

تحلیل مفهومی و مبانی «قرارداد حکمی» در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران

سیدمصطفی سعادت مصطفوی • دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق

m.mostafavi@isu.ac.ir

علیه السلام، تهران، ایران.

عاطفه ذبیحی بیدگلی • استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه علامه

a.zabihi@atu.ac.ir

طباطبائی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

چکیده

مطابق با قواعد عمومی قراردادها، رابطه اصحاب قرارداد بر پایه اراده ایشان شکل می‌گیرد و هر قرارداد صرفاً زمانی طرفین خود را ملزم و ملتزم به مفاد خود می‌نماید که اراده صحیح متعاقدين در تشکیل و تداوم آن قرارداد دخالت داشته باشد؛ خواه به اصلت یا نیابت. با این همه، در منابع فقهی و حقوقی در مواردی چند مشاهده می‌شود که در بیان احکام ناظر به برخی اعمال حقوقی، از تعبیر «در حکم...» استفاده شده است که حاکی از ترتب آثار نهاد حقوقی دیگر بر موضوعی، خلاف اراده و مفاد تراضی طرفین آن است؛ درحالی‌که به لحاظ مفهومی، ماهیت دوم دقیقاً منطبق بر نهاد مذکور نیست تا به حسب قاعده و به تبع تطبیق دایره موضوعی آن‌ها، بتوان آن دو را در احکام و آثار مشترک دانست. به عبارت دیگر، قانونگذار بر خلاف اراده حقیقی طرفین، وجود قرارداد را فرض نموده و ماهیتی قراردادی را در حکم ماهیتی دیگر دانسته و آثار ماهیت دوم را بر اولی مترتب ساخته است. پژوهش حاضر با روش توصیفی تحلیلی در صدد بررسی مفهوم و مبانی این شیوه عملی قانونگذار و شارح در حقوق قراردادها، تحت عنوان ابداعی «قرارداد حکمی» است، که حسب مورد هم در فرض نبود رابطه قراردادی و هم در فرض انحلال رابطه قراردادی قابل تصور است. مبتنی بر یافته‌های پژوهش، به‌قرینه احراز قواعدی شامل عمل به ظاهر، انصاف و عدالت، قاعده لاضرر، نظم عمومی، قاعده تعزیر و مصلحت، به‌عنوان مبانی قرارداد حکمی، قاعده توسط قانونگذار یا دادرس قابل اعمال خواهد بود.

واژگان کلیدی: قرارداد واقعی، قرارداد حکمی، فرض حقوقی، نظم عمومی.



مقدمه:

به لحاظ قواعد عمومی حاکم بر معاملات، تعهدات قراردادی بر پایه قصد طرفین و مفاد تراضی تعیین می‌شود؛ در عین حال، در مواردی این قاعده نادیده انگاشته شده و قانونگذار، برخلاف اراده حقیقی طرفین، وجود قرارداد را فرض نموده و ماهیتی قراردادی را در حکم ماهیت دیگر دانسته و آثار ماهیت دوم را بر اولی مترتب ساخته است. «در حکم یک قرارداد» پنداشتن رابطه‌ای حقوقی در دو فرض امکان‌پذیر است که برای هر یک نمونه‌هایی در منابع فقهی و حقوقی به قرار ذیل قابل ذکر است:

الف. برخی مصادیق قرارداد حکمی ناظر به مواردی است که قرارداد موجود میان طرفین به دلایل مختلفی از قبیل فسخ، اتمام مدت و ... منحل شده و در عین حال، قانونگذار همچنان آثار و احکام قرارداد مزبور را بر رابطه قراردادی منحل شده جاری نموده است.

ب. گروه دوم ناظر به مواردی است که قانونگذار وجود رابطه‌ای قراردادی میان طرفین را اعتبار نموده و آثار قراردادی بر رابطه طرفین قرارداد حاکم نموده است؛ در حالی که به واقع، هیچ‌گونه توافق ارادی میان طرفین بر انعقاد قرارداد خاص مدنظر قانونگذار وجود ندارد.

شایان ذکر است نظر به اینکه عنوان قرارداد حکمی در دو فرض مزبور محقق می‌شود؛ رابطه حقیقی میان طرفین در این پژوهش، تحت عنوان رابطه پایه یاد می‌شود.

با توجه به اینکه هدف پژوهش حاضر بررسی مفهوم و مبانی این شیوه عملی قانونگذار و شارع در حقوق قراردادها تحت عنوان ابداعی «قرارداد حکمی» است در راستای امکان شناسایی قاعده در حقوق ایران از طریق بررسی مصادیق تحقق قرارداد حکمی در فقه و حقوق داخلی (بررسی ماهیت و آثار مصادیق احتمالی)، مصادیق قرارداد حکمی در مواد قانونی و احکام فقهی به حسب

زنگنه

الف. عناوین بررسی شده در گروه نخست شامل مواردی از قبیل «انحلال عقد وکالت، ابقای برخی آثار عقد نکاح پس از انحلال تا پایان عده رجعی، فسخ مزارعه بعد از ظهور ثمره، در حکم ضامن بودن محال علیه بری و فرض بقای زوجیت در طلاق مریض منجر به موت، تحدید اختیارات یا عزل قائم مقام تجارتی تا قبل از اعلان، شروط ضمن عقد مستقل، قراردادهای تجزیه پذیر و توافق ضمنی طرفین عقد منحل شده بر ابقای آثار قراردادی و در نهایت، شروط تحمیلی» است که از میان قوانین و مقررات بررسی شده در این گروه، تنها فرض انحلال قرارداد پایه، فرض ضامن بودن محال علیه بری، ابقای برخی از آثار رابطه زوجیت بر طلاق مریض، فرض اعتبار نمایندگی ظاهری قائم مقام تجاری در حمایت از ثالث و فرض عدم اعتبار شروط تحمیلی یا غیرمنصفانه به عنوان مصادیق قرارداد حکمی به لحاظ مفهومی کاملاً منطبق با آن دانسته شد.

نظر به احراز مصادیق مذکور برای قرارداد حکمی و با توجه به این که این رویه در عمل در مقام تقنین مورد استفاده قانونگذار قرار گرفته و مصادیق آن در قوانین مختلف مشاهده می‌شود؛

تعیین ماهیت، گستره و مبانی آن ضرورت پیدا می‌کند. در پی تعیین مبانی، این امکان پدید خواهد آمد که در مواضعی که مبنای صحیحی برای فرض قرارداد حکمی از سوی قانونگذار وجود داشته باشد؛ اراده قانونگذار بر رابطه حقیقی و ارادی طرفین تحمیل گردد و آثار ماهیت دیگر بر رابطه حقیقی به حکم الزام قانونگذار مترتب گردد. بدین منظور پژوهش حاضر، پس از تعریف قرارداد حکمی و تبیین مؤلفه‌های مفهومی آن، به بررسی مبانی احتمالی برای فرض قانونگذار و مداخله او خلاف توافقات ارادی طرفین رابطه پایه پرداخته است.

۱. تبیین مفهومی عنوان قرارداد حکمی

در ارتباط با فرض «در حکم دیگری بودن» قراردادها - که در لسان فقها و حقوقدانان به کار رفته و در برخی موضوعات از قبیل در حکم زوجه بودن معتده رجعی به کرات استفاده شده و حتی در بند ۲ ماده ۸ قانون امور حسبی در بحث صلاحیت دادرس مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته - یکی از سؤال‌های اساسی، جریان عنوان اصولی «حکومت» در این باب و شرایط آن است. بر این اساس، در تبیین مفهوم و مصادیق قرارداد حکمی در حقوق داخلی اولین گام تبیین رابطه قرارداد حکمی نسبت به قاعده اصولی حکومت است.

در حکومت^۱، یکی از دو دلیل لفظی در دیگری تصرف کرده و با نظارت بر آن، موضوع (یا محمول آن) را در عالم تشریع، به صورت ضمنی تفسیر نموده و آن را تضییق یا توسعه می‌دهد (انصاری، ۱۴۱۹: ۷۵۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۵۳) و ارتفاع موضوع یا حکم در حکومت نیز جعلی و تنزیلی است. مثال متداول حکومت، دو دلیل «لا شک فی النافله» و «متی شککت خذ بالاکثر» ذکر شده که

^۱ حکومت و ورود، از جمله روش‌های جمع میان ادله در بحث تعادل و تراجیح در اصول فقه امامیه است که از نوآوری‌های شیخ انصاری دانسته شده است (تبریزی، ۱۳۶۹، ص. ۵۸۸، ر.ک. مخلصی، ۱۳۷۳، شماره ۱) و براساس آن دلیل حاکم یا وارد، همواره بر دلیل دیگر مقدم خواهد بود؛ لذا هیچ‌گونه تعارضی میان آن‌ها وجود ندارد.

دلیل نخست، دلیل حاکم و متفرّع بر دلیل محکوم بوده؛ به نحوی که اگر دلیل محکوم نباشد، وجود آن لغو خواهد بود. در مقام تعریف، دلیل حاکم دلیلی است که تعبداً بر دلیل دیگر نظارت داشته و در صدد بیان و تفسیر یا تنزیل ادعایی آن است (مظفر، ۱۳۷۵ ج ۲، ص. ۲۲۲).

رویه قانونگذار مبتنی بر تعریف فوق در تحمیل رابطه قراردادی بر رابطه میان طرفین برخلاف اراده طرفین که منطبق بر قاعده اصولی حکومت است؛ در مواد قانونی مختلف از قبیل وکالت حکمی (ماده ۶۸۰ قانون مدنی)، کفالت قهری (ماده ۷۴۵ قانون مدنی)، فرض اعتبار اعمال شرکت‌های تجاری (مواد ۹۵ و ۲۲۰ قانون تجارت، ۲۱۰ لایحه اصلاحی و...)، ضامن بودن محال‌علیه بریء (ماده ۷۲۷ قانون مدنی)، ابقای برخی از آثار رابطه زوجیت بر طلاق مریض (ماده ۹۴۴ قانون مدنی)، فرض اعتبار نمایندگی ظاهری قائم‌مقام تجاری در حمایت از شخص ثالث (ماده ۳۹۶ قانون تجارت) و فرض عدم اعتبار شروط تحمیلی یا شروط غیرمنصفانه (قانون نحوه اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی) بند ط ماده (۴۵) موسوم به قانون خصوصی‌سازی یا قانون موافقت‌نامه حمل و نقل هوایی بین دولت ایران و تونس مصوب (۱۳۸۶) و ... مشاهده می‌شود.

با توجه به مصادیق مذکور در قوانین موضوعه که از آن‌ها تحت عنوان قرارداد حکمی یاد می‌شود؛ مؤلفه‌های تعریف مفهوم قرارداد حکمی را باید شامل موارد زیر دانست:

۱. قرارداد حکمی، تحدید اراده افراد و تحمیل آثار قرارداد بر ایشان با تعبد به حکم قانونگذار است. اقدام قانونگذار صرفاً ناظر به شناسایی قرارداد خاص از سوی وی و تحمیل آثار قانونی همان قرارداد است.

۲. رابطه حقوقی پایه که قانونگذار آن را در حکم قرارداد دیگر فرض می‌کند، اعم از رابطه حقوقی قراردادی (وکالت حکمی) و غیرقراردادی (کفالت حکمی) است.

۳. میان طرفین رابطه پایه، نه به حمل اولی و نه به حمل شایع صناعی به نحوی که منطبق با دایره مفهومی قرارداد حکمی و تحمیلی باشد، رابطه حقوقی قراردادی حقیقی و ارادی وجود ندارد (یا اساساً رابطه قراردادی شکل نگرفته یا در فرض انعقاد نیز این رابطه به اراده متعاملین منحل شده است).

۵. در تمامی مصادیق قرارداد حکمی اساساً مقتضی برای حدوث یا بقای قرارداد (اراده متعاقدين وجود ندارد) مفقود است و قانونگذار به موجب دلیلی، قرارداد اصالتاً و حقیقتاً مفقود را موجود و واجد اعتبار حقوقی، فرض می‌کند.

۶. مبنای شناسایی قرارداد حکمی اعم از مصالح شخصی و نوعی اطراف آن، افراد دیگر یا مصالح عامه است (صرفاً حمایت از ثالث یا حسن نیت نیست).

۸. به لحاظ ماهیت، قرارداد حکمی یک وضعیت حقوقی است و نه یک ضمانت اجرا.

۹. قرارداد حکمی ناظر به شناسایی یک قرارداد و فرض قانونگذار و از امور حکمی است و تحت عناوین تفسیر قرارداد (به معنای زدودن ابهام قرارداد با کشف اراده متعاقدين و نه از قسم حکومت تفسیریه)، تعدیل (اتخاذ راه حل جدید در اجرای قرارداد به حسب شرایط حادث)، تغییر قرارداد (حاکم نمودن مصالح و اقتضائات عرفی بر اراده طرفین نسبت به مفاد قرارداد)، تکمیل قرارداد (استمداد از عرف و قانون در مواضع سکوت قرارداد)، اثبات قرارداد (احراز وقوع و مضمون شرایط قرارداد) و توصیف قرارداد (تطبیق مصداق واقع شده با مفاد قانونی) ناظر به رابطه حقوقی پایه قرار نمی‌گیرد (علمی یزدی، ۱۳۸۹: ۲۲۵-۲۳۳).

۱۰. آثار قرارداد حکمی بر طرفین رابطه پایه، محدود به اراده قانونگذار و حدود نظارت دلیل حاکم است. همچنین شناسایی قرارداد حکمی محدود به بازه زمانی خاصی نبوده و مدت به اقتضای شرایط و آثار قرارداد حکمی قابل تعیین است.

۲. بررسی مبانی احتمالی شناسایی قرارداد حکمی در فقه و حقوق

در مقام تبیین گستره اعمال حکومت در موضوعات مختلف حقوقی ضروری خواهد بود که مبانی عام قواعد فقهی و حقوقی که - به جهت خصیصه تحمیلی بودن آنها نسبت به مفاد واقعی قراردادهای منعقدۀ میان افراد - قرار گرفتن آن در ردیف مبانی مصادیق مختلف قرارداد حکمی محتمل است؛ مورد بررسی قرار گیرد.

آنچه در این پژوهش تحت عنوان مبانی قرارداد حکمی موضوع شناسایی قرار گرفته است، مبنا به معنای «چرایی وضع قاعده در راستای شناسایی قرارداد حکمی و تحمیل آثار آن بر رابطه پایه میان طرفین آن» است و در واقع مجاری اعمال حکومت در فرض ماهیتی غیر از ماهیت حقیقی رابطه پایه، محل بحث است. در واقع، چرایی و علت وضع حکم در اینجا به معنای غرض و مصلحتی است که شارع یا قانونگذار آن را سبب جعل حکم و وضع قانون قرار داده است؛ به نحوی که حکم دائر مدار تحقق آن باشد. دایره معنایی علت نیز قواعد و اصولی است که به عنوان مستندات مشروعیت حکم می‌توان از آن یاد کرد.

در نهایت در مورد مبانی، این مهم باید مورد توجه باشد که وجود مبنا برای یک قاعده در صورتی مفهوم پیدا می‌کند که نسبت به مصادیق قاعده از وجه شمولیت برخوردار باشد و بتواند نسبت به تمامی مصادیق و افراد آن قابل تعمیم و تسری باشد. در عین حال، ناظر به ویژگی مزبور، دو نکته باید ملحوظ گردد:

نخست اینکه، بدیهی است هر ماهیتی ممکن است قابل تقسیم بر اقسام مختلف باشد که این اقسام از یک سو واجد جنبه اشتراکی هستند که وجود این وجه مشترک، ضامن مشروعیت تقسیم است و در عین حال، وجوه افتراقی میان عناوین قسیم یکدیگر موجود است که هدف از تقسیم را تأمین

می‌کند. بر این اساس، در مورد قرارداد حکمی که در دو قسم عمده (فروض قراردادی بودن یا نبودن رابطه پایه) قابل شناسایی دانسته شد؛ مبانی می‌تواند جزئی یا کلی باشد. بنابراین معیار شناسایی مبانی قاعده حقوقی نباید وحدت مبنا باشد و در نتیجه، ارزیابی مبانی ناظر به آن نخواهد بود که در نهایت بتوان به مبانی واحدی دست یافت.

دوم این که، با توجه به این که مبانی از وصف جزئیت و کلیت برخوردارند، ذکر هر مبنا بدین معنا نخواهد بود که لزوماً هر اصل و قاعده و دلیل که به عنوان مبنا معرفی می‌شود، نسبت به تمامی مصادیق و به نحو عام قابل انطباق باشد. توضیح اینکه برخی از مبانی مذکور خود می‌توانند نسبت به دیگری مبانی عام تلقی شود و مثلاً جریان قواعدی چون لاضرر، تعزیر و ... در مصادیق مختلف، خود در نهایت می‌تواند نمایندگی از احقاق عدالت و انصاف کند یا نتیجه مصلحت می‌تواند عدالت به معنای حقیقی باشد.

پیش از ورود به بحث ذکر این نکته لازم است که بدیهی است که هر قرارداد، حداقل دو طرف دارد و مبتنی بر قاعده اولیه، توافق طرفین، رضایت ایشان و احقاق عدالت و استیفای حقوق هر یک به نحو تام باید ملاک قضاوت میان ایشان باشد؛ اما گاهی مصلحت و مبانی اهم وجود دارد که نتیجه آن ممکن است تأمین کننده عدالت ظاهری میان اطراف قرارداد نباشد اما در نگاه کلان، جریان عدالت حقیقی در سطح جامعه را به همراه داشته و از بین برنده زمینه ظلم و فساد باشد که تحت عنوان قرارداد حکمی وجود چنین مبانی می‌تواند تغییر مفاد قرارداد برخلاف اراده متعاقدين را توجیه و تفسیر نماید.

مبانی احتمالی قابل بررسی شامل «عمل به ظاهر، انصاف و عدالت، قاعده لاضرر، نظم عمومی، قاعده تعزیر و مصلحت» است:

۲-۱. تئوری عمل به ظاهر:

به موجب نظریه عمل به ظاهر، چنانچه شخصی وضعیتی ایجاد نماید که اشخاص خارج از ساختمان عنصر حقوقی (اشخاص ثالث) به آن وضعیت ظاهری هرچند خلاف واقع، اعتماد نموده و بر اساس آن اقدامی انجام دهند، نسبت به آثار و نتایج عنصر حقوقی ظاهری مسئولیت خواهد داشت؛ لیکن این اثر محدود به ثالثی است که به واسطه عدم اطلاع از حقیقت امر، دچار اشتباهی معقول و موجه شده است (لطفی، ۱۳۹۶، ص. ۳۱۶).

برخی مؤلفان حقوقی خاستگاه اصلی اختیار ظاهری را نظام کامن لا دانسته و بر این عقیده‌اند که در کشورهای رومی-ژرمنی این نظریه وارد مجموعه قوانین نشده؛ بلکه صرفاً رویه قضایی به سمت پذیرش این نظریه حرکت نموده است (امیرمعزی، ۱۳۸۸، ص. ۱۱۲). اعتبار صحت ظاهری در مصادیق مختلفی شامل وکالت ظاهری، صحت ظاهری عملیات تجاری و نیز حقوق شرکت‌ها، اقامتگاه ظاهری، اسناد تجاری، حقوق ورشکستگی و ... واجد اثر حقوقی است (صقری، ۱۳۹۰، ص. ۹۰-۱۱۴) که غالب این موارد، ذیل بحث تفسیر قراردادها (اراده ظاهری) و نمایندگی ظاهری قابل بحث است.

یکی از مظاهر بارز نظریه عمل به ظاهر در حقوق کامن لا، بحث تفسیر قراردادها و رفع ابهام از قرارداد در صورت بروز اختلاف است. حقوق انگلیس ابتدا متأثر از ترجمه‌ای که از آثار حقوقدانان شهیر فرانسوی در حقوق این کشور صورت گرفته بود؛ متمایل به اراده باطنی در تفسیر قرارداد بود؛ لیکن در پی پیشرفت و صنعتی شدن جوامع و انعقاد قراردادهای بزرگ و پیچیده در سطح اجتماع این نظریه کم کم تعدیل شد تا این که قواعدی از قبیل قاعده «parol Evidence Rule» در حقوق انگلیس، پذیرفته شد که طی آن «اگر متن قرارداد کتبی، واضح و روشن باشد، با هیچ قرینه و دلیل خارجی یا شفاهی نمی‌توان مفهوم قرارداد را تغییر داد و یا آن را تفسیر کرد» (قشقائی، ۱۳۷۸،

ص. ۷۹). بر این اساس، اگر شخصی به صورت متعارف بر ظاهری که دیگری ایجاد نموده، اعتماد نماید؛ شخص ایجاد کننده ظاهر نمی تواند به خلاف ظاهر استناد نماید.

اعتبار اراده ظاهری در بحث تفسیر قراردادها در کنوانسیون های بین المللی نیز مشاهده می شود که نمونه آن در بند ۲ ماده ۸ کنوانسیون بیع بین المللی کالامصوب ۱۹۸۰ وین است که معیار نوعی را در تفسیر الفاظ و اعمال طرفین ملاک قرار داده است. اعمال ماده مذکور ناظر به شرایطی است که اگر شخصی به ظاهر، به طور متعارف و با حسن نیت اعتماد نماید؛ اعتماد وی تحت حمایت این کنوانسیون قرار می گیرد. مشابه این مضمون را در اسناد دیگر بین المللی مانند اصول قراردادهای تجاری بین المللی نیز می توان مشاهده کرد.

نظریه نمایندگی ظاهری ابتدا در رویه قضائی انگلیس مطرح شد و سپس مورد استقبال قضات دیگر کشورها قرار گرفت؛^۱ تا جایی که امروزه در نظام حقوقی انگلیس، نمایندگی ظاهری صراحتاً به عنوان یکی از اقسام نمایندگی ها در آثار نویسندگان حقوقی مورد اشاره قرار گرفته (Anson, 1964, p.525) و تمامی حوزه های این نظریه و همچنین عمده کاربردهای آن پذیرفته شده است.^۲ منظور از آن، نمایندگی یا اختیاری است که در آن، اصیل ظاهری با لفظ، فعل یا ترک فعل عمدی یا

^۱ البته نظریه مشابه دیگری نیز در حقوق انگلیس مطرح بود که قدری نزدیک به تئوری نمایندگی ظاهری دانسته می شود و آن تئوری اثباتی «اطلاع حکمی» (Constructive Notice) «است (ر.ک. استادی، ۱۳۸۷، ص. ۷۸).

^۲ نمایندگی ظاهری دارای چهار قلمرو اصلی دانسته شده که برخی از آن ها رایج و برخی دیگر ناشناخته مانده است: ۱. استفاده از نمایندگی ظاهری به منظور ایجاد اختیار برای نماینده پس از خاتمه رابطه نمایندگی؛ ۲. استفاده از آن به منظور ایجاد اختیار در جایی که سابقاً اختیار واقعی وجود داشته اما اصیل، محدودیت یا محدودیت هایی ایجاد نموده که اشخاص ثالث از آن آگاهی ندارند؛ ۳. استفاده از آن برای ایجاد اختیار در جایی که اختیار سابق وجود ندارد؛ ۴. استفاده از آن به منظور گسترش و توسعه اختیارات. (Sealy, Hooley, ۲۰۰۹, p.۱۲۱).

غیر عمدی، ظاهری را مبنی بر وجود رابطه نمایندگی میان اصیل و نماینده ظاهری ایجاد نموده یا اجازه می‌دهد که چنین ظاهری ایجاد شود؛ در حالی که چنین رابطه‌ای به واقع وجود ندارد.

از جمله مصادیق نمایندگی ظاهری در حقوق انگلستان را می‌توان قانون عاملان مصوب 1889 و قانون بیع کالا مصوب 1893 برشمرد. انعکاس نظریه عمل به ظاهر در بحث نمایندگی در اسناد بین‌المللی از جمله کنوانسیون نمایندگی در بیع بین‌المللی کالا نیز قابل مشاهده است.^۱

تئوری نمایندگی ظاهری بر دو عنصر اساسی استوار است:

الف. ایجاد ظهور نمایندگی از سوی اصیل یا نماینده او؛

ب. حسن نیت شخص ثالث و عدم تقصیر او در جهل نسبت به واقع.

در نتیجه این نمایندگی ظاهری تنها اصیل در مقابل شخص ثالث مسئول انجام تعهدات قراردادی خواهد بود. این در حالی است که در صورت عدم پذیرش نمایندگی ظاهری و حسن نیت، مبتنی بر اصل نسبی بودن قرارداد در صورتی که شخصی بدون هیچ‌گونه مجوزی به عنوان نماینده اقدام نماید یا آن که نماینده قراردادی فراتر از مجوز اعطا شده به وی اقدام نماید، اصیل (در صورت عدم تنفیذ اقدامات نماینده) در مورد نخست، هیچ‌گاه مسئول تلقی نمی‌شود و در مورد دوم نیز نسبت به اقداماتی که فراتر از مجوز صورت گرفته، مسئول نمی‌باشد (فورمستن، ۱۳۹۴، ص. ۶۹).

در خصوص پذیرش یا عدم پذیرش این نظریه میان نویسندگان حقوقی داخلی تردیدهایی وجود دارد؛ در عین حال به عقیده برخی حداقل در برخی موارد و به طور استثنائی و عمدتاً از طریق اقتباس از سایر نظام‌های حقوقی این نظریه قابل پذیرش دانسته شده (دمرچیلی و دیگران، ص. ۲۰۲،

^۱ این کنوانسیون در ۳۵ ماده و در تاریخ ۱۷ فوریه ۱۹۸۳ میلادی در ژنو به امضا و تصویب رسید و در ماده ۱۹ خود بیان می‌دارد که: «ختم یا فسخ اختیار نماینده نباید بر حقوق اشخاص ثالث اثر گذارد؛ مگر این که از فسخ یا وقایعی که سبب فسخ باشد آگاه گردد یا از اوضاع و احوال برآید که ثالث می‌بایست از ختم اختیار آگاه باشد» (ر.ک. خسروانجم، ۱۳۹۰، ص. ۲۶).

امیری قائم مقامی، 1351، ص. ۴۹، اسکینی، ۱۳۸۹، ص. ۲۲، امینی، ۱۳۹۳، ص. ۶۴-۶۸ و در مجموع چنین اظهار شده است که هر چند نهاد نمایندگی ظاهری در نظام حقوقی ایران فاقد مستند خاص قانونی است؛ اما قابل اصطیاد از طریق استقراء در قوانین مختلف و نیز به استناد اصول حقوقی چون قاعده ضمان غرور دانسته شده است (استادی، ۱۳۸۷، ص. ۱).

از دیدگاه قائلین مزبور مواد قانونی متعددی از قبیل ماده 680 قانون مدنی، ماده 37 قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، مواد ۵۱۰، ۳۹۶، 397 و 399 قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، مواد 118 و 135 لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، ماده 92 قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶، ماده 3 قانون کار مصوب ۱۳۶۹، بند 2 ماده 2 قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴، قابلیت تحلیل و تفسیر بر اساس نظریه نمایندگی ظاهری را دارند. نظر به این که مبنای مذکور در حقوق داخلی در عمل، مورد شناسایی قانونگذار قرار گرفته؛ می-توان این ملاک را به عنوان یکی از مبانی تحمیل رابطه قراردادی بر روابط پایه طرفین در مواردی که چنین ظاهری شکل گرفته است، برشمرد اعم از این که رابطه پایه، قراردادی باشد یا غیرقراردادی.

۲-۲. عدالت و انصاف:

اصل انصاف را باید از جمله مکانیزم‌هایی برشمرد که محاکم انصاف به کمک آن و با توجه به ملاحظات اصل حسن نیت، در راستای تعدیل عدم انعطاف و خشکی اولیه حقوق انگلیس گام برداشته‌اند. این اصل هم قبل و هم بعد از ادغام دادگاه‌های انصاف و دادگاه‌های حقوقی در این کشور، از تأثیر مهمی بر استدلال و تجزیه و تحلیل حقوقی برخوردار بوده و همواره یک قطب قوی میان دکترین به شمار رفته و ارزش این اصل نیز پیوسته در این نظام حقوقی رو به افزایش است. هدف از انصاف در حقوق انگلستان جلوگیری از رفتار غیرمنصفانه و به طور کلی به معنای تفکر مبتنی بر رفتار یکسان با دو طرف دعوی دانسته شده است (عادل، ۱۳۸۹، ص. ۱۸۲).

ضرورت کاربرد این اصل به اذعان یکی از مفسرین حقوق این دانسته شده که «به رغم اغراقی که در خصوص پیروی از مفهوم آزادی مطلق قراردادی صورت می‌پذیرد؛ به طور روزمره علیه توافقات ناعادلانه، غیرمنصفانه، نامعقول و ظالمانه رأی صادر می‌گردد» (آدامز و براونزورد، ۱۳۸۶، ص. ۱۸۱). اما در مورد معنای انصاف اختلاف نظر وجود دارد و ارائه تعریف روشنی از آن امکان‌پذیر دانسته نشده است؛ اما با توجه به نقش محوری آن در حقوق دو نقش عمده برای آن ذکر شده است: نقش اصلاح قراردادها که با رعایت سایر قواعد، قرارداد سخت و بی‌روح را با موضوع مستحده منطبق کرده و آن را تعدیل می‌نماید. نقش دیگر، تکمیل قراردادهای ناقص است که غرض نهایی در هر دو نقش، تحقق عدالت است (انصاری، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۵).

این قواعد که تحت عنوان Maxims از آن‌ها یاد می‌شود؛ در کتب حقوقی در قالب ۱۵ قاعده شمارش شده است (عادل، ۱۳۸۹، ص. ۱۸۳-۱۸۴):

۱. کسی که از انصاف کمک می‌خواهد باید خود منصفانه عمل نماید؛ ۲. کسانی که به انصاف مراجعه می‌کنند باید دست‌های پاک داشته باشند؛ ۳. تأخیر، انصاف را زایل می‌کند؛ ۴. دستورات انصاف بر اشخاص اعمال می‌شود؛ ۵. انصاف عمل خطا را بدون جبران نمی‌گذارد؛ ۶. انصاف آنچه را که می‌بایست انجام گیرد را انجام شده تلقی می‌کند؛ ۷. انصاف به قصد اشخاص توجه دارد تا به عنوان (شکل) اسناد؛ ۸. انصاف بنا را بر قصد انجام تعهد می‌گذارد؛ ۹. انصاف یعنی برابری؛ ۱۰. انصاف دنباله‌رو حقوق است؛ ۱۱. در موارد برابری دو انصاف، حقوق (کامن‌لا) حاکم خواهد شد؛ ۱۲. زمانی که دو انصاف یکسان باشند، انصاف مقدم، حاکم خواهد شد؛ ۱۳. انصاف قرارداد

غیرمنصفانه را تنفیذ نمی‌کند؛ ۱۴. انصاف ضبط وثیقه در رهن را نمی‌پسندد؛ ۱۵. انصاف پرداخت کننده از روی تبرع را مساعدت نمی‌کند»^۱.

برخلاف «اصل انصاف» در حقوق انگلستان که از انعطاف بیشتری برخوردار است؛ «قاعده عدالت» در فقه (که مشروعیت آن به عنوان مبنای وضع قانون محل تردید جدی نزد فقهاست) بیش‌تر ناظر به مداخله از باب احقاق حق و ایصال حق به صاحب آن و جلوگیری از بروز رفتار غیرمعقول و ظالمانه است؛ لذا این قاعده به تنهایی دایره معنایی اصل انصاف را پوشش نمی‌دهد.

در مورد قاعده‌ای تحت عنوان عدالت به حریمی در پر کردن منطقه الفراغ که نباید از آن تخطی کرد یاد شده و در زمینه دامنه استعمال این قاعده چنین تعبیر شده است که:

«قواعد فقهی، دوگونه است: آنچه معیار و میزان استنباط است و آنچه به سان کُلّی است که فروعی در خود دارد و در تطبیق مفید است. ممکن است از دو واژه «اصولیه و فرعیه» در کلام شهید اول نیز بتوان این معنا را استظهار نمود. در این تلقی عدالت میزان و معیاری برای فقاقت و استنباط است و تمام برداشت‌های فقهی و فتاوا باید با آن سنجیده شود» (مهریزی، ۱۳۷۹، ص ۱۲۱).

در این راستا نتیجه جواز استناد به عدالت به مثابه اصل و قاعده برتر آن دانسته می‌شود که مجتهد می‌تواند گستره حکم را به استناد این قاعده محدود یا وسیع‌تر نماید مثلاً مطلقاً را مقید کند و بالعکس. نمونه چنین استنباطی را حکم مقرر در ماده ۹۴۵ در مورد توارث زن از بعد از طلاق همسر در حال مرض وی دانسته شده که استناد به قاعده عدالت می‌تواند این حکم را به عکس این قضیه تعمیم دهد یعنی اگر زن پس از عقد و قبل از دخول بمیرد آیا مرد از زن ارث می‌برد؟ (اصغری، ۱۳۸۸، ش ۱، ص ۴).

^۱ <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100141673>

به دلیل ابهامات موجود در حدود و ثغور قاعده، اشکالات مختلف وارد بر آن^۱ و عدم امکان تطبیق آن با منابع فقهی موجود، حتی پذیرش قاعده عدالت از سوی برخی متوقف بر اجتهاد جدید در مبانی کلامی فقه است.

سابقه اصل عدالت در فقه، به استعمال رأی و قیاس در شریعت از سوی اهل سنت (مهریزی، ۱۳۸۸، ش. ۱۰) و بحث‌های ملازمات عقلیه و حسن و قبح عقلی در میان شیعه برمی‌گردد (گرچه در دانش اصول و فقه شیعی تصریحی در این باب وجود ندارد) (مطهری، ۱۳۵۷، ص. ۳۴).

در این راستا کتاب و سنت، پشتوانه محکمی به منظور اثبات قاعده بودن عدالت ذکر شده است.^۲ دلالت آیات و روایات بر موضوع در سه دسته ادله مثبت عدالت تشریعی، نافی ظلم تشریعی و ادله موهم ظلم تشریعی قابل استناد دانسته شده است (صادق‌زاده طباطبایی، ۱۳۹۱، ص. ۲۹-۱۱۴). به جز آیه و روایت، عقل نیز بر این امر گواهی دارد. اصولیان شیعی و معتزلی، ضمن التزام به حسن و قبح عقلی، بارزترین مصداق آن را عدل و ظلم می‌دانند و ادراک یا حکم عقل را در این زمینه امری

^۱ از جمله اشکالات موارد زیر دانسته شده است: تضمینی بودن عدالت در احکام شرع (با توجه به ادله مختلف روایی و با استناد به آیات مختلف قرآن که شارع عدل را پذیرفته و آن را خط مشی خود قرار داده است. پس احکام صادره از سوی او نیز عادلانه است و نیازی به تاسیس قاعده فقهی عدالت نیست)، مغایرت با ثبات و جاودانگی احکام اسلام، ایجاد هرج و مرج و آشفتگی در پی تغییر احکام که البته در صورت تعریف چارچوب و ضوابط حاکم بر قاعده این ایرادات می‌تواند قابل رد باشد، (ر.ک. وکیلی مقدم، صص ۱۱-۱۳).

^۲ «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ...» (نحل/۹۰)، (حدید/۲۵) و ...، فرمایش رسول اکرم (ص) «الْعَدْلُ مِيزَانُ اللَّهِ فِي الْأَرْضِ فَمَنْ أَخَذَهُ قَادَهُ إِلَى الْجَنَّةِ وَمَنْ تَرَكَهُ سَاقَهُ إِلَى النَّارِ» (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۱، ص ۳۱۷). شایان ذکر است در مقام اثبات قاعده و بیان مبانی آن در منابع مختلف به آیات و روایات بسیاری که در باب عدالت و حسن آن وارد شده استناد شده است؛ اما باید توجه داشت که گرچه این آیات و روایت در بیان جایگاه عدالت در شرع مقدس راهگشا هستند، لیکن نمی‌توان از آن‌ها به عنوان دلیل بر اثبات قاعده عدالت به عنوان مبنای استنباط حکم شرعی استفاده نمود (جهت مشاهده آیات و روایات ر.ک. تقوی‌مقدم، ۱۳۹۷، ص. ۶۲-۶۹).

استقلالی دانسته‌اند. یعنی عقل بدون استمداد از شرع به این امر دلالت دارد و این حکم عقل کاشف از این است که شرع نیز آن را مطلوب و پسندیده می‌داند (قاعده ملازمه) (نقیبی، ۱۳۸۵، ص. ۷).

در کنار ادله مذکور و یقینی بودن وضع احکام برپایه عدالت، اثبات اینکه مفهوم عدالت فاقد حقیقت شرعی بوده و عدالت تشریعی نیست؛ بلکه مفهومی عقلایی و عرفی است^۱؛ بررسی امکان استناد فقیه به عدالت را به عنوان یک قاعده قابل توجیه می‌سازد.

باید توجه داشت که اثبات قاعده بودن عدالت، آغاز راه است؛ زیرا در این صورت باید روشن شود که توانایی بشر در تشخیص عدالت به چه نحوی است. رویکرد اومانستی، بشر را قادر به شناخت تمامی مصادیق عدالت می‌داند، در مقابل اخباریون، بشر را از شناخت حسن و قبح افعال به عنوان مبنای استنباط حکم شرعی به کلی عاجز می‌شمارند و نظر دیگر توان بشر را محدود به شناخت ظنی مصادیق عدالت می‌داند.

اما مسأله اصلی این است که آیا توانایی بشر در شناخت مصادیق عدالت، همان نوع توانایی لازم برای کشف حکم شرعی است؟ (علی‌اکبریان، ۱۳۸۶، ص. ۵۳-۵۶) که اگر چنین باشد قاعده عدالت علاوه بر موارد خلأ تشریع یا اختلاف نصوص، حتی بر سنت قطعی (منصوصات شرعی) نیز حاکم می‌شود (مجموعه گفتگوهای هم‌اندیشی بررسی مسائل و مشکلات زنان، ۱۳۸۰، ص. ۹۶). بدین ترتیب خط قرمز برای ورود عقل بشری، تنها محصور به مسائل تعبدی و رابطه بنده با خدا خواهد بود؛ فلذا هرچه شالوده عقلایی دارد، قابل بررسی است. امضایی بودن احکام اسلامی در غالب موارد نیز مؤیدی

^۱ در این زمینه به آیاتی که امر به عدالت می‌کند به عنوان مؤید اشاره شده؛ چه اینکه اگر مقصود از عدالت اموری باشد غیر از آنچه از سوی عرف فهم می‌شود، امر به عدالت در آیات الهی لغو می‌شد؛ لذا نتیجه بشری بودن درک عدالت است (صادق‌زاده طباطبایی، ۱۳۹۱، ص. ۱۲۰-۱۳۳).

بر این رویه خواهد بود. البته تردید در مبنا بودن عدالت در وضع قانون و توانایی بشر در درک آن مختص اسلام نبوده و در برخی مکاتب حقوقی نیز محل بحث است (آخوندی، ۱۳۹۶، ص. ۳۸-۴۵). اگر قائل به امکان استناد به حکم عقل در تعیین حکم شارع شویم تعیین دامنه این جواز نیز ضرورت می‌یابد؛ چه اینکه این سؤال مطرح خواهد بود که در فرض تعارض تشخیص عقل از مصادیق عدالت (به تبع تغییر شرایط جامعه) با نصوص شرعیه این مداخله برای عقل در تغییر حکم جایز خواهد بود؟ یا استناد به قاعده در منطقه الفراغ و مواضع خالی از نص با چه ضابطه‌ای باید صورت پذیرد؟ اساساً عقل، عرف و بنای عقلا در چه حدود و با چه ضابطه‌ای می‌توانند مرجع تشخیص مصادیق عدالت قرار گیرند؟ (ر.ک. اکبری، ۱۳۸۷، صص ۳۴-۷۵).

از این قبیل احکام موردی ذکر شده که متوفی دو وارث یکی مذکر و دیگری مؤنث دارد؛ اما وارث مؤنث بیوه‌ای است که خرج عائله خود را تأمین می‌کند. آیا به استناد انصاف می‌توان در این مورد خاص، تشخیص عقل را بر عموم آیه شریفه «لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِي» حاکم نمود؟ نظر به اینکه نمونه چنین تخصیصی در کلام فقها وجود دارد؛ استناد به حکم وجدان برای تعیین حکم شرعی قابل بررسی دانسته شده است (همان، ص ۷۱). مصداق این حکم در منابع فقهی فتوای شهید اول در مورد حبوه است که طبق قاعده عام به بزرگترین فرزند ذکور تعلق می‌گیرد؛ اما شهید اول در موردی که مورث به غیر از اموال حبوه (قرآن، شمشیر، انگشتر و زره) مال دیگری بر جای گذاشته باشد (تا به تعبیر شهید ثانی در توضیح عبارت شهید اول، اجحافی بر ورثه صورت نگیرد)^۱، حکم را از عموم خارج نموده است (تعارض دلیل لفظی با دلیل لبی و عقلی انصاف).

^۱ و کذا يشترط أن يخلف الميت مالا غيرها و إن قل، لئلا يلزم الإجحاف بالورثة، و النصوص خاليه عن هذا القيد، إلا أن يدعى أن الحباء يدل بظاهره عليه، عاملی (شهید ثانی)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلانتر)، ج ۸، ص ۱۲۱.

در مجموع به نظر می‌رسد که عقل، گرچه قادر است در برخی موارد در تشخیص عدالت به طور مستقل اقدام کند؛ اما به دلیل محدودیت‌های بشر در احاطه بر حقایق، نیازمند تعلیمات شرعی است. عقل، تنها به منزله چراغی می‌ماند که به فقیه امکان می‌دهد اراده تشریعی خداوند را از کتاب و سنت کشف نماید، از این رو باید چنین نتیجه گرفت که عدالت عرفی به صورت مطلق نمی‌تواند مبنای وضع قوانین قرار گیرد. در عین حال، پذیرش قاعده بودن عدالت به عنوان مبنای استنباط حکم شرعی با توجه به آثاری و شرایطی که دارد؛ همچنان نیازمند تبیین و تنقیح و اثبات و ارائه ضابطه است و به نظر می‌رسد آنچه تاکنون به رشته تحریر درآمده آغاز راه است و جز در موارد احراز یقینی عدالت نمی‌توان بر آن استناد نمود.

ابهام در مورد قاعده عدالت تا جایی است که در ارتباط با مفهوم قاعده، آثار و گستره آن تاکنون سه قرائت و نظریه مختلف شناسایی (ر.ک عبدالله‌زاده، ۱۳۹۶، ص. ۱۳۴-۱۵۴) و اجمالاً در برخی پژوهش‌ها مورد بررسی قرار گرفته است؛ اما نکته‌ای که اهمیت اثبات این قاعده را برای موضوع اثر حاضر بیشتر نمایان می‌سازد آن است که مجرای اعمال این قاعده نیز از منظر اصول استنباط فقهی، حکومت دانسته می‌شود، چه اینکه با توجه به مجموعه آیات و روایات، این قاعده در مرتبه علل احکام جای دارد و بر تمامی احکام شرعی مقدم خواهد شد^۱ و در این صورت محمل گسترده‌ای برای قانونگذار در وضع احکام و تغییر آن به عنوان دلیل حاکم ایجاد می‌نماید.

در عین حال، در کنار قاعده عدالت، مفهوم دیگری از انصاف در برخی مواد قانونی حقوق داخلی مشاهده می‌شود که در جهت تعدیل و متناسب کردن اجرای قواعد حقوق گام برمی‌دارد. هدف از آن

^۱ اثبات حکومت قاعده عدالت بر ادله احکام راه را بر استنباط احکام ناشی از اطلاق آن که مستلزم ظلم بر عباد می‌شود، مسدود می‌نماید و بیشترین امکان بهره‌گیری از قاعده عدالت مواردی دانسته شده که نصی در مسأله وجود ندارد (منطقه الفراغ نبود حکم الزامی است نه مطلق حکم) (صادق‌زاده طباطبایی، ۱۳۹۱، ص. ۲۲۹-۲۳۰).

نیز متفاوت از احقاق حق به معنای اجرای صحیح قواعد و مقررات واضعه از سوی قانونگذار (که با هدف اجرای عدالت و جلوگیری از رقتار غیرمعقول و مبتنی بر ظلم وضع شده) است که انعکاس آن در ماده ۲۷۷ قانون مدنی مشاهده می‌شود.

توضیح این که در موضوع مزبور مقتضای عدالت در مورد نحوه ایفای دین را باید عمل مطابق قاعده ممنوعیت تجزیه تعهد دانست، جز در صورتی که تجزیه به رضایت طرفین تعهد صورت گرفته باشد؛ لیکن مبتنی بر حکم مقرر در ماده مذکور، مداخله قاضی برای تعیین مهلت عادلانه یا تقسیط با هدف تخفیف به حال مدیون و مواجهه منصفانه‌تر با وی جایز دانسته شده است.

چنین تعریفی از عنوان انصاف که پیوند نزدیک‌تری با اخلاق دارد، در هر رابطه، حکم خاص دارد و همه خصوصیت‌ها را در نظر می‌گیرد. همانطور که اگر عدالت حکم به لزوم وفای مدیون به عهد خود می‌کند، گاه انصاف اقتضای دادن مهلت یا کاستن از طلب را دارد. براین اساس، انصاف احساس مبهمی از عدالت دانسته شده که در مقام اجرای قواعد حقوق در اشخاص به وجود می‌آید و وسیله تعدیل و متناسب کردن آن‌ها با موارد خاص می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص. ۵۸۳). این رابطه میان عدالت و انصاف در دنیای حقوق موضع بحث و بررسی بسیار قرار گرفته است (ر.ک. دهقان، ۱۳۹۱، ص ۴۹). نمونه‌ای دیگر از دخالت انصاف در صدور حکم ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی است.

نظر به این که معیار واحد و غیرقابل تردید یا ساختار مرزبندی‌شده برای تشخیص مصادیق انصاف و عدالت عرفی در میان آحاد افراد بشری قابل ارائه نیست؛ باید نسبت به انصاف و عدالت عرفی نیز به عنوان یک مبنای عام برای قانونگذار بشری در تعمیم مصادیق قرارداد حکمی با احتیاط مواجهه نموده و فقط در مواردی که احراز آن یقینی و بی‌تردید است؛ می‌توان آن را به عنوان مبنای قطعی شناسایی قرارداد حکمی معرفی نمود. بدیهی است این مبنا منجر به اتخاذ طریقی میانه برای احقاق حقوق طرفین و افراد درگیر در موضوع یا دعوا خواهد بود.

۳-۲. قاعده لاضرر:

قاعده لاضرر را در فرضی می‌توان به عنوان یکی از مبانی احتمالی قرارداد حکمی برشمرد که رابطه پایه، منجر به ایراد خسارت به دیگری گردد و به منظور جلوگیری از ایراد ضرر به غیر یا جبران آن خسارت، مقنن رابطه را در حکم یک قرارداد بیندارد.

اثبات قاعده لاضرر به عنوان یکی از مبانی قرارداد حکمی از دو وجه قابل بررسی خواهد بود. از یک سو، مفاد قاعده لاضرر و شرایط و ارکان آن نیازمند تبیین است؛ چه این که به دلیل تفاسیر مختلف موجود پیرامون مفاد قاعده فقهی مزبور، کارکرد و آثار متفاوتی می‌تواند از قاعده منتج شود.

از سوی دیگر، در مورد این که مجاری استناد به قاعده لاضرر چیست و چه مواردی را دربرمی‌گیرد؛ مذاقه بیش‌تری در متون فقهی نیاز خواهد بود. در واقع، سؤال اساسی در اینجا در این باب است که قاعده فقهی لاضرر صرفاً برای جلوگیری از تداوم ضرر و قلع منشأ نزاع احکام وجودی را تغییر می‌دهد یا این که می‌توان به استناد قاعده لاضرر در مورد احکام عدمی^۱ نیز قائل به وضع حکم شرعی شد؟

این قاعده هم به لحاظ مفاد و هم به لحاظ امکان تسری به احکام عدمی محمل آراء فقهی متعدد است. ناظر به مفاد قاعده احتمالاتی مطرح است:

الف. نفی حکم به لسان نفی موضوع (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص. ۳۸۱) (ارتفاع حکم از موضوعات ضرری به عنوان اولی، نظیر «لاشک لکثیر الشک») که با این تفسیر، می‌توان قائل به حکومت قاعده بر ادله اولیه شد.

^۱ نمونه بارز آن الزام عامل زیان به جبران ضرر و پرداخت خسارت به زیان‌دیده است

ب. لا حکم ضرری فی الاسلام^۱ (هرگونه حکمی که از طرف شارع تشریع می‌شود اگر مستلزم ضرر باشد، مستقیماً آن حکم برداشته می‌شود که در این صورت نیز لاضرر، حاکم بر ادله اولیه خواهد بود) (حسینی روحانی، بی تا، ج ۱۸، ص ۴۲۶).

ج. نفی ضرر غیر متدارک (فاضل تونی، ۱۴۱۵، ص ۱۹۴) (دیدگاه به روشنی دلالت بر لزوم جبران ضرر می‌کند).

د. نهی تشریعی^۲ (ضرر زدن به دیگران، شرعاً حرام و مستوجب عقوبت است مشابه سیاق آیه شریفه «لا طاعة لمخلوق فی معصیه خالق»).

ه. نهی حکومتی و سلطانی (موسوی خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۴۰):

و. شارع اضرار به غیر را امضاء نکرده است؛ براساس این نظریه، فاعل ضرر منفی مردم است نه شارع مقدس و منفی خود ضرر و اضرار است نه حکم ضرری.

از میان موارد مزبور، تنها قرائاتی از قاعده لاضرر که مبین حاکم بودن لاضرر بر ادله هستند (یعنی دو مورد نخست)؛ می‌توانند این قاعده را در ردیف مبانی قرارداد حکمی واقع سازند که در حقیقت و به بیان تفصیلی‌تر، سیطره قاعده لاضرر بر احکام اولیه - که آزادی قراردادی و محدود بودن دایره آثار قراردادی به اراده و توافق طرفین هر رابطه حقوقی نیز از آن جمله است - یکی از مصادیق جریان قسم سوم حکومت یعنی حکومت مضمونیه است. در حکومت مضمونی، مضمون یک دلیل به خودی

^۱ فقهای چون شیخ انصاری، مرحوم بجنوردی، خوانساری، ملا احمد نراقی، میرزای نایینی از قائلین این نظریه هستند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۱۴، نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ص ۱۹۹).

^۲ فقهای چون شیخ الشریعه اصفهانی و صاحب جواهر از قائلین به نهی تشریعی هستند (اصفهانی (شیخ الشریعه)، ۱۴۱۰، ص ۲۸، نجفی، بی تا، ج ۳۷، ص ۱۵).

خود ناظر به مضمون دلیل دیگر است که حکومت ادله لاضرر و لاجرح بر تمام احکام اولیه از این قبیل دانسته شده است^۱.

در مورد امکان تسری قاعده به احکام عدمی در باب شمول قاعده لاضرر نسبت به احکام عدمی، میان قائلین اختلاف است: به عنوان مثال، به عقیده برخی فقها چون مرحوم ملا احمد نراقی، آل کاشف الغطا، قاعده اثبات حکم می‌کند (نراقی، ۱۴۱۷، ص. ۵۵، نجفی (کاشف الغطاء)، ۱۴۲۲، ج ۱، ص. ۲۳)؛ لذا بر لزوم جبران دلالت می‌کند.

دیدگاه مقابل، نظیر مرحوم خوانساری و میرزای نائینی، طباطبایی قمی، یزدی، حکیم قائل به عدم امکان اثبات لزوم جبران ضرر به استناد روایت «لاضرر و لاضرار» است (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص. ۳۹۹، طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص. ۳۷). نظر به استعمالات فقها از قاعده لاضرر در موضوعات مختلف غلبه دیدگاه نخست در میان فقها روشن می‌شود.

صرف نظر از آراء اختلافی فقها، باید اذعان داشت تنها اگر قائل شویم که قاعده لاضرر اثبات حکم می‌کند؛ در این صورت باید نتیجه گرفت که علاوه بر موارد لزوم دفع ضرر و قلع منشأ آن، در موارد تحقق خسارت، قاعده مزبور حتی می‌تواند مبنای الزام عامل زیان به التزام قهری به آثار یک قرارداد باشد که در بحث معاوضه قهری ردّ پای آن مشهود است.

^۱ حکومت مشتمل بر سه قسم تفسیری، تنزیلیه و مضمونیه دانسته شده است (نائینی، ج ۲، ص. ۱۰۷). در قسم نخست دلیل حاکم، دلیل محکوم را تفسیر می‌کند (مانند اکرم العلماء أئمة الفقهاء). در حکومت تنزیلیه، دلیل حاکم، موضوع دلیل محکوم را از فردی نفی (لاشک لکثیر الشک) یا در مورد فردی اثبات می‌کند (الطواف بالبيت صلاه). (ر.ک. درس خارج فقه آیه الله محمدجواد فاضل لنکرانی، جلسه ۶، ادامه بحث برائت مورخ ۱۴ مهر ۱۳۸۸ قابل دسترس در پایگاه اینترنتی به آدرس :

۲-۴. نظم عمومی:

یکی از اهداف تشکیل حاکمیت اسلامی، برقراری نظم و امنیت در سطح جامعه است. در مورد هدف بودن نظم عمومی برای حقوق تردید وجود ندارد؛ اما سؤال در این مورد است که استناد به نظم عمومی می‌تواند به عنوان مبنای وضع قواعد حقوقی از سوی قانونگذار قرار گیرد؟ برای شناسایی مفهوم نظم عمومی، نمی‌توان معنا و مفهوم ثابتی را در نظر گرفت؛ چه اینکه نظم عمومی مفهوم نسبی دانسته می‌شود که با ملاحظه عوامل اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی یک جامعه تعیین خواهد شد. البته این بدان معنا دانسته نشده که نظم عمومی دارای مفاهیم متعدد است؛ بلکه چنین محتمل است که در هر امر خاص، قاضی یا دادرس از نقشی کلیدی در مقام رسیدگی و تشخیص مصادیق نظم عمومی هر کشور، به موجب اصول کلی حقوقی و موازین حقوق داخلی و بین‌المللی برخوردار است (مدنیان و دیگران، ۱۳۹۰، شماره ۳، ص. ۱۵۰). نحوه استناد به نظم عمومی نیز به این ترتیب دانسته شده است (کرمی، ۱۳۹۴، ص. ۱۱۴) که در تمام مواردی که به نظم عمومی استناد می‌شود، هدف این است که از اجرای امری که با منافع و مصالح عمومی جامعه در تعارض است، ممانعت شود. به این معنا که مصالح مورد نظر برای وضع قواعد، با مصالح فردی اشخاص درگیر است و در این صورت مصلحت اعم که همان مصالح عمومی است؛ ترجیح داده شده است.

استناد به نظم عمومی تنها مختص متون حقوقی نبوده و در متون فقهی تعبیر اختلال نظام مصالح مسلمین که فقها در مقام بیان ادله وجوب یا حرمت برخی احکام مورد استناد قرار داده‌اند، می‌تواند مثبت جایگاه نظم عمومی در تعیین حدود اراده قانونگذار باشد که حکم وجوب نفر، اصالت صحت عمل غیر و ... را می‌توان از این قسم احکام شمرد^۱.

^۱ به عنوان نمونه، در ردیف مدارک اثبات قاعده اصالت صحت عمل غیر، به مفسده اختلال نظام بنا به حکم عقل استناد شده است (انصاری، بی‌تا، ج ۲، ص. ۷۲۰). همچنین در تبیین حکم وجوب نفر مستنبط از آیه شریفه «فلولا نفر من کل ...» بر آن

در مقام عمل نیز در قوانین موضوعه مشاهده می‌شود که بر مبنای نظم عمومی، قانونگذار اقدام به الزام افراد به معامله نموده است. توضیح اینکه در قرون اخیر، دولت‌ها در اثر ضرورت‌ها و نیازهای اجتماعی و اقتصادی ناگزیر از محدود نمودن آزادی انعقاد قراردادی از طریق وضع قانون شده‌اند. به گونه‌ای که در پاره‌ای موارد از اجرای قراردادهای منعقد شده، جلوگیری نمایند و در برخی موارد دیگر، افراد را مجبور به انعقاد قراردادهایی نمایند که اساسا تمایلی به آن‌ها ندارند. این گروه از قراردادهای را به لحاظ اجباری که در انعقاد آن‌ها مقرر شده است، قراردادهای اجباری یا تحمیلی نامیده‌اند. برخی از موارد مذکور که از پیشینه فقهی و روایی محکم و متقنی نیز برخوردار دانسته شده شامل موارد زیر است:

«۱. پاره‌ای از قوانین مربوط به اجاره املاک که به منظور حمایت از طبقه ضعیف مستأجر وضع شده است؛^۱ ۲. الزام رانندگان وسایل نقلیه عمومی در قبول مسافر (آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی، بند ۴ ماده ۱۵۸ مصوب ۱۳۴۷/۴/۱۸)؛ ۳. الزام بر فروش اموال (ارزاق عمومی) احتکار شده (قانون راجع به جلوگیری از احتکار مصوب ۱۳۲۰/۱۲/۲۷ ماده ۲ و تبصره ۱ ماده ۳ قانون تشدید مجازات محترکان و گران‌فروشان مصوب ۱۳۴۷/۱/۲۳)؛ ۴. الزام به پذیرش تقسیط دین توسط دادگاه (ماده ۲۷۷ قانون مدنی)؛ ۵. پذیرش قراردادی که از طرف بعضی ورثه در باب نحوه تقسیم و مقدمات آن تنظیم شده

استدلال شده است (جزائری، ۱۴۱۵، ج ۸، ص ۵۱۲). همچنین در مورد اعتبار اعمالیت در مورد قاضی و تعیین ملاک رجوع جاهل به عالم بر آن نیز تمسک شده است (مرتضوی لنگرودی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۱۸۹).

^۱ به عنوان مثال، در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ قواعدی مقرر شده است که بر مبنای نظم عمومی حمایتی است و توافق بر خلاف آن قواعد در قرارداد اجاره بر همین اساس باطل است و نمونه آن، الف. الزام موجر بر تجدید اجاره غیرمنقول پس از پایان مدت اجاره (ماده ۱۴)، ب. محدود نمودن حق فسخ موجر و حق تقاضای تخلیه بعد از انقضای مدت اجاره (مواد ۱۴ و ۱۵)؛ ج. شناسایی حق کسب یا پیشه یا تجارت برای مستأجر.

و سایرین در موعد معین برای قبول یا رد آن حاضر نشده‌اند (مواد ۳۰۹ تا ۳۱۱ قانون امور حسبی)»
(الفت، ۱۳۸۴، ش.۷).

صرف‌نظر از ادله اثباتی امکان استناد به حفظ نظم عمومی و جلوگیری از اختلال نظام به عنوان مبنای وضع قانون (از قبیل قواعد فقهی متعدد)، وجود سابقه تقنینی یقینی در زمینه مبنا قرارگرفتن نظم عمومی برای الزام افراد به معامله از سوی قانونگذار، امکان استناد به این ضرورت اجتماعی برای فرض قرارداد حکمی را اثبات می‌نماید.

با توجه به سابقه تقنینی بحث پیرامون مبنا قرار گرفتن نظم عمومی در مقام قانونگذاری، یقینی است در مواردی که حفظ نظم و امنیت عمومی اقتضای الزام افراد به آثار قراردادی خلاف اراده ایشان را دارد؛ جریان حکومت و تحمیل از جانب قانونگذار جایز خواهد بود.

به نظر می‌رسد بتوان مبنای مذکور را قابل انطباق با بحث کفالت قهری مقرر در ماده ۷۳۴ قانون مدنی است. همچنین به طور ویژه در باب اعتبار اعمال شرکت‌های تجاری، ترتب آثار بر نمایندگی‌های ظاهری در قانون تجارت و فروض مختلف این قبیل مقررات تجاری در راستای ایجاد نظم عمومی اقتصادی که یکی از اقسام مهم نظم عمومی دانسته می‌شود می‌تواند از مصادیق دیگر موضوع بحث به شمار آید. چنین مداخله‌ای از سوی قانونگذار در مورد قراردادهای مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه که در ماده ۹۷۵ قانون مدنی پیش‌بینی شده است؛ مؤیدی بر دیدگاه مزبور است.

۲-۵. قاعده تعزیر:

نظر به این که اساس اجرای مفاد قاعده تعزیر از اختیارات قاضی است اثبات مبنا قرار گرفتن تعزیر، اثبات امکان اعمال حکومت از سوی دادگاه را نیز در دایره موضوعی آن در پی خواهد داشت و به همان ترتیبی که در فرض حقوقی اعمال آن هم از سوی قانونگذار و هم از سوی قاضی قابل اعمال است؛ در قرارداد حکمی نیز این اختیار برای قاضی قابل شناسایی خواهد بود.

اما در ارتباط با بررسی جایگاه قاعده مزبور، مسأله مورد بحث این است که آیا حاکم اسلامی از باب تعزیر می‌تواند آثار قرارداد را خلاف حقیقت امر بر رابطه طرفین تحمیل نماید و بدین وسیله عامل زیان یا مرتکب را محکوم به پرداخت وجه به طرف مقابل نماید؟ به منظور پاسخگویی به سؤال مذکور و دستیابی به نتیجه مطلوب اثبات سه مقدمه ضروری خواهد بود:

الف. عنوان تعزیر منحصر در ضرب نبوده و تعزیر مالی نیز از مصادیق این عنوان فقهی به شمار می‌رود. اجمالا می‌توان اذعان داشت علاوه بر این که ادله قائلین به انحصار تعزیر در تازیانه قابل ردّ است (ر.ک. محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۴، ص ۲۱۱، مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۶۸)؛ در برخی روایات نیز تعزیرات غیر بدنی چون حبس، تبعید و ... تعیین شده است^۱ و در واقع، کثرت استعمال تعزیر در روایات وارده در معنای ضرب، مبین غلبه عرفی مصداق زدن و شلاق در عصر شارع دانسته شده است (نقیبی، ۱۳۸۶، ص ۱۸۷).

ب. تعزیر فقط ناظر به گناهان کبیره نبوده و نسبت به گناهان صغیره نیز تسری می‌یابد. حداقل با استناد دو روایت در این زمینه در مورد تکدی^۲ و قصه‌گویی در مسجد^۳ می‌توان اثبات کرد که تعزیر منحصر به گناهان کبیره نبوده و گناهان صغیره نیز قابل تعزیر می‌باشند و حتی به استناد روایت دوم چه بسا بتوان دامنه تعزیر را نسبت به مکروهات نیز تسری داد. در این زمینه مرحوم ابن ادریس پا را فراتر نهاده و تعزیر نسبت به واجبات عقلی چون رد و دیعه و پرداخت دین را جایز شمرده است.

^۱ غیاث بن ابراهیم از امام صادق علیه‌السلام، چنین روایت می‌کند: «أَنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ إِذَا اخَذَ شَاهِدَ زُورٍ فَانْكَرَ غَرِيبًا بَعَثَ بِهِ إِلَى حَيْهٍ وَانْكَرَ سَوْقِيًّا فَطُفِفَ بِهِ ثُمَّ يَحْبِسُهُ إِيَّامًا ثُمَّ يَخْلِي سَبِيلَهُ».

^۲ حدیث ابن ابی یعفور از امام صادق علیه‌السلام در مورد تعزیر فردی که به منظور گدایی قسم یاد می‌کند (پاورقی تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۱۷۰)؛ لیکن با توجه به این که از گناهان کبیره محسوب نمی‌شود؛ باید آن را در زمره گناهان صغیره برشمرد.

^۳ روایت هاشم منقول از امام صادق علیه‌السلام ناظر به تازیانه خوردن قصه‌گوی در مسجد به دست امیر المؤمنین (ع) (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۳۶۸).

ج. تعزیر اختصاص به حق الله ندارد و تأمین حقوق خصوصی نیز از این طریق امکان پذیر است؛ چرا که در فرض مورد بحث پرداخت وجه باید به زیان‌دیده انجام گردد؛ در صورتی که اگر تعزیر، مختص حق الله باشد مبلغ حکم به بیت المال تعلق می‌گیرد (ر.ک. اسماعیلی، ۱۳۷۷).

پیرو اثبات سه مقدمه (صغرای بحث) در مقام تعیین مفاد قاعده تعزیر شامل «عدم انحصار قاعده به ضرب و شمول تعزیر مالی، تسری قاعده به گناهان صغیره (نه فقط گناهان کبیره) و امکان جریان قاعده در حقوق خصوصی (عدم اختصاص تعزیر به حق الله)، کبرای بحث یعنی امکان الزام عامل زیان یا مرتکب بر پرداخت خسارت به زیان‌دیده یا مجنی‌علیه ثابت شد که این الزام و حکم تحمیلی از سوی قاضی می‌تواند در قالب قرارداد حکمی صورت پذیرد. البته قاعده مزبور به جهت ماهیت مجازات گونه خود، صرفاً در مورد مصادیقی از قرارداد حکمی قابل استناد است که عدم رعایت نظامات یا ارتکاب تخلف اداری یا ارتکاب جرم و ... منجر به ایراد ضرر و خسارت یا نقض قانون شده باشد.

۲-۶. مصلحت:

در گویاترین تعریف، مصلحت که به «جلب منفعت و دفع ضرر یا مفسده» تعبیر شده (غزالی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۴۱۵)، سودمندی معقول و اجتناب ناپذیری است که ضرورت تأمین آن از بیان شارع معلوم گردیده و از نظر عقل در پیروی از شرع، انجام یا ترک عملی را الزام‌آور می‌سازد (عمیدزنجانی، ۱۳۸۴، ج ۹، ص ۹۷) و در واقع چنین تعبیری از مصلحت است که آن را مبنای حکم حکومتی در فقه شیعه قرار می‌دهد.

البته صرف مصلحت هیچ‌گاه در استنباط احکام، کاربرد استقلالی نداشته و به عنوان سند مستقل در کشف حکم و در ردیف قرآن، سنت، اجماع و عقل به عنوان مدرک و ادله اجتهاد نگریسته نشده است و اگر در متن و نگاشته‌ای از این گروه این کارآیی برای این عنوان یا مشابه آن ذکر شده، به عنوان مقرب

یا مؤید حکم بوده است یا تسامحی در تعبیر بیش نیست و دلیل اصلی حکم، امر دیگری خواهد بود.^۱ در عین حال، عدم پذیرش مصلحت به عنوان سند کشف در اجتهاد شیعه به معنای کم‌رنگ ماندن حضور این عنصر در اجتهاد ایشان نیست.

البته مصالح، از جهت قوت و ضعف دارای مراحل و مراتبی است که از سه ناحیه «ذات مصلحت و موقعیت آن، گستره مصالح، اطمینان و عدم اطمینان به حصول آن در خارج و آثاری که در پی دارد» قابل لحاظ دانسته شده است (علیدوست، ۱۳۸۸، ص. ۸۹).

به طور کلی معیارها و مؤلفه‌های شکلی و ماهوی رعایت مصلحت مبتنی بر شریعت اسلامی، شامل موارد زیر دانسته شده است (پارساپور، نوربخش، ۱۳۹۴، ص. ۸-۲۴):

الف. محوریت شریعت و غایات آن شامل: «۱. قطعیت داشتن؛ ۲. ضرری نبودن (ضرری که مفسده آن بیش از مصلحت آن مورد نظر نباشد)؛ ۳. غالبی و متعارف بودن نه نادر الوجود بودن»
ب. ترجیح اهم بر مهم شامل: «۱. اولویت حفظ دین، نفس، عقل، نسل و مال؛ ۲. تقدم مصالح ضروری بر نیازهای عمومی و نیازهای عمومی بر عادات و خواست‌های تکمیلی و تحسینی؛ ۳. تقدم مصلحت عام بر خاص و فردی؛ ۴. تقدم مصلحت فاقد بدل بر واجد بدل؛ ۵. تقدم مصلحت مضیق و فوری بر مصلحت موسع؛ ۶. تقدیم مصلحت متغیر بر ثابت؛ ۷. تقدیم دفع مفسده بر جلب منفعت، ۸. لحاظ معیارهای شخصی در کنار معیارهای نوعی و ...»^۲.

^۱ به عنوان مثال مرحوم بجنوردی در موارد امکان جریان فراش، اثبات نفی سبب را منجر به پیدایش مفاسد عظیمه دانسته‌اند، از این رو در موارد شک بنا به لزوم رعایت مصالح طفل و خانواده، طفل را ملحق به شوهر می‌دانند. این در حالی است که می‌دانیم قاعده فراش، برگرفته از حدیث متواتر نبوی است که سند و منبع استنباط فقها در این مورد قرار گرفته است.

^۲ در ارتباط با سنجه‌های ترتیب مصالح دیدگاه‌ها اتفاقی اصولیون به شمار نمی‌رود. در زمینه تشخیص و ترتیب مصالح این دیدگاه در میان امامیه وجود دارد که تشخیص مصالح پسینی احکام از عهده مکلف و متکفل استنباط خارج است و این شارع حکیم است که مصالح را تشخیص می‌دهد و بر طبق آن احکام و اعتبارات خود را سامان می‌دهد. بر این بنیان، نوبت به ترتیب

به نظر می‌رسد مصلحت نیز به عنوان مبنای تحمیل قرارداد حکمی بر روابط طرفین می‌تواند مورد استناد باشد و چه بسا این مبنا را می‌توان جامع غالب مصادیق قرارداد حکمی در احکام و مقررات مذکور در بخش پیشین برشمرد. به جهت شمولیت مصلحت، برخی مبانی دیگر از جمله مبنای عام نظم عمومی تحت عنوان مصلحت قابل اندراج است.

وجه امتیاز دیگری که مبنا بودن مصلحت برای قرارداد حکمی دربردارد؛ توجیه دایره استعمال عنوان حکومت برای قرار دادن ماهیتی در حکم ماهیت دیگر در روابط قراردادی افراد است؛ توضیح این که اگر در ارتباط با تبیین عناصر حکومت، صدور دلیل حاکم و مقدم نمودن آن بر دلیل محکوم چنین اشکال شود که اعمال حکومت باید صرفاً به اقتضای تعبد و محدود به بیان شارع باشد؛ در این صورت، چنانچه مبنای استفاده شارع از ابزار حکومت برای بیان حکم شرعی، اقتضای مصالح و مفاسد باشد، این نحوه تضییق و توسعه در موضوع و محمول در صدور حکم شرعی در دایره اختیارات ولایی حاکم شرع قرار گرفته و بدین ترتیب می‌توان آن را در دایره اختیارات قانونگذار در جامعه اسلامی نیز دانست.

یکی از مصادیق جریان حکومت که البته به دلیل فقدان جنبه قراردادی در این فرض قانونگذار، مصداق قرارداد حکمی فرض نمی‌شود؛ اما به دلیل جریان حکومت به جهت وحدت مبانی می‌تواند گزینه بحث حاضر قرار گیرد، ناظر به مصالح مترتب بر اعتبار معاملات نزد افراد ثالث و اعضای جامعه است.

مصالح از سوی عهده‌دار استنباط نمی‌رسد. در عین حال، تشخیص مصالح پسینی احکام - که پس از جعل احکام و ترحام آنها در امتثال رخ می‌نماید- می‌تواند بر عهده مکلف قرار گیرد (علیدوست، ۱۳۸۸، ص. ۵۱۹-۵۴۵).

گرچه پیرامون کاربرد استقلالی مصلحت در استنباط احکام تردید قابل توجهی در آراء فقهی وجود دارد؛ نقش جدی مصلحت در مورد احکام حکومتی، تراحم احکام و ... مؤیدی بر امکان اعتبار آن به عنوان مبنای قرارداد حکمی است.

در مجموع باید اذعان داشت تمامی مبانی بررسی شده در بحث حاضر شامل «التزام و تمسک به ظاهر، انصاف و عدالت، قاعده لاضرر، نظم عمومی، قاعده تعزیر و مصلحت» حداقل به صورت جزئی می‌تواند مبنای قرارداد حکمی باشد؛ لذا در فرض تحقق ضرورت‌ها و اغراضی که جریان قواعد و اصول مذکور را مشروع می‌سازد؛ به تناسب موضوع، یک یا چند مورد از آن‌ها مبنای فرض قرارداد حکمی از سوی واضع آن قرار گیرد.

نتیجه گیری:

در جایی که حکم قانونگذار نسبت به موضوعات از ضابطه و معیاری برخوردار است که ناظر به یک یا چند مورد خاص نبوده و به تعبیر دیگر، دایره موضوعی آن عام الشمول است؛ امکان اصطیاد قاعده حقوقی فراهم می‌گردد.

یکی از معیارهایی که در متون فقهی و حقوقی به نظر می‌رسد به دلیل فراوانی قابل توجه و اوصاف آن، می‌توان از آن به عنوان قاعده‌ای یاد کرد که واجد اوصاف قاعده حقوقی از قبیل کلیت، الزام‌آوری، دارای ضمانت‌اجرای مؤثر و ناظر به نظام اجتماعی است؛ قرارداد حکمی است که مبتنی بر آن قانونگذار به استناد مبانی فقهی حقوقی که این قرارداد را توجیه‌پذیر می‌سازد ماهیتی قراردادی را در حکم ماهیت دیگر فرض می‌کند و این ضابطه در مصادیق مختلف آن از اوصاف مذکور برخوردار است.

ماحصل بررسی‌های صورت گرفته در این مرحله آن است که اولاً عنوان قرارداد حکمی با قاعده اصولی حکومت قابل انطباق است و ثانیاً شاخص‌ترین مؤلفه‌های مفهومی قرارداد حکمی شامل مواردی از قبیل «تبعیدی و قهری بودن فرض قانونگذار، شمولیت رابطه حقیقی پایه نسبت به رابطه قراردادی و غیرقراردادی، فقدان رابطه حقوقی قراردادی حقیقی و ارادی و عدم وجود مقتضی برای حدوث یا بقای قرارداد و ...» است.

ضمن بررسی مبانی، تئوری‌ها و قواعدی که بتواند به عنوان مبانی قرارداد حکمی در مقام اعمال قاعده محل استناد از سوی واضع قرار گیرد؛ شامل ۶ مبنای «عمل به ظاهر (التزام به آثار و نتایج عنصر حقوقی که به دلیل ایجاد وضعیتی هرچند خلاف واقع، که اشخاص خارج از ساختمان عنصر حقوقی (اشخاص ثالث) آن اعتماد نموده‌اند، ایجاد مسئولیت می‌کند)، انصاف و عدالت (تغییر قواعد عام حقوقی در راستای تعدیل و متناسب کردن اجرای قواعد حقوق)، قاعده لاضرر (منع از تضرر به غیر و الزام به جبران خسارت)، نظم عمومی (جلوگیری از اختلال نظام و ایجاد هرج و مرج در مناسبات اجتماعی)، قاعده تعزیر (الزام عامل زیان یا مرتکب بر پرداخت خسارت به زیان‌دیده یا مجنی علیه به منظور تحقق هدف مجازات عامل) و مصلحت» دانسته شد.

نظر به بررسی مفهومی قواعد و اصول مذکور و شرایط تحقق آن‌ها به عنوان مبانی اعمال قاعده، در مقایسه با تعریف ارائه شده از قرارداد حکمی، در مجموع می‌توان چنین نتیجه گرفت که تمامی مبانی بررسی شده شامل «التزام و تمسک به ظاهر، انصاف و عدالت، قاعده لاضرر، نظم عمومی، قاعده تعزیر و مصلحت» می‌تواند مبانی قرارداد حکمی باشد؛ لذا در فرض تحقق ضرورت‌ها و اغراضی که جریان قواعد و اصول مذکور را مشروع می‌سازد؛ به تناسب موضوع، یک یا چند مورد از آن‌ها می‌تواند مبانی فرض قرارداد حکمی از سوی واضع آن قرار گیرد.

منابع:

۱. استادی، مونا (۱۳۸۷). تئوری نمایندگی ظاهری. پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه کاشان.
۲. اسکینی، ربیعا، پورارشد، نادر (۱۳۸۹). «نظریه نمایندگی ظاهری در حقوق ایران با رویکرد تطبیقی به حقوق خارجی». مجله نامه مفید. شماره ۸۲.
۳. اسماعیلی، محسن (۱۳۷۷). نظریه خسارت: بررسی لزوم جبران خسارت‌های معنوی و مسئولیت ناشی از تفویت منافع و فرصت‌ها از دیدگاه فقه و حقوق تطبیقی. تهران: امیرکبیر.
۴. اصفهانی (شیخ‌الشریعه)، فتح‌الله (۱۴۱۰). قاعده لا ضرر. قم: اسلامی.
۵. اصغری، محمد، «عدالت به مثابه قاعده فقهی حقوقی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۸، شماره ۱.
۶. اکبری، محمدجواد (۱۳۸۷). قاعده فقهی عدالت و انصاف در فقه اسلامی و بررسی تطبیقی آن در نظام حقوقی کامن‌لا. پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد دانشگاه تربیت معلم تهران.
۷. امیرمعزی، احمد (۱۳۸۸). نیابت در روابط تجاری و مدنی. تهران: دادگستر.
۸. امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۵۱). «انقضای نمایندگی ارادی و مسأله وکالت غیرقابل عزل». دانشکده حقوق و علوم سیاسی. شماره ۲۱.
۹. امینی، منصور، عبدی، مونا (۱۳۹۳). «بررسی تطبیقی نمایندگی ظاهری». مجله حقوقی دادگستری. شماره ۷۸.
۱۰. انصاری، علی (۱۳۹۱). تئوری حسن نیت در قراردادها (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی معاصر). تهران: جنگل - جاودانه.
۱۱. انصاری، مرتضی (بی‌تا). قاعده لا ضرر و الید و الصحة و القرعة (فرائد الأصول). قم: اسلامی.
۱۲. انصاری، مرتضی (۱۴۱۹). فرائد الأصول. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۱۳. آخوندخراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۹). کفایه الاصول. قم: آل‌البیت.
۱۴. آخوندی، علی (۱۳۹۶). میزان و چگونگی نقش قاعده عدالت در قانونگذاری و عدالت، پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی.

۱۵. آدامز، جان.ان، براونزورد، راجر (۱۳۸۶). تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان. ترجمه مهدی موسوی، تهران: میزان.
۱۶. بجنوردی، حسن بن آقابزرگ (۱۴۱۹). القواعد الفقهیه. قم: الهادی.
۱۷. پارساپور، محمدباقر، نوربخش، سوسن (۱۳۹۴). «معیارهای ارزیابی مصلحت کودک در فقه امامیه، حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب. شماره ۳.
۱۸. تبریزی، موسی (۱۳۶۹). أوثق الوسائل فی شرح الرسائل. قم: نجفی.
۱۹. تقوی مقدم، محمدحسین (۱۳۹۷). تحلیل فقهی حقوقی قاعده عدالت، پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی.
۲۰. جزائری، محمدجعفر مروج (۱۴۱۵). القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التقليد (منتهی الدراية). قم: دار الکتاب.
۲۱. حرّعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). وسائل الشیعه، قم: آل البیت.
۲۲. حسینی روحانی، صادق (بی تا). فقه الصادق علیه السلام. بی جا.
۲۳. خسروانجم، اصغر (۱۳۹۰). تئوری عمل به ظاهر. پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه گیلان.
۲۴. دمرچیلی، محمد؛ حاتمی، علی؛ قرائی، محسن. قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. تهران: میثاق عدالت/کتاب آوا.
۲۵. دهقان، رمضان (۱۳۹۱). تأثیر انصاف در حقوق خصوصی با نگرشی در حقوق انگلیس. تهران: فکرسازان.
۲۶. صادق زاده طباطبایی، محمود (۱۳۹۱). اعتبار و قلمرو قاعده عدالت در فقه از منظر کتاب و سنت. رساله دکتری دانشگاه قرآن و حدیث.
۲۷. صقری، محمد (۱۳۹۰). «اعتبار صحت ظاهری در حقوق تجارت (بحثی در حقوق ایران و فرانسه)». دیدگاه های حقوقی. شماره ۵۳.
۲۸. عادل، مرتضی (۱۳۸۹). «قواعد انصاف در نظام کامن لا». دانشکده حقوق و علوم سیاسی. شماره ۱.
۲۹. عبدالمزاده، میلاد (۱۳۹۶). جایگاه عدالت در استنباط احکام فقهی. پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد دانشگاه علامه طباطبایی.

۳۰. علومی یزدی، حمیدرضا، بابازاده، بابک (۱۳۸۹). «شیوه‌های تفسیر قرارداد در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی. شماره ۲۹.
۳۱. علی‌اکبریان، حسنعلی (۱۳۸۶). قاعده عدالت در فقه امامیه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۳۲. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۸). فقه و مصلحت. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳۳. عمیدزنجانی، عباسعلی (۱۳۸۴). قواعد فقه سیاسی (مصلحت). تهران: امیرکبیر.
۳۴. غزالی، محمد (۱۴۱۷). المستصفی من علم الاصول.
۳۵. فاضل‌تونی، عبدالله (۱۴۱۵). الوافیه فی أصول الفقه. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۳۶. الفت، نعمت‌الله (۱۳۸۴). «نظم عمومی و الزام به انعقاد قرارداد»، فقه و حقوق. شماره ۷.
۳۷. فورمستن، فیفوت، چشایر (۱۳۹۴). اصل نسبی بودن قرارداد در حقوق نمایندگی. تهران: مجد.
۳۸. قشقائی، حسین (۱۳۷۸). شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی معاصر. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). کلیات حقوق؛ نظریه عمومی. تهران: سهامی انتشار.
۴۰. کرمی، سکینه (۱۳۹۴). «نظم عمومی؛ ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه». مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۱.
۴۱. لطفی، احسان (۱۳۹۶). «گفتاری در نقد و بررسی نظریه حقوقی عمل به ظاهر». مطالعات حقوق خصوصی. شماره ۲.
۴۲. مجموعه گفتگوهای هم‌اندیشی بررسی مسائل و مشکلات زنان - اولویت‌ها و رویکردها (۱۳۸۰). قم: دفتر مطالعات و تحقیقات زنان.
۴۳. محقق‌داماد، مصطفی (۱۴۰۶). قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۴. مخلصی، عباس (۱۳۷۳). «نوآوری‌های شیخ انصاری در دانش اصول». مجله فقه. شماره ۱.
۴۵. مدنیان، غلامرضا، رحمت‌اللهی، حسین، خالقی‌دامغانی، احمد (۱۳۹۰). «امکان یا امتناع تبیین مفهوم نظم عمومی در حقوق (مطالعه در حقوق کشورهای ایران، انگلیس و فرانسه)». پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۳.

۴۶. مرتضوی لنگرودی، محمدحسن (۱۴۱۲). الدر النضید فی الاجتهاد و الاحتیاط و التقليد، قم:

انصاریان.

۴۷. مطهری، مرتضی (۱۳۵۷). عدل الهی. تهران: صدرا.

۴۸. مظفر، محمد رضا (۱۳۷۵). أصول الفقه. قم: اسماعیلیان.

۴۹. مکارم شیرازی، ناصر، تعزیر و گستره آن، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.

۵۰. موسوی خمینی، روح الله (۱۴۱۸)، تنقیح الأصول، تهران: نشر آثار امام خمینی (ره).

۵۱. موسوی خمینی، روح الله (بی تا). القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التقليد (الرسائل). قم: اسماعیلیان.

۵۲. مهریزی، مهدی (۱۳۸۸). «عدالت به مثابه قاعده فقهی». فصلنامه نقد و نظر. شماره ۱۰.

۵۳. نائینی، محمدحسین (۱۳۵۲). أجود التقريرات. قم: مطبعة العرفان.

۵۴. نجفی، محمدحسن (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۵۵. نجفی (کاشف الغطاء)، حسن (۱۴۲۲). أنوار الفقاهة - کتاب الصلح. نجف: کاشف الغطاء.

۵۶. نجفی خوانساری، موسی (۱۳۷۳). رساله فی قاعده نفی الضرر. تهران: المحمدیه.

۵۷. نراقی، مولی احمد (۱۴۱۷). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام. قم: اسلامی.

۵۸. نقیبی، ابوالقاسم (۱۳۸۵). «اصل عدالت و قانونگذاری دینی». ندای صادق. شماره ۴۳.

۵۹. نقیبی، ابوالقاسم (۱۳۸۶). خسارت معنوی در حقوق اسلام، ایران و نظام های حقوقی معاصر. تهران:

امیرکبیر.

۶۰. نوری، حسین (۱۴۰۸). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. بیروت: آل البيت.

۶۱. Anson, William (1964). **Principles of The English Law of Contract and of Agency In Its Relation to Contract**. Oxford.

62. Sealy, Len, Hooley, Richard (2009). **Commercial Law, Text, Cases and Material**. Oxford University Press.