

«اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» چون منبع اصول و قواعد حقوقی؛ تأملی بر چگونگی گذار از کارکرد سلبی به کارکرد ایجابی نهادهای حقوقی

مهدی شهابی*

دانشیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان

نگار شهیدی

کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی و حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد

اصفهان (خوراسگان)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۱۳ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۶/۷/۱۶)

چکیده

«اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» را باید منبع قاعده حقوقی و گزاره‌های حقوقی دانست تا علاوه بر نقش صرفاً سلبی، کارکرد ایجابی نیز داشته باشند. این دو منبع، همانند سایر منابع، متأثر از مبنای اعتبار قواعد در نظام حقوقی‌اند، تا آنجا که کثرت‌گرایی در مبنا، کثرت انواع «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» را در پی دارد. تبیین نوع رابطه سلسله‌مراتبی میان انواع «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» نیز، به نوع رابطه سلسله‌مراتبی میان مبناهای اعتبار قاعده حقوقی در نظام حقوقی بستگی دارد؛ به گونه‌ای که می‌توان گفت در نظام حقوقی ایران، «اخلاق حسنه» دینی و «نظم عمومی دینی»، بر دیگر انواع «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» تقدم اعتباری دارند. تفاوت «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی»، نه از نوع ماهوی، بلکه شکلی است. «نظم عمومی»، موضوعه است و گزاره‌های حقوقی برآمده از «اخلاق حسنه» ناموضوعه‌اند. به سخن دیگر، «اخلاق حسنه»، یادآور دوگانگی حقوق و قانون است.

واژگان کلیدی

اخلاق حسنه، قانون، مبنای قاعده حقوقی، منبع قاعده حقوقی، نظم عمومی.

۱. مقدمه

تحلیل ماهیت «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» به عنوان منبع اصول و قواعد حقوقی، با موضوع تأثیرگذاری مبنای اعتبار قواعد حقوقی در منبع و هدف قاعده حقوقی گره خورده است. در هر نظام حقوقی و در بحث مرتبط با اصول و قواعد حقوقی، با سه مفهوم منشأ الزام‌آوری، منبع یا همان ابزار بیان یا محل ظهور قاعده حقوقی و سرانجام هدف قاعده حقوقی مواجهیم. منبع و هدف نظام حقوقی و قواعد آن، متأثر از مبنای اعتبار قواعد در آن نظام است (شهابی، ۱۳۹۷: ۲۴). بنابراین، بسته به اینکه نیروی الزام‌آوری قواعد و اصول حقوقی چه باشد، منبع آن قواعد و اصول و کارکرد آن منبع، و نیز هدف یا اهداف آن نظام حقوقی متفاوت خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲: ۲-۱).

برای تحلیل مفهوم، ماهیت و کارکرد «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» در نظام حقوقی ایران، ابتدا باید بررسی کرد که ماهیت این دو مفهوم، با کدام یک از دو حوزه منبع و هدف منطبق است. آیا باید آنها را در سطح منبع قواعد و اصول حقوقی مطالعه کرد یا در سطح هدف اصول و قواعد حقوقی؟ و اگر «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» منبع‌اند، منبع کدام نوع از قواعد و اصول حقوقی‌اند؟

با این حال، تحلیل جایگاه «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» و کارکرد آنها، بدون تفکیک آنها از یکدیگر دشوار می‌نماید؛ چراکه خلط مفهومی آن دو، همیشه در دکتترین محل بحث بوده است. به این ترتیب، در بند اول نوشتار حاضر، تفاوت و نوع تفاوت موجود میان «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» تحلیل و در بند دوم، ماهیت کارکردی آنها به عنوان منبع اصول و قواعد حقوقی و نه هدف آنها، مطالعه می‌شود. در بند سوم نیز محتوای این دو منبع و عامل مؤثر در شکل‌گیری و ایجاد این محتوا و اکاوی می‌شود. در بند آخر، به تحلیل کارکرد «اخلاق حسنه» با توجه به عدم تفاوت ماهوی آن با «نظم عمومی» می‌پردازیم و مصادیقی از آن کارکرد را مطالعه می‌کنیم.

۲. تحلیل تفاوت و نوع تفاوت موجود میان «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه»

۲.۱. تفاوت ماهوی و ماهیتی «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه»: تفاوتی انکارپذیر

قائل شدن به رابطه «عموم و خصوص مطلق» یا «عموم خصوص من وجه» یا حتی رابطه «عام و خاص» میان «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی»، به معنای پذیرش تفاوت ماهوی میان آن دو است. از نظر برخی حقوقدانان، رابطه میان «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» را باید «عموم و خصوص مطلق» دانست، زیرا برخی از قواعد الزام‌آور، جزء «نظم عمومی»‌اند، اما رعایت نکردن آنها، کاری ضداخلاقی یا غیراخلاقی تلقی نمی‌شود؛ از سوی دیگر، هر امر غیراخلاقی،

بی تردید خلاف «نظم عمومی» هم است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۸۱؛ ابدالی و نفرشی، ۱۳۸۳: ۳؛ قربان‌نیا، ۱۳۷۷: ۴؛ احمدی و استانی، ۱۳۴۱: ۱۲۴). استدلال این است که گاه، ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی و برای مثال صلح اجتماعی و نه اخلاق است که قاعده‌ای - و برای مثال قواعد مندرج در قانون کار یا مفاد مندرج در اصل ۴۵ قانون اساسی در رابطه با انفال - را، جزء قواعد «نظم عمومی» قرار می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۸۱). البته، معنای این سخن این نیست که «اخلاق حسنه»، مطلق است؛ «اخلاق حسنه»، همانند «نظم عمومی»، هم گزاره‌های مطلق را شامل می‌شود و هم گزاره‌های نسبی را. بلکه، نکته این است که برخی از قواعد مرتبط با «نظم عمومی» ذاتاً اخلاقی نیستند و مبتنی بر ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی‌اند.

رابطه «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی»، می‌تواند از «نوع عموم و خصوص من وجه» تلقی شود؛ به این ترتیب، هر کدام از این دو مفهوم، در قسمتی منطبق با یکدیگر و در قسمتی دیگر، غیرمنطبق با یکدیگر خواهند بود؛ تبیین آن به این صورت است که برخی قواعد «نظم عمومی» و برای مثال قواعد آمره در مورد بازرسی کار، وجهه «اخلاق حسنه»‌ای ندارد و برخی و برای مثال قاعده منع سلب حق به‌نحو کلی، صبغه اخلاق حسنه‌ای دارند؛ در مقابل برخی قواعد «اخلاق حسنه»، وجهه «نظم عمومی» داشته و بعضی دیگر ندارند.

از نظر برخی استادان حقوق، رابطه «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» نه عموم و خصوص، بلکه «عام و خاص» است. به سخن دیگر، «اخلاق حسنه» از مصادیق نظم عمومی است و این مفهوم به معنی اعم شامل آن نیز می‌شود (صفایی، ۱۳۸۷: ۵۸؛ رک: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۱۵). «نظم عمومی»، مبتنی بر اندیشه تقدم منفعت عمومی و مصلحت اجتماعی بر منفعت خصوصی است (صفایی، ۱۳۸۷: ۵۱). اگر این مصلحت اجتماعی، مصلحت و منفعت مورد تأکید نیکوکاران جامعه باشد، «اخلاق حسنه» است و در غیر این صورت «نظم عمومی» است (همان: ۵۷).

در هر حال، قائل شدن به تفاوت ماهوی میان «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی»، تفاوت در ضمانت اجرای آن دو را در پی دارد و می‌تواند از نظر برخی، تفاوت در منبع را نیز نتیجه دهد. از نظر بسیاری از حقوقدانان قائل به تفاوت ماهوی، «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» در ضمانت اجرا با یکدیگر تفاوت دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۸۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۷۱؛ Cf. Carbonnier, 1997: 211)، تا به آنجا که می‌توان گفت قاعده اخلاقی مندرج در قوانین آمره، قاعده مربوط به نظم عمومی است و آن دسته از قواعد اخلاقی که ضمانت اجرای آنها، وجدان عمومی است، تحت عنوان اخلاق حسنه قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۸۱؛ رک: کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۶۳؛ رک: احمدی و استانی، ۱۳۴۱: ۱۲۲). براساس این تحلیل، «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» از منظر منبع نیز با یکدیگر متفاوت‌اند؛ گویا، منبع «نظم عمومی» قانون است و منبع «اخلاق حسنه» عرف؛ ابزار بیان - و یا ایجاد - و تضمین یکی قانون دولتی است و مبنای اعتبار و

ضمانت اجرای دیگری را وجدان اجتماعی برعهده دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۸۲). با وجود این، از نظر برخی، اگرچه رابطه «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه»، «عموم و خصوص مطلق» است، نمی‌توان پذیرفت که «نظم عمومی» را تنها باید در متون قوانین جست‌وجو کرد؛ بلکه می‌توان خارج از قانون نیز آن را یافت (ابدالی و تفرشی، ۱۳۸۳: ۳؛ ۲۵: n° 25 : Hauser et Lemouland, 2016). به سخن دیگر، از لحاظ منبع، تفاوتی میان آن دو نیست.

از نظر کسانی هم که قائل به رابطه عام و خاص، میان «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» اند، «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه»، هیچ‌کدام ضرورتاً لباس قانون به تن نمی‌کنند (صفایی، ۱۳۸۷: ۵۸: n° 420 : Ghestin, Loiseau et Serinet, 2013; 25 : n° 25 : Hauser et Lemouland, 2016). تشخیص اینکه چه چیزی جزء «نظم عمومی» و چه چیزی جزء «اخلاق حسنه» است نیز با قاضی است (صفایی، ۱۳۸۷: ۵۸: n° 25 : Cf. Hauser et Lemouland, 2016). در حقوق فرانسه نیز این رویه قضایی است که شرط ارث را در واقعه زندگی مشترک (Concubinage)، منطبق با «اخلاق حسنه» دانست و به این ترتیب، آن را از لحاظ حقوقی معتبر تلقی کرد (Cass. Ass. Plén., 29 oct. 2004, (n° 03-11. 238, Bull. ass. Plén., n° 12).

۲.۲. تفاوت شکلی میان «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه»: تفاوتی قابل پذیرش

از نظر نگارنده، واقعیت این است که «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه»، تفاوتی ماهوی و ذاتی با یکدیگر ندارند، چراکه اعتبار اصول و قواعدی که محتوای آن دو را شکل می‌دهند، از مبنا یا مبانی یکسانی در نظام حقوقی نشأت گرفته است. به سخن دیگر، این‌گونه نیست که اگر در نظام حقوقی با نوعی کثرت‌گرایی در مبنا یا اعتبار قاعده حقوقی مواجه باشیم (ر.ک: شهایی، ۱۳۹۴: ۱۳۵)، یک مبنا، و برای مثال عقلانیت فطری و یا وجدان اجتماعی، مبنا یا قواعد «اخلاق حسنه» باشد و مبنا یا دیگری چون اراده دولت، نیروی الزام‌آوری قواعد «نظم عمومی».

اگر نظام حقوقی نیز مبتنی بر مبنا یا واحد اعتبار قاعده حقوقی - و برای مثال اراده شارع یا اراده دولت - باشد، باز هم نمی‌توان گفت که این نظام حقوقی، «نظم عمومی» را دارد و فاقد «اخلاق حسنه» است یا برعکس.

آری، این نکته را می‌توان پذیرفت که ماهیت و مفهوم «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» در نظام‌های حقوقی مختلف متفاوت باشد، زیرا اصولاً هر نظام حقوقی بر مبنا یا مبانی متفاوتی استوار است. اما، با در نظر گرفتن یک نظام حقوقی و از آنجا که در هر نظام حقوقی، مبنا یا مبانی اعتباری برای مفاهیم حقوقی و نهادهای حقوقی وجود دارد، «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» نمی‌توانند از نظر ذاتی و ماهیتی دو چیز کاملاً متفاوت از یکدیگر باشند. البته، معنای این سخن این نیست که اصول و قواعدی که خود «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» منبع آن‌اند،

از نظر نوع، یکسان‌اند، مگر اینکه با وحدت‌گرایی در مبنای اعتبار قواعد و اصول حقوقی مواجه باشیم و آن مبنا نیز متافیزیکی محض یا پوزیتیویستی دولتی محض باشد که در این صورت نمی‌توان از انواع نظم عمومی و اخلاق حسنه سخن گفت، اگرچه تفاوت از منظر وصف - اقتصادی، اجتماعی، لیبرال و ... پذیرفتنی است؛ واقعیت این است که وحدت‌گرایی مبتنی بر وجدان اجتماعی نیز نمی‌تواند یکسانی قواعد «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» را نتیجه دهد. به طریق اولی، کثرت‌گرایی در مبنای اعتبار قاعده حقوقی، کثرت قواعد و اصول حقوقی از منظر نوع را، در پی خواهد داشت؛ این کثرت نوع قواعد و اصول، با مسامحه می‌تواند به کثرت انواع «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» تعبیر شود؛ در برخی نوشته‌های حقوقی، به این انواع مختلف پرداخته شده و گاه نیز البته، تفاوت وصف، تفاوت نوع انگاشته شده است (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۶۸-۱۶۴؛ صفایی، ۱۳۸۷: ۵۸-۵۲)؛ روشن است که نظم عمومی مبتنی بر آزادی فردی و نظم عمومی اقتصادی، در نظام مبتنی بر عقلانیت فطری، تفاوت نوعی ندارند. در هر حال، اینکه چه نسبت یا رابطه‌ای، از نوع سلسله‌مراتبی یا نسبی افقی، میان انواع مختلف «نظم عمومی» و انواع «اخلاق حسنه» وجود دارد، به نسبت و رابطه موجود میان مبناهای مختلف الزام‌آوری قاعده حقوقی بستگی دارد (شهابی، ۱۳۹۴: ۱۵۰ و ۱۵۱). البته، تأکید بر فقدان تفاوت ذاتی و ماهیتی میان «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی»، به این معنا نیست که هیچ تفاوت عرضی یا شکلی میان آن دو وجود ندارد. می‌توان گفت که پوزیتیویته یا موضوعه شدن، شاخص «نظم عمومی» است و «اخلاق حسنه» فاقد چنین شاخصی است و در حقوق مدرن، این قانون (ابزار نوشته دولتی) است که نقش بی‌بدیلی در موضوعه کردن قواعد و مفاهیم دارد (شهابی، ۱۳۸۸: ۷۹). در هر حال، شایان یادآوری است که موضوعه نشدن اصول و قواعد «اخلاق حسنه»، به این معنا نیست که این قواعد، باید فاقد ضمانت اجرا تلقی شوند. درست است که نباید الزام‌آوری و مبنای الزام‌آوری را با اجباری بودن یا دارای ضمانت اجرا بودن خلط کرد (شهابی ۱۳۹۳الف: ۱۵۶ و ۱۵۷) و درست است که دولت (به معنای عام) اغلب با ابزار قانون دست به ضمانت اجرا می‌زند، اما نباید از آن نتیجه گرفت که قواعد «اخلاق حسنه»، از آنجا که موضوعه نشده‌اند، پس ضمانت اجرا ندارند. ضمانت اجرا فرع بر الزام‌آوری مبنایی است و الزام‌آور بودن قاعده و اصلی، خودبه‌خود ضمانت اجرای آن اصل و قاعده را در پی خواهد داشت. برای مثال، اگر مبنای الزام‌آوری «اخلاق حسنه»، وجدان اجتماعی یا عقلانیت فطری باشد، این دو مبنا، عقلانیت شکلی دولتی را به‌عنوان ضمانت اجرا به خدمت می‌گیرند و عقلانیت شکلی می‌تواند در قالب رویه قضایی نیز عینیت پیدا کند. ضمانت اجرای دولتی، امری اجتناب‌ناپذیر است، زیرا پذیرفته‌ایم که در ساختار حقوق مدرن، ضمانت اجرا از نوع دولتی باشد (شهابی، ۱۳۸۸: ۷۸ و ۷۹؛ Duguit, 1927/1:710). آری، در صورتی که مبنای اعتبار قواعد در نظام حقوقی، اراده دولت باشد،

وجود ماده قانونی دال بر ضمانت اجرا ضرورت دارد؛ اما، به این دلیل که وجود این ماده قانونی، بر ایجاد اصل یا قاعده حقوقی به وسیله دولت دلالت دارد و نبود آن، نشان از ایجاد نشدن آن از سوی دولت دارد. با این حال، باید خاطر نشان کرد که تفکیک «اخلاق حسنه» از «نظم عمومی» در ساختار حقوقی مبتنی بر اراده دولت یا همان پوزیتیویسم دولتی امکان پذیر نخواهد بود، زیرا تفاوت «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه»، در همان شاخصه پوزیتیویته «نظم عمومی» نهفته است و باید دانست که در پوزیتیویسم دولتی، این پوزیتیویته، شاخصه ذاتی و نه عرضی همه قواعد و اصول حقوقی، حتی آن دسته از قواعد و اصولی که منشأ اخلاقی دارند، تلقی می شود. از منظر دولت‌گرایانی چون بنتام و کلسن، اخلاق همان چیزی است که دولت اخلاق شمرده است؛ اخلاقی خارج از چارچوب اراده دولت قابل تصور نیست (Cf. Kelsen, 1999: 222- 223; Kelsen, 1997: 133- 134; Bentham, 1988: 76- 77).

با توجه به مطالب پیش گفته و با اکتفای به تفاوت شکلی صرف میان «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه»، باید گفت که نقض قاعده «نظم عمومی»، بی‌تردید، به معنای نادیده انگاشتن «اخلاق حسنه» هم است (Marty et Raynaud, 1988: 72)؛ همان‌طور که رعایت نکردن «اخلاق حسنه»، به معنای رعایت نکردن «نظم عمومی» است و امر غیراخلاقی، امر خلاف «نظم عمومی» نیز تلقی می شود. در چارچوب همین رویکرد برخی ترجیح داده‌اند به جای اصطلاح «اخلاق حسنه»^۱ از اصطلاح «نظم عمومی اخلاقی»^۲ سخن بگویند (Ibid; Hauser et Lemouland, 2016: n° 163). به این ترتیب، از لحاظ ماهوی، نسبت میان «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی»، جز نسبت تساوی، نسبت دیگری نیست.

با توجه به ماهیت و ذات یکسان «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه»، نسبت یا رابطه عموم و خصوص من وجه نیز میان آن دو پذیرفتنی نیست، چراکه این نوع رابطه، بر دوگانگی ارزش و واقعیت مبتنی است. این دوگانگی که در چارچوب کثرت‌گرایی مبنایی تحقق می‌یابد، به خودی خود ایراد ندارد؛ مشکل این است که نمی‌توان «اخلاق حسنه» را نماد ارزش‌گرایی و «نظم عمومی» را نماد واقع‌گرایی تلقی کرد. «نظم عمومی» انواعی دارد و برخی از این انواع، یعنی «نظم عمومی لیبرال» و «نظم عمومی دینی»، نماد ارزش‌گرایی است و برخی دیگر، یعنی «نظم عمومی اقتصادی» و «نظم عمومی اجتماعی»، نماد واقع‌گرایی‌اند. «اخلاق حسنه» هم همین وضعیت را دارد؛ می‌توان براساس مبنای ارزشی - ارزش سکولار یا ارزش دینی - از «اخلاق حسنه لیبرال» و یا «اخلاق حسنه دینی» سخن گفت و با تأکید بر مبنای واقع‌گرایانه، از «اخلاق حسنه اجتماعی» و یا از «اخلاق حسنه اقتصادی» سخن به میان آورد؛ نمی‌توان نیروی الزام‌آوری

1. Bonnes moeurs
2. Ordre public moral

قواعد «اخلاق حسنه» را تنها عقلانیت فطری دانست و براساس آن نتیجه گرفت که «اخلاق حسنه»، صرفاً ماهیتی متافیزیکی دارد و ذات آن را ارزش متافیزیکی شکل می‌دهد؛ همچنین نمی‌توان ارزش اجتماعی را اخلاقی ندانست و نتیجه گرفت که اخلاق، یک نوع است که همان اخلاق فطری است و اصطلاح «اخلاق اجتماعی» (رک: کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۸) نادرست است. به همین ترتیب، نمی‌توان مبنای اعتبار قواعد نظم عمومی را صرفاً اراده دولت دانست و قائل بود که نظم عمومی، ماهیت واقع‌گرایانه محض دارد.

همان‌طور که اشاره شد، نظام حقوقی می‌تواند پذیرای یک نوع از انواع «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» باشد و آن هنگامی است که با نوعی وحدت‌گرایی دولتی یا متافیزیکی در مبنای اعتبار قواعد حقوقی در درون آن نظام حقوقی مواجه باشیم. به این ترتیب، در صورتی که نظام حقوقی، مبتنی بر کثرت‌گرایی در مبنای اعتبار قواعد باشد، پذیرای انواع «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» خواهد بود. با وجود هر دو مبنای اعتبار متافیزیکی و واقع‌گرایانه در نظام حقوقی، نادرست است که وقتی صحبت از «اخلاق حسنه» می‌کنیم، آن را مقید به مجموعه‌ای از اصول متافیزیکی صرف و بی‌توجه به واقعیات و متغیرهای اجتماعی بدانیم.

با نفی دو نوع رابطه پیش‌گفته میان «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی»، به نظر می‌رسد می‌توان با وجود نسبت ماهوی مساوی، پذیرفت که از لحاظ شکلی، نسبت میان این دو مفهوم از نوع تباین است، زیرا همه قواعد «نظم عمومی» موضوعه‌اند و هیچ‌یک از قواعد «اخلاق حسنه» موضوعه نیستند.

پرسشی که به دنبال قبول نسبت تساوی ماهوی قابل طرح خواهد بود، این است که اگر «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» بنا به فرض یکی‌اند، آیا حقیقتاً می‌توان پذیرفت که تمام قواعد برآمده از «نظم عمومی» رنگ اخلاقی نیز دارند؟ در پاسخ باید گفت وقتی «اخلاق حسنه»، به منبع قواعد صرفاً متافیزیکی محدود شود، پاسخ منفی است و بی‌شک تمامی ضوابط «نظم عمومی»، متافیزیکی و ارزشی نیستند؛ با این پاسخ، نمی‌توان نسبت عموم و خصوص مطلق میان آن دو را نفی کرد. اما، با تحلیلی که از «اخلاق حسنه» و پذیرش اقسام آن، از جمله اخلاق حسنه اقتصادی، اجتماعی و دینی ارائه شد، مفهوم اخلاق توسعه‌یافته، پاسخ مثبت خواهد بود؛ چه آنکه به موازات قواعدی از «نظم عمومی» که به واقعیات و ساختارهای اجتماعی، اقتصادی و... می‌پردازد، «اخلاق حسنه» اجتماعی، اقتصادی و... وجود دارد و به موازات قواعدی از نظم عمومی که به اخلاق متافیزیکی مرتبط‌اند، اخلاق حسنه متافیزیکی نیز وجود دارد. بنابراین این دو یکی‌اند؛ تنها با این تفاوت که ضوابط «اخلاق حسنه» مدون نشده‌اند.

۳. «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی»، دو منبع اصول و قواعد حقوقی

در نگاه اول، «اخلاق حسنه» و نیز «نظم عمومی» را می‌توان مجموعه‌ای از اصول و قواعدی دانست که اعتبار خود را از مبنای اعتبار خود اخذ می‌کنند. با این حال، به نظر می‌رسد «اخلاق حسنه» و همین‌طور «نظم عمومی» را نمی‌توان خود قاعده حقوقی دانست (رک: الماسی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱ و ۳۲)؛ شاید بتوان گفت که «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی»، هدف یا اهدافی‌اند که نظام حقوقی، با مجموعه‌ای از اصول و قواعد، درصدد تحقق آن است و با توجه به اینکه مبنای اعتبار قواعد حقوقی چه باشد، هدف آن نظام حقوقی و به دنبال آن مفاد «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» متفاوت خواهد بود. همه نظام‌های حقوقی، هدف خود را برقراری «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» اعلام می‌کنند؛ اما، اینکه محتوای «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» چه باشد را، مبنای اعتبار قواعد تعیین می‌کند؛ برای مثال در مکتب عقلانیت فطری، هدف نظام حقوقی، جلوگیری از برخورد آزادی‌های فردی است (; Waline, 2007 : 24 ; Rousseau; 1762 : 12 ; Bonnard; 1929 : 44) و برقراری «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» به این معناست که از برخورد آزادی‌های فردی جلوگیری شود و محتوای «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه»، مجموعه اصول و قواعدی - و برای مثال قاعده منع سلب حق به‌نحو کلی - خواهد بود که این هدف را دنبال می‌کنند. با وجود این، و با تأمل بیشتر می‌توان پذیرفت اینکه محتوای «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی»، قواعد و اصولی است، معنایی جز این ندارد که «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» به‌مثابه منبع آن قواعد و اصول می‌مانند. از نظر برخی حقوقدانان ایرانی (مهرپور و همکاران، ۱۳۸۰: ۱۲۷؛ مدنیان و همکاران، ۱۳۹۰: ۱۳۶) «اخلاق حسنه» جنبه ایجابی ندارد و کارکرد آن صرفاً سلبی است؛ به‌عبارت دیگر، تنها مانع اجرای قراردادها یا قوانین خارجی مخالف اخلاق عمومی می‌شود. به این ترتیب، «اخلاق حسنه» نمی‌تواند منشأ مسئولیت حقوقی یا تعهد قراردادی یا منبع اصل یا قاعده حقوقی باشد.

اما، از نظر نگارنده، «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی»، جنبه ایجابی و کارکرد ایجابی دارند؛ چراکه منبع اصل یا قاعده تلقی می‌شوند. منظور از منبع، همان ابزار بیان یا محل ظهور و کشف اصول و قواعد حقوقی است. «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» هر دو منبع‌اند؛ اما، «اخلاق حسنه» غیرموضوعه بوده و بنابراین منبعی غیرارادی است؛ «نظم عمومی» موضوعه است و به همین دلیل، منبعی ارادی تلقی می‌شود. به سخن دیگر، «اخلاق حسنه» محل ظهور و کشف و «نظم عمومی» ابزار بیان اصول و قواعد حقوقی‌اند که هدف آنها برای مثال در مکتب عقلانیت فطری، جلوگیری از برخورد آزادی‌های فردی است. همان‌طور که اشاره شد، محتوای منبع و اینکه این محتوا، چه هدفی را دنبال کند را، مبنای اعتبار اصول و قواعد تعیین می‌کند.

شایان ذکر است که مبنا و منبع قاعده حقوقی، گاهی به اشتباه، با یکدیگر خلط می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲: ۱-۲). بی‌تردید، نباید به اشتباه «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» را به‌عنوان مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی در نظر آوریم. در چارچوب همین نکته، نگارنده توجه دارد که اخلاق به‌عنوان نیروی ایجادکننده حقوق (Ripert, 1998: 84)، با اخلاق حسنه منبع تفاوت دارد. اما، نگارنده نمی‌تواند بپذیرد که اولی کارکرد ایجابی داشته، دومی محدود به کارکرد سلبی باشد؛ چراکه منبع، ماهیتاً کارکرد ایجابی دارد.

۴. تحلیل محتوای «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه»

اصطلاح «نظم عمومی» اولین بار در قانون مدنی فرانسه ۱۸۰۴ به‌کار رفته و می‌دانیم که این قانون، مبتنی بر مکتب عقلانیت فطری بوده و یا حداقل، براساس آن تفسیر می‌شده است (رک: شهابی، ۱۳۹۰: ۱۲۸-۱۲۷؛ Glaudet, 2004: 621). در مکتب عقلانیت فطری، کارکرد «نظم عمومی» جلوگیری از برخورد آزادی‌های فردی است. به این ترتیب، ابتدایی‌ترین معنا از «نظم عمومی» که همان «نظم عمومی لیبرال» است، شکل می‌گیرد. «اخلاق حسنه» نیز با توجه به فقدان تفاوت ماهیتی آن با نظم عمومی، در معنای ابتدایی خود، عنوان «اخلاق حسنه لیبرال» را خواهد داشت، متشکل از مجموعه قواعد آمره‌ای خواهد بود که هدفشان جلوگیری از برخورد آزادی‌های فردی است، اما موضوعه نشده‌اند. علت یکسانی «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» در معنای یادشده، یکسانی این دو از منظر مبنای شکل‌گیری و اعتبار محتوای آن دو یعنی همان عقلانیت فطری است.

با غلبه رویکرد تحقیقی و واقع‌گرایانه بر حقوق و پیدایش مکاتبی چون مکتب جامعه‌شناسی حقوق (Ehrlich, 2001: 212; Timasheff, 1974: 2-3; Gurvitch, 1972: 119). «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» دچار تحول محتوایی و کارکردی شدند. «نظم عمومی» و همین‌طور «اخلاق حسنه» در این رویکرد، به‌جای حمایت از فرد، به سمت حمایت از جامعه سوق یافتند (Hauser et Lemouland, 2016: n° 10, 29)، منبع مجموعه قواعد آمره‌ای شدند که تضمین مصالح و منافع اجتماعی و اقتصادی را دنبال می‌کند و دغدغه آن قواعد، دیگر آزادی‌های فردی و تضمین و تثبیت آنها نیست؛ به‌گونه‌ای که در برخی از مصادیق این رویکرد، «نظم عمومی لیبرال» و «اخلاق حسنه لیبرال» و به‌طور کلی مفهوم «حق» انکار می‌شود (Duguit, 2000: 49; Durkheim, 1987: 23-24). البته، در اندیشه‌های حقوقی معتدل‌تر (Cf. Dabin, 1969: 11)، ورود رویکرد تحقیقی و واقع‌گرایانه، به حذف «نظم عمومی لیبرال» یا «اخلاق حسنه لیبرال» نینجامید؛ بلکه رهاورد آن پذیرش انواع «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» یا به تعبیر دیگر و البته مبنایی‌تر، عبور از وحدت‌گرایی به کثرت‌گرایی در مبنای اعتبار قاعده حقوقی بود.

شایان توضیح است که تحولات «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه»، بالضروره و در همه موارد، گذار از فرد به جامعه را تداعی نمی‌کند. در حوزه حقوق خانواده در غرب، این تحول، از جامعه به سمت فرد بوده است، بدین معنا که در این حوزه، با گذشت زمان، با قبض مفهومی «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» و حتی بنابر ادعای برخی (Hauser, 1999: 6)، با عبور از آن دو مواجه بوده‌ایم و مواد ۱-۵۱۵ تا ۸-۵۱۵، با پذیرش قرارداد مدنی ازدواج (PACS) و واقعه زندگی مشترک، نشان از همین تحول دارند؛ با این حال، از نظر نگارنده، بهتر است قائل باشیم که در حوزه خانواده، از «نظم عمومی اجتماعی» و «اخلاق حسنه اجتماعی» به «نظم عمومی لیبرال» و «اخلاق حسنه لیبرال» عبور کرده‌ایم (Cf. Hauser, 2016: n° 117)، زیرا در هر حال، حق ازدواج و آزادی در ازدواج، به‌عنوان حقی بنیادین و مبتنی بر عقلانیت فطری به رسمیت شناخته شده، غیرقابل نقض است (Cf. Hauser et Lemouland, 2016: n° 117).

شایان یادآوری است که نگارنده، اگرچه در حوزه‌هایی غیر از حوزه خانواده، قائل به تحول و بسط مفهومی «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» است، قصد ندارد که همه محتوای این دو منبع را متغیر و نسبی نشان دهد. بلکه، همان‌طور که گفته شد، ترجیح می‌دهد از انواع «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» سخن بگوید. بی‌تردید کثرت‌گرایی در مبنای اعتبار قواعد حقوقی که حاصل تعامل واقعیت و ارزش در نظام حقوقی است، و به‌دنبال آن، توجه به حقوق بشر و واقعیات و متغیرهای سیاسی، اجتماعی و اقتصادی در کنار هم، کثرت نوعی «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» را نتیجه می‌دهد. تعیین نوع نسبت انواع «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» با یکدیگر، بستگی به این دارد که در این تعامل، غلبه با ارزش است یا واقعیت. در صورت غلبه ارزش، نظم عمومی و اخلاق حسنه لیبرال یا دینی بر دیگر انواع «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» غلبه خواهد داشت.

۵. تحلیل کارکرد «اخلاق حسنه» و مصادیق آن در نظام حقوقی ایران

۵.۱. تحلیل کارکرد «اخلاق حسنه»

پس از تحلیل یکی دانستن ماهیت «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه»، این پرسش قابل طرح خواهد بود که اگر «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی»، تفاوت مفهومی با یکدیگر ندارند، پس چه نیازی به وجود اصطلاح «اخلاق حسنه» در قانون بوده است؟ مگر این اصطلاح چه کاربردی را جدای از «نظم عمومی» برای ما به ارمغان می‌آورد که لازم است تا قانونگذار در کنار «نظم عمومی» از آن یاد کند؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که با تحلیلی که از «اخلاق حسنه» به‌عنوان منبع اصول و قواعد حقوقی امره ناموضوعه ارائه شد، می‌توان به کارکرد شایان توجه «اخلاق حسنه» در قانون مدنی نظام‌های حقوقی نوشته و از جمله ایران پی برد. واضح است که

هیچ‌یک از منابع حقوق و حتی قانون به‌عنوان ابزاری دولتی، همیشه نمی‌توانند در بیان قواعد و اصول حقوقی به‌طور کامل عمل کنند. به همین دلیل لازم است تا همین قانون، منابعی را معرفی کند تا از طریق آنها بتوانیم در تکمیل اصول و قواعد حقوقی بکوشیم.

از طرفی می‌دانیم که در مدل اصلی نظام حقوقی ایران، و از آنجا که مبنای اعتبار قواعد اراده‌تشریعی الهی است، قانون - به‌عنوان ابزاری دولتی - و حقوق یکسان نیست؛ اینکه همه قواعد در نظام حقوقی ایران از سوی اراده‌دولت و با ابزار دولتی قانون ایجاد شده‌اند، پنداری بیش نیست (شهابی، ۱۳۹۳ الف: ۱۷۰-۱۶۹). بنابراین، نیازی نیست تا تمامی قواعد حقوقی توسط قانونگذار دولتی بیان شوند تا قائل به وجود آنها باشیم. ارزش قانون در چنین مدلی، اصولاً به ابزاری برای انتخاب قواعد از میان انبوه قواعد برآمده از اجتهاد فقهی و بیان آنها و نه ایجاد قواعد حقوقی تقلیل می‌یابد (همان: ۱۵۵-۱۵۴). پس، اگر اراده‌الهی مؤید وجود اصل یا قاعده‌ای باشد، هرچند آن اصل یا قاعده در قانون بیان نشده باشد، باید قائل به وجود آن در نظام حقوقی خود باشیم (همان: ۱۷۳-۱۶۹).

بنابر آنچه گفته شد، قانونگذار دولتی نیز، در چارچوب همان کارکرد بیانی خود، منابعی را برای تکمیل و رفع نقص خود در بیان تمامی اصول و قواعد حقوقی معرفی کرده است. نباید انتظار داشت که قانون همیشه بیان‌کننده قاعده یا اصل حقوقی باشد؛ در برخی موارد نیز بیان‌کننده منبع است. گویا قانون خود می‌داند که نمی‌تواند همه قواعد و اصول حقوقی را بیان کند، بنابراین به‌ناچار منبع نیز معرفی می‌کند. «اخلاق حسنه» نیز یکی از همین منابع است (مواد ۹۷۵ و ۹۶۰ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی)؛ به همان ترتیب که عرف، منبع قواعد حقوقی و البته قواعد حقوقی تکمیلی است (ماده ۲۲۰ قانون مدنی).

به این ترتیب، «اخلاق حسنه»، منبعی است که خود می‌تواند بخشی از نقص قانون در بیان اصول و قواعد حقوقی را جبران کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۸۲) و این، همان نقش ایجابی «اخلاق حسنه» است (Hauser, 2016 : 164) و این کارکرد را باید تبلور «اجرای حقوقی اخلاق»^۱ (Kent, 1995: 710) دانست. البته، نکته مهمی را باید در نظر داشت. نگارنده، مفهوم پوزیتیویته را در پوزیتیویته دولتی خلاصه نمی‌کند تا کارکرد اخلاق حسنه صرفاً در رابطه با آن برجسته باشد؛ از نظر نگارنده، پوزیتیویته، یعنی متنی بودن و این متن می‌تواند در قالب کتاب و سنت تبلور یابد. پس می‌توان از «نظم عمومی دینی» نیز سخن گفت؛ برای شناخت اینکه «نظم عمومی دینی»، منبع کدام قاعده حقوقی است، دو مکانیسم قابل طرح است: الف) اجماع؛ اگر مدرک قاعده‌ای اجماع باشد، آن قاعده، جزء نظم عمومی تلقی می‌شود. به این ترتیب، اگر با فتاوی معتبر متفاوت در موضوعی یا بر سر قاعده‌ای روبه‌رو شویم، نمی‌توان قاعده برآمده از یک

اجتهاد معتبر را جزء نظم عمومی دانست. برای مثال، از آنجا که در مورد اعتبار یا عدم اعتبار شرط ارث در نکاح منقطع (الشهید الثاني، بی تا: ۲۹۹-۲۹۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۰۲)، اختلاف نظر وجود دارد، نمی توان از خلاف نظم عمومی بودن چنین شرطی سخن گفت؛ ب) آیه الأحکام بودن قاعده: مثال بارز آن، آیه ۱۷۳ سوره بقره در مورد حرمت گوشت مردار، خون و گوشت خوک است. با وجود جایگاه مهم «نظم عمومی دینی»، این نظم عمومی مانع کارکرد «اخلاق حسنه دینی» نیست. «اخلاق حسنه دینی»، در مدل اصلی، می تواند به تکمیل پوزیتیویته شرعی کمک کند؛ همان طور که خواهیم دید، حسن و قبح ذاتی یا عقلی، بیان دیگری از «اخلاق حسنه دینی» است که هم خلأ پوزیتیویته دولتی و هم خلأ پوزیتیویته متنی را پر می کند. اما، به دلیل اعتبار هر دو نوع پوزیتیویته شرعی و دولتی، و در صورت فقدان خلأ، اخلاق حسنه منبع، نمی تواند جایگزین اصل ۱۶۷ قانون اساسی شود؛ گویا در صورت خلأ در پوزیتیویته دولتی، پوزیتیویته متنی مقدم است و سپس نوبت به اخلاق حسنه می رسد. همچنین اخلاق حسنه بر برخی گزاره های حقوقی، دلالتی ندارد؛ برای مثال، «اخلاق حسنه» دلالت ندارد که آیا زوجه سهمی در خیراتی که به تملک زمین منتهی می شود دارد یا خیر. برای رفع نقص قانون دولتی در این مورد، می توان از مسیری که اصل ۱۶۷ گشوده است، کمک گرفت. اما، پاسخ این پرسش که آیا می توان زنان موقت را داخل در چهار عدد همسر دانست یا خیر یا آیا می توان به زن مجوز خروج از منزل بدون اجازه شوهر را در موردی که عدم امکان خروج مصداق ظلم است داد یا خیر با استناد به «اخلاق حسنه دینی» مثبت است؛ به نظر می رسد «اخلاق حسنه دینی»، همان طور که مطالعه خواهد شد، می تواند منبع قاعده ای باشد که براساس آن، «زنان موقت نیز داخل در چهار عدد محسوب می شوند» یا «مرد نمی تواند در موردی که عدم اجازه برابر خروج مصداق ظلم است، زن را از خروج از منزل منع کند». برای احراز این قاعده نیازی به ارجاع به اصل ۱۶۷، نیست. شایان ذکر است که برخی حقوقدانان ایرانی، مسیر ورود چنین قواعدی و برای مثال قاعده اول را، اصل ۱۶۷ قانون اساسی می دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۶۴).

اما، نظام حقوقی ایران، محدود به مدل اصلی نیست، بلکه مدل مکملی نیز وجود دارد که براساس مکتب اراده دولت معتدل (Ripert, 1998: 84; Dabin, 1969: 11) شکل گرفته، منطقه الفراغ را پوشش می دهد و مبنای اعتبار قواعد آن، همان اراده دولت است (شهابی، ۱۳۹۳ الف: ۱۷۱-۱۷۰). به این ترتیب، می توان قائل به تحول و گسترش مفهومی «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» در حیطه اقتصادی و اجتماعی آن در نظام حقوقی ایران شد و از «اخلاق حسنه اقتصادی» و «اخلاق حسنه اجتماعی» سخن گفت که روزنه جبران خلأ پوزیتیویسم دولتی اند. البته، باید در نظر داشت که در نظام حقوقی ایران، ورود متغیرهای اجتماعی و اقتصادی به عنوان مکمل بوده، پذیرش نظم عمومی یا اخلاق حسنه اقتصادی و اجتماعی، سیاسی را در ذیل نظم عمومی و

اخلاق حسنه دینی به دنبال دارد و به عبارت دیگر، نوعی ارتباط سلسله‌مراتبی میان انواع مختلف نظم عمومی و اخلاق حسنه وجود دارد؛ منشأ این ارتباط سلسله‌مراتبی را باید در رابطه سلسله‌مراتبی در سطح مبنای اعتبار قاعده حقوقی جست‌وجو کرد؛ اراده الهی در رأس و در ذیل آن اراده دولت معتدل قرار دارد.

۵.۲. تحلیل مصادیقی از اصول و قواعد برآمده از «اخلاق حسنه»

با توجه به دو مدل اصلی و مکمل در نظام حقوقی ایران، و از آنجا که وجود این دو مدل، گواه نوعی کثرت‌گرایی سلسله‌مراتبی در مبنای اعتبار قاعده حقوقی است، می‌توان در نظام حقوقی ایران، سخن از انواع «اخلاق حسنه» به میان آورد. با عنایت به اینکه کدام نوع از انواع «اخلاق حسنه» مطرح باشد، اصول و قواعد برآمده از «اخلاق حسنه» متفاوت خواهد بود. بر این اساس، به تحلیل مصادیقی از اصول و قواعد برآمده از «اخلاق حسنه» نیز می‌پردازیم.

الف) «اخلاق حسنه دینی»: «اخلاق حسنه دینی»، ماهیت یا محتوایی متفاوتی دارد و می‌تواند مسیر ورود گزاره‌های اخلاق برترین یا به لسان فقهی گزاره‌های مرتبط با حسن و قبح عقلی یا ذاتی به نظام حقوقی باشد. همان‌طور که گفته شد، بی‌تردید، اگر اعتبار قاعده حقوقی صرفاً در اراده قانونگذار دولتی جست‌وجو شود، «اخلاق حسنه» نمی‌تواند نماد اجرای حقوقی اخلاق و مسیر ورود گزاره‌های اخلاقی به نظام حقوقی باشد؛ به همان ترتیب، اگر در استنباط فقهی، غلبه با رویکرد اشعری باشد، راه ورود گزاره‌های اخلاقی به استنباط فقهی مسدود می‌شود (ر.ک: برهانی، ۱۳۸۸: ۴۷-۴۶؛ شهابی، ۱۳۹۵: ۹۷). می‌دانیم که در دیدگاه اشعری، حسن و قبح، شرعی است، یعنی براساس اراده تشریحی شارع تعیین می‌شود؛ به سخن دیگر، حسن آن است که شارع حسن بداند و قبح آن است که شارع قبیح بداند (ر.ک: امام الحرمین الجوبینی، ۱۳۹۹: ۱۱۱۵، ۱۱۲۰-۱۱۲۱).

«اخلاق حسنه» می‌تواند منبع گزاره‌هایی باشد که از عقلانیت عملی متفاوتی برآمده و اطلاق یا عمومیت قاعده حقوقی را تقیید یا تخصیص می‌زنند؛ همان‌طور که در استنباط فقهی می‌تواند این‌گونه باشد. برای مثال، اگر عدم جواز خروج زن از منزل بدون اجازه شوهر مصداق اعمال ریاست شوهر بر خانواده بوده، ظلم تلقی شود، گزاره اخلاقی «ظلم قبیح است»، اطلاق عدم جواز را تقیید زده، زن اجازه خروج از منزل، بدون رضایت شوهر را خواهد داشت (ر.ک: برهانی، ۱۳۸۸: ۵۳، ۵۴، ۵۸، ۵۹).

اگر عدم جواز خروج زن از منزل، مصداق سلب حریت یا حتی مصداق صرف‌نظر کردن از حریت باشد، به استناد ماده ۹۶۰ قانون مدنی، خلاف «اخلاق حسنه» بوده، ممنوع است.

شایان ذکر است که «اخلاق حسنه» متافیزیکی، اگر مبتنی بر عقلانیت انسان‌گرایانه تحلیل و تعیین محتوا شود، یا حتی اگر در چارچوب دینی نگریسته شود (نقیبی و همکاران، ۱۳۹۳: ۳۷-۳۶)، می‌تواند منبع اصلی چون اصل حسن نیت نیز باشد (ر.ک: شهبایی، ۱۳۹۳: ۶۸-۶۷).

ب) «اخلاق حسنه اجتماعی»: «اخلاق حسنه اجتماعی»، منبع گزاره‌های اخلاق اجتماعی و مسیر ورود آنها به نظام حقوقی است. مثال چنین گزاره‌ای را می‌توان گزاره «نسب با تلقیح مصنوعی ثابت است و یگانه طریق آن، نزدیکی نیست»، دانست؛ گزاره‌ای که احکام مترتب بر خود و از همه مهم‌تر ارث را به‌همراه خواهد داشت. برخی بر این نظرند که قواعد ارث، آمره بوده و بنابراین نمی‌توان بر اساس استحسانات عقلی آن را تعمیم داد (حکیم، ۱۴۰۰: ۳۰۰؛ حمدالهی و پورسید، ۱۳۸۸: ۱۸۸-۱۸۷). نگارنده همگام با برخی استادان حقوق (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۲: ۱۲-۱۱) قائل است که اخلاق اجتماعی، تفاوتی میان لقاح مصنوعی و لقاح طبیعی قائل نیست و مسئله نسب نیز بیش از آنکه ماهیتی تأسیسی داشته باشد، ماهیتی عرفی دارد (شهیدی، ۱۳۹۰: ۹۹؛ صفار، ۱۳۸۳: ۲۴۳)؛ به این ترتیب، «اخلاق حسنه اجتماعی» می‌تواند منبع گزاره پیش‌گفته باشد.

ج) «اخلاق حسنه اقتصادی»: بی‌تردید، حقوق مبتنی بر عقلانیت فطری با اقتصاد لیبرالی همراه است؛ اقتصادی که مبتنی بر دو نهاد مالکیت خصوصی و آزادی قراردادی است. در چارچوب حقوق و اقتصاد لیبرالی، اگر موادی چون ماده ۱۱۰۲ جدید قانون مدنی فرانسه که به اصل آزادی قراردادی تصریح می‌کند، وجود نداشته باشد، «اخلاق حسنه» با کارکرد ایجابی خودش، منبع چنین اصلی خواهد بود؛ و می‌دانیم که پیش از اصلاحات سال ۲۰۱۶ در قانون مدنی فرانسه، متن قانونی که به اصل آزادی قراردادی تصریح کرده باشد، وجود نداشت. باید توجه داشت که منبع، متأثر از مناسبت؛ اگر مبنای اعتبار قاعده و اصل حقوقی عقلانیت فطری باشد، منبع نیز گزاره برآمده از چنین مبنایی را بیان می‌کند یا محل ظهور آن خواهد بود. مبنای متافیزیکی است؛ پس گزاره‌های منبع نیز متافیزیکی خواهد بود و اصل آزادی قراردادی این‌گونه است. با این حال، اقتصاد آدام اسمیت را به‌عنوان شعبه‌ای از اخلاق اجتماعی می‌دانیم. اما، معنای آن این نیست که گزاره‌های چنین اقتصادی نسبی‌اند و باید اساس و ماهیت علم اقتصاد آدام اسمیتی را تحقیقی تلقی کنیم. معنای آن این است که متافیزیک، توجیه وجودی خود را می‌تواند از واقعیت اخذ کند؛ این واقعیت همان اقتصاد طبقاتی است که اقتصاد لیبرالی آدام اسمیت، با اتکای بر حکمت عملی، عبور از آن را به‌عنوان یک باید و مطلوب مدنظر دارد (ر.ک: صناعی دره بیدی و رضایی، ۱۳۸۸: ۷۷).

باید توجه داشت که اگر گزاره‌های اقتصادی و ماهیت علم اقتصاد، تحقیقی تلقی شود، پذیرش ارتباط گزاره‌های اقتصادی و «اخلاق حسنه» دشوار خواهد بود. اما، بنا نیست که اقتصاد مبتنی بر باید اعتباری، ضرورتاً هدف فردگرایانه را دنبال کند. این هدف می‌تواند

اجتماعی یا مبتنی بر عدالت اجتماعی باشد و در اینجاست که «اخلاق حسنه اقتصادی»، گزاره‌های مرتبط با اخلاق اجتماعی را مستقیماً در برمی‌گیرد. مصداق چنین گزاره‌ای را می‌توان اصل «تحت تکفل بودن» دانست که از اصول مهم حاکم بر حقوق تأمین اجتماعی است و مفهوم خانواده براساس آن تعریف می‌شود. شایان ذکر است که سال‌ها، حاکمیت این اصل بر حقوق خانواده مبتنی بر نسب و سبب، محل تردید بود؛ اما رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور^۱، با تأکید بر مفهوم «پدر عرفی»، و پذیرش موضوعه‌ای این قاعده که «پدر عرفی مکلف به أخذ شناسنامه و قبول تعهدات ناشی از نسب عرفی به‌جز ارث است»، آن تردید را برطرف کرد. قاعده اخیر، از مصادیق اجرایی اصل پیش‌گفته است. البته، این رأی به «اخلاق حسنه» استناد نمی‌کند و با استناد به فتوای فقهی، یعنی انتخاب مسیری که اصل ۱۶۷ قانون اساسی گشوده است، به نتیجه اصل تحت تکفل بودن در نظام خانواده و حمایت از فرزند نامشروع رسیده است. با این حال، از منظر نگارنده، «اخلاق حسنه اقتصادی»، در چارچوب اقتصاد مبتنی بر عدالت اجتماعی، می‌تواند به‌درستی، منبع اصل تحت تکفل بودن در نظام حقوق خانواده باشد. البته، بی‌تردید در نظام حقوقی ما، با توجه به همان رابطه سلسله‌مراتبی میان مبنای اعتبار قاعده حقوقی، «اخلاق حسنه اقتصادی» و همین‌طور «اخلاق حسنه اجتماعی»، برخلاف «اخلاق حسنه دینی» نمی‌توانند مخصص قاعده شرعی یا مقید آن باشند؛ بنابراین، نقش آنها محدود به موارد عدم تعارض است؛ معنای این سخن آن است که اخلاق حسنه اقتصادی یا اجتماعی نمی‌تواند ارث را برای فرزند نامشروع به‌همراه داشته باشند.

۶. نتیجه‌گیری

برداشت سنتی در دکترین حقوقی از «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه»، کارکردی سلبی برای آنها قائل است و نقش آنها را به تعیین حدودی برای روابط حقوقی و برای مثال رابطه قراردادی تقلیل می‌دهد. نگارنده در این نوشتار تلاش کرده تا با ارائه تحلیلی متفاوت از ماهیت «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی»، کارکردی ایجابی را برای آن دو تعریف کند، به ارتقای جایگاه آنها در نظام حقوقی کمک کند. اهمیت کارکرد ایجابی این دو اصطلاح و به‌ویژه «اخلاق حسنه» در نظام حقوقی ایران دوچندان است؛ زیرا دکترین، «اخلاق حسنه» را غیربومی تلقی می‌کند و تمایل کمتری به استناد به آن دارد.

از نظر نگارنده، «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» را باید منبع اصول و قواعد حقوقی تلقی کرد. نظم عمومی منبع، با توجه به شاخصه متنی بودن آن، با قانون - همان ابزار دولتی - تطبیق پیدا می‌کند، اما متفاوت از آن است، زیرا از یک سو مفاد همه مواد قانونی، جزء نظم عمومی

۱. رأی وحدت رویه ۶۱۷ مصوب ۱۳۷۶/۴/۳ نقل از شماره ۱۵۲۹۳ - ۱۳۷۶.۶.۱۰ روزنامه رسمی.

تلقی نمی‌شوند. از سوی دیگر، نباید پوزیتیویته را به پوزیتیویته دولتی و ابزار قانون دولتی محدود کرد، بلکه این پوزیتیویته می‌تواند از نوع دینی باشد و در متون دینی تبلور یافته باشد، چراکه مبنای اعتبار قواعد در نظام حقوقی دینی چنین اقتضایی دارد. واقعیت این است که ماهیت و محتوای منبع، رابطه تنگاتنگی با مبنای اعتبار قواعد در نظام حقوقی دارد.

اخلاق حسنه منبع، متنی نیست و همین نکته، کارکرد ایجابی آن را تأثیرگذارتر می‌کند؛ منبعی که فراتر از متن، محل ظهور و کشف قواعد و اصول حقوقی است، هم خلأ متنی را جبران می‌کند و هم انعطاف‌پذیری نظام حقوقی و خروج آن از تصلب را نتیجه می‌دهد. اگرچه ورود این اصطلاح به نظام حقوقی ایران، اقتباسی از حقوق خارجی تلقی می‌شود، نباید از بومی‌سازی آن مأیوس شد. منبع تلقی کردن اخلاق حسنه، سرآغاز بومی کردن آن هم است، زیرا منبع، متأثر از مبناست و اخلاق حسنه دینی و تقدم سلسله‌مراتبی آن بر دیگر انواع اخلاق حسنه، یعنی اخلاق حسنه اجتماعی، اقتصادی و لیبرال، نشان از رابطه سلسله‌مراتبی در مبنای اعتبار قاعده حقوقی و تأثیرپذیری از آن دارد.

منابع

الف) فارسی

۱. ابدالی، مهرزاد؛ تفرشی، محمدعلی (۱۳۸۳). «بررسی قراردادهای نامشروع (مغایر نظم عمومی) در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران»، *مجله مدرس علوم انسانی*، ش ۳۷، ص ۲۲-۱.
۲. احمدی و استانی، عبدالغنی (۱۳۴۱). *نظم عمومی در حقوق خصوصی*، تهران: روزنامه رسمی.
۳. الماسی، نجادعلی؛ عزیزاده، عبدالرضا؛ کریم‌پور، صالح (۱۳۹۵). «نظم عمومی در رویکرد حقوقی، فقهی و جامعه‌شناختی»، *مجله پژوهش‌های فقهی*، ش ۱، ص ۱-۳۶.
۴. امام الحرمین ابی المعالی عب الملک بن عبدا... بن یوسف (۱۳۹۹). *البرهان فی اصول الفقه*، جامعه قطر، الطبعه الأولى، الجزء الثاني.
۵. برهانی، محسن (۱۳۸۸). «جایگاه آموزه‌های اخلاقی در استنباط فقهی»، *فصلنامه فقه پزشکی*، ش ۲-۱، ص ۶۶-۴۳.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
۷. ----- (۱۳۸۷). *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران: گنج دانش.
۸. ----- (۱۳۸۳). *مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران: گنج دانش.
۹. حمدالهی، عاصف؛ پورسید، بهزاد (۱۳۸۸). «احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه»، *مجله پژوهشنامه حقوق اسلامی*، ش ۳۰، ص ۲۲۲-۱۷۵.
۱۰. شهابی، مهدی (۱۳۹۷). *فلسفه حقوق، مبانی نظری تحول نظام حقوقی، از حقوق سنتی تا حقوق مدرن*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۱. شهابی، مهدی (۱۳۸۸). «از حقوق سنتی تا حقوق مدرن، تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی»، *نامه حقوقی مفید*؛ ش ۲، ص ۹۰-۶۹.
۱۲. ----- (۱۳۹۳ الف). «جایگاه قانون در تحقق عدالت حقوقی و تأثیر آن بر تفسیر قضایی، تأملی بر نسبت قانون و قاعده حقوقی در نظام فقهی - حقوقی ایران»، *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، ش ۳۹، ص ۱۸۰-۱۵۱.
۱۳. ----- (۱۳۹۳ ب). «قرارداد به‌مثابه قانون هابزی یا کانتی، تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در حقوق مدنی ایران و فرانسه»، *مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، دوره ششم، ش ۴، ص ۹۴-۵۵.

۱۴. ----- (۱۳۹۴). «کثرت‌گرایی حقوقی؛ تأملی در چیستی مبانی التزام‌آوری قاعده حقوقی و متغیرهای تحول نظام حقوقی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ش ۴۸، ص ۱۶۷-۱۳۷.
۱۵. ----- (۱۳۹۰). «تعامل عقلانیت ماهوی و شکلی در نظام حقوق مدنی ایران و فرانسه، تأملی در مبانی نظری شکل‌گیری قانون مدنی»، مجله مطالعات حقوقی، ش ۱، ص ۱۵۶-۱۲۳.
۱۶. شهبایی، مهدی؛ جلالی، مریم (۱۳۹۱). «تأثیرپذیری منبع قاعده حقوقی از منشأ الزام‌آوری قاعده حقوقی»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۷۷، ص ۱۳۴-۹۹.
۱۷. شهیدی، مهدی (۱۳۸۳). حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، تهران: مجد.
۱۸. ----- (۱۳۹۰). ارث، تهران: مجد.
۱۹. شهید الثاني، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (بی‌تا). بیروت: دار العالم الإسلامیة، الجزء الخامس.
۲۰. صناعی دره بیدی، منوچهر؛ رضایی، مهران (۱۳۸۸). «پژوهشی در مسأله آدام اسمیت: سازگاری یا ناسازگاری نظام اخلاقی و اقتصادی اسمیت»، دوفصلنامه فلسفی شناخت، پژوهشنامه علوم انسانی، ش ۱/۱، ص ۱۲۰-۷۷.
۲۱. صفار، محمدجواد (۱۳۸۳). «قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور در بوتۀ نقد و تحلیل»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۳۹، ص ۲۵۸-۲۲۱.
۲۲. صفایی، سید حسین (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران: میزان.
۲۳. صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۹۲). مختصر حقوق خانواده، تهران: میزان.
۲۴. قربان‌نیا، ناصر (۱۳۷۶ و ۱۳۷۷). حقوق، ترجمان اخلاق، مجله نقد و نظر، ش ۱۳ و ۱۴، ص ۴۰۸-۳۸۴.
۲۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). «حقوق، رسوب تاریخی اخلاق»، ماهنامه آئین، ش ۲۴ و ۲۵، ص ۱۰-۶.
۲۶. ----- (۱۳۷۷). «ارزش سنت و جذبه عدالت در توارث همسران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۳۹، ص ۱۱۸-۹۳.
۲۷. ----- (۱۳۷۷). فلسفه حقوق، ج ۱ و ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۸. ----- (۱۳۷۸). حقوق مدنی خانواده، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۲۹. ----- (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۰. ----- (۱۳۹۰). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی: قرارداد-ایقاع، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۱. ----- (۱۳۷۶). جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۳۶، صص ۷۲-۴۱.
۳۲. مدنیان، غلامرضا؛ رحمت‌الهی، حسین؛ خالقی دامغانی، احمد (۱۳۹۰). «امکان یا امتناع تبیین مفهوم نظم عمومی در حقوق (مطالعه در حقوق کشورهای ایران، انگلیس و فرانسه)»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۳، ص ۱۵۲-۱۳۳.
۳۳. مهرپور، حسین؛ تفرشی، محمد عیسی؛ ابدالی، مهرزاد (۱۳۸۰). «اجرای حقوقی اخلاق»، مجله مدرس علوم انسانی، ش ۲۱، صص ۱۴۰-۱۲۵.
۳۴. نقیبی، ابوالقاسم؛ تقی‌زاده، ابراهیم؛ باقری، عباس (۱۳۹۳). «جایگاه حسن نیت در فقه امامیه»، مجله پژوهشنامه حقوق اسلامی، ش ۳۹، صص ۵۸-۳۳.

ب) خارجی

35. Bentham Jeremy (1988). *Principes de législation et d'économie politique*, 1^e édition, Paris: Guillaumin, p. 75.
36. Bonnard Roger (1929). *L'origine de l'ordonnement juridique*, In. *Mélanges Maurice Hauriou*, 1^e édition, Paris : Recueil Sirey, pp. 44-67.
37. Carbone Jean (1997). *Droit civil*, Introduction, 25^e édition, Paris : Puf, p. 211.
38. Dabin Jean (1969). *Théorie générale du droit*, 2^e édition, Paris : Dalloz.
39. Duguit Léon (1927). *Traité de droit constitutionnel* ; T. I., La règle de droit et le problème de l'Etat, 3^e édition en cinq volumes, Paris : Ancienne librairie Fontemoing.

40. Duguit, Léon (2000). *Leçons de droit public général* ; Réimpression de l'édition 1926 chez E. de Boccard, Paris : Édition de La Mémoire Du Droit.
41. Durkheim Emile (1987). *La science sociale et l'action*. 2^e édition Paris : PUF.
42. Ehrlich E (2001). *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New Brunswick: Transaction Publications.
43. Ghestin Loiseau et Serinet (2013). *Traité de droit civil, La formation du contrat, le consentement*, 4^e édition, LGDJ, T. I.
44. Glaudet Philippe (2004). "Le code Napoléon, fondateur de la Nation française", *Répertoire du notariat Defrénois* ; n° 9, p. 621-632.
45. Gurvitch Georges (1972). *L'idée du droit social*, Aalen: Édition Scientia Verlag, Réimpression de l'édition 1932 chez Recueil Sirey.
46. Hauser Lemouland, Jean-Jacques (1999). "Aujourd'hui et demain", *Le Pacs*, RJPF, n°9.
47. Hauser Lemouland, Jean-Jacques (2016) "Ordre public et bonnes mœurs", *Répertoire de droit civil*, n° 10 et 29.
48. Heinrich A. Rommen (1998). *The Natural Law, a Study in Legal and Social History and Philosophy*, translated by Thomas R. Hanly, Liberty Fund.
49. Kelsen Hans (1997). *Théorie générale du droit et de l'Etat*; traduit en français par Béatrice Laroche et Valérie Faure, 3^e édition. Paris : L. G. D. J.
50. Kelsen Hans (1999). *Théorie pure du droit*". Traduit par Charles Eisenmann, 1^e édition, Paris : Bruylant et L.G.D.J, pp. 222, 223.
51. Kent, Greenawalt, (1995). "Legal Enforcement of Morality", *Journal of criminal law and criminology*, vol 85, n° 3, p 710-725
52. Marty et Raynaud (1988). *Traité de droit civil, Les obligations*, T. I, Les sources, Paris, Sirey, p. 72.
53. Ripert Georges (1998). *Les forces créatrices du droit* ; Réimpression de 2^e édition (1955), Paris : L.G.D.J.
54. Rousseau J.J. (1762). *Du contrat social ou principes du droit politique*, Livre I, Chapitre 6, Amsterdam, édition Sans Cartons, 1^e édition.
55. Timasheff N. S. (1974). *An Introduction to the Sociology of Law*, Westport: Greenwood Press.
56. Waline Marcel (2007). *L'individualisme et le droit*, Avec la préface de Ferdinand Mèlin-Soucramanien. 2^e édition, Paris: Dalloz.