. پرسش: آیا نفقه زوج حق است یا حکم و آیا می‌توان شرط اسقاط نفقه کرد؟ پاسخ: نفقه زوجه حق است و می‌توان آن را اسقاط کرد به صورت شرط ضمن عقد یا بدون آن. پرسش: اگر دختری هنگام خواستگاری به همسرش گفته باشد که بعد از ازدواج نفقه نمی‌خواهم و حال از حرفش پشیمان شده باشد و نفقه خود را بخواهد، می‌تواند چنین ادعایی داشته باشد یا خیر؟ پاسخ: اگر هنگام عقد چنین تعهدی را کرده باشد، باید طبق آن عمل کند، اما تعهد قبل از عقد تأثیری ندارد مگر عقد مبنی بر آن خوانده شده باشد.

کتابنامه

- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۱۹ق). کفایة الاصول (جلد ۳). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
 Akhund Khorasani, Mohammad Kazem (1419). Kifayeh al-Asul, vol.3, Qom: Islamic Publishing House.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب (جلد ۱). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- Akhund Khorasani Rasani, Mohammad Kazem (1406). Makasib margin, Tehran, Ministry of Culture and Islamic Guidance.
- آملی، میرزاهاشم (۱۳۲۹). بدایع الافکار فی الاصول (جلد ۱). نجف: مطبعة العلمية.
- Amoli, Mirza Hashim (1329). Bada'i' al-Afkar fi al-Usul, Vol.1, Part Najaf: Al-Ilmiya Press.
- امامی، سید حسن (۱۳۸۵). حقوق مدنی (ج ۱)، تهران: انتشارات اسماعیلیان
- Emami, Seyyed Hassan (2006). Civil Law (Vol. 1), Tehran: Ismailian Publications.
- ابن براج، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). المهذب. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Ibn Baraj, Abd al-Aziz (1406). Al-Mohazab, Qom: Islamic Publications Office.
- ابن درید، محمد (۱۹۸۸م). جمهرة اللغة (جلد ۲). بیروت: دارالعلم للملایین.
- Ibn Duraid, Muhammad (1988). Jamharat al-Lughah, Vol. Beirut: Dar al-Ilm lil-Malayin.
- ازهری، محمد (۱۴۲۱ق). تهذیب اللغة (جلد ۳). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- AzHari, Muhammad (1421). Tahdhib al-Lughah, Vol.3, Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabi.

اصفهانى، ابوالحسن (۱۴۲۲ق). وسیلة النجاة مع حواشی الامام الخمينی. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

Esfahani, Abul Hasan, (1422). Vasilat Al-Najat with the Margins of Imam Al-Khomeini, Qom: Institute for Editing and Publishing the Works of Imam Khomeini.

اصفهانى، محمدحسین (۱۴۱۸ق). حاشیه کتاب المكاسب (عباس محمد آل سباع قطیفی، مترجم) (جلد ۱). قم: انوار الهدی.

Isfahani, Muhammad Husayn (1418). Makasib margin (Abbas Muhammad Aale Saba' Qatifi, translator), Qom: Anwar Al-Hoda publishing house.

اصفهانى، محمدرضا (۱۴۱۳ق). وقایة الاذهان. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

Isfahani, Mohammad Reza (1413). Veghayat al-Azhan, Qom: Al-AlBayt Foundation.

الانى، زهرا؛ و راغبی، محمدعلی (۱۳۹۹). «بررسی تحلیلی ماهیت اسقاط حق و آثار مترتب بر آن». پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۶، شماره ۳، صص. ۴۶۷-۴۴۷.

Alani, Zahra Mohammad Ali Raghebi (1399). Analytical study of the nature of forfeiture of rights and the effects of those jurisprudence researches, Volume 16, Numer 3, pp. 447-467.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). المكاسب (جلدهای ۵ و ۶). قم: مجمع الفکر الاسلامی.

Ansari, Murtaza (1415). al-Makasib (Volumes 5 and 6). Qom: Islamic Thought Complex.

ایروانی، علی (۱۳۷۳). حاشیه مکاسب (جلد ۱). بی‌جا: بی‌نا.

Irvani, Ali (1373). Makasib margin, Vol. 1, Non place: Non publication.

ایزدی فرد، علی‌اکبر؛ محسنی دهکالانی، محمد؛ و ادبی فیروزجایی، رزاق (۱۳۹۲). «وضعیت حقوقی شرط عدم نفقه در نکاح دائم». آموزه‌های فقه مدنی، دوره ۵، شماره ۸، صص. ۳-۲۶.

Izadi Fard, Ali Akbar, Mohseni Dehkalani, Mohammad; Adabi Firouzjaei Razzaq (1392). legal status of condition Non-maintenance in marriage, The teachings of civil jurisprudence, Volume 5, Issue 8, pp. 26-3.26.

بجنوردی، سید محمدحسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه (جلد ۱). قم: الهادی.

Bojnourdi, Seyyed Mohammad Hassan (1419). The Rules of Jurisprudence, Vol. 1, Qom: Al-Hadi.

بحرالعلوم، سید محمد (۱۴۰۳ق). بلغة الفقیه (جلد ۱). تهران: منشورات مکتبة الصادق.

Bahr al-Ulum, Seyyed Mohammad (1403). Balaghat al-Faqih, Vol. 1, Tehran: Publications of the Library of Sadiq.

پروین، خیرالله؛ و مبصری، بهنام (۱۳۹۶). «بررسی نسبت میان هرمنوتیک حقوقی و آرای تفسیری شورای نگهبان». فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، دوره ۴۷، شماره

۲، صص. ۳۷۷-۴۱۰.

Parvin Ghairullah Mobsari, Behnam (1396). Examining the relationship between legal hermeneutics and the interpretive opinions of the Guardian Council, Tehran University Public Law Studies Quarterly, Volume 47, Issue 2, pp. 410-377.

تبریزی، جواد (۱۴۱۶ق). ارشاد الطالب الى التعليقة على المكاسب (جلد ۲). قم: اسماعیلیان.

Tabrizi, Javad (1416). Guidance of the Student to the Commentary on Al-Makasib, Vol.2, Qom: Ismailian.

ترحینی عاملی، سید محمد حسین (۱۴۲۷ق). الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية (جلد ۷). قم: دار الفقه للطباعة والنشر.

Tarhini Ameli, Sayyid Muhammad Husayn (1427). Al-Zubdah Al-Fiqhiyyah in Explaining the Al-Rawdaht Al-Bahiyah, Vol.7, Qom: Dar Al-Fiqh for Publishing.

تنگستانی، محمد قاسم (۱۳۹۹). «تأملی بر ابعاد حقوقی و سیاستی لوایح قضایی». مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴ شماره ۱۰۹، صص. ۱-۲۱.

Tungestani, Mohammad Qasim (1399). "Hesitation on the Legal and Political Dimensions of Judicial Bills." Justice Legal Journal, Volume 84, No. 109, pp. 1-21.

تهانوی، محمد علی (۱۹۹۶م). موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم (رفیق العجم، محقق). بیروت: مكتبة ناشرون.

Tahanavi, Mohammad Ali (1996). Encyclopedia of the Kashaf of the Terminology of Arts and Sciences, edited by Rafiq al-Ajam, Beirut: Publications of Nasheroon.

جزایری، سید محمد جعفر (بی تا). نظرة فی الحقوق احکامها واقسامها. قم: بی نا.

Jazairi, Seyyed Mohammad Ja'far Maruj (n.d). A Look at Rights, Their Rulings and Divisions, Qom: n.p.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷)، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش

Jafari Langroodi, Mohammad Jafar (2008). Legal Terminology, Tehran: Ganj Danesh Publications.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۲). تأثیر اراده در حقوق مدنی (جلد ۳). تهران: گنج دانش.

Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1392). The Effect of Will in Civil Rights, Volume 3, Tehran: Ganj Danesh Publications.

جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۲). حق و تکلیف در اسلام. قم: اسرا.

Javadi Amoli, Abdullah (1392). Rights and obligations in Islam, Qom: Asra.

حکیم طباطبایی، سید محسن (بی تا). نهج الفقاهه. قم: ۲۲ بهمن.

Hakim Tabatabai, Seyyed Mohsen (n.d). Nahj al-Faqahat, Qom: Publications 22. Bahman.

حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۰۴ق). مبادئ الاصول. بی جا: مكتبة الاعلام الاسلامی.

- Allame Helli, Hassan bin Youssef (1404). Mabai al-Osul, N.p: published in the Islamic Media Library.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Hilli (Allamah), Hassan ibn Yusuf (1413 AH). Rules of Jurisprudence. Qom: Islamic Publications Office.
- خطیب قزوینی، محمد بن عبدالرحمان (۲۰۱۹م). تلخیص المفتاح (جلد ۱). لبنان: مکتبه البشری.
- Khatib Qazvini, Muhammad Bin Abdur Rahman (2019). Talchis al-Muftah, Volume1, Lobnan: Library of Al-Boshra.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۴ق). تحریر الوسیله (علی اسلامی، مترجم) (جلدهای ۱، ۲ و ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Khomeini, Seyyed Ruhollah (1424), Tahrir Al-Wasila, translated by Ali Islami, vol1,2and3, Qom Islamic Publications Notebook.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۹ق). الرسائل (مجتبی تهرانی، تقریر) (جلد ۱). قم: اسماعیلیان.
- Khomeini (Imam), Sayyid Ruhollah (1419). Al-Rasael, Mojtabi Tehrani's edition, vol.1, Qom: Ismailian Publication.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (جلدهای ۱، ۴ و ۵). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- Khomeini, Sayyid Ruhollah (1421). The Book of Sale, Vol.1,4,5, Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Works Imam Khomeini.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۵ق). مناهج الوصول (جلد ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- Imam Khomeini (Imam), Sayyid Ruhollah (1415). Manahaj al-wosul, Vol.1, Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Works Imam Khomeini.
- خوانساری، موسی (۱۴۱۸ق). منیه الطالب فی شرح المکاسب (میرزا محمد حسین نایینی، تقریرات) (جلد ۱). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- Khawansari, Musa (1418), Khawansari, Musa (1418). Maniyat al-Talib fi Sharh al-Makasab (The Writings of the Nayini Mizra Lectures), Qom: Islamic Publishing Foundation.
- خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۲ق). مصباح الفقاهة (جلد ۶). بیروت: دارالهادی.
- Khoyi, Sayyid Abu al-Qasim (1412). Misbah al-Fighahah, vol. 6, Beirut: Dar al-Had.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ق). مصباح الاصول (جلدهای ۱ و ۲). قم: مکتبه الداوری.
- Khoyi, Sayyid Abu al-Qasim (1417). Miisbah al--Usul, vol.1,2, Qom: Al-Dawari Library.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۷). مصباح الفقاهه (محمد علی توحیدی تبریزی، تقریر) (جلد ۲). قم: مکتبه الداوری.
- Khoyi, Sayyid Abu al-Qasim (1377). Misbah al-Fighaha, with the report of Muhammad Ali Tohidi, vol.2, Qom: Al-Dawari Library.

- خویی، ابوالقاسم (بی تا). مصباح الاصول (جلد ۲). قم: مکتبۃ الداوری.
- Musavi Khoiy, Abu al-Qasim (n.d). Misbah al-Usul, Vol. , Qom: Davari Library.
- سبحانی تبریزی، جعفر (بی تا). المحصول فی علم الاصول (سید محمود جلالی مازندرانی، تقریر) (جلد ۴). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- Subhani Tabriz, Ja'far (n.d). Al-Mashul fi ilm al-Usul, by Seyed Mahmoud Jalal, Mazandrani, Vol. 4, Qom: Imam Sadeq Foundation.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۹). المبسوط فی اصول الفقه. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- Subhani Tabriz, Ja'far (1389), Al-Mabsut fi Usul al-Fiqh, Qom: Imam Sadiq Foundation Publications.
- سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳). کفایۃ الاحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Sabzevari, Muhammad Baqir (1423). Kifayat al-Ahkam, Qom: Islamic Publications Office.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام (ج ۲۵). قم: مؤسسه المنار.
- Sabzevari, Seyyed Abdul Ali (1413). Mahezab Al-Ahkam Qom: Al Manar Institute.
- سکاکی، ابویعقوب یوسف بن ابوبکر (۱۴۲۰ق). مفتاح العلوم. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- Sakaki, Abu Ya'qub Yusuf ibn Abu Bakr (1420). Miftah al-'Ulum, Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah.
- شبییری زنجان، سیدموسی (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح (زنجانی) (جلدهای ۱ و ۲). قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
- Shubayri Zanjani, Seyyed Musa (1419). Book of Marriage (Volumes 1 and 24). Qom: Ra'ipardaz Research Institute.
- شریف مرتضی، علی بن حسین (۱۴۰۵ق). رسائل الشریف المرتضی (جلد ۲). قم: دارالقرآن الکریم.
- Sharif al-Mortaza, Ali bin Hossein (1405). Letters of al-Sharif al-Mortaza (Volume 2). Qom: Dar al-Qur'an al-Karim.
- شیرازی، صدرالدین (ملاصدرا) (۱۹۸۱م). الحکمه المتعالیه فی اسفار العقلیه (جلد ۶). بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- Shirazi, Sadr al-Din (Mulla Sadra) (1981). Al-Hikmah al-Mutala'iyah fi Asfar al-'Aqliyyah (Volume 6). Beirut: Dar al-Ahya' al-Turah al-Arabiyyah.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۰). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.
- Shahidi, Mehdi (1380). formation of contracts and obligations, Tehran: Majd.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۷). شروط ضمن عقد. تهران: مجد.
- Shahidi, Mehdi (1387). Conditions included in the contract, Tehran: Majd.
- صاحب، اسماعیل (۱۴۱۴ق). المحيط فی اللغة (جلد ۲). بیروت: عالم الکتاب.
- Sahib, Ismail (1414). Al-Muheet fi al- Language, Vol.2, Beirut: Alam Al-Kitab.
- صدر، محمدباقر (۱۴۰۸ق). مباحث الاصول (جلد ۳). قم: دارالبشیر.
- Sadr, Muhammad Baqir (1408). Investigations of Principles, vol.3, Qom: Dar Al-Bash.

- صدر، سیدمحمد (۱۴۲۰ق). ماوراء‌الفقه (جلدهای ۳ و ۸). بیروت: دارالاضواء.
- Sadr, Sayyid Muhammad (1420 AH). Ma'wra' al-Fiqh (Volumes 3 and 8). Beirut: Dar al-Adwa.
- صفایی، حسین (۱۳۸۹). قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان.
- Safaei, Hossein (1389). General Rules of Contracts, Tehran: Mizan Publication.
- طباطبایی حکیم، سیدمحسن (بی‌تا). نهج‌الفقاهه. قم: ۲۲ بهمن.
- Tabatabai Hakim, Seyyed Mohsen (n.d). Nahj al-Faqah, Qom: Publications Bahman22.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۰ق). حاشیه‌المکاسب (جلدهای ۱ و ۲). قم: اسماعیلیان.
- Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem (1410). Hashieh al-Makaseb, vol.1 and2, Qom: Ismailian.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (بی‌تا). ملحقات عروۃ‌الوثقی (جلد ۲). قم: مکتب داوری.
- Tabatabaei Yazdi, Mohammad Kazem (n.d). Molhahjat Urwa Al-Wosgha, Volume2, Qom: Maktab Davari.
- طبرسی، فضل‌بن‌حسن (۱۴۲۵ق). مجمع‌البیان فی تفسیرالقرآن (جلد ۱). بیروت: مؤسسه الاعلمی.
- Tabarsi, Fadhl bin Hassan (1425). Majma' al-Bayan fi Tafsir al-Quran, Vol.1, Beirut: Al-A'lami Foundation.
- طوسی، محمد (۱۳۷۵ق). الاقتصاد‌الهادی الی طریق‌الرشاد. تهران: کتابخانه جامع چهل‌ستون.
- Tusi, Muhammad (1375). Al-Iqtisad-ul-Hadi ela Tariq al-Rashd. Tehran: Chehelsotun General Library.
- طوسی، محمد (۱۴۰۷ق، الف). الخلاف (جلد ۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Tusi, Muhammad (1407). Al-Khalaf, vol.4, Qom: Islamic Publications Notebook.
- طوسی، محمد (۱۴۰۷ق، ب). تهذیب‌الاحکام (حسن موسوی خراسان، مصصح) (جلد ۱۰). تهران: دارالکتب‌الاسلامیه.
- Tousi, Muhammad (1407). Tahdeeb al-Ahkam, correction - Hasan Mousavi Khorsan, vol.10, Tehran: Dar al-Kitab al-Islameieh.
- طوسی، محمد (۱۴۰۰). النهایه فی مجردالفقه والفتاوی. بیروت: دارالکتب‌العربی.
- Tusi, Muhammad (1400). Al-Nahiyeh in Magdr al-Fiqh and Fatawi. Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi.
- عاملی (شهید اول)، محمدبن‌مکی (بی‌تا). القواعد والفوائد (ج ۲). قم: کتاب‌فروشی مفید.
- Ameli (martyr (first)), Muhammad bin Makki (n.d). al-Qasas wa al-Qawaed, vol.2, Qom: Mofid Book Store.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین‌بن‌علی (۱۴۱۳ق). مسالک‌الافهام الی تنقیح شرایع‌الاسلام (جلد ۵). قم: مؤسسه‌المعارف‌الاسلامیه.
- Amli, Shahid Thani, Zayn al-Din ibn Ali (1413). Masalik al-Afham ila Tanqih

- Sharia'ii' al-Islam, Qom: Islamic Knowledge Foundation.
- عراقی، آقاضیاءالدین (۱۴۱۴ق). شرح تبصره‌المتعلمین (جلد ۵). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Iraqi, Aqa Zia al-Din (1414). Commentary on the book Tabser al-Mu'talimin (Volume 5). Qom: Islamic Publications Office.
- غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق، الف). حاشیه‌المکاسب (جلد ۱). قم: دارالذخائر.
- Gharavi Esfahani, Muhammad Hossein (۱۴۱۸a). Hashieh al-Makasab, vol. Qom: Dar al-Zakhair.
- غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق، ب)، رساله فی تحقیق‌الحق والحکم. چاپ ۱، قم: انوارالهدی.
- Gharavi Isfahani, Muhammad Hussein (1418 b). Treatise on the Investigation of Right and Duty. 1st edition, Qom: Anwar al-Huda.
- غروی نایینی، میرزامحمدحسین (۱۴۲۴ق). منیة‌الطالب فی شرح‌المکاسب (موسی خوانساری، تقریر) (جلدهای ۱ و ۲). قم: مؤسسه‌النشرالاسلامی.
- Naini, Mirza Mohammad Hussein Gharwi(1424). Monyat al-Talib fi Sharh al-Makasb, Written by Musa Khansari, Qom: Islamic Publications Office.
- غروی نایینی، میرزامحمدحسین (۱۴۰۴ق). فواید‌الاصول (جلد ۴). بی‌جا: نشر اسلامی.
- Naini, Mirza Mohammad Hussein(1404). Fawaeid al-Asu l, N. p: Publishing Islam.
- فاضل هندی، محمد (۱۴۱۶). کشف‌اللاثام و الانهام عن قواعدالاحکام، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- Fadhil Hindi, Muhammad (1416). Kashf al-Letham wa al-Abham an-Qawa'id al-Ahkam, Qom: Jurisprudential Center of the Pure Imams.
- فراهیدی، خلیل (۱۴۱۰ق). کتاب‌العین (جلد ۲). قم: هجرت.
- Farahidi, Khalil (1410). Kitab al-Ain, vol. , Qom: Hijrat.
- قدسی، احمد (۱۴۱۶ق). انوارالاصول (جلد ۳). قم: نسل جوان.
- Qudsi, Ahmad (1416), Anwar al-Asul, vol, Qom: Nasl Javan.
- قنواتی، جلیل؛ جاور، حسین؛ و جعفری هرنندی، مهشید (۱۳۹۲). «بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره ملکیت، حق و حکم». فقه و اصول، دوره ۴۵، شماره ۱، ص. ۵۳-۶۷
- Qanavati, Jalil; Javar, Hossein; and Jafari Harandi, Mahshid (۱۳۹۲). "A Study of the Viewpoint of Mohaqiq Isfahani on Ownership, Rights, and Duties." Jurisprudence and Principles, Volume 45, Issue 1, pp. 53-67.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). فلسفه حقوق (جلد ۳). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- Katouzian, Nasser(1390). Philosophy of Law, Volume3, Tehran: Publishing Company.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). حقوق مدنی خانواده (جلد ۱). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- Katouzian, Nasser (1391). Family Civil Rights, Tehran: Publishing Company.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران: شرکت

سهامی انتشار.

Katouzian, Nasser (1382). Introduction to the science of law and study in Iran's legal system, Tehran: Sahami Company.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). فلسفه حقوق (جلد ۳). تهران: شرکت سهامی انتشار.

Katouzian, Nasser (1390). Philosophy of Law, Vol3, Tehran, Publishing Company.

کاشف‌الغطا، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ق). انوارالفقاهه (کتاب الطلاق). نجف: مؤسسه کاشف‌الغطا.

Kashef al-Ghita', Hassan bin Ja'far (1422), Anwar al-Fiqhaha (Book of Divorce), Najaf: Kashef al-Ghita' Foundation.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۸). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. چاپ

۲، تهران: نشر علوم اسلامی.

Mohagheq Damad, Seyed Mostafa (1388). General Theory of Terms and Obligations. In Islamic Laws, Tehran: Olum Publishiing.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه (جلدهای ۱ و ۲). تهران: نشر علوم اسلامی.

Mohaghig Damad, Seyyed Mustafa (1406). Rules of Jurisprudence, Tehran, Islamic Science Publishing House, Vol2.

محمدحسنی، صدیقه؛ و نقیبی، سیدمهدی (۱۴۰۰). «نقد و بررسی تعریف حق قسم در آرای

فقه‌های امامیه». پژوهش‌نامه حقوق اسلامی. دوره ۲۲ شماره ۲، ص. ۴۴۴-۴۱۳

Mohammad Hassani, Sediqah; and Naqibi, Seyyed Mahdi (1400). "Criticism and Study of the Definition of the Right to Be Together at Night in the Opinions of Imamiyyah Jurists". Journal of Islamic Law. Volume 22, No. 2, pp. 413-444.

محمود، عبدالرحمان (۱۹۹۱م). معجم‌المصطلحات والفاظ الفقهیه (جلد ۲). بی‌جا: بی‌نا.

Mahmoud Abdel Rahman (1991), Dictionary of Jurisprudential Terms and Words, Vol, Non place: Non publication.

مروارید، علی‌اصغر (۱۴۱۰ق). سلسله‌الینابیع‌الفقهیه (جلد ۱). بیروت: مؤسسه فقه‌الشیعه/

الدارالاسلامیه.

Morvarid, Ali Asghar (1410). Selselat al-Yanabi al-Feghheyah, vol. Beirut: Al-Shia Jurisprudence Foundation, Dar al-Islamiyyah.

مصطفوی، حسن (۱۴۰۲)، التحقیق فی کلمات القرآن‌الکریم (جلد ۲) تهران: مرکز کتاب.

Mostafavi, Hassan (1402). Investigation into the Words of the Holy Quran (Volume 2), Tehran: Markaz al-Kitab.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۳ق)، انوارالفقاهه (جلد ۳). قم: مدرسه امیرالمؤمنین.

Makarem Shirazi, Nasser (1413). Anwar al-Faqaha, vol, Qom: School of AmirAlMu'minin.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۸ق). القواعدالفقهیه (جلد ۲). قم: مدرسه امام‌علی‌بن‌ابی‌طالب.

Makarem Shirazi, Nasser (1418). Rules of Jurisprudence (Volume 2). Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح (جلدهای ۱، ۴ و ۶). قم: مدرسه

امام‌علی‌بن‌ابی‌طالب.

Makarem Shirazi, Nasser (1424). The Book of Marriage (Volumes 1, 4, and 6). Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School.

ممقانی، عبدالله (۱۳۵۰ق). نه‌ایة‌المقال فی تکمله غایة‌الآمال. قم: مجمع‌الذخائر الاسلامیه.

Mamqani, Abdullah (1350). Nahayat al-Maghal fi Takmalat Ghayat al-Amal. Qom: Majma' al-Zakhayer al-Islamiyyah.

نصری، عبدالله (۱۳۹۲). «جبر و اختیار از دیدگاه علامه طباطبائی». حکمت و فلسفه، دوره ۹ شماره ۳۶، صص. ۷۱-۸۲.

Nasri ,Abdullah(1392). Predestination and discretion from the point of view of Allameh Tabatabai, Wisdom and Philosophy, Volume 9, No. 36, pp. 71-82.