

نظام حقوقی اسلام با حفظ اصول باید با نظام‌های حقوقی دیگر تعامل داشته باشد. موضوع مهم، بررسی علمی این تعامل است تا به التقاط منجر نشود. برخی حقوقدانان به‌صرف یافتن مصادیقی از یک اصل حقوقی در نظام‌های حقوقی دیگر، سخن از انطباق آن اصل با فقه امامیه و حقوق ایران به میان می‌آورند، در حالی که برای اثبات این انطباق، علاوه بر بررسی وحدت ملاک در مصادیق اصل حسن نیت در فقه امامیه، باید مسئله رابطه حسن نیت و سوء نیت، اینکه آیا نهی از شیء اقباض امر به ضد دارد یا خیر و دلالت نهی بر فساد بررسی شود. زیرا اصل حسن نیت اثر وضعی بر قراردادهای دارد و اثبات نهی شارع از سوء نیت و اخذ وحدت ملاک از مصادیق حسن نیت، آغاز استدلال است نه انتهای آن. تمام این مقدمات استدلال، محل تأمل است و با ایراداتی مواجه است. در این مقاله با آسیب‌شناسی بومی‌سازی اصل رومی ژرمنی حسن نیت، بررسی خواهد شد که چگونه برخی از حلقه‌های اسلامی‌سازی اصول حقوقی مغفول واقع شده و آنچه که باید آغاز پژوهش انگاشته شود، پایان آن انگاشته شده و بر همان اساس یک اصل حقوقی به اشتباه کاملاً مطابق با فقه امامیه تلقی شده است. ■ واژگان کلیدی:

حسن نیت، اسلامی‌سازی، بومی‌سازی، اصول حقوقی، فقه امامیه.

بررسی و نقد بومی‌سازی اصل حقوقی حسن نیت

علی جعفری

استادیار دانشگاه تهران (پردیس فارابی)
alijafari@ut.ac.ir

مقدمه

شیوه مطالعه تطبیقی و بررسی علمی جایجایی نهادها در نظام‌های حقوقی می‌تواند بر این تعامل مدیریت علمی کند و شیوه اخذ اصل حقوقی خارجی را تحلیل و درج آن را بررسی نماید. شیوه‌های بومی‌سازی و اسلامی‌سازی اصول حقوقی در حقوق داخلی عبارت‌اند از: درج مصدقی، درج با تجزیه نهاد و اخذ نهاد هماهنگ‌کننده.

اصل حسن‌نیت از اصول مهم حقوقی (و شاید مهم‌ترین اصل) در نظام حقوقی رومی ژرمنی است به طوری که در صورت تزامم با اصول دیگر، اصل حسن‌نیت حاکم است. هر چند حسن‌نیت مفهومی اساساً اخلاقی است و آن را برای «اخلاقی نمودن» حقوق موضوعه به کار برده‌اند، امروزه دیگر این مفهوم یک ایده اخلاقی صرفاً الهام‌بخش انصاف نیست، بلکه عبارت است از یک ایده اخلاقی - حقوقی توجیه‌کننده قواعد پراکنده‌ای که به تدریج به منظور تعدیل قواعد خشک حقوقی در زمینه‌های مختلف فراهم آمده است. قانون‌گذاران فرانسوی در سال ۱۸۰۴ میلادی در بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه رعایت حسن‌نیت را در اجرای قراردادها لازم دانسته‌اند و پس از آن اصل حسن‌نیت به انعقاد و تفسیر قرارداد نیز تعمیم داده شد. (کنرو^۱، ۱۹۹۷: ۸۶)

امروزه حسن‌نیت به عنوان یکی از اصول اخلاقی، در حقوق قراردادها جایگاهی شگرف یافته است، به گونه‌ای که در برخی از نظام‌های حقوقی، به عنوان یک قاعده لازم‌الرعایه در مراحل انعقاد، اجرا و تفسیر قرارداد شناخته می‌شود که حتی توافق متعاقدين برخلاف آن فاقد اثر است. امروزه در حقوق جدید، این اصل مبنای برخی از تئوری‌های نوین حقوق قراردادها مثل تعهد به همکاری را تشکیل داده است. (کلین^۲، ۱۹۹۳: ۳۵)

دو نقش اساسی برای اصل حسن‌نیت مورد شناسایی قرار گرفته است: از یک طرف، تصور اشتباه و قابل بخشش که مورد حمایت واقع شده است و از طرف دیگر درستکاری و صداقت در اعمال حقوقی. حسن‌نیت در عین اینکه قاعده حقوقی است (که در حقوق رومی ژرمنی از آن به اصل حسن‌نیت یاد می‌شود و موضوع این پژوهش نیز اصل حسن‌نیت به همین مفهوم است نه اصل عملی)، اماره قانونی مبتنی بر غلبه و ظاهر هم هست و شخصی که به سوءنیت استناد می‌کند بار اثبات با اوست.

در کشور ما قانون‌گذار هنگام تدوین قانون مدنی نظر صریحی در خصوص اصل

حسن نیت ارائه نکرده است. همین مسئله باعث شده که حقوقدانان نظرات کاملاً متفاوتی نسبت به آن داشته باشند و در همین راستا مطالب متضادی به فقه امامیه نسبت داده شده است. بررسی دیدگاه قانون‌گذار به اصل حسن نیت از ابتدا تاکنون نشان می‌دهد گرایش به پذیرش آن در حقوق ایران در مجموع یک روند صعودی را طی کرده است، چنانکه در قانون تجارت الکترونیکی در سال ۱۳۸۲ به صراحت از آن نام برده است.

در خصوص اصل حسن نیت در حقوق خارجی خصوصاً حقوق رومی ژرمنی تحقیقات بسیاری انجام شده است و منابع خوبی در دسترس است. در حقوق ایران نیز پژوهش‌هایی خصوصاً در چند سال اخیر در این حوزه انجام شده که در ادامه حسب مورد از آنها یاد خواهد شد. لیکن در تحقیقات فقه‌محور در حوزه حقوق قراردادهای، آنچنان که باید و شاید به این اصل پرداخته نشده است و مشخص نشده که آیا فقه امامیه اصل حسن نیت در قراردادهای را برمی‌تابد؟ آیا می‌توان به صورت مطلق قائل به سازگاری اصل حسن نیت با فقه امامیه شد؟ در غالب تحقیقات انجام شده با ذکر مصادیقی از اصل حسن نیت در فقه، آن را نشانه پذیرش این اصل در فقه امامیه و پایان پژوهش دانسته‌اند. در حالی که وجود این مصادیق آغاز پژوهش فقهی است و باید مشخص شود اولاً آیا مصادیق ناسازگار با اصل حسن نیت نیز در فقه امامیه وجود دارد یا خیر؟ ثانیاً از مصادیق موجود می‌توان وحدت ملاک اخذ کرد یا نه؟ ثالثاً بر فرض وجود وحدت ملاک، باید توجه داشت که این احکام ناظر بر اثر تکلیفی است و با ضمانت اجرای اصل حسن نیت در حقوق رومی ژرمنی متفاوت است. لذا باید بررسی شود که رابطه بین اثر تکلیفی نقض حسن نیت و اثر وضعی آن چیست؟ رابعاً بر فرض وجود ملازمه، صرفاً اثبات می‌شود که حسن نیت به مفهوم ثانوی آن (صداقت و درستی در انعقاد، اجرا و تفسیر اعمال حقوقی) با فقه امامیه سازگار است و ربطی به مفهوم اولیه حسن نیت (تصور خلاف واقع قابل بخشش) ندارد. بنابراین دلیل آنها اخص از مدعاست و لازم است تحقیقی عاری از این عیوب انجام شود. سؤال اصلی پژوهش حاضر این است که روندی که برای شناسایی اصل حسن نیت در فقه و حقوق ایران طی شده دارای چه ایراداتی است و آیا می‌توان با تکیه بر آن اصل حسن نیت را به طور مطلق منطبق با مبانی فقهی دانست؟ برای این آسیب‌شناسی لازم است ابتدا نظر به مفهوم اصل حسن نیت داشته باشیم:

۱. مفهوم اصل حسن نیت

حسن نیت، ترجمه اصطلاح «bonne foi» در حقوق فرانسه است که در حقوق سوئیس نیز تحت همین عنوان آمده است اما در آلمان تحت اصطلاح «treu und glauben»، در ایتالیا با عبارت «buona fede»، در حقوق کشورهای آمریکا و انگلیس تحت عبارت «good faith» مورد بحث قرار می‌گیرد و اصطلاح لاتین آن «bona fide» است. Bona واژه‌ای لاتین است که به‌عنوان اسم، معنی کالا، مالکیت و تصرف می‌دهد. در حقوق رم، این واژه برای مشخص کردن تمام انواع مالکیت عینی، دینی و مختلط به کار می‌رفت، ولی به‌صورت دقیق و مضیق، به اموال عینی گفته می‌شد. واژه biens یک واژه فرانسوی است که به‌عنوان اسم به تمام جنبه‌های مالکیت گفته می‌شود و به‌عنوان صفت bonus به‌معنای خوب است و در صورت ترکیبی good faith یا bona fides که همان حسن نیت است از اصطلاح (mala fides یا bad faith) متمایز می‌شود. (رک: انصاری، ۱۳۸۸: ۲۲ و ابراهیمی، ۱۳۸۸: ۶۳)

حسن نیت در قوانین هیچ‌یک از کشورهای عضو نظام رومی ژرمنی تعریف نشده است. علت این امر ممکن است دشواری تعریف باشد تا جایی که بعضی حقوقدانان عنوان مقاله خود درباره حسن نیت را «تعریفی از تعریف‌ناپذیرها» گذاشته‌اند. (پاورز^۱، ۱۹۹۹: ۴۹) این کشورها ترجیح داده‌اند تعریف را به حقوقدانان و شارحین قانون واگذارند. تنها کشوری که در قوانین خود حسن نیت (البته حسن نیت در اجرای قرارداد) را تعریف کرده است، آمریکا می‌باشد. در ماده ۱-۲۰۱ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا حسن نیت به‌عنوان «صداقت واقعی در رفتار یا معامله»^۲ تعریف شده است. تعریف دیگری از اجرای با حسن نیت قرارداد در ماده ۲۰۵ «بازنویسی حقوق قراردادهای آمریکا»^۳ این کشور آمده که عبارت است از: «وفاداری در یک هدف مشترک مورد توافق و در نظر گرفتن توقعات به‌حق طرف دیگر». تعاریف فوق تنها یک بعد از حسن نیت را پوشش می‌دهد. حسن نیت در اصطلاح حقوقدانان شامل دو مفهوم مجزا می‌شود: مفهوم نخست، اعتقاد خلاف واقع که یا ناشی از جهل است (مثل وطی به شبهه) یا ناشی از ظاهر فریبنده (مثلاً در وکالت ظاهری) و مفهوم ثانوی، صداقت در عمل که بیانگر بعد الزامی حسن نیت است. مطابق با این دو مفهوم،

1. Powers

2. Honesty in Fact.

3. Restatement of the Law Second Contracts 2d. Adapted at Washington. D.C. on may 17; 1979.

اصل حسن نیت دو بعد متمایز پیدا می‌کند. یکی بعد حمایتی در فرض اشتباه از جانب متصرف، مشتری و یا شخصی که با دارنده ظاهری حق معامله می‌کند و از طرف دیگر بعد الزامی حسن نیت در انعقاد، اجرا و تفسیر اعمال حقوقی. (وائل، ۱۳۷۵: ۱۹۷-۱۹۵)

۱.۱. حسن نیت به معنای تصور خلاف واقع

در تعریف حسن نیت گفته شده: «کسی که اقدام به عمل حقوقی یا مادی که منشأ آثار حقوقی است می‌کند و به صحت عمل خود اعتقاد دارد، این اعتقاد او حسن نیت است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۰۰) و یا «قاعده حسن نیت این است که هر کس اقدام به یک عمل حقوقی یا ایجاد رابطه حقوقی می‌نماید باید به صحت آن اعتقاد داشته باشد، اعم از اینکه در این اعتقاد دچار اشتباه شده است یا خیر» (نوبین، ۱۳۸۴: ۱۰۴) این تعاریف اولاً جامع افراد نیست و باید ذکر می‌شد که منظور از این تعریف، فقط حسن نیت به معنای تصور خلاف است. ثانیاً حسن نیت به این معنا را نیز به خوبی تعریف نمی‌کند، زیرا می‌بایست به جای عنصر درونی حسن نیت (اعتقاد) بروز خارجی آن (رفتار) مورد تأکید قرار می‌گرفت. مانند این تعریف از حقوقدانان فرانسوی: «رفتار حاکی از اعتقاد با اراده رعایت قواعد حقوقی که سبب می‌شود ذینفع از خشونت قانون دور بماند.» (رک: صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۴۶) البته ایراد نخست بر این تعریف نیز وارد است. دلیل اینکه می‌گوئیم به جای عنصر درونی حسن نیت، باید بروز خارجی آن مورد تأکید قرار گیرد این است که در اصل حسن نیت، حسن فاعلی صرف ملاک نیست.

حسن نیت به مفهوم اول آن دارای عناصر سه‌گانه زیر است: فعلی از افعال (مادی یا حقوقی) مثل تصرف مغرور در مال، مورد فعل مذکور مال منقول یا غیرمنقولی باشد و نهایتاً فعل مذکور ظاهری داشته باشد که با واقع مطابقت ندارد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۶۶) در حقوق فرانسه، تصور اشتباه، اشتباه‌کننده را قادر می‌سازد که دعوای احتمالی مطروح توسط دارنده حق عینی یا دینی را با شکست مواجه سازد. (وائل، ۱۳۷۵: ۲۰۳) این امکان در صورتی برای اشتباه‌کننده وجود دارد که اشتباه همراه با یک باور قابل پذیرش باشد؛ ارزیابی چنین باوری (که امری موضوعی است) بسیار حائز اهمیت است. مسلماً نمی‌توان بر اشتباه فاحش که به سهولت آشکار می‌شود، تکیه کرد، همچنان که نباید توقع داشت اشتباه غیرقابل اجتناب باشد. قوانین فرانسه اثبات رعایت جوانب احتیاط و توجه را لازم نمی‌داند و اشتباه‌کننده فقط باید اشتباه خود را ثابت کند. این مسئله با انتقاد حقوقدانان فرانسوی مواجه شده است. به اعتقاد آنان یک باور معقول در

ارتباط با موضوع، حداقل چیزی است که می‌توان آن را انتظار داشت. یک اشتباه توأم با تقصیر نمی‌تواند به موجب قواعد عمومی مورد پذیرش واقع شود. (وائل، ۱۳۷۵: ۲۰۴) شخص نمی‌تواند به اشتباهی که خود منشأ آن است استناد جوید؛ استناد به اشتباه در موردی که منشأ آن عدم درستکاری طرف مقابل باشد، مسموع است. سوءنیت در فرض احراز، موجب انتساب خسارات به شخص دارای سوءنیت شده و اثبات اشتباه طرف دیگر قرارداد را تسهیل می‌کند. (وائل، ۱۳۷۵: ۲۰۵)

در حقوق فرانسه اشتباه حکمی مانند اشتباه موضوعی مورد پذیرش واقع می‌شود. البته اشتباه حکمی بسیار سخت‌تر از اشتباه موضوعی پذیرفته می‌شود، زیرا در موردی که قانون روشن است، قابل توجیه نخواهد بود که شخصی نسبت به حق خود دنبال کسب اطلاعات نباشد. برخی حقوقدانان فرانسوی اشتباه حکمی را عذر موجه نمی‌دانند، زیرا طبق قاعده کلی جهل به حکم رافع مسئولیت نیست.^۱ اما دیگران و دیوان عالی فرانسه فرقی میان شبهه موضوعیه و حکمیه قائل نشده‌اند و مثلاً در نکاح تشخیص وجود حسن نیت در زمان وقوع نکاح را به قضاوت ماهوی واگذار کرده‌اند. (وائل، ۱۳۷۵: ۲۰۶) آثار حسن نیت به معنای تصور خلاف واقع همیشه یکسان نیست؛ برخی مواقع تصور اشتباه دعوای مطروحه را رد و اثر خود را به‌طور کامل ایجاد می‌کند و یک واقعیت عینی را زیر سؤال می‌برد. در مواقع دیگر با برقراری امتیازات فرعی اثر محدودی را ایجاد می‌کند. این آثار متفاوت در قلمروهای مختلف حقوقی پدید می‌آیند: در قلمرو حقوق اشخاص، اموال و تعهدات. این آثار، گاه متضمن تسهیل تحصیل حق، گاه ابقاء اعمال حقوقی منعقد شده و حتی گاه موجب اعتبار بخشیدن به اعمال حقوقی است. (وائل، ۱۳۷۵: ۲۰۶)

۱.۲. حسن نیت به مفهوم صداقت و درستی در قرارداد

حسن نیت به این مفهوم، بیانگر بعد الزامی حسن نیت است. بر این اساس متعاقدين باید در تمام مراحل قرارداد از انعقاد و حتی مذاکرات پیش از آن گرفته تا اجرای کامل و تفسیر و تکمیل قرارداد، صادقانه و بدون نیرنگ و حيله رفتار نمایند. حسن نیت به این معنا قاعده‌ای آمره است که توافق طرفین در حذف اصل آن تأثیری ندارد. (پاورز، ۱۹۹۹: ۵۱) در بسیاری از تحقیقات مفاهیم دوگانه حسن نیت لحاظ نشده است و صرفاً به یک مفهوم اشاره شده است. مثلاً حسن نیت مطابق ماده ۱۰۳-۲ UCC این‌گونه تعریف شده: «رعایت استانداردهای تجاری متعارف رفتار منصفانه در تجارت» (امینی و ابراهیمی،

1. Nomo Censefur Lgnorare Legam

۱۳۹۰: ۲۶) یا در تعاریف پژوهشگران داخلی گفته شده که «حسن نیت عبارت است از انجام وظایفی که هر یک از طرفین قرارداد یا اشخاص مرتبط با آن، انتظار دارند طرف دیگر قرارداد به صورت صادقانه، منصفانه و معقولانه به آن پایبند باشد و برای رعایت حقوق و منافع طرف مقابل بکوشد و از هر گونه سوءنیت و فریبکاری بپرهیزد» (نقیبی، ۱۳۹۲: ۳۹) این دو مفهوم (تصور خلاف واقع و صداقت در عمل) جامعی هم ندارند تا بتوان حداقل آنها را مشترک معنوی دانست و بهتر است آنها را مشترک لفظی بدانیم. وقتی گفته می‌شود دارنده با حسن نیت سند تجاری یا متصرف با حسن نیت، صرفاً جهل دارند یا متصرف مطرح است نه بیش از آن، جهلی که قانون‌گذار با شرایطی از آن حمایت می‌کند. اینجا بعد حمایتی حسن نیت مطرح است (نه بعد الزامی). حسن نیت به مفهوم ثانوی بر افراد الزام می‌شود، حال آنکه معنا ندارد آنها را ملزم به جهل و حسن نیت به مفهوم نخست کنیم. این مسئله یکی از آسیب‌های اصل حسن نیت در نظام حقوقی مبدأ است که در ادامه به آن می‌پردازیم:

۱۵۳

۲. آسیب‌شناسی اصل حسن نیت در نظام حقوقی مبدأ

۲.۱. آسیب در مفهوم دوگانه

یکی از آسیب‌های اعمال اصل حسن نیت، آن است که در مواقع مختلف که از حسن نیت نام برده می‌شود، از ظاهر این اصطلاح برمی‌آید که حسن فاعلی مورد نظر باشد (نظیر بحث تجری و انقیاد)، در حالی که در برخی موارد صرف جهل برای بهره‌مندی از حمایت قانون‌گذار کافی است. در مواردی نیز حسن فعلی لازم است. چنانچه در غالب مصادیق حسن نیت در اجرای قرارداد، بیش از آنکه حسن نیت در اجرا مطالبه شود، حسن اجرا مورد نظر است. این گستره با متضاد دانستن (به جای متناقض دانستن) حسن نیت و سوءنیت بیشتر نیز می‌شود.

بسیاری از تعاریف حقوقدانان (اعم از ایرانی و فرانسوی) تنها یکی از دو مفهوم حسن نیت را در برمی‌گیرد. به کارگیری جهل، حسن فاعلی و حسن فعلی تحت یک اصل، مشکلاتی را (لااقل در حقوق ما) به وجود آورده است. بسیاری از اختلافات حقوقدانان ایرانی و ایرادات آنان به یکدیگر ناشی از این مسئله است. این آسیب باعث شده برخی با تمرکز بر کلمه «نیت» در اصطلاح حسن نیت، حسن فاعلی را برای تحقق آن کافی بدانند. اینان می‌گویند: حسن نیت یک کیفیت غیرملموس و انتزاعی و فاقد هرگونه معنای تخصصی یا تعریف

قانونی است و از جمله شامل یک اعتقاد صادقانه، فقدان سوءنیت و فقدان نقشه‌ای برای گول زدن طرف مقابل یا طلب امتیازی مخالف با وجدان می‌شود و حسن نیت شخصی یک فرد، مفهومی در ذهن و درون خود اوست و از این رو نمی‌توان آن را به‌طور قطعی با ظواهر بیرونی آن شخص تعیین کرد. صداقت در قصد، و بری بودن از آگاهی نسبت به اوضاع و احوالی است که ممکن بود منجر به این شود که دارنده حسن نیت، موضوع شک و تردیدی واقع شود. قصدی صادقانه برای خودداری از کسب هرگونه منفعت و امتیاز غیرمنطبق با وجدان از طرف دیگر، حتی از طریق استفاده از ریزه‌کاری‌های تخصصی حقوقی، همراه با فقدان کلیه اطلاعات، توجهات یا منافع یا اعتقاد به وقایعی که معامله مورد نظر را مخالف با وجدان می‌سازند. در استفاده متعارف، این اصطلاح به‌نظر معمول، توصیف‌کننده وضعیت ذهنی است که بیانگر صداقت در مقصود، بری بودن از قصد تقلب و گول زدن و به بیان عام، به‌معنی وفادار بودن به وظیفه یا تعهد است. (جنیدی و امام، بی‌تا: ۲۹)

برخی اطلاق حسن نیت را در «اصل عدم توجه ایرادات در برابر دارنده با حسن نیت سند تجاری» نادرست می‌دانند. (کاویانی، ۱۳۸۳: ۱۴۳) حسن نیت در اینجا به‌معنی جهل است، نه به‌معنی صداقت و درست‌ی. هر چند اطلاق «حسن نیت» به فرد جاهل مرسوم شده است، اما ایراد مزبور نیز بی‌اساس نیست و در آسیب‌شناسی اصل حسن نیت، جای طرح دارد. به‌اعتقاد برخی نویسندگان غربی، اصل حسن نیت شامل چند تناقض است: تناقضات میان اخلاقیات فردگرایانه آزادی قراردادها^۱ و ارزش‌های ایثارگرایانه درباره مسئولیت‌های میان افراد^۲ که در موضع مقابل قرار دارد، تناقضات میان خطر خودسری قضایی^۳ و نیاز به انعطافی منصفانه^۴ و در نهایت تناقضات میان مشروعیت قانون‌گذاری قضایی و تأکید بر محدودیت قضایی. (استورم،^۵ ۲۰۰۳) ایشان در ادامه گفته‌اند: هیچ انسجام ذاتی میان آنچه مقررات حسن نیت نامیده می‌شود، وجود ندارد و هر قاعده‌ای می‌تواند مبتنی بر آن باشد. در این دیدگاه، حسن نیت صرفاً مجموعه‌ای از ضوابط و اصلاحیه‌هایی است که توسط قضات به سنت قدیمی زده شده است که محتوای آنها می‌تواند هر چیزی باشد. همان‌طور که «انصاف» در حقوق انگلیس مشتمل بر ضوابط و اصلاحیه‌هایی است که به حقوق عرفی قدیم زده شده است. (استورم، ۲۰۰۳) البته در این اشکال تا حدی اغراق

1. Individualist Ethics of Freedom of Contract
2. Altruist Value of Interpersonal Responsibility
3. Judicial Arbitrariness
4. Equitable Flexibility
5. Storme

شده است، زیرا ممکن است تمایز دقیق میان عملکردهای مختلف حسن نیت ثابت نباشد، اما موارد زیر را می‌توان بصورت مشترک در آنها یافت:

اول. نقش مستحکم‌سازی قوانین دیگر، به‌ویژه مستحکم‌سازی روش انجام تعهد دوم. وظایف تکمیلی یا انضمامی که اساساً به ایجاد وظایف اضافی و مسئولیت جبران خسارت برای موقعیت‌هایی می‌پردازد که تصور می‌شود قوانین کنونی آن را پوشش نداده است.

سوم. وظیفه تصحیحی که قواعد یا شرایط قراردادی مغایر با حسن نیت را کنار می‌گذارد. (استورم، ۲۰۰۳)

۲.۲. عدم تبیین رابطه حسن نیت و سوء نیت

متأسفانه رابطه حسن نیت با سوء نیت نه تنها در نوشته‌های حقوقی داخل کشور بلکه حتی در کشور فرانسه که حسن نیت جایگاه فوق‌العاده‌ای در حقوق آن دارد، درست تبیین نشده است. لذا از برخی عبارات رابطه تناقض فهمیده می‌شود و از عبارت دیگری، رابطه تضاد. آیا صرف نداشتن سوء نیت، طرف قرارداد را مشمول احکام متعامل با حسن نیت می‌کند یا اینکه فراتر از نبود سوء نیت، متعامل باید دارای جهات ایجابی هم باشد تا متعامل با حسن نیت باشد. مثلاً گفته شده «تقصیر سنگین تقصیری است که مظهر عدم مهارت یا غفلت شدید در حدی شگفت‌انگیز است. نه قصد اضرار هست و نه خباثت (سوء نیت) ولی آنچنان بی‌مبالاتی وجود دارد که گوئی کار عمداً انجام گرفته است» (کاربونی، به نقل از صفایی، ۱۳۷۵: ۴۴۴) برخی حقوقدانانها تقصیر سنگین را نقض حسن نیت می‌دانند و معتقدند در این حالت نه سوء نیت وجود دارد و نه حسن نیت و عده‌ای معتقدند شخص ممکن است با حسن نیت باشد و در عین حال مرتکب تقصیر سنگین شده باشد. (صفایی، ۱۳۷۵: ۴۳۶ و ۴۳۷ ایشان نظر دوم را دارند) دیدگاه اول حاکی از رابطه تضاد و دیدگاه دوم حاکی از رابطه تناقض میان حسن نیت و سوء نیت است. براساس دیدگاهی سنتی در فرانسه حسن نیت، نبود سوء نیت دانسته شده است.^۱ (استورم، ۲۰۰۳) اما حسن نیت معمولاً به نبود سوء نیت محدود نشده، بلکه ضوابط عینی را نیز ایجاد کرده است. (استورم، ۲۰۰۳) از عبارات برخی حقوقدانان نیز استنباط می‌شود که ایشان رابطه حسن نیت و سوء نیت را تناقض می‌دانند و صرفاً تجاوز به عمد را خارج از دایره حسن نیت می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۴، ۳۲۷) ایشان همچنین وکیلی که سوء نیت نداشته ولی بی‌احتیاطی او به ضرر

1. In a Traditional French View Reducing Good Faith to the Absence of Bad Faith

موکل تمام شده است را دارای حسن نیت دانسته و اقدامات او را در حق موکل نافذ می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ج ۲، ۳۲۷) از رأی ۱۶ ژانویه ۱۸۶۱ دیوان تمیز فرانسه رابطه تضاد استنباط می‌شود. براساس این رأی، از آنجا که از شهروندان فرانسوی انتظار نمی‌رود از قوانین کشورهای دیگر آگاه باشند، در صورتی که اهمال و بی‌احتیاطی نکرده باشند و معامله را با حسن نیت انجام داده باشند، عدم اهلیت طرف خارجی موجب ابطال معامله نمی‌شود. (الماسی، ۱۳۸۴: ۱۶۷)

در مقابل حقوقدانانی که حسن نیت را مساوی با فقدان سوءنیت می‌دانند، دیدگاهی است که می‌گوید متعهد باید هم حسن نیت به معیار ذاتی داشته باشد و هم حسن نیت به معیار موضوعی. (ناجی ملاصالح، ۱۳۹۵: ق: ۳۲۴) حسن نیت به معیار ذاتی یعنی اینکه در جهت اضرار طرف دیگر عمل نکند، بدین صورت که از خطای عمد و همچنین اهمال فاحشی که قانون آن را دلیل عمد یا حداقل اثرش را معادل آن بداند، اجتناب کند. حسن نیت به معیار ذاتی تنها از نیت مباشرت در اضرار غیر باز نمی‌دارد، بلکه همچنین از هرگونه فعل یا ترک فعلی که ضرری ملازم آن باشد، باز می‌دارد. در کنار حسن نیت به معیار ذاتی، حسن نیت به معیار موضوعی هم لازم است، به عبارت دیگر اینکه اراده او آلوده به سوءنیت نباشد کافی نیست، بلکه واجب است بصیرتی که غرض متعاقدين از عقد را تأمین می‌کند نیز داشته باشد. لذا مدیون نباید نسبت به چیزهایی که دانستن آنها لازم است و همچنین شرایط و موانع مؤثر در اجرا و احتیاطات و تدابیر لازم برای جلوگیری از عقیم شدن قرارداد، بی‌اطلاع باشد. (ناجی ملاصالح، ۱۳۹۵: ق: ۳۲۶)

نتیجه مهم تمیز بین حسن نیت به معیار ذاتی و موضوعی را امکان توافق طرفین علیه آن می‌دانند: به این معنی که متعاقدين نمی‌توانند با توافق یکدیگر، مسئولیت اخلال به حسن نیت به معیار ذاتی را اسقاط کنند، در حالی که توافق بر اعفاء مسئولیت اخلال به حسن نیت به معیار موضوعی (مسئولیت ارتکاب خطای غیرعمد و بی‌احتیاطی غیرسنگین) ممکن است. بند ۲ ماده ۲۵۹ ق.م.عراق نیز به همین نتیجه رسیده است. (ناجی ملاصالح، ۱۳۹۵: ق: ۳۳۳)

به نظر می‌رسد رابطه حسن نیت و سوءنیت در مرحله اجرای قرارداد تضاد است و صرف نبود سوءنیت، حسن نیت نیست. این نظر می‌تواند توجیه‌کننده اصطلاح «قراردادهای با حداکثر حسن نیت» باشد، در حالی که وجود نسبت تناقض، این اصطلاح را توجیه

نمی‌کند. زیرا اگر حسن نیت امری عدمی (عدم سوءنیت) باشد حداکثر و حداقل در آن معنی ندارد.

۲.۳. در مرحله دادرسی

یکی از نگرانی‌های برخی حقوقدانان (حسین صفایی، سخنرانی «بررسی الحاق ایران به کنوانسیون بیع وین»، دانشگاه مفید، ۲۲ آبان ۱۳۸۴) از پذیرش اصل حسن نیت در حقوق ایران، سوء استفاده دادرسان و از بین رفتن قطعیت قراردادی است. این نگرانی کم و بیش در میان حقوقدانان از دیگر کشورها نیز دیده می‌شود. چنانچه حقوقدانان کامن‌لا بر همین مبنا در ابتدا روی خوش به اصل حسن نیت نشان ندادند. ضمن اینکه تمام اصولی که در صدد انعطاف بخشیدن به قواعد و مقررات خشک حقوقی و ایجاد ممانعت از زیر پا گذاشتن روح قانون با تمسک به ظاهر آن هستند، در معرض این انتقاد قرار دارند. چنانچه «ویدال» حقوقدان مشهور فرانسوی نیز به سبب ارائه تئوری تقلب نسبت به قانون با همین انتقاد مواجه شد. (کاشانی، ۱۳۵۴: ۲۳۷) «ویدال» نیز در پاسخ به منتقدان گفت، این وظیفه شما حقوقدانان است که با تبیین دقیق و تعیین چارچوب‌های اعمال این اصل، آن را ضابطه‌مند کنید و آفاتش را به حداقل برسانید. (کاشانی، ۱۳۵۴: ۲۳۹)

۲.۴. تقدم متصرف با حسن نیت بر مالک

این مسئله از نقاط ضعف تئوری حسن نیت است تا جایی که انتقاد برخی حقوقدانان فرانسوی را نیز موجب شده است و با لحن انتقادآمیز گفته‌اند «در فرانسه، تئوری حسن نیت در حال توسعه است. اما تا کجا؟! استفاده از حسن نیت مثل مصرف الكل است که براساس قانون فرانسه مجاز است اما باید روی آن نوشته شود: مصرف با اعتدال!» (تالون، ۱۹۹۴: ۳) در حالی که این مسئله اختلافی (بین فقه امامیه و حقوق ایران از یک سو و حقوق فرانسه از سوی دیگر) با انتقاد برخی حقوقدانان فرانسوی نیز مواجه شده است و به ضعف آن اذعان کرده‌اند، برخی در این مورد (و موارد دیگر اختلافی) خواستار اصلاح قوانین ایران و تبعیت از حقوق فرانسه شده‌اند. (علی‌پور، ۱۳۸۴: ۱۳۲ و ۱۹۸ و انصاری، ۱۳۸۸: ۳۰۶) ماده ۳۹۱ ق.م مقرر می‌دارد: «در صورت مستحق للغير برآمدن کل یا بعض مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید» در حقوق ایران مشتری با حسن نیت مالک مبیع مستحق للغير نمی‌شود و فرق او با مشتری بدون حسن نیت در اخذ غرامات است.

حقوق فرانسه با فقه امامیه در مسئله متصرف با حسن نیت تفاوت بنیادین دارند و اختلاف آنها قابل حل به نظر نمی‌رسد. مالک شدن متصرف با حسن نیت و تقدم او بر مالک حقیقی در فرانسه، با هیچ توجیهی در فقه امامیه حقوق ما قابل پذیرش نیست. «قانون‌گذار با تبعیت از فقه امامیه، ارزش زیادی برای حق مالکیت قائل شده است. حسن نیت و سوءنیت متصرف، تأثیری در مسئولیت وی در مقابل مالک ندارد». (کاتوزیان و عباس‌زاده، ۱۳۹۲: ۱۷۳)

به اعتقاد برخی حقوقدانان «این راه حل که به خاطر احترام به حق مالکیت و نکوهش تجاوز و غصب انتخاب شده است، در مواردی که خریدار حسن نیت دارد عادلانه نیست، زیرا سبب می‌شود که مالک بیهوده از دسترنج و هنر خریدار بهره‌مند شود.» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳: ۵۷) به نظر نگارنده در اعمال اصل حسن نیت نباید تا آنجا پیش رفت که حق عینی مالک را (که او هم اصولاً حسن نیت داشته) ندیده گرفت. ماده ۳۶۲ ق.م. نه تنها آنچنان که گفته‌اند با عدالت تعارض ندارد، بلکه تنها راه عادلانه این است که در تراحم منافع دو نفر که هر دو حسن نیت دارند، جانب فردی را بگیریم که حق عینی هم داشته است. متصرف با حسن نیت نیز باید خسارات خود را از غار مطالبه کند نه از مالک.

۳. آسیب‌شناسی پذیرش اصل حسن نیت به صرف بعض مصادیق در فقه امامیه
در فقه امامیه اصلی با نام حسن نیت که فقها به آن استناد کرده باشند وجود ندارد و در این خصوص اختلافی نیست. آنچه منشأ اختلاف است این است که آیا اصل حسن نیت با فقه امامیه سازگاری دارد یا نه؟ و آیا امکان استخراج چنین اصلی وجود دارد؟ طبیعی است وقتی اساساً چنین اصل یا قاعده‌ای به صراحت مورد استناد فقها نبوده است نباید دنبال تعریف فقهی حسن نیت باشیم. لذا وقتی صحبت از حسن نیت در فقه امامیه می‌کنیم، منظورمان حسن نیت با همان تعریف وارداتی و عمدتاً رومی ژرمنی است و در صدد ارائه تعریف مستقلی نیستیم.

راه کشف امکان استخراج چنین اصلی ابتدا بررسی قواعد فقهی مرتبط و همچنین مطالعه ابواب فقهی به‌ویژه باب‌های مرتبط با عقد بیع و بررسی عناوین مترادف و متضاد با حسن نیت در آنها است. در ابواب مختلف فقه مصادیق ایجابی (آنچه به مقتضای اصل حسن نیت باید انجام شود) و سلبی (آنچه به مقتضای اصل حسن نیت نباید انجام شود) حسن نیت در قرارداد بررسی شده است. (محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ۲۶۱؛ علامه حلی، ۱۳۷۱:

۵؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ۶؛ خویی، ۱۳۷۷: ۷ و خمینی، ۱۴۱۵ق: ۳) نتیجه تقابل آنها با یکدیگر و به بیانی دیگر، انجام دادن افعال نوع نخست و پرهیز از افعال نوع دوم از سوی طرفین عقد، حسن نیت در قرارداد را پدید می‌آورد.

با وجود این، آیا می‌توان به صرف وجود برخی مصادیق اصل حسن نیت در فقه به طور مطلق گفت «اصل حسن نیت از اصول پذیرفته شده در نظام حقوقی شیعه و ایران است»؟ (علیزاده، ۱۳۸۴: ۱۲۶) همچنین آیا «با استقراء در مصادیق حسن نیت در حقوق موضوعه می‌توان به وجود این اصل در حقوق ما به خصوص در قراردادها دست یافت»؟ (کاتوزیان و عباس‌زاده، ۱۳۹۲: ۱۸۵) در غالب تحقیقات انجام شده با ذکر مصادیقی از اصل حسن نیت در فقه، آن را نشانه پذیرش این اصل در فقه امامیه و پایان پژوهش دانسته‌اند. در حالی که وجود این مصادیق ابتدای پژوهش است و باید مشخص شود اولاً آیا مصادیق ناسازگار با اصل حسن نیت نیز در فقه امامیه وجود دارد یا خیر؟ ثانیاً از مصادیق موجود می‌توان وحدت ملاک اخذ کرد یا نه؟ ثالثاً بر فرض وجود وحدت ملاک، این احکام ناظر بر اثر تکلیفی است و با ضمانت اجرای اصل حسن نیت در حقوق رومی ژرمنی متفاوت است؟ لذا باید بررسی شود رابطه بین اثر تکلیفی نقض حسن نیت و اثر وضعی آن چیست؟ در مباحث آتی این سؤالات پاسخ داده خواهد شد.

۳.۱. عدم لحاظ مصادیق معارض با اصل حسن نیت در فقه امامیه

نویسندگان طرفدار پذیرش اصل حسن نیت، تنها به مصادیق موافق این اصل در فقه امامیه توجه نموده‌اند تا سریع‌تر مطلوب آنها ثابت شود و از بررسی مصادیق معارض غفلت نموده‌اند. اینکه برخی مسائل در حوزه حقوق اموال، حقوق اشخاص و حقوق قراردادهای جمله با اصل حسن نیت سازگار است، مورد قبول است، لکن مسئله این است که در کنار اینها مصادیق معارض نیز وجود دارد که در روند بومی‌سازی اصل حسن نیت از آنها نباید غفلت نمود. مباحثی نظیر پرهیز از غش، تدلیس، نجش، تطفیف، تغیر و... در بادی امر ظهور در سازگاری اصل حسن نیت با فقه امامیه دارد. فقه امامیه در عین اینکه به اراده و تراضی طرف‌های قرارداد احترام گذاشته، در کنار آن از افزون‌خواهی‌های طرفین قرارداد خارج از حد اعتدال و متعارف جلوگیری کرده است.

مباحث مربوط به تدلیس و نجش در فقه امامیه مبین لزوم رعایت حسن نیت در انعقاد قرارداد است. مبحث غش و تطفیف حسن نیت در قرارداد را لازم می‌شمرد و قاعده لزوم حمل افعال و گفتار مسلمین بر صحت، لزوم حسن نیت در تفسیر را بیان می‌کند.

فقها نیز افعالی را که ممکن است به صداقت و حسن نیت در قراردادها آسیب رساند، بیان کرده‌اند و به عدم جواز افعالی همچون تدلیس، غش، نجش، تطفیف، تغیر و غبن حکم داده‌اند. ضمانت اجرای این مقررات در فقه، عدم نفوذ، حق فسخ در قالب خیار تدلیس، خیار غبن و... یا حق ارش است. برخی از نویسندگان اصل دیگری را به فقه امامیه نسبت داده‌اند که عبارت است از «اصل اعتماد» و براساس آن اگر طرفی مورد اعتماد واقع شد، نباید از آن سوء استفاده کند. (علیزاده، ۱۳۸۲: ۵۶)

وطی به شبهه که با اقتباس از فقه امامیه در م ۱۱۶۴ و ۱۱۶۵ ق.م ذکر شده است از نمونه‌های بارز حسن نیت به مفهوم اولی و بعد حمایتی آن است. وطی به شبهه عبارت است از آمیزش مردی با زنی که شرعاً استحقاق آن را ندارد ولی خود را مستحق می‌داند خواه در این بنا معذور باشد و خواه نباشد. اگر کسی که از روی ظن غیر معتبر اقدام به وطی می‌نماید، مشمول حکم وطی به شبهه نمی‌شود چنانکه بر مبنای بعد حمایتی اصل حسن نیت نیز هر تصور خلاف واقعی مورد حمایت قرار نمی‌گیرد. چنین فردی در حین وطی معتقد به حلیت نیست بلکه تنها ظن دارد که وطی بر او حلال است آن هم ظن غیر معتبر، مانند کسی که با زنی ازدواج می‌کند که شوهر او مفقوالاثر است بدون آنکه به حاکم رجوع کند و یا موت حقیقی او ثابت شود؛ تنها ظن دارد که شوهر او مرده است و ازدواج می‌نماید؛ این قسم نیز از مصادیق زناست. وطی کننده طبق تعریف حسن نیت آگاه از نقص عمل خود نبوده و اعتقاد به صحت عمل خود دارد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۰۶ و امامی، ۱۳۴۹: ۲۱۴)

در کنار مصادیق فوق در هر دو بعد حمایتی و الزامی اصل حسن نیت مصادیق معارض یا اختلافی وجود دارد. تغایر یا عدم تغایر مسئله ضمان طیب در فقه امامیه با اصل حسن نیت اختلافی است و مطابق نظر مشهور فقها ضمان طیب فرع بر سوء نیت او نیست و طیب با حسن نیت نیز ممکن است ضامن باشد. به موجب رأی مشهور فقها، پزشک در تلف نفس یا عضو بیمار مسئول است. زیرا تلف مستند به فعل اوست. این گروه در برابر دلایل قائلان به عدم ضمان پزشک چنین استدلال کرده‌اند که تمسک به اصل برائت با وجود دلیل اشتغال ذمه بلا وجه است. زیرا در این مورد اصل جاری نمی‌شود؛ بعلاوه اذن در معالجه و درمان است نه در تلف. از این رو اذن ولی در سقوط ضمان مؤثر نبوده، بین اذن و ضمان نیز منافاتی نیست. همچنان که عدم مسئولیت کسی که به قصد ادب کردن موجب جنایت بر دیگری می‌گردد، پذیرفته نیست. درباره این رأی بدون توجه

به نظر ابن ادریس ادعای اجماع شده است. (شهید ثانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۴۹۸ و نجفی، ۱۳۷۶، ج ۴۲: ۴۹) مهم‌ترین ادله نظر مشهور، روایت سکونی (حرعاملی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۹، باب ۲۴: ۲۳۸) و قاعده اتلاف است. از این مصداق اختلافی که بگذریم در مسئله رابطه متصرف با حسن نیت و مالک، به اجماع فقها مالک مقدم است و بنابراین این مسئله که مهم‌ترین مسئله بعد حمایتی اصل حسن نیت در نظام حقوقی مبدأ است، با فقه امامیه مغایرت آشکار دارد. در کتوهای رومی - ژرمنی، تصرف با حسن نیت یکی از اسباب تملک است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۵۴-۱۵۰ و ۳۷۹-۳۷۴) (م ۹۳۲ ق.م آلمان؛ م ۳۳۷۹ ق.م فرانسه؛ م ۹۳۳ ق.م سوئیس و م ۱۱۶۰ ق.م ایتالیایی) در حالی که در حقوق اسلامی، متصرف با حسن نیت غیر مالک در حکم غاصب قرار دارد. (احمدی، ۱۳۷۵: ۳۷۷)

در فرانسه این سبب مالکیت هم در اموال منقول وجود دارد و هم در اموال غیرمنقول (م ۲۲۶۵ ق.م فرانسه، م ۶۶۱، ۶۶۲ و ۶۵۶ ق.م سوئیس و م ۱۴۵۵ ق.م ایتالیایی) با این تفاوت که تملک مال منقول از طریق تصرف با حسن نیت ساده‌تر است و با محدودیت کمتری مواجه است. در فرانسه براساس م ۱۱۴۱ ق.م اگر مال منقولی به دو نفر به طور متناوب منتقل شود، هر خریداری که زودتر آن را با حسن نیت تصرف کند، مالک است، هر چند که عقد مبنای انتقال او بعد از دیگری منعقد شده باشد. بنابراین اگر پس از انتقال نخست، مال در دست دیگری باقی بماند و او از این بی‌احتیاطی منتقل‌الیه استفاده کند و موضوع معامله را به دیگری منتقل و تسلیم کند، عقد دوم نافذ است. (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۸۱)

فقه امامیه و به تبع آن حقوق ایران این مسئله را نمی‌پذیرد و نمی‌توان در حمایت از متصرف با حسن نیت آنچنان افراط کرد که حق مالکیتی را که با عقد نخست به دست آمده، قربانی تئوری حسن نیت کرد. در این مسئله دو بی‌گناه در معرض ضرر و زیان قرار دارند: آنکه برای بار اول به موجب عقد صحیح تحصیل مالکیت کرده است و شخص دوم که با حسن نیت مال را که متعلق به دیگری بوده، خریده است. «ترجیح خریدار دوم منطقی ندارد ولی تقدم خریدار نخست را احترام به قراردادهای خصوصی و پایبندی به عهد و پیمان تضمین می‌کند.» (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۸۰)

۳.۲. امکان سنجی اخذ وحدت مناط از مصداق اصل حسن نیت در فقه امامیه

کسانی که درباره اصل حسن نیت تألیفاتی داشته‌اند، وجود برخی مصداق اصل حسن نیت در فقه امامیه را دلیل سازگاری اصل حسن نیت با فقه امامیه انگاشته‌اند. این نتیجه‌گیری

نیاز به چند مقدمه دارد که اخذ وحدت مناط از مصادیق اصل حسن نیت در فقه امامیه اولین آنهاست که در مباحث آتی به آن می‌پردازیم.

«تنقیح مناط» در اصطلاح فقها یکی از شیوه‌های استنباط حکم است که در آن با اجتهاد و نظر، علت حکم از اوصاف غیر دخیل که در نص آمده، تمییز داده می‌شود تا بتوان حکم را به تمام مواردی که علت در آنها وجود دارد، تعمیم داد. تنقیح مناط ممکن است به صورت ظنی یا قطعی صورت گیرد. (قمی، ۱۳۷۸: ۸۵) مناط در قیاس باطل، ناشی از ظن و گمان است. (مشکینی، ۱۳۴۸: ۲۲۶ و علیدوست، ۱۳۸۴: ۲۴۵) بنابراین هرگاه در قیاس نیز وحدت مناط بین مقیّس و مقیّس علیه احراز گردد، قیاس مقبول همگان است، که فقها در چنین موقعیتی اصطلاح الغای خصوصیت و تنقیح مناط را به کار می‌برند نه قیاس. (علیدوست، ۱۳۸۴: ۲۴۵) به تعبیر مرحوم وحید بهبهانی اگر علت حکم به صورت یقینی و قطعی استنباط شود، تنقیح مناط نامیده می‌شود، اما اگر به صورت ظنی و بدون نص شارع باشد، قیاس مستنبط العله و اگر استنباط علت بر پایه نص باشد، قیاس منصوص العله خواهد بود. (بهبهانی، ۱۴۱۵: ق: ۱۴۷ و خمینی، ۱۳۷۴: ۴۵) امام خمینی در بیان تفاوت قیاس از الغای خصوصیت می‌نویسد: در الغای خصوصیت، مخاطب حکم برای موضوع مذکور در دلیل خصوصیتی نمی‌بیند، مثلاً در روایت «مردی بین رکعت سوم و چهارم شک می‌کند...» عرف قطعاً خصوصیتی برای مرد نمی‌بیند، اما در قیاس، حکم مذکور در دلیل به موضوع خاصی تعلق گرفته و هدف جریان آن حکم در موضوع مشابه با اعتماد به حدس و گمان است. (خمینی، ۱۳۷۴: ۴۶-۴۵)

در بعد حمایتی اصل حسن نیت، مسئله تقدم متصرف با حسن نیت بر مالک، راه را برای الغاء خصوصیت از مصادیق سازگار با بعد حمایتی حسن نیت و تسری به سایر موارد سد می‌کند. در بعد الزامی نیز، اگر بنا بر التزام به قول مشهور فقها باشد، ملاحظه شد که در برخی مصادیق مثل ضمان طبیب، مغایرت با اصل حسن نیت وجود دارد، لکن در این مسئله اختلافی عدول از نظر مشهور و لحاظ حسن نیت ممکن است، چنانکه گرایش فقهای جدید نیز چنین است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱) با لحاظ مصادیق اصل حسن نیت می‌توان گفت ملاک واحد شارع در نهی از سوء نیت در انعقاد و اجرای قرارداد قابل استخراج است.

در خصوص بعد الزامی حسن نیت در انعقاد و اجرای قرارداد که راه اخذ وحدت ملاک فی‌الجمله هموار است دو نکته مهم را باید در نظر داشت: نتیجه چنین وحدت ملاکی نهی

شارع از انعقاد و اجرای قرارداد همراه با سوءنیت است. این مسئله انطباق اصل حسن نیت با فقه امامیه را اثبات نمی‌کند، امری که بسیاری از نویسندگان را به اشتباه انداخته است. برای اثبات این مسئله علاوه بر وحدت ملاک، باید مسئله رابطه حسن نیت و سوءنیت، اینکه آیا نهی از شیء اقصای امر به ضد دارد یا خیر؟ و دلالت نهی بر فساد بررسی شود. زیرا اصل حسن نیت اثر وضعی بر قراردادها دارد و اثبات نهی شارع از سوءنیت، آغاز استدلال است نه انتهای آن.

۳.۳. نهی از شیء مقتضی امر به ضد، امر به شیء مقتضی نهی از ضد

باتوجه به اینکه رابطه حسن نیت و سوءنیت حداقل در مرحله اجرای قرارداد تضاد است، نهی شارع از سوءنیت دلالت بر اصل حسن نیت ندارد، مگر آنکه نهی از شیء مقتضی امر بر ضد باشد. موضوع بحث این است که اگر شارع مقدس امر به شیئی کرد این مقتضی نهی از ضد آن هست یا نه؟ مثلاً شارع می‌گوید «ازل النجاسه فی المسجد». چنانچه شخصی با وجود وسعت وقت و علم به نجاست مسجد نماز بخواند آیا این امر ازاله مقتضی نهی از آن نماز و در نتیجه بطلان نماز هست یا نه؟ البته در بحث ضد دو بحث هست: یکی اینکه آیا امر به یک شیئی، مقتضی نهی از ضد هست یا نه؟ یک بحث هم عکس این است که آیا نهی از یک شیئی، مقتضی امر به ضد هست یا نه؟

شیخ انصاری^(۶) و به تبع ایشان؛ امام خمینی ملازمه مذکور را قبول ندارند. ممکن است اشکال شود اگر گفتند امساک مال غیر، حرام است، آیا اینها معتقدند حرمت امساک مال غیر، ملازمه با امر به رد و وجوب الرد ندارد؟! امام^(۷) می‌فرماید ما از راه این کبری و این قاعده نمی‌توانیم این کلام را بگوئیم، بلکه می‌گوئیم «لفهم العقلاء من حرمته وجوب ردّه علی صاحبه»؛ وقتی به عقلا بگوئیم که نگهداشتن مال غیر، حرام است، از حرمة الامساک؛ وجوب ردّ به مالک را می‌فهمد. (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۸) یعنی اینکه امر به شیئی مقتضی نهی از ضد باشد، کلیت ندارد، اما با موجه جزئیة منافات ندارد، یعنی در بعضی از موارد یک ظهور عرفی خاص باشد در اینکه بین امر به یک شیئی و نهی از آن ضد، ملازمه باشد. مشهور فقها و اصولیون هر دو ملازمه را انکار می‌کنند، نه امر به شیء مقتضی نهی از ضد است (نه ضد خاص و نه ضد عام) و نه نهی از یک شیئی، مقتضی امر به ضد است. (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۸) برخی از فقها نیز معتقدند امر به شیئی تنها مقتضی نهی از ضد خاصش است. مثلاً امر به ازاله نجاست مقتضی نهی از ترک ازاله (ضد عام) نیست بلکه تنها مقتضی نهی از نماز است. (سبحانی، درس خارج اصول، ۳ دی ۸۶) بر مبنای مشهور

حتی اخذ وحدت ملاک از مصادیق نهی از سوءنیت در انعقاد و اجرای قراردادهای، مفاد اصل حسن نیت را در فقه امامیه ثابت نمی‌کند.

۳.۴. رابطه اثر تکلیفی نقض حسن نیت با اثر وضعی آن

حداکثر چیزی که از مباحث فوق استنباط می‌شود، حرمت نقض حسن نیت در قرارداد در فقه امامیه است. غالب کسانی که درباره نقش حسن نیت در قراردادهای اظهار نظر کرده‌اند، در همین جا متوقف شده‌اند و همین حرمت را برای اثبات مدعا یعنی تطابق اصل حسن نیت با فقه امامیه و حقوق ایران کافی دانسته‌اند. (کاتوزیان و عباس‌زاده، ۱۳۹۲: ۱۸۵؛ علیزاده، ۱۳۸۴: ۱۲۶؛ علی‌پور، ۱۳۸۴: ۵۹-۵۳ و انصاری، ۱۳۸۸: ۶۴-۵۸) در حالی که وقتی این تطابق کامل است که ملازمه‌ای میان حکم تکلیفی و حکم وضعی و به عبارتی میان حرمت سوءنیت در قرارداد با فساد قرارداد مزبور وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، حرمت سوءنیت در قرارداد، صغرای قیاس است و کبرای آن ملازمه میان حرمت و فساد است. در نتیجه این قیاس سوءنیت در قرارداد ملازمه با فساد آن پیدا می‌کند و آنگاه مبانی فقهی ما شباهت تام با این اصل کلی در حقوق روم و فرانسه پیدا می‌کند که «تقلب هر عمل حقوقی را فاسد می‌کند»^۱ (کاشانی، ۱۳۵۴: ۲۳۷) در حالی که در خصوص نهی مولوی تحریمی، مشهور اصولیون معتقدند چنین نهی مقتضی فساد نیست (قمی، ۱۳۷۸: ۱۶۰؛ اصفهانی، ۱۴۱۹ق: ۳۳۵؛ حائری یزدی، بی تا: ۱۵۷؛ مظفر، ۱۴۱۶ق: ۳۲۵؛ خویی، ۱۴۲۲ق: ۱۶۲؛ سبحانی، ۱۳۸۱: ۷۲؛ جمعی عاملی، ۱۳۷۶: ۱۳۴ و حیدری، ۱۳۸۱: ۱۱۵) و بنابراین نمی‌توان از نهی از سوءنیت در فقه امامیه، پذیرش اصل حسن نیت را نتیجه گرفت.

نتیجه

برای استخراج اصل حسن نیت از مبانی فقهی باید در ابتدا مصادیق تعهدات ایجابی و سلبی اصل حسن نیت (نهی شارع از سوءنیت در معاملات) استخراج شود و از آن مصادیق، وحدت ملاک گرفت. با لحاظ مصادیق اصل حسن نیت، می‌توان گفت ملاک واحد شارع در نهی از سوءنیت در انعقاد و اجرای قرارداد قابل استخراج است. لکن در بعد حمایتی حسن نیت یعنی حسن نیت به مفهوم حمایت از تصور خلاف واقع، علی‌رغم وجود مصادیقی مثل وطنی به شبهه، وجود مصادیق مهم‌تر معارض مثل حاکمیت مالکیت

بر تصرف باحسن نیت در فقه امامیه (برخلاف فرانسه)، مانع اخذ وحدت ملاک می‌شود. در خصوص بعد الزامی حسن نیت در انعقاد و اجرای قرارداد که راه اخذ وحدت ملاک فی‌الجمله هموار است دو نکته مهم را باید در نظر داشت: نتیجه چنین وحدت ملاکی نهی شارع از انعقاد و اجرای قرارداد همراه با سوءنیت است. این مسئله انطباق اصل حسن نیت با فقه امامیه را اثبات نمی‌کند، امری که بسیاری از نویسندگان را به اشتباه انداخته است. نمی‌توان به‌طور مطلق گفت «با استقراء در مصادیق حسن نیت در حقوق موضوعه می‌توان به‌وجود این اصل در حقوق ما به‌خصوص در قراردادهای دست یافت» (کاتوزیان و عباس‌زاده، ۱۳۹۲: ۱۸۵) برای اثبات این مسئله علاوه بر وحدت ملاک، باید مسئله رابطه حسن نیت و سوءنیت، اینکه آیا نهی از شیء اقباضی امر به ضد دارد یا خیر؟ و دلالت نهی بر فساد بررسی شود. زیرا اصل حسن نیت اثر وضعی بر قراردادهای دارد و اثبات نهی شارع از سوءنیت و اخذ وحدت ملاک از مصادیق حسن نیت، آغاز استدلال است نه پایان آن. هر چهار مقدمه استدلال (۱. عدم وجود مصادیق خلاف حسن نیت؛ ۲. وحدت ملاک از مصادیق حسن نیت؛ ۳. نهی از شیء مقتضی امر به ضد باشد و ۴. دلالت نهی بر فساد در معاملات) محل تأمل است و با ایراداتی مواجه است. ایرادات در خصوص مفهوم اولی اصل حسن نیت و بعد حمایتی آن بیشتر است. با وجود این، پذیرش مطلق اصل حسن نیت در فقه امامیه و حقوق ایران ممکن نیست.

منابع

۱. ابراهیمی، یحیی. (۱۳۸۸). مطالعه تطبیقی مفهوم و آثار حسن نیت در انعقاد، تفسیر و اجرای قراردادها. *مجله حقوقی بین‌المللی*. سال بیست و ششم. شماره ۴۱.
۲. احمدی، حسین‌علی. (۱۳۷۵). *اجرای تعهد قراردادی*. ورامین: دانشگاه آزاد اسلامی.
۳. اصفهانی، سیدابوالحسن. (۱۴۱۹ق). *وسیله الوصول الی حقایق الاصول*. به‌تقریر حسن سیادتی. قم: انتشارات اسلامی.
۴. الماسی، نجاد علی. (۱۳۸۴). *تعارض قوانین*. تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۵. امامی، اسدالله. (۱۳۴۹). *مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه*. تهران: چاپخانه مولوی.
۶. امینی، منصور و یحیی ابراهیمی. (۱۳۹۰). *حسن نیت در قراردادها: از نظریه تا عمل؛ نگاهی به موضوع در نظام حقوقی کامن‌لا*. *مجله حقوق تطبیقی*. دوره ۲. شماره ۲.
۷. انصاری، علی. (۱۳۸۸). *مفهوم و معنای حسن نیت در حقوق ایران و فرانسه*. پژوهش‌های حقوق تطبیقی. شماره ۶۳.
۸. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). *المکاسب*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۹. بهبهانی، محمدباقر. (۱۴۱۵ق). *الفوائد الحائریة*. قم: بیجا.
۱۰. جبعی عاملی، حسن بن شهیدثانی. (۱۳۷۶). *معالم الاصول*. قم: قدس.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۲). *فرهنگ عناصرشناسی*. تهران: گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). *حقوق تعهدات*. تهران: گنج دانش.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۰). *حقوق اموال*. تهران: گنج دانش.
۱۴. جنیدی، لعیا و فرهاد امام. (بی‌تا). *اصول بنیادی قراردادهای نمونه در حقوق تجارت بین‌الملل*. جزوه در نوبت چاپ مؤسسه حقوق تطبیقی. تهران: مؤسسه حقوق تطبیقی.
۱۵. حائری یزدی عبدالکریم. (بی‌تا). *دور الفوائد*. جلد ۱. قم: چاپخانه مهر.
۱۶. حرعاملی، محمدبن حسن. (۱۴۱۲ق). *وسایل الشیعه*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۷. حیدری، علی‌نقی. (۱۳۸۱). *اصول الاستنباط*. قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه.
۱۸. خمینی، سیدروح‌الله. (۱۳۷۴). *المکاسب المحرمه*. جلد ۱. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۱۹. خمینی، سیدروح‌الله. (۱۳۸۱). *تحریر الوسیله*. قم: المکتبه العلمیه الاسلامیه.
۲۰. خمینی، سیدروح‌الله. (۱۴۱۵ق). *البیع*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۱. خوبی، سیدابوالقاسم. (۱۳۷۷). *مصباح الفقاهه*. جلد ۱. قم: مکتبه الدواری.
۲۲. خوبی، سیدابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). *محاضرات فی اصول الفقه* (جلد ۴۶ از موسوعه الامام خوبی).
- قم: مؤسسه احیاء آثار الامام خوبی.
۲۳. سبحانی جعفر. (۱۳۸۱). *الموجز فی اصول الفقه*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).

۲۴. سبحانی، جعفر. (۱۳۸۶). درس اصول. ۳ دی ۸۶. www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/osoool/861010
۲۵. شهیدثانی، زین‌الدین بن علی العامل الجبعی. (۱۴۱۷ق). *الروضه البهیه فی شرح المعه الدمشقیه*. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۲۶. صفایی، سیدحسین. (۱۳۷۵). *مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی*. تهران: میزان.
۲۷. صفایی، سیدحسین؛ مرتضی عادل؛ محمود کاظمی و اکبر میرزانژاد. (۱۳۸۴). *حقوق بیع بین‌المللی*. تهران: دانشگاه تهران.
۲۸. علامه حلی. (۱۳۷۱). *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*. جلد ۲. قم: انتشارات اسلامی.
۲۹. علی‌پور، کورش. (۱۳۸۴). *بررسی حقوقی اصل حسن نیت در قراردادها*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه قم.
۳۰. علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۸۴). *فقه و عرف*. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳۱. علیزاده، مهدی. (۱۳۸۲). *احکام سوء عرضه در حقوق اسلامی*. زیر نظر دکتر مصطفی محقق داماد. مشهد: دانشگاه رضوی.
۳۲. علیزاده، مهدی. (۱۳۸۴). *مبانی اصل حسن نیت*. *مجله الاهیات و حقوق*. شماره ۱۵ و ۱۶.
۳۳. فاضل لنکرانی، محمدجواد. (۱۳۸۸). *درس بیع*. <http://www.fazellankarani.com/persian/les-son/3223>
۳۴. قمی، ابوالقاسم. (۱۳۷۸). *قوانین الاصول*. تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه.
۳۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۰). *عقود معین*. تهران: انتشار.
۳۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: انتشار.
۳۷. کاتوزیان، ناصر و محمدهادی عباس‌زاده. (۱۳۹۲). *حسن نیت در حقوق ایران*. *فصلنامه حقوق*. دوره ۴۳. شماره ۳.
۳۸. کاشانی، سیدمحمد. (۱۳۵۴). *نظریه تقلب نسبت به قانون*. تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
۳۹. کاویانی، کورش. (۱۳۸۳). *حقوق اسناد تجاری*. تهران: میزان.
۴۰. محقق حلی. (۱۴۰۹ق). *شرائع السلام فی مسائل الحلال و الحرام*. قم: انتشارات استقلال.
۴۱. مشکینی، علی. (۱۳۴۸). *اصطلاحات الاصول*. قم: چاپخانه حکمت.
۴۲. مظفر، محمدرضا. (۱۴۱۶ق). *اصول الفقه*. جلد ۱. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۴۳. موسوی‌بجنوردی، سیدمحمد. (۱۳۸۱). *مسئولیت کیفری و مدنی پزشک*. متین. شماره ۱۴.
۴۴. ناجی ملاصالح، عبدالجبار. (۱۳۹۵ق). *مبدأ حسن النیه فی تنفيذ العقود*. بغداد: دارالرساله للطباعه.
۴۵. نجفی، محمدحسن. (۱۳۷۶). *جواهر الکلام*. تهران: دارالکتب اسلامیه.
۴۶. نقیبی، سیدابوالقاسم. (۱۳۹۲). *جایگاه حسن نیت در عقد وکالت*. *دانش حقوق مدنی*. دوره ۲. شماره ۱.

۴۷. نوین، پرویز. (۱۳۸۴). *انققاد و انحلال قراردادها*. تهران: تدریس.
۴۸. وائل، مارگاریت. (۱۳۷۵). حسن نیت. غلامعلی سیف. *مجله کانون وکلا*. شماره ۱۰.

49. Klein, J. (1993). Good Faith in International Transactions. *Liverpool Law Review*. Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/Klein.html>
50. Koneru, P. (1997). The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles. Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu>.
51. Powers, P. (1999). Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Journal of Law and Commerce*. Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/powers.html>.
52. Storme, M. (2003). Good Faith and the Contents of Contracts in European Private law. Available at: <http://www.ejcl.org/71/abs71-1.html>.
53. Tallon, D. (1994). *Le Concept de Bonne Foi en Droit Francais du Contrat*. Roma : Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero. Available at: <http://soi.cnr.it/~crdcs/crdcs/talon.htm>.