



Shiraz University
RICeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 18, Issue 1, Spring 2026

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2025.50744.5187>



Research Article

Conceptual and Evidential Ambiguities in the Domain of the Criterion of Right (Haq) and Rule (Hukm) in the Realm of Family Law

Hossein Javar^{1*}, Mohaddeseh Osouli Yamchi²

1. Associate Professor of Private Law Department, College of Farabi, University of Tehran, Iran
2. PhD in Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Farabi Campus, University of Tehran

Article history:

Received: 21-07-2024

Accepted: 27-12-2024

Abstract

Introduction

One of the important discussions in the realm of persons' wills is the extent to which the will of individuals can be effective. This question arises in all legal fields, but in some cases, such as family law, it has become more challenging due to the expansion of permissiveness and right-oriented discourse in this area. Furthermore, family law issues gain double importance because they are considered more practical and challenging. Therefore, the feasibility of the effectiveness of will in propositions based on authority, especially in the family realm, holds particular significance. The "authority" and "capabilities" of persons to dispose of their own affairs, whether such rights are renounceable, waivable, or limitable, are analyzed within the two categories of "right" (Haq) and "rule" (Hukm). There are several important questions in this regard: First, do these two terms have the same meaning but are expressed in two different forms, or are they different in essence and meaning in addition to verbal differences?

Please cite this article as:

Javar, H., Osouli Yamchi, M (2026). Conceptual and Evidential Ambiguities in the Domain of the Criterion of Right (Haq) and Rule (Hukm) in the Realm of Family Law. *Journal of Legal Studies*, 18(1), 77-120. <https://doi:10.22099/JLS.2025.50744.5187>.

* Corresponding author:

E-mail address: hjavar@ut.ac.ir

Based on the viewpoint that considers them different, the criteria for distinguishing and the differentiating principles of the two must be properly understood. Although in legal terminology, words such as "may" (*mitavanad*) and "has the right to" (*haq darad*) might also be used to mean "dominion and exclusivity," it is important to note that in many cases, in the wording used by the legislator, both the nature of "right" and the nature of "rule" are expressed with the word "may" (*mitavanad*). Therefore, it is not possible to determine the nature of persons' dominion and authority solely by using legal wording; rather, specific criteria must exist to determine, with their help, the nature of persons' authority and the limit and scope of the effectiveness of persons' wills. Thus, to discuss the foundations and principles governing the scope of the effectiveness of will and to organize the legal situations resulting from the exercise of will and the effect of renouncing or limiting a right, it is necessary to determine this criterion and its relationship with limiting the spouses' will. As a result of using the criteria for distinguishing right from rule, the characteristics of right and rule must also be properly identified. Because each of these two, in its own subject and context, entails specific effects, and in some cases, one can also identify the nature of being a right or being an obligation through these effects. Also, where there is no reason or indication for distinction, it is necessary to establish a principle and primary rule to resolve doubt and uncertainty. The techniques for establishing such a principle are also important. As a complement to the research problem, it is necessary to answer the question: What is the substantive difference between mandatory rules (rules of law) and permissive/alternative rules (rules of option), and by what criterion are these two categories of rules distinguished from each other?

Methods

This research has been conducted in light of a precise analysis of the nature of persons' authorities in the realm of marriage and the manner of its description in the words of jurists (*fuqaha*), using the documentary method to collect necessary data from authoritative jurisprudential and legal sources, as well as employing descriptive and analytical methods in data processing.

Findings

An examination of the present writing shows that there are multiple criteria for determining the nature of legal and jurisprudential propositions. In some cases, it was observed that the existing context is that of a terminological right (*Haq*), but due to factors such as the authority being personal to the individual (non-transferable) or a specificity existing in the subject, its transfer to another person is precluded. An example is the right of division (of time among co-wives). In such cases, what is being discussed is a right,

but the application of some characteristics of a terminological right (right in the specific sense) faces an obstacle; however, the existence of an obstacle does not mean the negation of the nature of being a right. Criteria such as renounceability (isqat-paziri), claimability (talabe-paziri), and divisibility (tajzie-paziri) offer better indications. Among the mentioned criteria, the criterion of renounceability (isqat-paziri) is considered the definitive and ultimate criterion, in such a way that there is no right unless it is renounceable. Alongside attention to the mentioned criteria, it is also important to note that sometimes the legislator has not been precise enough in using wording, and sometimes has used ambiguous terms, and due to homonymy (ishtirak-e lafzi), a kind of fallacy has followed in the method of deriving meaning from the law. Therefore, in the manner of citing legal wording, it is necessary to avoid such fallacies and mistakes in the use of ambiguous terms. To this end, paying attention to the real meaning of right (Haq) and distinguishing it from the metaphorical meaning of right is important. Furthermore, to complete the criteria for distinguishing right from rule in the realm of family law, the establishment of a principle in the present issue relies on important principles such as the principle of not being a rule (asl-e hukm nabudan), the principle of presumption of continuity (istishab), the principle of precaution (ihtiyat) in important matters (such as the physical integrity and life of persons, matters related to moral dignity and reputation of persons (such as sensitive informational and communicational data), and discussions related to lineage and kinship).

Conclusion

Mandatory rules (rules of law) are associated with superior pillars, public interest, and public order, and arise in an imposing process accompanied by authority. "In terms of the material element," they are norms that appear in legal structures and frameworks. "In terms of the psychological element," the mandatory nature of these rules is rooted in the legal conscience. "In terms of objective," protecting legal structures and public interests, ensuring the proper course of affairs, and safeguarding public security and morality are counted among the objectives of mandatory rules. "In terms of content," if the content of a regulation pertains to structures or constructs designed to regulate legal relations and to create order, safeguard public order in its legal aspects or in relation to firm cultural foundations and their sanctions (good morals), it is considered mandatory. "In terms of mode of expression," written law may include commands, prohibitions, or negations. Of course, in many cases, positive indicative themes (in the form of commands) and negative ones (in the form of prohibitions) are more common, but it is not limited to legal expression, and one may benefit from aspects of soft law for

norm identification and its gradations. "In terms of gradation," due to the existence of a hierarchy among legal norms and a hierarchy of public order, mandatory rules may also be graded in comparison to one another. Permissive/alternative rules (rules of option), interpretive rules, supplemental rules, substitutive rules, and facultative rules are intended to complement incomplete wills, to express matters neglected by the parties to a legal relationship, or to interpret and construe cases of silence, and they refer to the power of persons' authority to agree contrary to them or the authority to renounce a right. The tone (mode of expression) of the legislator, attention to the content of the rule, the protected interests and normative contexts, the possibility or impossibility of the interference of individuals' will, and the use of a practical principle are among the most important methods of distinguishing mandatory rules from permissive/alternative rules in the family realm. Of course, the establishment of a general principle in family law is not justified. In financial matters and matters that do not provide a special interest, one may base it on the principle of being permissive/alternative, and in other cases, base it on being mandatory.

Keywords: Conceptual and Evidential Ambiguity, Criterion of Right and Rule, Renounceability of Authority, Divisibility, Limitability of Authority, Mandatory and Permissive/Alternative Rule..

دوره هجدهم، شماره اول، بهار ۱۴۰۵

JLS

مجله مطالعات حقوقی

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2025.50744.5187>

مقاله پژوهشی

شبهات مفهومی و مصداقی در قلمرو ضابطه حق و حکم در ساحت حقوق خانواده

حسین جاوَر^{۱*}، محدثه اصولی یامچی^۲

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران
۲. دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۳۱

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: یکی از بحث‌های مهم در قلمرو اراده‌های اشخاص این است که حد نفوذ اراده افراد تا کجاست. این پرسش، در تمام ساحت‌های حقوقی مطرح می‌شود اما در برخی موارد مثل حقوق خانواده، به دلیل گسترش ادبیات اباحه‌گری و حق‌گرایی در این ساحت، چالش‌های بیشتری پیدا شده است. همچنین، مسائل حقوق خانواده از این روی که کاربردی‌تر و چالشی‌تر محسوب می‌شود، اهمیت دوچندان پیدا می‌کند. بنابراین، امکان‌سنجی نفوذ اراده در گزاره‌های مبتنی بر اختیار، به‌ویژه در ساحت خانواده اهمیت خاصی دارد. «اختیار» و «توانه»‌های اشخاص برای تصرف در شئون خود، اسقاط‌پذیری، سلب حق یا تحدید آن، در قالب دو دسته «حق» و «حکم» تحلیل می‌شوند. چند پرسش مهم در این خصوص وجود دارد؛ نخست اینکه آیا این دو تعبیر، یک معنا دارند ولی در دو قالب بیان شده‌اند یا علاوه بر تفاوت‌های لفظی، به لحاظ ماهیت و معنا نیز با یکدیگر متفاوت‌اند. بر مبنای دیدگاهی که این دو را متفاوت از هم می‌داند، لازم است معیارهای تشخیص و ضوابط تمایزدهنده این دو، به‌درستی شناخته شود. اگرچه در اصطلاح قانونی نیز، واژه‌هایی مثل «می‌تواند» و «حق دارد»، ممکن است به

استناد به این مقاله:

جاوَر، حسین؛ اصولی یامچی، محدثه (۱۴۰۵). شبهات مفهومی و مصداقی در قلمرو ضابطه حق و حکم در ساحت حقوق خانواده. *مجله مطالعات حقوقی*. ۱۸. (۱). ۷۷-۱۲۰.

E-mail address: hjavavar@ut.ac.ir

* نویسنده مسئول:

معنای «سلطه و اختصاص» هم مورد استفاده قرار گرفته باشند، اما باید به این نکته مهم توجه شود که در بسیاری از موارد، در الفاظی که قانون به کار برده است، هم ماهیت «حق» و هم ماهیت «حکم» با واژه «می‌تواند» بیان شده‌اند؛ بنابراین، نمی‌توان فقط با استفاده از الفاظ قانونی، ماهیت تسلط و اختیار اشخاص را مشخص کرد؛ بلکه لازم است معیارهای مشخصی وجود داشته باشد تا بتوان به کمک آن‌ها ماهیت اختیار اشخاص و نیز حد و دامنه نفوذ اراده‌های اشخاص را مشخص کرد. بنابراین برای بحث درباره مبادی و مبانی حاکم بر قلمرو نفوذ اراده و به سامان کردن وضعیت‌های حقوقی ناشی از اعمال اراده و تأثیر اقدام به اسقاط یا تحدید حق، لازم است این ضابطه و ارتباط آن با تحدید اراده زوجین مشخص شود. نتیجه استفاده از معیارهای تشخیص حق از حکم، اوصاف حق و حکم نیز باید به درستی شناسایی شود، زیرا هرکدام از این دو، در موضوع و مورد خود، آثار ویژه‌ای را به دنبال دارد که در برخی موارد از روی آثار نیز می‌توان به شناسایی ماهیت حق بودن یا تکلیف بودن پی برد. همچنین، در جایی که هیچ دلیل یا قرینه‌ای برای تشخیص وجود ندارد، لازم است اصل و قاعده اولیه برای برون‌رفت از شک و تردید تأسیس شود. تکنیک‌های تأسیس اصل نیز اهمیت دارد. به‌عنوان تکمیل مسأله پژوهش، لازم است به این پرسش پاسخ داده شود که تفاوت جوهری قواعد امری از قواعد تخیر کدام است و با چه معیاری این دو دسته از قواعد از یکدیگر متمایز می‌شوند.

روش‌ها: این پژوهش در پرتو تحلیل دقیق ماهیت اختیارات اشخاص در ساحت نکاح و نحوه توصیف آن در کلمات فقیهان و با استفاده از روش آسنادی در گردآوری داده‌های لازم از منابع معتبر فقهی و حقوقی و نیز با کمک روش توصیفی و تحلیلی در پردازش داده‌ها انجام شده است.

یافته‌ها: بررسی نوشتار حاضر نشان می‌دهد، معیارهای متعددی برای تشخیص ماهیت گزاره‌های قانونی و فقهی وجود دارد. در برخی موارد ملاحظه شد، زمینه‌ای که وجود دارد، حق اصطلاحی است اما به لحاظ عارض شدن نکاتی مثل قائم به شخص بودن اختیار یا خصوصیتی که در موضوع وجود دارد، امکان نقل آن به شخص دیگر منتفی است. مثل حق قَسَم. در مثل این موارد، آنچه محل گفتگو هست، حق است اما جریان برخی از ویژگی‌های حق اصطلاحی (حق در معنای خاص) با مانع مواجه می‌شود ولی وجود مانع، به معنای سلب ماهیت حق نمی‌شود. معیارهایی مثل اسقاط‌پذیری، مطالبه‌پذیری و تجزیه‌پذیری دلالت بهتری دارند. در میان معیارهای یادشده، معیار اسقاط‌پذیری، معیار قاطع و نهایی محسوب می‌شود؛ به‌نحوی که هیچ حقی نیست، مگر اینکه اسقاط‌پذیر باشد. در کنار توجه به معیارهای یادشده، باید به این نکته مهم هم توجه داشت که گاه قانون‌گذار، در استفاده از الفاظ، دقت کافی را نداشته و گاه از الفاظ مبهم استفاده کرده است و با توجه به اشتراک لفظ، نوعی مغالطه در نحوه استنباط از قانون به دنبال داشته است. بنابراین در نحوه استناد به الفاظ قانونی، لازم است از این قبیل مغالطه‌ها و اشتباهات در استفاده از الفاظ دو پهلوی اجتناب شود. به این منظور، توجه به معنای حقیقی

حق و تشخیص آن از معنای مجازی حق، اهمیت دارد. همچنین، برای تکمیل معیارهای تشخیص حق از حکم در قلمرو حقوق خانواده، تأسیس اصل در مسأله حاضر بر اصول مهمی مثل اصل حکم نبودن، اصل استصحاب، اصل احتیاط در امور مهم (مثل تمامیت جسمانی و جان اشخاص، امور مربوط به حیثیت معنوی و آبروی اشخاص (مثل داده‌های حساس اطلاعاتی و ارتباطی) و بحث‌های مربوط به نَسَب و خویشاوندی تکیه دارد.

نتیجه‌گیری: قواعد امری با ارکان برتر، مصلحت عمومی، نظم عمومی ارتباط دارد و در فرایندی تحمیل گر و همراه با اقتدار پدید می‌آید. «به لحاظ رکن مادی»، هنجارهایی است که در ساختارها و قالب‌های حقوقی ظاهر می‌شود. «به لحاظ رکن روانی»، آمره بودن این قواعد در وجدان حقوقی ریشه دارد. «به لحاظ هدف»، حمایت از ساختارهای حقوقی و منافع عمومی و تأمین حُسن جریان امور و صیانت از امنیت و اخلاق عمومی از جمله اهداف قواعد امری شمرده شده است. «به لحاظ مضمون»، اگر مضمون مقررهای ناظر به ساخت‌ها یا برساخت‌هایی باشد که برای تنظیم و تنسيق روابط حقوقی و ناظر به ایجاد نظم، صیانت از نظم عمومی در جنبه‌های حقوقی یا مرتبط با بنیادهای مستحکم فرهنگی و ضمانت اجراهای آن باشد (اخلاق حسنه)، امری محسوب می‌شود. «به لحاظ شیوه بیان»، حقوق نوشته‌شده ممکن است متضمن دستور، نهی یا نفی باشد. البته در بسیاری موارد مضامین خبری مثبت (در مقام امر) و منفی (در مقام نهی) شایع‌تر است، اما منحصر در بیان قانونی نیست و ممکن است از جنبه‌های حقوقی نرم بهره گرفت. «به لحاظ درجه‌بندی»، به دلیل وجود سلسله‌مراتب بین هنجارهای حقوقی و سلسله‌مراتب نظم عمومی، قواعد امری نیز ممکن است در مقایسه با یکدیگر درجه‌بندی داشته باشند. قواعد تخییری، تفسیری، تکمیلی، تعویض و اختیاری، برای تکمیل اراده‌های ناقص یا بیان موارد غفلت طرفین رابطه حقوقی و یا تفسیر و تعبیر موارد سکوت است و به قدرت اختیار اشخاص برای توافق برخلاف آن یا اختیار بر اسقاط حق اشاره دارد. لحن (شیوه بیان) قانون‌گذار، توجه به مضمون قاعده، مصالح حمایت‌شده و زمینه‌های هنجاری، امکان دخالت یا عدم امکان دخالت اراده افراد و استفاده از اصل عملی از جمله مهم‌ترین شیوه‌های تشخیص قواعد امری از قواعد تخییری در ساحت خانواده به شمار می‌رود. البته تأسیس اصل کلی در حقوق خانواده موجه نیست. می‌توان در امور مالی و اموری که مصلحت ویژه‌ای را تدارک نمی‌کند، اصل تخییری بودن و در سایر موارد بنا را بر امری بودن گذاشت.

واژگان کلیدی: شبهه مفهومی و مصداقی، ضابطه حق و حکم، اسقاط‌پذیری اختیار، تجزیه‌پذیری، تحدید‌پذیری اختیار، قاعده امری و تخییری.

سرآغاز

در ساحت بحث‌های فقهی و حقوقی، یکی از پرشمارترین و چالش‌برانگیزترین موضوعاتی که محل گفت‌وگو قرار گرفته، قلمرو نفوذ اراده در ذیل حقوق و اختیارات اشخاص است. همچنین به دلیل گسترش ادبیات اباحه‌گری و حق‌گرایی، این چالش عمومی‌تر شده و به حوزه حقوق خانواده نیز نفوذ یافته و به همین دلیل پرسش‌های متعددی، چه در تشکیل و چه در آثار و انحلال نکاح پدید آمده است. استفاده از الفاظ دوپهلوی دارای مَجاز یا اجمال نیز بر دامنه این ابهامات افزوده است.

در این باره، قواعد و ضوابط بسیاری مثل قاعده تسلیط و قاعده عرف و اصل حاکمیت اراده محل بحث و معیار قضاوت و حل مسئله قرار گرفته است، ولی از آنجایی که در ادبیات فقهی و حقوقی، قواعد و ضوابطی هست که در نسبت با این موارد، به نوعی جنبه بالادستی و چیرگی دارد، بحث از این موارد فوقانی و حاکم از جهاتی اولویت دارد. یکی از این موارد که در رتبه «ضابطه» قرار دارد و شیوه‌ای برای کشف حد اختیار قلمرو نفوذ اراده و نهایتاً تشخیص حکم وضعی (صحت و بطلان) اقدام اشخاص در ساحت خانواده شمرده می‌شود، «ضابطه حق و حکم» است؛ بنابراین پرسش اصلی این است: حق و اوصاف آن در حقوق خانواده چگونه است و آن با کدام مرز مفهومی و با چه اوصافی از حکم متمایز می‌شود و در صورت تردید، اصل عملیه در آن چه اقتضایی دارد؟

مسئله پژوهش چند بعد مهم دارد؛ نخست، چیستی حق و حکم؛ مرزهای مفهومی، معیارهای ثبوتی و اوصاف. در دیدگاه اول، بین این دو، در چیستی، یگانگی هست و حق در این دیدگاه، حداکثر جنبه انتزاعی دارد و نه اعتباری و البته اگر تفاوتی هم باشد در آثار هست نه در ماهیت و حقیقت این دو. از دیدگاه دوم، حق از حکم، ماهیتاً متمایز است و شناسایی مرزهای مفهومی و روش‌های حل شبهات مصداقی در این باره ضرورت دارد و از این رو، لازم است اوصاف اختصاصی حق و حکم به درستی روشن شود. از دیدگاه سوم، بین دو دیدگاه دیگر تفاوت جوهری نیست؛ زیرا اگر در روابط

طولی به گزاره‌های شرعی نگاه شود، همه آن‌ها حکم‌اند اما اگر در روابط عرضی و بین آحاد مردم ملاحظه شود ممکن است بین موارد مختلف از جهت حق یا حکم بودن تمایزهایی باشد.

در بعد دوم، اوصاف حق و حکم در خانواده و اختیارات و حقوق مندرج در آن مطرح می‌شود. بعد سوم اینکه باید تکلیف تردیدهای باقی‌مانده پس از بررسی نیز در قالب «تأسیس اصل» روشن شود. قبل از بحث درباره ابعاد مسئله لازم است مفهوم ضابطه در مقدمات بحث روشن شود. به دلیل ارتباط مفهومی ضابطه با قواعد فقهی و اصولی، نسبت مفهوم ضابطه و قاعده و اصل نیز اشاره شده است.

۱- چستی ضابطه و نسبت آن با مفهوم قواعد فقهی و اصولی

در مقایسه قواعد فقهی و احکام فقهی با ضابطه فقهی می‌توان گفت، ضابطه در ادبیات فقهی وقتی استفاده می‌شود که از «فن حل مسئله» برای تشخیص استفاده شود. به‌طور مثال، در تشخیص مهرالمثل باید از ضابطه «توجه به مهر آقران و امثال زن» (موضوع ماده ۱۰۹۱ ق.م)، در مهرالتمعه از معیار «حال مرد از حیث غنا و فقر»، در نفقه از معیار «نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن» (موضوع ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی) و در عسر و حرج، از ضابطه «به وجود آمدن وضعیت مشقت آمیز» (موضوع ماده ۱۱۳۰ ق.م) استفاده می‌شود. در همه این موارد، ضابطه به‌صورت معیاری در تشخیص و در همان فرآیند تطبیق به‌صورت ابزاری فنی و برای صحت حمل و انطباق قواعد بر مصادیق خود عمل می‌کند و عمدتاً در مقام احراز صحیح مصادیق و موارد به کار می‌رود؛ بنابراین، ضوابط فقهی شبیه قواعد نیست که از آن‌ها مستقلاً در امر تطبیق با مصادیق استفاده شود بلکه به‌مثابه ابزاری در دست صاحبان استنباط یا افراد عادی است تا بتوان از آن‌ها در تطبیق‌های قواعد فقهی و حقوقی بر مصادیق خود به نحو شایسته استفاده کرد. به این ترتیب، ضابطه حق و حکم هم به‌مثابه ابزار است و جنبه آلی دارد و نه استقلالی. دوم اینکه، به‌مثابه روش است و در مقام حل مسئله به کار می‌رود.

۲- چیستی حق و حکم؛ مرزهای مفهومی، معیارهای ثبوتی و اوصاف

فقیهان امامیه در تمییز چیستی حق و حکم، دست‌کم دو نظر دارند؛ در ادامه، نخست نظر یگانگی بین حق و حکم و سپس باور مبتنی بر گسست این دو نهاد و آثار این تمایز بررسی خواهد شد.

۱-۲. دیدگاه مبتنی بر یگانگی در چیستی حق و حکم و «انتزاع حق» از تفاوت در آثار احکام

گروهی از فقیهان امامیه و مهم‌تر از همه محقق خوئی، اساساً منکر تمایز حق و حکم از یکدیگر هستند و به نظر ایشان، ماهیت حق و حکم یکی است و دلیلی بر تقسیم مجعول شرعی به دو دسته حق و حکم نیست و همه مجعول‌های شرعی، حکم و زمام تمام این احکام هم در «مرحله پیدایش» و هم در «مرحله استمرار» و به تعبیری، وضعاً و رفعاً به دست شارع است (Khoei, 1998, vol.2:52). در عین حال، بنا بر نوع مصلحت موجود در متعلق این احکام، ممکن است در اوصاف و آثار این احکام تفاوت‌هایی پدید آید. آنچه به حکم اعتبار می‌دهد، جعل شرعی است و برخی اقسام جعل (حکم شرعی) هم‌سو با مصلحت مکلف و با اعمال نوعی ارفاق به مکلف، وضع و ایجاد شده است. در این دیدگاه، حتی «حق اصطلاحی» هم نوعی «حکم» شرعی است (Sadr, 1999:226) و «به دلیل مصالحی اعتبار می‌شود» (Shushtari, 2006:233)؛ بنابراین، قوام مجعولات شرعی اعم از حق و حکم، اعتبار محض و اختلاف حق و حکم صرفاً در ناحیه آثار است و نه ماهیت (Khoei, 1998, vol.2:52).

در این باور، حق اصطلاحی نیز نوعی حکم، ولی «حکم وضعی اسقاط پذیر» است (Sadr, 1999:230). حق در نظر برخی از این باورمندان، «جنبه انتزاعی» دارد و «حقیقت اعتباری» ندارد؛ زیرا تنها اختلاف بین احکام «مصلحت خاصی» است که هر مجعول شرعی به دلیل آن وضع شده است. البته، گاهی مصلحت موجود در ناحیه حکم شرعی، تاب هیچ‌کدام از سه‌گانه مشهور آثار حق (نقل پذیری، انتقال‌پذیری و

اسقاط‌پذیری) را ندارد و حکمی تخلف‌ناپذیر است؛ مثل ولایت پدر بر فرزند (Makarem Shirazi, 1992:30-31).

از این دیدگاه، احکام به دو دسته و چند قسم تقسیم می‌شوند: «احکام تکلیفی» و «احکام وضعی». احکام تکلیفی هم به «احکام تکلیفی الزامی (وجوب و حرمت)» و «احکام تکلیفی غیر الزامی (کراهت و استحباب و اباحه)» و احکام وضعی نیز به «وضع‌ی لزومی فسخ شدنی (لزوم حقی)» مانند بیع، «وضع‌ی لزومی فسخ ناشدنی (لزوم حکمی)» مانند نکاح، «وضع‌ی ترخیصی اسقاط‌پذیر (جواز حقی)» مانند خیار یا توافق بر نکاح (نامزدی) و «وضع‌ی ترخیصی اسقاط‌ناپذیر (جواز حکمی)» مانند جواز رجوع طلاق رجعی و یا جواز رجوع هبه در هدایای نامزدی تقسیم می‌شوند. «حق اصطلاحی» در این تقسیم، «حکم وضعی اسقاط‌شدنی» محسوب می‌شود (Khoei, 1998, vol.2: 45-46).

۲-۲. تمایز حق از حکم و مرزهای مفهومی و اوصاف اختصاصی با تأکید بر ساحت خانواده

برخلاف نظریه وحدت حق و حکم و انتزاعی بودن حق، به نظر می‌رسد «وضع‌ی» و «اعتباری بودن» حق، طرفداران بیشتری دارد و با تحلیل‌های حقوقی درباره حق نیز سازگارتر است. در ادامه نخست، مفهوم حق و حکم به دقت بررسی و در هر مورد اوصاف حق و اوصاف حکم در حقوق خانواده نیز بیان می‌شود.

۱-۲-۲. چستی حق و اوصاف آن در حقوق خانواده

شناسایی چستی حق به دلیل رواج داشتن سخن گفتن از «حق بودن»، «حق داشتن» و «توانایی» در ساحت خانواده بسیار مهم است. به‌طور منطقی، اوصاف حق در رتبه بعد از شناسایی حق مطرح می‌شود؛ بنابراین نخست، چستی حق و سپس اوصافی که در خانواده بر نهاد حق، به معنای خاص و اصطلاحی آن بار می‌شود بررسی خواهد شد.

- چستی حق در لغت و اصطلاح

در بررسی چستی حق، شایسته است نخست معنای لغوی حق و سپس معنای اصطلاحی آن مختصراً بررسی شود.

الف. مفهوم لغوی حق

«حق» در لغت به معنای خلاف و نقیض باطل (Johari, 1985, vol.4:1460)، مطابقت و موافقت (Raghib Isfahani, 1992: 125)، ثبوت، وجوب، صدق، راست و درست، محکم کردن چیزی، نقیض باطل، ضد باطل (Farahidi, Tureihi, 1995, vol.5: 146)؛ 6100؛ vol.3: 1999) آمده است. به نظر می‌رسد بازگشت تمام آن‌ها به یک معنا و بیان معانی متعدد برای حق به دلیل شبهه مفهوم به مصداق است. آن یک معنا به اعتبار وجه مصدری حق، «ثبوت» و به اعتبار معنای وصفی، «ثابت» است (Isfahani, 1997:38; Gorji, 2015: 29-38)

ب. مفهوم اصطلاحی

«حق» در منابع فقهی و ادبیات فقیهان امامیه با معانی گوناگونی به کار رفته و از جمله این معانی: «سلطنت» (Tabrizi, 1995: 10)، «سلطنت فعلیه» (Ansari, 2007, vol.6:20)، «مرتبه ضعیفی از ملک» (Tabatabaei Yazdi, 1990, vol.1: 55) و «اعتباری خاص با آثاری چون سلطنت» (Khorasani, 1986, vol.1: 55) است.

برخی فقیهان «معنای حقیقی» حق را «ثبوت» (در حال مصدری) و «ثابت» (در حالت وصفی) بر شمرده‌اند؛ هرچند امر «ثابت» گاه «حکم»، گاه «ملک» و گاه «سلطنت» و امثال آن است؛ چنانکه در «باب قضاء»، کلمه حق بر «ملک»، به اعتبار ثبوتش بر مدعی علیه نیز صدق می‌کند (Isfahani, 1997:38-39).

حق در استعمال، گاهی «در مقابل حکم» و گاه «در مقابل ملک» به کار می‌رود و با آن مقایسه می‌شود؛ حق در مقابل حکم، همان سلطنت (سلطه) محسوب شده است (Tabatabaei Hakim, n.d: 10)؛ از این رو، اگر مجعول شرعی برای مکلف سلطنت

ایجاد بکند، «حق» و در غیر این صورت «حکم» است (Khansari, 1997, vol.1: 106). بدیهی است منظور این گروه، سلطه اعتباری (و نه مادی یا تکوینی) است. در این باور، حق سلطه‌ای است که برای صاحب آن اعتبار شده و اختیار آن به دست ذی‌حق است؛ به نحوی که شخص حق‌دار می‌تواند از آن دست بکشد (Na'ini, 1990:99)؛ از این رو، حق سلطنتی دانسته شده است که ذی‌حق بر من علیه‌الحق دارد (Tabatabaei Hakim, n.d.: 10). به باور بسیاری از فقیهان، آنچه در «ملک» و «حق» وجود دارد از یک‌گونه است؛ به این معنا که در همه این موارد، نوعی استیلا و سلطه برای تصرف وجود دارد جز اینکه دامنه اقتدار موجود در «مالکیت بر عین (و منفعت همراه آن)» کامل و بدون نقص است و دامنه این اقتدار، در جایی که مالکیت صرفاً بر منفعت باشد کاسته می‌شود و در «حق» این دامنه به کم‌ترین حد خود می‌رسد. در این صورت و در هنگام بحث از حق به معنای خاص، رابطه اعتباری ضعیفی برای صاحب حق وجود دارد و مرتبه متوسط آن، مالکیت منفعت و مرتبه قوی آن، مالکیت عین [توأم با منفعت] است (Na'ini, 1997, vol.1: 106; (Irwani, 1995, vol.1:73).

این باور به مشهور فقیهان نسبت داده شده است (Khomeini (Imam), 2000, vol.1: 22). از نظر محقق اصفهانی، حق نه عین مالکیت است و نه عین سلطه بلکه نوعی «اعتبار ویژه» است که «آثار مخصوص خود» را دارد. در این تحلیل، سلطه شخص حق‌دار، از آثار حق است و این اثر (سلطنت) در ملک نیز برای مالک وجود دارد؛ بنابراین حق در هر مصداقی، اعتباری مخصوص است که آثاری خاص دارد (Isfahani, 1997:44) و سلطنت از جمله آثار آن است؛ مانند سلطنت بر فسخ در حق خیار (Khorasani, 1986, vol.1: 12). به‌طور 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 (Khomeini (Imam), 2000, vol.1: 21). به باور برخی فقیهان معاصر (Khomeini (Imam), 2000, vol.1: 39-40) حق، ماهیتی اعتباری است که میان مصادیق مختلف آن اشتراک (معنوی) هست.

- اوصاف حق در حقوق خانواده

درباره اوصاف حق، وقتی حق اصطلاحی و معنای حقیقی آن مراد باشد، می‌توان پنج وصف را بیان کرد؛

- حق، اصولاً نقل پذیر است (Mohaqiq Damad, 2011, vol.2:287)؛ اعم از آنکه در قبال عوض باشد یا بدون عوض؛ مثل حقوق مالی ناشی از زوجیت.
- حق، اصولاً انتقال پذیر است و در اثر وفات، به ارث می‌رسد؛ مثل حقوق مالی.
- حق، بدون تردید و بدون استثنا اسقاط پذیر است؛ بنابراین، اگر اختیاراتی مثل جواز رجوع زوج به مطلقه رجعیه اسقاط پذیر نباشد، معلوم می‌شود که اختیار رجوع، حکم است (Tabatabaei Yazdi, n.d, vol.2:114; Isfahani, 2001:796; Khomeini (Imam), 2003, vol.3:622).
- حق، در صورت اسقاط پذیر بودن، به قیاس اولویت، اصولاً تحدید پذیر و ممکن است دامنه سلطه ذی‌حق در قالب تعهد، اعم از شرط فعل یا ترک فعل محدود شود.
- حق، حتماً مطالبه پذیر است و هر حقی مطالبه کننده‌ای دارد: «أَلَا إِنَّ لِكُلِّ دَمٍ نَائِرًا وَ لِكُلِّ حَقٍّ طَالِبًا» (Makarem Shirazi, 2003:221). بسیاری از حق نماها نوعی مصونیت هستند و بحث مطالبه پذیری در آن‌ها مفهوم ندارد.
- انتقال ناپذیری برخی حقوق اصطلاحی؛ در ساحت خانواده حقوقی هست که صرفاً اسقاط پذیرند و نقل و انتقال پذیر (قهری به ارث) نیستند؛ مثل تعهدات مشروعی که زوج یا زوجه در قبال هم دارند ولی قائم به شخص است. یا مثل خیارات در نکاح؛ مثل خیار عیب.
- تفاوت برخی حقوق در اسقاط پذیری، نقل پذیری بدون عوض و انتقال ناپذیری و نقل به عوض؛ مثل حق قسم (Isfahani, 1997:50) بر اساس دیدگاهی که نقل پذیر به عوض نیست. حق قسم اگرچه حقی غیرمالی است، اصل اسقاط پذیری آن پذیرفته شده است (Khomeini (Imam), 2000, vol.4: 16) و درباره نقل پذیری این حق در قالب هبه به زوج یا همسر دیگر زوج (هوو) تردید خاصی نیست (Allama

Heli,1999, vol.3: 94; Najafi,1984, vol.31: 185; Sabzwari, 1992, vol.25: 207) و تنها، تردید درباره امکان اخذ عوض در این باره است (Tusi,1987, vol.2:261; Sabzwari,2003, vol.4:325). دلیل انتقال ناپذیری فهری حق قسم هم آن است که این حق با هدف استیناس و ایجاد مودت بین زوجین برقرار شده و ممکن نیست شخص دیگری، قائم مقام هریک از زوجین در استفاده از این حق شود (Isfahani, 1997: 50; Pour-Abdollah & Mohammad-Hasani, 2017: 27-49; Mohammad Hassani & Naqibi,2022,416) و یکی از شروط انتقال حق آن است که شخص منتقل الیه شرعاً و عرفاً قابلیت دریافت حق را داشته باشد و در حق قسم، شخصی غیر از زوج و زوجات دیگر، قابلیت شرعی و عرفی لازم را برای دریافت این حق ندارد (Sadr, 1999, vol.3: 237). همچنین، این حق به بقای نکاح وابستگی تام دارد و با وفات، عامل استمرار این حق زایل می‌شود و دیگر در این مورد حقی نیست تا به ارث برسد (Jazayeri, n.d: 149).

- حقوق اسقاط و نقل پذیر معوض؛ مثل حق قسم در دیدگاهی که امکان نقل به عوض هست.
- حقوق اسقاط پذیر، نقل ناپذیر و انتقال پذیر؛ مثل جایی که طبق فرض پیش گفته، زوجه در زمان عقد معیوب باشد و با اعمال خیار، امکان کاستن از مهر برای زوج (در زمان حیات) و برای ورثه (بعد از وفات) باشد.
- حقوق تعهد پذیر؛ مثل تعهد به ترک حق حبس (موضوع ماده ۱۰۸۵ ق.م) یا مثل تعهد به فعل یا ترک فعل در بحث انواع خیارات (56-57, vol.5: Ansari,2007)؛ مثل خیار تدلیس و خیار عیب در نکاح، تعهد به ترک شغل خاص و منافی مصالح خانوادگی (موضوع ماده ۱۱۱۷ ق.م) یا تعهد به زندگی مشترک در مکان معین (موضوع ماده ۱۱۱۴ ق.م)، تعهد به انتقال سه دانگ از اولین آپارتمان خریده شده در ایام زوجیت) و حقوق تعهد ناپذیر؛ مثل تعهد الزام آور به تشکیل نکاح (موضوع ماده ۱۰۳۵)؛ یعنی «حق بر ازدواج با دیگری» حتی اگر از مصادیق حق هم باشد، نفعاً یا اثباتاً التزام ناپذیر

است و از این رو با مسامحه می‌توان درباره آن از اصطلاح تعهد ناپذیر استفاده کرد. البته در جنبه ایجابی این حق، تعهد ناپذیری روشن‌تر است.

هر حقی لزوماً تمام این ویژگی‌ها را ندارد و به باور بسیاری از فقیهان (Tabatabaei Hakim, n.d: 8; Amili (Shadid Avval), n.d, vol.2: 43; Muruj Jazayeri, 1995: 142) حق حتماً حداقل قابلیت اسقاط را دارد و به نظر برخی (Ansari,2007, vol.5: 12) در هر حال همه اقسام حق، تحدید پذیرند و شخص حقدار می‌تواند در قبال آن به فعل و ترک فعل آن متعهد شود؛ زیرا کمترین حد اختیار در حق، داشتن اختیار انجام دادن و ندادن آن است و به تبع این اختیار است که شخص حقدار می‌تواند بر فعل یا ترک فعل آن تعهد دهد. هرچند به نظر می‌رسد اطلاق این مدعا پذیرفته نباشد و گاه تحدید حق، در جایی که به سلب کلی می‌انجامد پذیرفته نیست. از این رو، اصطلاح «اصولاً» در برخی اوصاف یادشده به این نکته اشاره دارد؛ زیرا ممکن است در مواردی با حق اصطلاحی و بمعنی الاخص هم مواجه باشیم اما امکان جریان پاره‌ای اوصاف مثل «نقل پذیری»، «انتقال پذیری»، «تحدید پذیری» و «تعهدپذیری» وجود نداشته باشد. اگرچه برخی بر این باورند که بین حق و اسقاط پذیری تلازم نیست (-Khomeini (Imam),2000,vol.1:26; Mamgani,1938: 4 (27)). به نظر برخی دیگر (Amili (Shadid Avval), n.d, vol.2: 43) هرگز موردی از حق به معنای اصطلاحی یافت نمی‌شود که اسقاط پذیر نباشد. در واقع اسقاط پذیری، دقیق‌ترین و قاطع‌ترین وصفی است که حق را از حکم متمایز می‌کند و موافق قاعده «لکل ذی حق اسقاط حقه» و «قاعده تسلط» است و از این رو، تقسیم حق به حق اسقاط پذیر و حق اسقاط ناپذیر، بلا وجه (Na'ini,1997:99) و تناقض نماست. به تعبیر برخی محققان (Isfahani,1997, vol.1: 51-52) «انصاف، آن است که هیچ موردی را نمی‌یابیم که حق بودن آن مسلم و قطعی باشد و در اسقاط پذیر بودن آن تردید شود، چه برسد به اینکه به اسقاط ناپذیر بودن آن یقین پیدا کنیم؛ حتی اگر مسلم باشد که در لسان اخبار و کلمات فقها در مورد حق ولایت و نظایر آن به حق تعبیر شده است؛ چون صرف این استعمال موجب نمی‌شود که آن را حق بدانیم» (Qanavati

(Javar & Jafari Harandi, 2013: 65).

۲-۲-۲. چیستی حکم و اوصاف آن در حقوق خانواده

بعد از بحث از حق، لازم است چیستی حکم و اوصاف آن در حقوق خانواده بررسی شود؛ بنابراین در ادامه نخست، چیستی حکم و سپس اوصاف آن در خانواده به اختصار بررسی می‌شود.

- چیستی لغوی و اصطلاحی حکم

در بحث از چیستی حکم، نظیر آنچه در حق گذشت، لازم است نخست مفهوم لغوی و سپس مفهوم اصطلاحی آن بررسی شود.

الف. مفهوم لغوی حکم

واژه عربی «حکم»، مصدر و اسم مصدر از ریشه «ح ک م» به معانی مختلف از جمله به معنای قضاوت کردن، حکمت (Johari, 1985, vol.5:1901)، فرمان دادن، برگشتن (Loeis, n.d: 146)، اتقان (احکمه یعنی اتقنه؛ آن را متقن کرد و از فساد بازداشت) (Firozabadi, 1888, vol.3: 98)، فرمان، حکم کردن میان دو کس، امر، فرمایش، داوری (Fayyomi, n.d, vol.2:145)، منشور و فرمان، استحکام، اتقان و نفوذناپذیری است. امر، توقیع، دستور، رأی، فتوا، قضاوت، داوری، فرمان، فرمایش، فرموده، منشور، مشیت، تقدیر، قضا، نظر، ابلاغ‌نامه، اجازه، جواز، اندرزها، پندها و نصایح نیز از دیگر معانی حکم است.

ب. مفهوم اصطلاحی حکم

به نظر برخی فقیهان (Allama Heli, 1984:83) حکم، «خطابی شرعی است که به اقتضا یا تخییر یا وضع به افعال مکلفین تعلق می‌گیرد». در تحولات بعدی در تعریف حکم با تأکید بر عنصر اعتبار و جعل شرعی گفته شده «حکم، جعل تکلیف یا وضعی است که

متعلق به فعل انسان باشد» (Bahr al-Ulum, 1998: 13).

بنابراین، احکام تکلیفی از احکام وضعی جدا شده و «حکم تکلیفی، اعتبار صادر از مولی از حیث اقتضا و تخییر است و آن دسته از احکام عاری از حیثیت اقتضا و تخییر تماماً از احکام وضعی‌اند» (Khoei, 2001, vol.2: 92). در این باور، «احکام تکلیفی مجعولات شرعی هستند که بالذات و بدون واسطه به افعال مکلفین تعلق می‌گیرند و در پنج قسم منحصرند» (Na'ini, 1984, vol.4: 140) که این وصف، از مدلول مطابقی احکام دانسته می‌شود. به تعبیر شهید صدر، «اگر مدلول مطابقی جعل، حکم تکلیفی باشد و حق از آن به صورت التزامی به دست آید، چنین حقی اسقاط‌پذیر نیست» (Sadr, 1999, vol.1: 234).

در تعریف حکم گفته می‌شود: حکم آن است که شارع مقدس دستوری تکلیفی یا وضعی درباره فعلی از افعال انسان جعل و اعتبار کند؛ به این معنا که آدمی را از ارتکاب فعلی ممنوع کند یا به انجام دادن آن وادارد؛ بنابراین احکام تکلیفی آن دسته از اعتبارات شرعی هستند که بدون واسطه به افعال بندگان تعلق می‌گیرند (Kazemi 384: 4, 1989, vol.4). این احکام به پنج گونه و بر دو قسم اقتضایی و تخییری تقسیم می‌شوند. برخی احکام اقتضای فعل یا ترک دارند و وجوب، حرمت، استحباب و کراهت جزو این احکام محسوب می‌شوند. برخی نیز مثل مباحات، به‌گونه‌ای هستند که فی‌نفسه فعل یا ترک فعل در آن‌ها بالسویه [و تخییری] است (Makarem Shirazi, 1992, vol.3: 360)؛ بنابراین، حکم تکلیفی به وجوب، حرمت، کراهت و استحباب تقسیم می‌شود که با اقتضا و طلب از مکلف، همراه و حکم اباحه که بر تخییر و طلب نکردن از مکلف مبتنی است.

در قبال حکم تکلیفی، حکم وضعی، مجعولی است که در آن اقتضا و تخییر نیست؛ مثل وضعیت صحت و وضعیت بطلان (فساد) (Tabatabaei Yazdi, 1990: 29)؛ و موارد دیگری مثل سببیت، شرطیت، مانعیت، رخصت، عزیمت و مانند آن‌ها و در ماهیت نوعی ترتب اثر بر عمل مکلف هست.

برخلاف احکام تکلیفی، احکام وضعی، اولاً و بالذات، به رفتار و فعل و ترک فعل مکلف تعلق نمی‌گیرند و در شمار آن‌ها نیز اختلاف هست. برخی موارد، مثل رجوع پذیری طلاق رجعی، رجوع‌پذیری در فدیة، رجوع‌پذیری در خواستگاری و عهد بر آن و نظایر آن ممکن است در شمار وضعیت‌های نکاح قرار گیرد. به طور کلی و از آنجایی که احکام یا تکلیفی‌اند یا وضعی هر حکمی که جزو احکام تکلیفی و ماهیت‌های ساخته و پرداخته شرعی نباشد، در زمره احکام وضعی خواهد بود (Kazemi Khorasani, 1989, vol.4: 386-399).

اصطلاح «حکم» در فقه، با تفاوت‌هایی تقریباً معادل اصطلاح «قواعد و مقررات آمره» در حقوق موضوعه است (Jafari Langroodi, 2013:218) چون قوانین آمره نیز برای تنظیم و تنسیق و حفظ نظم عمومی برقرار شده‌اند باید محترم شمرده شوند (Safaei, 2009: 51) و تجاوز به آن‌ها نظمی را که لازمه حسن جریان امور اداری، سیاسی، اقتصادی یا حفظ خانواده است بر هم می‌زند (Katouzian, 2007: 160-161)؛ از این رو، اراده افراد در این موارد کارگزار و مؤثر نیست.

– اوصاف حکم در حقوق خانواده و تفاوت آن با اوصاف حق

از اوصاف قطعی حکم این است که ساحت آن از تصرف اراده انشایی مثل نقل و اسقاط، ابا دارد و به علاوه، قائم به شخص است و با وفات، به ورثه منتقل نمی‌شود (Sabzwari, 1990, vol.1: 56; Tabatabaei Yazdi, 1992, vol.16:205) و اگر حکم، حرمت باشد به انجام آن نمی‌توان ملتزم شد و از این نظر، تعهد ناپذیر است و اگر واجب باشد، تعهد به ترک آن ممکن نیست (Na'ini, 1984, vol.2: 105)؛ اما اباحه، نفیاً یا اثباتاً تعهدپذیر است؛ یعنی دو سوی اباحه که اختیار بر فعل و ترک فعل است، مشروط بر آنکه به تحریم حلال نینجامد تعهدپذیر است (Najafi, 1984, vol.23: 201). در مجموع و با توجه به بحث‌های پیش‌گفته، مهم‌ترین تفاوت‌های حق و حکم به شرح زیر است:

- حق اصولاً نقل پذیر است؛ درحالی که حکم، نقل پذیر نیست. البته گاهی در قلمرو حکم، آنجایی که اختیار بین زوجین دَوْران دارد این دو ممکن است به صورت معوض یا غیر معوض با یکدیگر توافق داشته باشند؛ مثل «حق اولویت در حضانت» که حسب مورد می توان آن را وجه المصالحه در برابر مهر، اجرت المثل ایام زوجیت یا اعمال طلاق از سوی زوج قرار داد. در رویه قضایی نیز این مورد کاملاً پذیرفته شده و در توافقات متعددی که بنای طلاق خلع و مبارات است دیده می شود.
- حق اصولاً انتقال پذیر است و در اثر وفات به ارث می رسد؛ درحالی که حکم، قائم به شخص مکلف است و با وفات، به ورثه منتقل نمی شود. پس حکم، انتقال ناپذیر است. البته عکس این قضیه صادق نیست تا گفته شود، هر چیز انتقال ناپذیر لزوماً حکم است؛ زیرا برخی حقوق قائم به شخص با وفات از بین می روند و توارث پذیر نیستند تا ورثه، قائم مقام ذی حق شوند؛ مثل بحثی که پیش تر درباره حق قسم توضیح داده شد.
- حق اصولاً تحدید پذیر است و ممکن است دامنه سلطه ذی حق در قالب تعهد، اعم از شرط فعل یا ترک فعل محدود شود؛ درحالی که حکم اصولاً تحدید ناپذیر است اما دامنه اختیارات مبتنی بر اباحه ممکن است با اراده محدود شود.
- حق، بدون تردید و بدون استثنا اسقاط پذیر است؛ درحالی که حکم، اسقاط ناپذیر است.
- حق حتماً مطالبه پذیر است و هر حقی مطالبه کننده ای دارد: «و لكل حقّ طالباً...» (Makarem Shirazi, (1992: 221) پس هرگاه اشخاص (حتی از طریق ولی یا نماینده قانونی خود) نتوانند چیزی را به طور بالفعل از یکدیگر «مطالبه» کنند، «حق اصطلاحی» به شمار نمی آید و «اسقاط پذیر» هم نیست. بسیاری از حق نماها نوعی مصونیت است و بحث مطالبه پذیری در آنها مفهوم ندارد.
- حق، در فرض تزامم حقوق، ساقط نمی شود اما حکم، در فرض تزامم احکام بر اساس ضابطه الایم فالایم، سقوط پذیر است. به طور مثال، تزامم حق ملاقات پدر

با حق حضانت مادر از جمله تزامم دو حکم است؛ «کودکی را فرض کنید که به حکم شرع و قانون تحت حضانت مادر است. در اینجا حضانت فرزند (نگهداری فرزند و تربیت کردن او) حق مادر است (م ۱۱۶۸ ق.م). برای همین است که اگر ملاقات فرزند با افراد شرور و معتاد و ... را با تربیت او ناسازگار بداند می‌تواند بلکه باید از این ملاقات جلوگیری کند. از سوی دیگر، قانون‌گذار پدر را هم صاحب این حق دانسته که گاهی با فرزندش ملاقات کند (م ۱۱۷۴ ق.م)؛ حال اگر مادر ملاقات کودک با پدرش را از مصادیق ملاقاتی بداند که با تربیت فرزند ناسازگارند، بین حق حضانت مادر و حق ملاقات پدر تزامم بروز کرده است» (Jazayeri & Ashayeri Monfared, 2011: 36).

• به دیگر سخن، یکی از تفاوت‌های حق و حکم، تفاوت در سازوکار سقوط است و یکی از اوصاف موجود در حکم اصطلاحی که در حق اصطلاحی نیست، سقوط پذیری آن در فرض تزامم است، درحالی‌که در حق این‌گونه نیست؛ در باب تزامم احکام تکلیفی، وقتی حکم شرعی غیر اهم مورد مزاحمت حکم اهم قرار می‌گیرد، از تنجز می‌افتد و در نتیجه تکلیف از ذمه مکلف برداشته می‌شود؛ اما به مقتضای عموم روایت «لا یبطل حق مسلم» (Saduq, 1992, vol.7:302; Kulayni, 1987, vol.4: 114)، یک حق حتی وقتی که مورد مزاحمت حق اهمی قرار می‌گیرد هرگز سقوط نمی‌کند و ارتباطش با من علیه الحق گسسته نمی‌شود (Jazayeri & Ashayeri Monfared, 2011: 52). «در باب تزامم حقوق نیز نمی‌توان گفت صرفاً به خاطر اینکه من علیه الحق قدرت ادای همه حق‌های متزامم را ندارد، پس باید یکی از آنها (غیر اهم) به‌طور کلی ساقط شود». به‌صورت قاعده و نتیجه حاصل از این تفاوت می‌توان گفت اولاً، اصل در تزامم احکام حقوقی، تخییر نیست؛ ثانیاً، تزامم احکام حقوقی جای اجرای قانون اهم و مهم نیست. بر اساس دستاورد یکی از بهترین پژوهش‌هایی که در موضوع تزامم انجام گرفته «قانون اهم و مهم، بومی تزامم احکام حقوقی (حقوق مالی و حقوق غیرمالی) نیست بلکه فقط در تزامم

احکام تکلیفی اجراشدنی است و برای برون‌رفت از تراحم حقوق مالی و غیرمالی، اجرای قانون عدل و انصاف پیشنهاد شده است» (Jazayeri & Ashayeri, 2019: 113; Monfared, 2011: 52).

• حکم تکلیفی تنها از طریق امتثال شخصی یا از طریق انتقای موضوعش ساقط می‌شود اما «حق، از چند طریق ساقط می‌شود؛ نخست از طریق ادای حق توسط من علیه الحق؛ دوم از طریق ضمان ضامنان (به ضمان نقل)، در جایی که من له الحق نیز راضی شود؛ سوم از طریق ابراء و اسقاط توسط من له الحق و چهارم، از طریق ادای حق توسط دیگران (Khomeini(Imam), 1998, vol.1:648)؛ که روش چهارم در حقوق مالی قطعاً قابل پذیرش است ولی در برخی حقوق دیگر مناقشه پذیر است» (Ashayeri Monfared, 2019: 113).

• قائم به شخص نبودن یا نیابت پذیر بودن حق از دیگر تفاوت‌های حق و حکم است؛ مثل موضوع ماده ۱۱۰۵ ق.م که به موجب آن «در روابط زوجین، ریاست خانواده از خصایص خانواده است» و از این رو قائم به شخص زوج است یا به موجب ماده ۱۱۰۶ ق.م، «در عقد دائم، نفقه زن بر عهده شوهر است» و از این رو، حتی با ضمان (نقل) دیگری هم از عهده مرد برداشته نمی‌شود. بر اساس آیه «لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» (اسراء، ۱۵)، مسئولیت احکام شرعی، قائم به شخص است و موارد مجاز جنبه استثنایی دارد اما حقوق این چنین نیستند و دیگران می‌توانند برخی حقوق را حتی در زمان حیات من علیه الحق به جای او ادا کنند (Ashayeri Monfared, 2019: 114).

• حکم حتی در فرض تعدد و تراحم، حاکم واحدی دارد اما حق، ممکن است ذی‌نفعان و صاحبان متعددی داشته باشد؛ به بیان دیگر، حق‌های متراحم ممکن است مربوط به ذی‌حق‌های متعددی باشد، یعنی درحالی که من علیه الحق در برابر چند نفر حقوقی را گردن دارد، حق یک ذی‌حق با حق ذی‌حق دیگری تراحم پیدا می‌کند اما حکم‌های تکلیفی وقتی با یکدیگر تراحم پیدا می‌کنند همگی حق‌الله است و

حاکم واحدی دارد (Ashayeri Monfared, 2019: 114).

- حکم تجزیه‌پذیر نیست (Iraqi, 1993, vol.5: 176)؛ بنابراین برای جمع بین دو تکلیف نمی‌توان بخشی از یک عمل و بخشی از عمل دیگر را با هم انجام داد اما حق، زمینه تجزیه‌پذیری دارد (Ashayeri Monfared, 2019: 114)؛ هرچند ممکن است تجزیه حق در شرایطی پذیرفته نشود یا پذیرش آن به شرایطی منوط شود.
- هدف از حق، صیانت از حقوق فردی و مصالح گذشت پذیر است که عمدتاً ناظر به اموال و امور مالی و مادی اشخاص است (از قبیل عین، منفعت، انتفاع و تصرف) (Saket, 2009: 71) و هدف از تأسیس حکم، حمایت از جامعه یا گروه خاصی از افراد جامعه صرف‌نظر از رعایت حال فرد فرد جامعه است (Milani, 1975: 25). گاه نیز مصلحت‌های فردی مهمی مثل شخصیت و کرامت آحاد جامعه یا حقوق مدنظر احکام تکلیفی است و در مجموع بر محور مصالح مهم و گذشت‌ناپذیر دور می‌زند.

۳- تأسیس اصل و ضابطه شناسایی حق و حکم در قلمرو حقوق زن

تمییز حق از حکم، یکی از دشوارترین مسائل نظری است. این دشواری در مرحله نظری کمتر احساس می‌شود ولی در مرحله انتخاب مصداق‌ها بروز می‌کند و به همین جهت فقها نیز که به نشانه‌های بیرونی و نوعی حق پرداخته‌اند، در تمییز بسیاری از ماهیت‌ها به اتفاق نظر نرسیده‌اند. راه چاره در این است که درباره ماهیت و وصف بارز هر امتیاز و اختیار، تحقیق خاص انجام پذیرد و بر پایه موقعیت و رابطه آن با نظم عمومی و روح قواعد حقوقی تمییز داده شود که در شمار احکام است یا در زمره حقوق و اگر حق است تا چه اندازه اراده صاحب حق بر آن حکومت می‌کند؟ (Katouzian, 2015, vol.3: 424).

در کنار مطالب بررسی‌شده درباره چیستی حق و حکم، لازم است در مقام اثبات و تشخیص این دو ماهیت نیز معیارهایی مطرح شود. معیارهای اثباتی در نوشتار دیگری

بررسی شده است و در این قسمت موضوع استفاده از اصول عملیه در تشخیص حق و حکم و غلبه بر تردید در این باره بررسی می‌شود.

۳-۱. تأسیس اصل در شناسایی حق و حکم در موارد تردید

ممکن است با وجود تلاش‌های صورت گرفته نتوان به‌طور مستقیم و از منطوق ادله، حق یا حکم بودن را استخراج و استنباط کرد. در این صورت باید به کمک ادله فقهاتی و اصول و قواعد مناسب، حق یا حکم بودن را مشخص کرد. «در مواردی که حکم بودن، مورد شک و تردید است و از مفاد ادله، هیچ‌کدام از آن دو احراز نمی‌شود، مرجع، مقتضای اصول و قواعد عمومی است» (Mohaqiq Damad, 2011, vol.1: 20-23). در حقیقت لازم است در این باره اصلی تأسیس شود تا بتوان عندالاحتضا بر تردیدها غلبه کرد. از آنجایی که در حقوق، قواعد تخییری و امری تقریباً معادل حق و حکم (تکلیف) در بحث‌های فقهی است از اصلی که در این باره و در تشخیص حق و حکم تأسیس می‌شود، می‌توان در تردید بین امری یا تخییری بودن اختیارات موجود در حوزه خانواده نیز استفاده کرد.

در مقام تأسیس اصل در تشخیص حق یا حکم بودن مورد تردید، چند باور و معیار وجود دارد و این معیارها و باورها به ترتیب زیر بررسی می‌شود:

الف. اصل حکم بودن

اصل حکم بودن از باورهایی است که در مقام تأسیس اصل بیان شده است؛ برخی در مقام تأسیس اصل در توصیف حکمی یا حقی بودن اختیارات موجود در خانواده، به‌طور مستقیم به حکم بودن مورد تردید نظر داده (Feiz Kashani, 1986, vol.18: 776; Makarem Shirazi, 2003, vol.6: 143) بر این باورند که در مقام این نوع تردیدها اصل بر حکم بودن است؛ زیرا این مورد، شبهه مصداقیه است و در شبهات مصداقیه تمسک به عمومات ممکن نیست (Bahr al-Ulum, 1998, vol.1: 21). همچنین،

از آنجایی که دوگانه حق و حکم در فقه، معادل تقریبی دوگانه قانون امری و تکمیلی است، در ساحت حقوق خانواده و در موارد تردید می‌توان گفت اصل بر امری بودن قواعد و قوانین است. از این دیدگاه، حاکمیت اراده جز به‌طور محدود و استثنایی در حوزه خانواده راه ندارد و اصل بر بی‌اعتباری توافقات و اقدامات اشخاص در این قلمرو خواهد بود.

اما مشهور فقیهان، باور به «اصل حق بودن» یا «اصل حکم بودن» را برنناخته و به حاکمیت اصول و قواعد مناسب مقام متمایل شده‌اند (Khoei, 1996, vol.2: 47-48; Tabatabaei Yazdi, 1990, vol.1: 56). اساساً حق یا حکم بودن، عناوین شرعی نیستند تا بتوان در احراز آن‌ها اصل تأسیس کرد؛ بنابراین باید به کمک اصول و قواعد، معیارهایی برای این مهم پیدا کرد.

ب. تمایز امور مالی و غیرمالی در تأسیس اصل

یکی از معیارها در تأسیس اصل، «کشف غلبه در موارد و استقرا در مصادیق» است. صرف‌نظر از اینکه اصولاً در قلمرو خانواده، غلبه با قواعد امری است و جنبه تکلیفی بر جنبه‌های حقی غلبه دارد می‌توان بر اساس تمایز موجود بین مُتعلِّق امور اختیاری به معیاری برای تشخیص دست یافت. به‌طور مثال، در دسته بزرگی از اختیارات مربوط به «امور مالی» و «جنبه‌های اقتصادی»، اصل بر حق و تخییری بودن است؛ مثل آنچه درباره «حق مطالبه» بر مهر و اجرت‌المثل کار زن در ایام زناشویی وجود دارد یا حقی که بر استرداد هدایای نامزدی و در ضمن ایام زوجیت وجود دارد اما در جنبه‌های غیرمالی و به‌ویژه امور مرتبط با حیثیت معنوی افراد خانواده یا کلیت آن می‌توان اصل را بر حکم و امری بودن قرار داد؛ بنابراین، حقوق غیرمالی در خانواده به لحاظ ارتباط با نظم عمومی و اخلاق حسنه اصولاً حکم محسوب می‌شوند. در تشخیص این موارد، ظرافت‌هایی هست که در مقام رسیدگی باید احراز شوند (Safaei, 2009: 58).

ج. تأسیس اصل به کمک اصول عملیه مناسب مقام

یکی دیگر از ضوابط، مدد گرفتن از اصول عملیه است. در نتیجه این اصل که به شیوه «برهان اینی» و در «ناحیه آثار مربوط به حق یا حکم» مطرح می‌شود، درنهایت، اختیارات موجود توصیف خواهد شد؛ اما پرسش مهم این است که چه اصلی برای احراز حق یا حکم بودن آن مبنا قرار می‌گیرد؟ در این باره چند راه حل مطرح شده است:

۱. **اصل استصحاب:** از جمله اصول استناد شده، اصل استصحاب است. برخی فقها در فرض تردید در حق یا حکم بودن موردی، با استناد به اصل استصحاب به حکم بودن مورد تردید نظر داده و آثار «حکم» را بر آن جاری کرده‌اند (Makarem Shirazi, 2003, vol.4:29). بر اساس این راه حل، هرگاه در حکم یا حق بودن امری تردید شود، ثمره جریان اصل استصحاب این است که در صورت تردید درباره مورد وصف حقی یا حکمی و اختیار یا امتیازی و یا به لحاظ حقوقی تردید درباره امری یا تخیری بودن آن، اراده شخص مختار یا دارای امتیاز برای سلب یا اسقاط آن نافذ نیست و حتی در فرض سلب و اسقاط، آن اختیار یا امتیاز، همچنان به قوت خود باقی است؛ بنابراین به دلیل هم‌پوشانی فایده جریان اصل با وصف اسقاط ناپذیری و سلب ناشدنی حکم، می‌توان مورد تردید را در زمره احکام محسوب کرد (Na'ini, 1997, vol1: 42). پس اسقاط چیزی که در حق یا حکم بودن آن تردید هست ممکن نیست (Tabatabaei, Yazdi, 1990, vol.1: 56).

به طور مثال اگر در نکاح، موضوعات «اختیار رجوع مرد در طلاق رجعی»، «اختیار رجوع زن در فدیة در طلاق خُلَع یا مبارات»، «حق زوجه بر اصل استحقاق نفقه (و نه نفقه مُعوق)»، «حق (اختیار) زوجین بر حضانت»، «حق بر فرزند آوری»، «حق بر (اصل) اشتغال» و نظایر آن‌ها با اسقاط همراه شود طبق استصحاب، اختیارهای یادشده همچنان باقی است و این، به معنای حکم بودن موارد یادشده و بی‌اثری دخالت اراده انشایی است؛ زیرا وقتی با حکم روبه‌رو باشیم اسقاط، بی‌اثر است و نتیجه اصل استصحاب در اینجا حکم بودن مورد تردید است (Gorji, 2015: 38).

در استفاده از اصل استصحاب برای غلبه بر تردید در وصف امری یا تخییری بودن و حق یا حکم بودن، دو ملاحظه مهم وجود دارد؛ نخست آنکه در جریان استصحاب برای اثبات حکم بودن، گروهی بر این باورند که اگرچه با جریان استصحاب مورد تردید از شمار حق اصطلاحی خارج می‌شود، به دلیل حجیت نداشتن اصل مثبت، حکم بودن آن نیز اثبات نمی‌شود (Karimi & others, 2016: 261). در حجیت نداشتن اصل مثبت به دلایلی استناد شده است که برخی از مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از: ممکن نبودن جعل حکم شرعی برای آثار عقلی و عادی (Ansari, 2007, vol.3: 244)؛ سنخ مجعول در دلیل استصحاب (Na'ini, 1984, vol.2: 289)؛ قوت محتمل در تراحم حفظی (Sadr (Shahid), 1998, vol.3: 39)؛ وجود قدر متیقن در دلیل استصحاب در مقایسه با آثار شرعی بی‌واسطه (Khorasani, 1998, vol.3: 221)؛ انصراف ادله استصحاب به دلیل آثار شرعی بی‌واسطه (Iraqi, 1993, vol.4: 180)؛ تعارض و تساقط اصل در ناحیه ثابت و مثبت (Kashif al-Ghatta, 2001, vol.1: 201)؛ یقین نداشتن درباره لوازم عقلی یا عادی و اتفاقی (Khomeini (Imam), 1998, vol.1: 179; Mu'azzi Najafabadi & Naqibi, 2020: 93-114).

به دیگر سخن، حق یا حکم بودن از امور وجودی محسوب می‌شوند و آثار حق و حکم هم زمانی بار می‌شود که وجود هر کدام به‌طور خاص احراز شده باشد و در فرض شک، در احراز هر کدام به‌صورت طبیعی نمی‌توانیم آثار حق و حکم را بر موارد مشکوک بار کنیم. همچنین، در صورت جاری شدن اصل عدم جریان اثر هم گرچه این کار آثار حق بودن را نفی می‌کند حکم بودن آن را نیز اثبات نمی‌کند؛ زیرا اثبات حکم بودن از لوازم عقلی و «اصل مثبت» است و اصل مثبت، حجت نیست (Bahr al-Ulum, 1998, vol.1: 19).

به نظر می‌رسد با توجه به «جلی (آشکار) بودن واسطه» بتوان «حجیت اصل مثبت» را در این باره پذیرفت (Sobhani Tabrizi, n.d, vol.4: 156). «جلی بودن واسطه به این معناست که آن‌قدر میان واسطه و ذی‌الواسطه اتصال و ارتباط نزدیک هست که عرف

حکم می‌کند، همان‌طور که در عالم تکوین و واقع نمی‌توان واسطه و ذی‌الواسطه را از هم جدا کرد، در عالم اعتبار هم جدایی آن دو امکان ندارد؛ خواه منشأ این شدت اتصال، لازم و ملزوم بودن باشد یا چیز دیگر. در این صورت، عرف می‌گوید: معنای تعبد به موضوع، تعبد به لازم و ملزوم آن نیز است. پس شدت اتصال باعث می‌شود که اثر واسطه اثر ذی‌الواسطه شمرده شود».

اینکه بر اساس برخی دیدگاه‌ها اصل استصحاب صرفاً در جایی کاربرد دارد که محل تردید، حق یا حکم بودن باشد، ممکن است به این دلیل باشد که شاید موردی مشخصاً حق اصطلاحی است اما در اسقاط پذیری، نقل یا انتقال‌پذیری آن تردید باشد. بر اساس منشأ تردید دو صورت وجود دارد؛ اگر منشأ تردید «قابلیت عرفی» باشد همچنان اصل، اسقاط ناپذیری، نقل ناپذیری و انتقال‌پذیری است. اگر قابلیت عرفی محرز باشد اما در امکان شرعی آن تردید باشد از مجرای استصحاب، خارج است و در صورت دوم به نظر می‌رسد که امکان تمسک به عمومات و اطلاقات هست و به دیگر سخن، محل جریان قاعده مقتضی و مانع است. در حقیقت در این موارد، به دلیل وجود «مقتضی»، اراده کسی که به او اختیار داده شده است حاکمیت دارد؛ مگر اینکه وجود «مانع» برای اعمال اراده، احراز شود و «اصل، نبود مانع است». نتیجه جریان قاعده مقتضی و مانع و پذیرش امکان اسقاط، حق بودن مورد تردید خواهد بود (Tabatabaei Yazdi, 1990:56).

۲. اصل احتیاط: بر اساس آنچه در برخی نوشته‌های اصولی به آن تصریح شده، گاهی مثل جایی که به تمامیت جسمانی (جان) و حیثیت معنوی اشخاص مربوط است، «اصل تسلیط» (الناس مسلطون علی ما لهم و ما لهم)، به «اصل احتیاط» در دماء، نفوس و أعراض و آنساب منقلب می‌شود؛ بنابراین، اگر مورد تردید با این دو قلمرو ارتباط داشته باشد باید به اقتضای احتیاط عمل کرد.

به‌طور مثال، در صورت تردید درباره امکان دخالت اراده مادر و سایرین (مثل پزشک) در قلمرو «سقط‌جنین» و مطرح‌شدن این پرسش‌ها که این افراد تا چه حدی می‌توانند به سقط‌جنین پردازند؟ آیا امکان اباحه و دخالت «اذن» و «اراده اعلامی» مادر

یا اولیای طفل در سقط جنین هست یا خیر؟ آیا اشخاص مرتبط با جنین می‌توانند در سقط جنین مباشرت کنند؟ آیا گروه پزشکی و مؤسسات درمانی به‌موجب درخواست مادر یا اجازه ولی و رضایت مادر مجاز به این کار هستند؟ اصل احتیاط در این باره اقتضا می‌کند که پس از انعقاد نطفه و شروع حیات جنینی و یا ولوج روح و شروع حیات حیوانی نتوان به سلب حیات جنین در هرکدام از این مراحل پرداخت و جریان این اصل، در نتیجه به «اصل جایز نبودن» این عمل از ناحیه مادر یا اشخاص ثالث می‌انجامد. در حقیقت، در نتیجه جریان اصل احتیاط (در دماء و نفوس)، درواقع نوعی «مصونیت» برای حیات جنین در نظر گرفته شده است؛ اعم از اینکه در مرحله نباتی باشد یا حیوانی و ازجمله مهم‌ترین اثر آن، «حرمت تصرف» در آن و ممنوعیت مزاحمت درباره آن است و از این رو، ماهیتاً در مقوله «حکم» اصطلاحی قرار می‌گیرد.

همچنین، ارتباط موضوع مورد تردید با امور عفاف^۱ و حیثیت‌های معنوی اشخاص در حوزه خانواده، به دلیل اهمیت مصلحت حفظ امور عفاف و موقعیت ممتاز آن در نزد شارع مقدس و قانون‌گذار، در انقلاب اصل تسلط به اصل احتیاط تردیدی باقی نمی‌گذارد و بر این مبنا اصل در امور عفاف، نفوذناپذیری اراده خواهد بود. ارتباط امور عفاف با اخلاق حسنه و بنیان‌های مستحکم فرهنگی و اجتماعی نیز این نتیجه را تأیید و بر آن تأکید می‌کند. به‌طور مثال، اگرچه ممکن است در قلمرو ارتباطات، در دسترسی، پردازش و داده‌ها، به اشتراک گذاشتن عکس‌های خانوادگی و روایت (استوری کردن) موارد مرتبط با حیثیت خانوادگی افراد خانواده به‌موجب اصل آزادی ارتباطات و اطلاعات، اصل بر آزادی اراده اشخاص باشد، درباره داده‌های حساس مثل داده‌های جنسی یا داده‌های

۱. عفاف، ازجمله به معنای منع و خودداری از حرام (Farahidi, 1989, vol.1: 92; Johari, 1987, vol.4:145;) و خودداری از فعل ناپسند (Ebnfares, 1994, vol.4: 3) و Tureihi, 1996, vol.5: 101 حاصل شدن حالتی برای نفس و جان آدمی است که به کمک آن از غلبه و تسلط شهوت جلوگیری می‌شود (Raghib Isfahani, 1992:573). برای مطالعه درباره برخی اثرهای اصل عفاف در احکام خانواده، ر.ک: (Hedayat-

مربوط به حیثیت خانوادگی و آبروی افراد خانواده این اصل کنار گذاشته می‌شود و اعمال اراده و دخالت اشخاص خانواده در این باره باید با رعایت دقیق حیثت مربوط به اشخاص و آبروی آن‌ها ملاحظه شود (Qanavati & Javar, 2011: 27).

۳. اصل جریان نداشتن آثار مورد تردید: از دیگر اصول مورد استناد، اصل جریان نداشتن آثار مورد تردید است؛ زیرا مهم‌ترین آثار وجودی حق، اسقاط پذیری، نقل پذیری و انتقال‌پذیری است. حال، در صورت تردید داشتن در قابلیت جریان این آثار و درباره چیزی که حق یا حکم بودن آن بر ما مشتبه است و اینکه آیا مورد مشکوک، قابلیت اسقاط، نقل یا انتقال دارد یا خیر، اصل بر جریان نداشتن هر کدام از این اوصاف است که در نهایت، به منتفی بودن وصف حق، خواهد انجامید (Bahr al-Ulum, 1998, vol: 19)؛ بنابراین، اگر منشأ شک ما در «اصل نقل پذیری» باشد و به خصوصیات اسباب آن مربوط نباشد، نمی‌توان با تمسک به آن ادله آن شک را رفع کرد (Isfahani, 1997, vol.1: 12-13)؛ زیرا ظاهر ادله حق، اختصاص آن به ذوالحق است؛ پس اثبات آن برای غیر به دلیل معتبری نیاز هست (Khoei, 1998, vol.2:56-57).

همچنین، اگر منشأ شک ما درباره «اصل انتقال‌پذیری» باشد؛ یعنی اگر درباره انتقال قهری تردید شود که آیا حق مورد تردید با وفات به ورثه انتقال می‌یابد یا خیر، چون اصل، انتقال‌ناپذیری است، پذیرفته نبودن انتقال حق به ورثه را نتیجه می‌گیریم. به همین ترتیب، اگر در «اصل نقل پذیری» نیز تردید کنیم اصل، پذیرفته نبودن قبول نقل است (Khoei, 1998, vol.2:56-57).

د. استخراج اصل اسقاط‌پذیری و نقل‌پذیری در پرتو عموماً صلح و شرط و جواز

اصل معاوضه

«قول مشهور آن است که در صورت احراز قابلیت آثاری مثل اسقاط یا نقل در نظر عرف می‌توان به اطلاق دلیل صلح برای سقوط و نقل آن یا به عموم ادله ارث برای انتقال آن تمسک جست و این مطلب، تمسک به عام در شبهه مصداقیه نیست؛ به بیان

دیگر، ادله معاملات مانند «اوفوا بالعقود»، «الصلح جائز بین المسلمین» یا «المؤمنون عند شروطهم» در مقام بیان اسباب شرعی معاملات با عموم یا اطلاق خود هستند. در چنین حالتی گاهی به قابلیت نقل و انتقال اعیان خارجی یا حقوق یقین داریم و ادله عموم معاملات شک ما را در اعتبار سبب خاص برطرف می‌کند اما اگر شک ما در اصل قابل نقل بودن باشد و به خصوصیات اسباب آن ربطی نداشته باشد نمی‌توان با تمسک به آن ادله آن شک را رفع کرد» (Isfahani, 1997, vol.1: 12-13).

برخی فقیهان (Qummi, 1993, vol.3:153) در پاسخ به این پرسش که «اگر در طلاق رجعی، زوج حق رجوع را به مهر زوجه و نفقه ایام عده و امثال آن صلح کند، آیا این کار جایز است یا نه؟» می‌گویند «عدم ذکر این صلح در کتاب طلاق دلیل منع آن نیست و علت آن هم عمومات صلح است؛ مثل الصلح جائز بین المسلمین الا صلحاً احلاً حراماً او حرماً حلالاً؛ و شکی نیست که این صلح نه محلل حرام است و نه محرم حلال؛ پس جایز خواهد بود و در نتیجه رجوع به زوجه، حقی برای زوج است و اعتبار به دست اوست؛ اگر خواست، رجوع می‌کند و اگر نخواست، رجوع نمی‌کند و مهر و نفقه هرچند از آن زوجه و اختیار به دست اوست، می‌تواند آن را در برابر عدم رجوع به زوجه بدهد یا ندهد و جواز اصل معاوضه دلیل نمی‌خواهد؛ چون اصل، برائت ذمه و اباحه است و عدم ورود منع، در جواز آن کافی است. آنچه به دلیل احتیاج دارد، لزوم آن است و هرگاه آن را در ضمن عقد مصالحه به عمل آوریم، به مقتضای عمومات صلح اشکالی باقی نمی‌ماند (Qummi, 1993, vol.1:153).

۴- ضوابط ثبوتی و اثباتی شناسایی قاعده امری و تخییری در حقوق خانواده و تأسیس اصل نخست، معیارهای ماهوی و ثبوتی در تشخیص قاعده امری و تخییری و سپس مهم‌ترین معیارهای اثباتی، از جمله تأسیس اصل مطرح می‌شود.

۴-۱. چستی قواعد امری و تخییری؛ معیارها و اوصاف ثبوتی

قواعد حقوقی از جنبه درجه الزام‌آوری و تحدید اختیار اشخاص به دو دسته مهم تقسیم می‌شوند. لازم است نخست، معیارها و اوصاف ثبوتی جداکننده این دو دسته قواعد و در بند بعدی، ملاک‌های اثباتی تشخیص این دو بررسی شود.

دسته اول، قواعد امری است. این قواعد با بنیادهای امری، ارکان برتر، مصلحت عمومی، نظم عمومی و گاه اخلاق حسنه ارتباط دارد و در حقیقت، چون قواعد امر در فرایندی تحمیل‌گر و همراه با اقتدار پدید می‌آید، نماد نظم حقوقی بنیادی به شمار می‌رود. «به لحاظ رکن مادی»، قواعد امری، هنجارهایی است که در ساختارها و قالب‌های حقوقی، ظاهر و به‌طور مشخص از طریق منطوق، مفهوم و روح قانون و اصول و قواعد کلی حقوقی و گاه نیز با نظم عمومی و اخلاق حسنه مستند می‌شود. «به لحاظ رکن روانی»، آمریت این قواعد و التزام است که در وجدان حقوقی ریشه دارد و الزام همگانی به رعایت هنجارهای یادشده محسوب می‌شود و همین ویژگی مقتضای ذات قواعد امری یا دست‌کم از لوازم مقتضای ذات به شمار می‌رود. «به لحاظ هدف» حمایت از ساختارهای حقوقی و منافع عمومی (Katouzian, 2015: 129) و تأمین حسن جریان امور و صیانت از امنیت و اخلاق عمومی (Jafari Langroodi, 2013: 519) از جمله اهداف قواعد امری شمرده شده است. «به لحاظ مضمون» اگر مضمون مقرره‌ای ناظر به ساخت‌ها یا برساخت‌هایی باشد که برای تنظیم و تنسيق روابط حقوقی، اعم از مقررات ناظر به تأسیس حقوقی، صیانت از مصالح مهم یا جلوگیری از بروز برخی مفسد باشد و به‌طور کلی اگر مضمون قواعد، ناظر به ایجاد نظم، صیانت از نظم عمومی در جنبه‌های حقوقی یا مرتبط با بنیادهای مستحکم فرهنگی و ضمانت اجراهای آن باشد (اخلاق حسنه) آن، امری محسوب می‌شود. «به لحاظ شیوه بیان»، حقوق نوشته شده ممکن است متضمن دستور، نهی یا نفی باشد. البته در بسیاری موارد مضامین خبری مثبت (در مقام امر) و منفی (در مقام نهی) شایع‌تر

است، اما منحصر در بیان قانونی نیست و ممکن است از جنبه‌های حقوق نرم برای هنجار شناسی و درجات آن بهره گرفت.

«به لحاظ درجه‌بندی»، به دلیل وجود سلسله‌مراتب بین هنجارهای حقوقی و سلسله‌مراتب نظم عمومی، قواعد امری نیز ممکن است در مقایسه با یکدیگر درجه‌بندی داشته باشند؛ در این صورت، نظم مرتبط با حقوق بنیادین بشری، حقوق اساسی ملت، ساختارهای کلی در نظام سیاسی، نظام اداری و سیاسی و قضایی و تشکیلات و ترتیبات آن، اصول بنیادین آیین دادرسی کیفری و مدنی از جمله صلاحیت‌های ذاتی و غالب مقررات شکلی، بنیان‌های امری کیفری، بنیان‌های امری تجاری و اقتصادی، بنیان‌های امری ناظر به تشکیل قراردادهای مدنی و برخی آثار آنها شرایط اساسی قراردادها و شرایط صحت شرط در این سلسله‌مراتب، نوعی تقدم بر یکدیگر را تداعی کنند.

دسته دیگر، قواعدی است که از آنها با عنوان‌هایی مثل تخییری، تفسیری، تکمیلی، تعویض و اختیاری یاد می‌شود (Jafari Langroodi, 2004: 95). کارکرد این قواعد، تکمیل اراده‌های ناقص یا بیان موارد غفلت طرفین رابطه حقوقی و یا تفسیر و تعبیر موارد سکوت است. اصطلاح تخییری یا اختیاری در این باره گویای درجه قدرت اختیار اشخاص و شرط اجبار الزام یا اجبار قواعد تخییری به این معنی است که برخلاف آن، شرط صریح یا ضمنی یا عرفی وجود نداشته باشد؛ بنابراین، طبق این قواعد اشخاص ذی‌نفع می‌توانند برخلاف آنها اراده‌های خود را اعمال کنند (Safaei, 2008: 50; Vahedi, 2001: 122).

۲-۴. معیارهای اثباتی در تشخیص قواعد امری از قواعد تخییری

در مقام تردید و برای تشخیص قواعد امری از قواعد تخییری معیارهایی بیان شده است که در ادامه برخی از مهم‌ترین آنها بیان می‌شود.

۴-۲-۱. ادبیات (لحن) قانون‌گذار

در نظام‌های حقوقی نوشته‌شده به دلیل اهمیت زیاد متن قانون، ادبیات قانونی (لسان دلیل) را می‌توان معیار مناسبی دانست. لحن و سبک بیان قانون‌گذار هم در استفاده از برخی «واژگان» (مثل ماده ۹۵۹ ق.م) و هم صلابت او که روی هم رفته در نحوه بیان «گزاره‌های قانونی» دیده می‌شود (مثل ماده ۹۵۴ ق.م) ما را در این تشخیص یاری می‌دهد. بر اساس پیمایش برخی از موارد لحن قانون‌گذار، دو دسته از موارد زیر را می‌توان به ترتیب از نشانه‌های امری و تخییری بودن قواعد در نظر گرفت:

در دسته اول، مواردی را می‌توان برشمرد؛ از جمله اینکه «نفی اختیار اشخاص» که منطقیاً «جایگزین نهی» شمرده می‌شود. مثل سلب اختیارهایی که در قراردادهای اجاره ذیل قانون ۵۶ آمده یا عبارت «هیچ‌کس نمی‌تواند» که نوعی «خبر در مقام انشا (نهی)» است (مثل ماده ۹۵۹ ق.م در ممنوعیت سلب حق به‌طور کلی و ماده ۱۰۴۹ ق.م)؛ ماده ۱۲۴۰ ق.م در «ممنوعیت معامله با خود در رابطه قیم و مولی‌علیه» و ماده ۱۰۵۶؛ «اعلام ممنوعیت اعمال حقوقی» (مثل مواد ۱۰۴۵، ۱۰۴۷ و ۱۰۴۸ ق.م در ممنوعیت‌های نکاح)؛ استفاده از واژه «جایز نیست»، مثل ماده ۱۰۵۹ ق.م؛ استفاده از واژه «باید» مثل مواد ۱۰۶۴، ۱۰۷۶ و ۳۴۲ ق.م (برای رفع غرر) و ۳۴۵ ق.م؛ «شرط صحت (تشکیل) قرار دادن چیزی»، مثل ماده ۱۰۶۷ و ۱۰۶۵؛ استفاده از واژه‌هایی مثل «حرمت» که در حکم تکلیفی و وضعی (بطلان) به کار می‌رود (مثل مواد ۱۰۴۶ و ۱۰۵۰ ق.م)؛ «اعلام‌های قاطع، قطعی و تعمیم تخصیص ناپذیر»، مثل بیان ماده ۹۵۴ ق.م (کلیه عقود جایزه به موت و ... منفسخ می‌شود)؛ یا تعبیر «نمی‌تواند به‌هیچ‌وجه او را مجبور به ازدواج کند» در ماده ۱۰۳۵ ق.م که نشان دهنده صلابت و تخصیص ناپذیری «اختیار امتناع» است؛ حتی اگر تعهد به ازدواج، ضمن توافق‌های الزام‌آور درج شده باشد، استفاده از واژه «تکلیف» مثل عبارت «نگاهداری اطفال، هم حق و هم تکلیف ابوبن است»؛ «منوط کردن مصلحت به تشخیص دادگاه»، مثل ماده ۱۰۴۱، در تجویز عقد نکاح دختر قبل از ۱۳ سال یا تصرف قیم در اموال غیرمنقول مولی‌علیه، موضوع مواد

۱۲۴۱ و ۱۲۴۲ ق.م؛ «تخصیص ویژه پاره‌ای اختیارات»، مثل ماده ۱۱۰۵ که در آن واژه «از خصایص»، ظهور در امری بودن دارد؛ «استفاده فنی از واژه عهده به جای ذمه» در مواد ۱۱۰۶ و ۱۱۰۹ ق.م؛ چون عهده ظرف تعهدات و تکالیف است.

در مقابل در دسته دوم، «منوط کردن چیزی به تراضی» مثل ماده ۱۰۸۰؛ در مواردی که قانون‌گذار از واژه‌هایی مثل «می‌توان» استفاده می‌کند، مثل مواد ۴۸۸، ۱۱۱۷ و ۱۰۸۲ ق.م؛ یا از عبارت «حق داشتن»، مثل ماده ۴۴۱؛ یا در جایی که عبارت «قانون‌گذار امکان تراضی برخلاف مقرر قانونی را می‌دهد»، مثل مواد ۳۵۵، ۳۸۲، ۳۷۵، ۳۸۴، ۴۷۴، ۱۰۷۲، ۱۱۱۳ درباره نفقه در عقد منقطع و ماده ۱۱۱۴ درباره سکونت زوجه؛ یا کاربرد عبارت «دخالت عرف را برخلاف مقرر می‌پذیرد»، مثل ماده ۳۴۴ ق.م؛ یا استفاده از واژه «ممکن است» که ظهور در اختیار اشخاص دارد، مثل ماده ۳۴۱ ق.م. یا اموری که مبنای عرفی دارد مثل توابع مبیع (مواد ۳۵۶ و ۳۵۷ ق.م)؛ چه اینکه در پایان ماده ۳۵۸ تصریح شده است: «در هر حال، طرفین عقد می‌توانند به عکس ترتیب فوق تراضی کنند»؛ استفاده از واژه اختیار و مختار؛ مثلاً عبارت «اختیار فسخ» در مواد ۳۹۸ و ۳۹۹ و عبارت «مختار در فسخ» ماده ۴۰۲؛ «تجویز عدول از وصف یا حکم توسط متعاملین»، مثل وصف لزوم بیع که با توافق تا حدی نقض می‌شود (۴۵۷ ق.م).

۴-۲-۲. توجه به مضمون قاعده، مصالح حمایت‌شده و زمینه‌های هنجاری

یکی از شیوه‌های مهم، توجه به مضمون مقرر است. به‌رحال در هر قاعده‌ای مصلحتی تدارک می‌شود یا آن قاعده برای جلوگیری از بروز مفسده‌ای وضع می‌شود. اگر مواردی مثل مقتضای ذات قراردادها شرایط اساسی تشکیل عقد یا شرط باشد یا اگر به امور عفاقی مربوط باشد یا به ساحت‌های مرتبط با اخلاق حسنه مربوط باشد (Safaei, 2008:57)، یا به بنیان‌های امری مثل نسب، ارث و ... و قالب تشکیل، آثار نکاح و شیوه انحلال آن مربوط باشد تا حد بسیار زیادی «توقیفی» و امری است و نقش اراده در آن کم‌رنگ است (Katouzian, 2001, vol.1:377).

۴-۲-۳. معیار اثر (برهان اِنّی)

اگر از گزاره قانونی معلوم شود، حتی در اثر توافق، اثر قانونی بر عمل اشخاص بار نمی‌شود، معلوم می‌شود که آن مقرر در رتبه قواعد امری است؛ به‌طور مثال، در ماده ۳۶۵ تصریح شده است: «بیع فاسد اثری در تملک ندارد»؛ معلوم می‌شود اراده متعاملین حتی به‌موجب قاعده اقدام نیز به تصحیح عقد نمی‌انجامد. ماده ۱۲۶۳ نیز در نفی اثر اقرار سفیه است، اما اگر در مقررهای نقل پذیرفته شود، تخییری و اختیاری بودن را اثبات می‌کند؛ مثل انتقال قهری حق فسخ (ماده ۴۴۵) یا پذیرش اسقاط پذیری بر تخییری و اختیاری بودن متعلق آن دلالت دارد؛ مثلاً، اسقاط پذیری یا امکان شرط سقوط در اختیارات به‌موجب ماده ۴۴۸ ق.م. یا ماده ۱۰۸۶ ناظر به ماده ۱۰۸۵ و ضمانت اجرای بطلان یا حرمت ابدی در مواد ۱۰۵۰، ۱۰۵۱، ۱۰۵۳، ۱۰۵۴، ۱۰۵۸، ۱۰۶۸، ۱۰۹۵ ق.م.

۴-۲-۴. امکان استفاده از اصل عملی (تأسیس اصل)، دیدگاه‌ها و نظر برگزیده

حقوق‌دانان در امری یا اختیاری بودن قواعد اختلاف‌نظر دارند. برخی (Daneshpajouh, 2012: 150) به امری بودن موارد تردید باور دارند و در تبیین این اصل، از جمله به «أصالة الاطلاق» استناد شده است؛ چون در تکمیلی بودن، به قید زائد (تجویز قانونی برای امکان اقدام برخلاف قاعده) نیاز هست و فرض این است که چنین قیدی وجود ندارد و آلا اساساً تردید ایجاد نمی‌شود. در باور دیگر (Katouzian, 2007:154)، در برخی ساحت‌ها به دلیل گستره وسیع دخالت قانون‌گذار و غلبه موارد امری، اصل بر امری بودن است. برخی دیگر (Jafari Langroodi, 2013:29) با استناد به اصل آزادی اراده، اصل کوچک‌تری را به نام «اصل غیر امری بودن قانون» مطرح کرده‌اند. نتیجه تأسیس چنین اصلی آن خواهد بود که تعهدات و توافق‌های منعقدشده برخلاف قانونی که امری بودن یا تخییری بودن آن محل تردید است صحیح خواهند بود. برخی (Katouzian, 2007:155) درباره قراردادهای، با اتکا بر اصل صحت، بر تخییری بودن موارد تردید نظر داده‌اند؛ زیرا «در این صورت، نفوذ قرارداد با هدف

وضع قانون مغایرت ندارد». به نظر می‌رسد، این استدلال از مصادیق «مصادره به مطلوب» یا «نوعی دور» محسوب می‌شود و صحت قرارداد که مؤخر از وضعیت قانون حاکم بر آن است، دلیل امری یا تخییری بودن قانون حاکم بر آن نیست. برخی از باورمندان به این عقیده (Katouzian, 2015: 161). درنهایت، تأسیس قاطع اصل برای تمام حوزه‌ها را موجه نمی‌دانند؛ با این استدلال که اولاً، به دلیل دخالت گسترده و آمرانه دولت در حوزه قراردادها و اراده‌های اشخاص، این اصل به قدری گسترده شده که گویا در برخی زمینه‌ها منقلب شده است؛ ثانیاً، باید بین ساحت‌های مختلف فرق گذاشت. در موارد زیادی می‌توان در آن زمینه‌ها اصل را بر محدودیت اراده و امری بودن مقررات مربوط قرار داد؛ مثل احوال شخصیه (نکاح، ارث‌بری، وصیت) و اهلیت. «به‌علاوه، تمام قواعد مربوط به حقوق عمومی، مانند قوانین اساسی و اداری و بخش کیفری و اداری و بخش مهمی از آیین دادرسی از قواعد مربوط به نظم عمومی و در شمار قواعد امری است»، اما مقرراتی که ناظر به جنبه‌های مالی یا مصالح شخصی افراد است، در زمره مقررات اختیاری و تکمیلی قرار می‌گیرد؛ بنابراین، نمی‌توان اصل قاطعی در این باره تأسیس کرد و در درجه اول باید به مضمون مقررات و ساحت هر قاعده توجه داشت. در این شیوه، نخست باید با تشکیل دسته‌های ارتباطی، با توجه به مواردی مثل ارتباط با ساحت‌های حمایت‌شده ویژه، درجه دخالت قانون‌گذار، نوع هنجارها، شدت هنجارها، درجه شدت نظم عمومی و بر اساس استقرا و غلبه، به «تشکیل خوشه‌های منظم» و با رعایت «نسبیت دسته‌بندی‌ها»، به تأسیس اصل پرداخت؛ مثلاً در «قواعد تشکیل قراردادها» اصل بر امری بودن است، اما در جریان آثار و شیوه‌های انحلال، اصل بر تخییری بودن است (Katouzian, 2007: 151)؛ مگر در عقود توقیفی که در آن‌ها می‌توان از اصل کلی امری بودن سود جست. همچنین، در ساحت‌های مرتبط با امور عفاف، مثل نکاح؛ ممنوعیت ترویج یا تجویز روابط بی‌بنیان و نامشروع، مثل ازدواج‌های سفید؛ ازدواج هم‌جنس‌گرایان؛ ازدواج با محارم؛ نشر مواردی که اشاعه فحشا محسوب می‌شود؛ حتی در فرضی که شخص موضوع داده فاسق باشد،

در زمره قواعد امری است (Javar, 2012: 86) (برای ملاحظه دیدگاه‌ها و دلایل هر کدام در تأسیس اصل امری یا تخییری بودن، ر.ک: Haji Azizi, & Khosravi, & (Khosravi, 2011: 81-108).

فرجام سخن

- ضابطه را می‌توان به‌مثابه ابزار و روش دانست و در مقام حل مسئله به کار برد؛ بنابراین با توجه به مجموع کارکردهای فقهی حق و حکم می‌توان از آن با عنوان یک ضابطه مؤثر در حل مسائل مرتبط با نفوذ اراده و به‌ویژه در ساحت خانواده یاد کرد.
- مبتنی بر یگانگی در چیستی حق و حکم و «انتزاع حق» از تفاوت در آثار احکام، همه مجعول‌های شرعی حکم هستند و زمام تمام این احکام، هم در «مرحله پیدایش» و هم در «مرحله استمرار» و به تعبیری، وضعاً و رفعاً به دست شارع است. از آنجا که جعل احکام بر اساس مصالح و مفسد نفس‌الامری است گاه، مصلحتی خاص سبب می‌شود، برخی از حکم‌ها به‌گونه‌ای جعل شوند که برای مکلف، سلطنتی خاص (حق) لحاظ شود. در این صورت، چون از مجعول شرعی (احکام تکلیفی و وضعی)، سلطنت خاصی را می‌توان انتزاع و استخراج کرد، «آن امر انتزاع شده»، حق است. با این بیان برخلاف حق، حکم، به جایی اختصاص دارد که نتوان سلطه‌ای بر اسقاط یا نقل و انتقال استخراج کرد. از این دیدگاه، نهایتاً دو دسته و چند قسم از احکام پدید می‌آید: یک دسته، «احکام تکلیفی» و دسته دیگر، «احکام وضعی». احکام تکلیفی به «احکام تکلیفی الزامی (وجوب و حرمت)» و «احکام تکلیفی غیر الزامی (کراهت و استحباب و اباحه)» تقسیم می‌شوند. احکام وضعی نیز به «وضع‌ی لزومی فسخ شدنی (لزوم حقی)»، مانند بیع؛ «وضع‌ی لزومی فسخ ناشدنی (لزوم حکمی)»، مانند نکاح؛ «وضع‌ی ترخیصی اسقاط پذیر (جواز حقی)»، مانند خیار یا توافق بر نکاح (نامزدی) و «وضع‌ی ترخیصی اسقاط ناپذیر (جواز حکمی)»، مانند جواز رجوع طلاق رجعی و یا جواز رجوع هبه در هدایای نامزدی تقسیم می‌شوند. «حق اصطلاحی» در این تقسیم،

«حکم وضعی اسقاط شدنی» محسوب می‌شود. در حقیقت، از این دیدگاه، حق باید در مقابل «تکلیف» قرار گیرد، نه در برابر حکم؛ و تفاوت حق و تکلیف، ناشی از انواع حکم است: «حکم حق آفرین و حکم تکلیف آفرین».

- مبتنی بر دوگانه حق و حکم، حق، در کاربرد، گاهی «در مقابل حکم» و گاه «در مقابل ملک» به کار می‌رود و با آن مقایسه می‌شود. در هر حال اگر زوج یا زوجه، اختیاری داشته و هسته این اختیار به‌گونه‌ای باشد که تمام درجات تصرف را شامل شود، با گونه‌ای «حق اصطلاحی» روبه‌رو هستیم و در صورت وجود حدی برای تصرف شخص مختار، اگر این محدودیت زوجین ناشی از مواردی مثل قائم به شخص بودن ذاتی حق نباشد و از قبیل مقتضی و مانع باشد و جنبه اقتضایی آن لحاظ شود (مثل حق قَسَم)، در همان جهت تحدید، جنبه حکمی خواهد داشت و اوصاف حکم بر آن بار می‌شود (مثل اختیار بر طلاق که تفویض پذیر نیست).

- معیارهایی مثل اسقاط پذیری، مطالبه پذیری و تجزیه پذیری، هرکدام فراخور حال ممکن است در تشخیص موارد تردید مؤثر باشد، اما درعین حال، در بحث حق و حکم در خانواده نباید در مغالطه مجاز و حقیقت گرفتار شد و صرف کاربردی توانایی و واژه حق کفایت نمی‌کند، بلکه اوصاف و قرائن دیگر را نیز باید ملاحظه کرد. سخن از «حق بودن» و «حق داشتن» و «توانایی» بسیار رواج دارد؛ مثل «حق رجوع در طلاق»، یا «توانایی طلاق دادن».

- اگر هیچ‌کدام از ضوابط تشخیص حق و حکم مؤثر واقع نشود، به‌منظور تشخیص موقعیت ضوابط تشخیص می‌توان از «اصل حکم بودن»، «اصل احتیاط»، «اصل استصحاب»، «اصل جریان نداشتن آثار مورد تردید» و «استخراج اصل اسقاط پذیری و نقل پذیری در پرتو عمومات صلح و شرط و جواز اصل معاوضه» مدد گرفت.

References

Allama Heli, H. (1984). *Mabadi al-Osoul*, N.p: Maktaba al-Imam al-Islami [In Arabic].

- Allama Heli, H. (1999). *Qa'idah al-Ahkam*, Qom: Islamic Publication Office [In Arabic].
- Almasi, N. A. (2004). *Conflict of Laws*, Tehran, Mizan Publishing [in Persian].
- Amili (Shadid Avval) M. (1993 AH). *Nahayat al-Murad fi Sharh Naqt al-Irshad*, Qom: Islamic Publication Office [In Arabic].
- Amili (Shadid Avval), M. (n.d). *Al-Qa'idah wa al-Fawa'id*, vol. 2, Qom: Mufid Bookstore [In Arabic].
- Amoli, M. T. (1992). *Al-Makasib and Al-Bay'*, Lectures by Muhammad Hussein Gharavi Na'ini, Qom, Al-Nashr Al-Islami, Bija: Bina [In Arabic].
- Ansari, M. (2007). *Fara'id al-Asul*, vol. 2 and 3, Qom: Islamic Publishing House [In Arabic].
- Araki, M. A. (1998). *Kitab al-Nikah* (for Araki), Qom: Noor Negar [In Arabic].
- Araki, Z. (1996). *Nihayyah al-Afkar*, edited by Muhammad Taqi Borujerdi, vol. 4, Qom: Islamic Publication Office [In Arabic].
- Ashayeri Monfared, M. (2019). *Feasibility study of the implementation of the most important law in the conflict of rights, Fundamental Research of Humanities*, Year 6, Issue 1 (Seriously 18), pp. 107-128 [In Persian].
- Bahr al-Ulum, S. M. (1998). *Bolghat al-Faqih*, vol. 1 and 2, Commentary and Commentary by Seyyed Muhammad Taqi Bahr al-Ulum, Tehran: Manshurat Maktaba al-Sadiq [In Arabic].
- Bojnourdi, S. M. H. (1998). *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah*, vol. 1, Qom: Al-Hadi [In Arabic].
- Emami, S. (2006), Civil Law, Vol. 3, 4 and 5, Third Edition, Tehran: Ganj Danesh [In Persian].
- Fayyaz Kashani, M. M. (1986). *Al-Wafi*, Vol. 18, Isfahan: Library of Imam Amir al-Mu'minin [In Arabic].
- Fayyaz, M. I. (1990). *Lectures on the Principles of Fiqh (Lecture Reports of Ayatollah Khomeini)*, Qom: Dar al-Hadi Press [In Arabic].
- Fazel Lankarani, M. J. (2007). *Rasa'il fi fiqh wa al-Usul*, Qom: Markaz fiqh al-A'ma' al-Imam al-Athar [In Arabic].
- Gorji, A. (2015). Right and Imperative rules (obligations) and the difference between them, *Legal and Judicial Studies*, 1, 29-38 [In Persian].
- Haji Azizi, B., Khosravi, H., Khosravi, Y. (2011). The principle that can be relied upon in cases of doubt about the imperative or supplementary nature of a legal rule with a comparative study in the Egyptian legal system, *Civil Jurisprudence Teachings*, 13(24), 81-10 [In Persian].
- Haji Deh Abadi, A. (2009). *Rules of Criminal Jurisprudence*, Qom: Hawza and University Research Center [In Persian].

- Hedayat-Niya. (2017). Functions of the Principle of Chastity in Family Law, *Islamic Law*, 13(15), 69-41 [In Persian].
- Iraqi, A. Z. (1993). *Sharh Tabsarat al-Mut'alamini*, vol. 5, Qom: Islamic Publication Office [In Arabic].
- Irwani, A. (1995). *Margin of Al-Makasib*, vol. 1, Bija: Bina [In Arabic].
- Isfahani, A. (2001). *Wasilat al-Najāt with the footnotes of Imam Khomeini*, vol. 1, Qom: The Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works [In Arabic].
- Isfahani, M. (1997). *Margin of Kitab al-Mukasib (A Treatise on the Investigation of Truth and Judgment)*, vols. 1, 4, and 5, with corrections by Abbas Muhammad Al-Saba' Qataifi, vol. 1, Qom: Anwar al-Huda Publishing House [In Arabic].
- Jafari Langroodi, M. J. (2013). *The Effect of Will in Civil Law*, Vol. 3, Tehran: Ganj Danesh Publications [In Persian].
- Jafari Langroodi, M. J. (2004). *Legal Terminology*, Tehran: Ganj Danesh Library [In Persian].
- Javar, H. (2012). The effect of an act of blatant violation of moral and social norms on the sanctity of the person who violates the norm. *Bi-Quarterly Scientific-Research Journal of the Quran, Jurisprudence and Islamic Law*, 17(17), 65-88 [In Persian].
- Jazayeri, S. H., Ashayeri Monfared, M. (2011). The realm of expediency and justice in the conflict of women's laws and rights, *Strategic Studies of Women, Quarterly Journal of the Social Cultural Council for Women and Family*, 4(54), 58-7 [In Persian].
- Jazayeri, S. M. J. M. (beta). *A Look at Rights, Their Rulings and Categories*, Qom: Bija [In Arabic].
- Karimi, A., et al (2016). Reflection on the separation of property, right and ruling in Imami jurisprudence, *Studies in Islamic Jurisprudence and Law*, 8(15), 247-274 [In Persian].
- Kashif al-Ghatta, J. (2001). *Kashf al-Ghitta' on the Mysteries of the Shariah al-Ghara'*, Vol. 1, Qom: Publications of the Islamic Propaganda Office [In Arabic].
- Katouzian, N. (2007). *General Rules of Contracts*, vol. 1, Tehran: Publications Joint Stock Company [In Persian].
- Katouzian, N. (2010). *Philosophy of Law*, vol. 1 and 3, Tehran: Mizan Publishing [In Persian].
- Katouzian, N. (2015). *Introduction to Law and Study in the Legal System of Iran*, Tehran: Publishing Joint Stock Company [In Persian].
- Kazemi Khorasani, M. A. (1989). *Fawa'id al-Osoul*, Lecture Report of Mirza Muhammad Hussain Gharavi Na'ini, Commentary: Agha Zia al-

- Din al-Iraqi, Research: Rahmatullah Rahmati al-Araki, Vol. 4, Qom: Mastse' al-Nashr al-Islami In Arabic].
- Khoei, S. A. (1996). *Misbah al-Fiqaha, Lectures of Ayatollah Seyyed Abu al-Qasim Khoei*, edited by Muhammad Ali Tawhidi Tabrizi, vol. 2, Qom: Maktaba al-Dawri [In Arabic].
- Khoei, S. A. (1996). *Misbah al-Osoul*, vol. 1 and 2, Qom: Maktaba al-Dawri [In Arabic].
- Khomeini (Imam), S. R. (2003). *Tahrir al-Wasilah*, translated by Ali Eslami, vols. 1, 2 and 3, Qom: Islamic Publications Office [In Persian].
- Khomeini (Imam), S. R. (2000). *The Book of Sale*, vols. 1, 4, and 5, Tehran: The Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works [In Arabic].
- Khomeini (Imam), S. R. (1998). *Alrasael*, edited by Mojtaba Tehrani, vol. 1, Qom: Ismaili Publications [In Arabic].
- Khomeini, S. R. (2000). *The Book of Sale*, Tehran: Imam Khomeini Publishing House [In Arabic].
- Khorasani, M. K. (1986). *The Margins of the Al-Makasib*, Tehran, Ministry of Culture and Islamic Guidance [In Arabic].
- Khorasani, M. K. (1998). *Kefayeh Alosoul*, vol. 3, Qom: The Islamic Publishing Institute [In Arabic].
- Kulayni, M. (1987). *Al-Kafi*, edited by Ali Akbar Ghaffari, vol. 7, Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah [In Arabic].
- Langroodi, M. J. (2008). *Marginalized Collection of Civil Law*, Tehran: Ganj Danesh Library [In Persian].
- Makarem Shirazi, (2003). The Book of Marriage, vols. 1, 4 and 6, edited by: Mohammad Reza Hamedî and Masoud Makarem, Qom: Madrasa of Imam Ali ibn Abi Talib (a.s.) [In Arabic].
- Makarem Shirazi, N. (1992). *Anwar al-Fiqaha*, vol. 3, Qom: Madrasah of Amir al-Mu'minin (peace be upon him) [In Arabic].
- Makarem Shirazi, N. (2003). *Al-Qawwa'id al-Fiqhiyah*, vol. 2, Qom: Madrasah of Imam Ali ibn Abi Talib (peace be upon him).
- Milani, S. M. H. (1975). *Mohazera fi fiq Alemamiyyah*, Kitab al-Bay', Mashhad: Ferdowsi University [in Arabic].
- Mohammad Hassani, S., and Naqibi, S. M. (2022). Criticism and Study of the Definition of the Right to Swear in the Opinions of Imamiyyah Jurists, *Journal of Islamic Law*, 22(2), 413-444 [In Persian].
- Mohaqqeq Damad, M. (1991). Abandonment of Property, *Legal Research*, 8, 6-31 [In Persian].
- Mohaqqiq Damad, S. M. (2011). *Rules of Jurisprudence, Civil Division*, Tehran: Samt, vols. 1 and 2 [In Arabic]

- Moin, M. (1978). *Moein Persian Dictionary*, vol. 1, letter A-Kh, Tehran: Amir Kabir [In Persian].
- Mozaffar, M. R. (1992). *Principles of Jurisprudence*, vol. 2, Qom: Islamic Propaganda Office Publication Center of the Seminary [in Arabic].
- Mu'azzi Najafabadi, E., and Naqibi S. A. (2020). Application of the Positive Principle in the Science of Principles and Jurisprudence, *Jurisprudence and Principles*, 51(4), 93-114 [In Persian].
- Muruj Jazayeri, M. J. (1995). *A Look at the Rights, Rules and Categories*, Qom, Dar al-Kutub al-Islamiyyah [In Arabic].
- Mustafavi, H. (1992). *A study of the words of the Holy Quran*, vols. 1, 2, 5 and 6, Tehran: Markaz al-Kitab for Translation and Publishing.
- Mustafavi, S. M. K. (2010). *Ma'e Qada' al-Fiqhiyyah*, vol. 1, Qom: Dar al-Mustafa al-Alamiyyah [In Arabic].
- Na'ini, M. M. H. (1984). *Fawa'id al-Osoul*, vol. 4, Bija: Islamic Publications [In Arabic].
- Na'ini, M. M. H. (1990). *Ajvad al-Taqriraat*, Qom: Mustafavi Publications [In Arabic].
- Na'ini, M. M. H. (1997). *Muniyat al-Talib fi Sharh al-Makasib*, Mirza Muhammad Husayn Na'ini's writings written by Musa Khansari, vol. 1, Qom: Al-Nashr al-Islami [In Arabic].
- Najafi, M. H. (1984). *Jawaher al-Kalam fi Sharh al-Shar'i al-Islam*, researched by Muhammad Quchani, vols. 23, 26, 29, 31, 32 and 37, Beirut: Dar Ihya' al-Turat al-Arabi [In Arabic].
- Naraqi, A. (1994). *Mostanad al-Shi'ah fi Akhma' al-Shari'ah*, vol. 16, Qom: Al-Bayt Foundation (peace be upon them) [in Arabic].
- Omidi, J. (2013). The concept and elements of the Sharia rule and its comparison with the legal rule, *Jurisprudential Foundations of Islamic Law*, 6(11), 9-30 [In Persian].
- Pour-Abdollah, and Mohammad-Hasani, S. (2017). The position of the right to the right to be together at night(ghasm) in strengthening the family entity,. *Jurisprudence and Family Law*, 22(6), 27-49 [In Persian].
- Qanavati, J., Javar, H., Jafari Harandi, M. (2013). Study of the view of Isfahani on property, right and Imperative rules(obligations); *Jurisprudence and Principles*, 45(1), 53-67 [In Persian].
- Qummi, M. A. (1993). *Jame' al-Shattaat*, Vol. 3, Tehran: Kayhan [In Arabic].
- Raghib Isfahani, H. (1412). *Mufradat Al-Faz Al-Quran*, Lebanon: Dar al-Ilm - Dar al-Shamiyah [In Arabic].
- Rahimi, M., Soleimani, S. (2018). Examining the right or decree of the spouse's right to appeal in revocable divorce, *Islamic Jurisprudence and Law*, 9(17), 57-79 [In Persian].

- Sabzwari M. B. (2003). *Kifayat al-Ahkam*, Qom: Islamic Publications Office [In Arabic].
- Sabzwari, S. A. (1992). *Muhdhab al-Ahkam for Sabzwari*, Qom: Al-Manar Institute [In Arabic].
- Sadr (Shahid), M. B. (1998). *Mahbaab al- Osoul*, edited by Kazim Hussaini Ha'iri, vol. 3, Qom: Muqaddas [In Arabic].
- Sadr, S. M. (1999). *Mawara al-Fiqh*. vols. 3 and 8, Beirut: Dar al-Adwaa [In Arabic].
- Saduq, M. (1992). *Man la yadharha al-Faqih*, vol. 4, Qom, Islamic Publishing Institute [In Arabic].
- Safaei, H. (1389). *General Rules of Contracts*, Tehran: Mizan Publishing [In Persian].
- Safaei, S. H., Emami, A. (2010). *Brief History of Family Law*, Tehran: Mizan Publishing [In Persian].
- Saket, M. H. (2009). *Jurisprudence*, Tehran: Third party publication. [In Persian].
- Shushtari, S. M. H. (2006). *New Perspectives on Law*, vol. 2, Tehran: Mizan Publishing [In Persian].
- Sobhani Tabrizi, J. (n.d). *Al-Mahsul fi 'Ilm al-Osoul*, edited by Seyyed Mahmoud Jalali Mazandarani, vol. 4, Qom: Imam Sadiq Institute [In Arabic].
- Sobhani, J. (2011). *Al-Mabsut fi Osoul al-Fiqh*, Qom: Imam Sadiq (a.s.) Institute Publications [In Arabic].
- Tabarsi, F. (1992). *Majma' al-Bayan fi tafsir al-Quran*, vol. 1, Beirut: Mastaseh al-Alami [In Arabic].
- Tabatabaei Hakim, S. M. (n.d). *Nahj al-Fiqaha*, Qom: 22 Bahman Publications [In Arabic].
- Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1990). *Margin of Al-Makasib*, vol. 1 and 2, Qom: Ismailiyan [In Arabic].
- Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (n.d). *Additions to al-Urwa al-Wathqi*, vol. 2, Qom: Maktaba al-Davari [In Arabic].
- Tabrizi, J. (1995). *Ershad Altaleb Ela Attaligh Ala Al-Makasib*, vol. 2, Qom: Ismaili [In Arabic].
- Turahi, F. (1995). *Majma' al-Bahrain*, vol. 1-5, Tehran: Al-Muktab al-Murtadawiyah for the Revival of Al-Ja'fari Monuments [in Arabic].
- Farahidi, A (1409). *Kitab al-Ayn*, vols. 1 and 1, 2 and 3, Qom: Dar al-Hijrah Institute [in Arabic].
- Tusi, M. (1987). *Tahdhib al-Ahkam*, edited by Hassan Mousavi Khorsan, vol. 10, Tehran: Dar al-Kutb al-Islamiyyah [In Arabic].
- Vahedi, Q. (2001). *Introduction to Law*, Tehran: Ganj Danesh Publishing [In Persian].