

۲۰۵۵۰۷۷

نظریه «حق» و «حکم»

و اعمال آن بر خیارات، در فقه و حقوق ایران

تألیف:

محمدعلی آقائی

دانش‌آموخته سطح دکتری حقوق خصوصی

و مدرس دانشگاه

با ایجاز

دکتر عباس کریمی

استاد دانشگاه تهران



مجمع علمی و فرهنگی مجد

سرشناسه	: آقای، محمدعلی،
عنوان و نام پدیدآور	: نظریه «حق» و «حکم» و اعمال آن بر خيارات، در فقه و حقوق ایران / تالیف محمدعلی آقای؛ با دیپاچه عباس کریمی.
مشخصات نشر	: تهران: مجد، ۱۳۹۸.
مشخصات ظاهری	: ۱۹۷ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۲۲-۲۲۵-۱۷۷-۲
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
یادداشت	: کتابنامه: ص. ۱۹۳.
موضوع	: خيارات (فقه)
موضوع	: * Islamic law (Options Finance)
موضوع	: حق و تکلیف (فقه)
موضوع	: * Islamic law (Right and Obligation)
رده بندی کنگره	: BP ۱۹۰/۲
رده بندی دهکده	: ۲۹۷/۳۷۲
شماره ثبت	: ۵۸۰۷۹۲۸

هرگونه تکثیر کامل یا قسمت از کتاب بدون اجازه پدیدآورنده یا ناشر، خلاف قانون، شرع و اخلاق است.
واردات مجید را به دفتر مرکزی «مجد» گزارش فرمایید.

نظریه «حق» و «حکم» و اعمال آن بر خيارات، در فقه و حقوق ایران

تألیف: محمدعلی آقای

انتشارات مجید

چاپ اول: ۱۳۹۸ تعداد: ۵۰۰ نسخه

حق چاپ محفوظ و منحصراً مجید است.

شابک: ۹۷۸-۶۲۲-۲۲۵-۱۷۷-۲

ISBN: 978-622-225-177-2

دفتر مرکزی مجید:

تهران، میدان انقلاب، تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۷

تلفن و دورنگار: ۶۶۴۹۵۰۳۴ - ۶۶۴۱۲۰۷۸ - ۶۶۴۶۳۳۸۶

فروشگاه: تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۹

تلفن: ۶۶۴۰۹۴۲۲ - ۶۶۴۸۶۸۷۴

www.majdlaw.com

E-mail: info@majdlaw.com

کانال رسمی انتشارات مجید در تلگرام: @majdlaw

فهرست مطالب

۹	دیباچه جناب دکتر عباس کریمی
۱۳	مقدمه
۱۹	بخش اول: مفهوم و ماهیت حق و حکم و تطبیق آن‌ها با خیار
۲۰	فصل یکم: مفهوم حق، حکم و خیار
۲۰	مبحث یکم: مفهوم حق
۲۲	بند یکم: مفهوم لغوی حق (حق در معنای عام)
۲۳	بند دوم: مفهوم اصطلاحی حق
۲۳	الف: حق در اصطلاح فقهی
۲۴	۱- حق در دیدگاه شیخ هادی تهرانی (۱۳۲۱-۱۲۵۳ ه.ق)
۲۴	۲- حق در دیدگاه سید محمد آل بحر العلوم (۱۳۱۸ ه.ق)
۲۴	۳- حق در دیدگاه شیخ محمدحسین اصفهانی (ف ۱۳۶۱ ه.ق)
۲۶	ب: حق در اصطلاح حقوقی
	بند سوم: مفهوم حق منسبت به آن از دیدگاه برخی فیلسوفان و فرهنگ لغات
۲۹	معتبر غربی
۲۹	الف: مفهوم حق از دیدگاه برخی فیلسوفان غربی
۳۱	ب: معنای واژه حق (Right) در برخی فرهنگ‌های معتبر غربی
۳۲	مبحث دوم: مفهوم حکم
۳۲	بند یکم: مفهوم لغوی حکم
۳۳	بند دوم: مفهوم اصطلاحی (فقهی-حقوقی) حکم
۳۳	الف: مفهوم اصطلاحی حکم در فقه
۳۶	ب: مفهوم اصطلاحی حکم در حقوق
۳۸	مبحث سوم: مفهوم خیار
۳۸	بند یکم: مفهوم لغوی خیار
۳۹	بند دوم: مفهوم اصطلاحی خیار
۳۹	الف: خیار در اصطلاح فقهی
۴۰	ب: خیار در اصطلاح حقوقی
۴۱	فصل دوم: ماهیت حق و حکم و تطبیق آن با ماهیت خیار
۴۱	مبحث یکم: ماهیت (و عنصر اساسی) حق
۴۱	بند اول: نظریه «سلطنت بودن» حق و نقد آن
۴۵	بند دوم: نظریه «ملک» بودن حق و نقد آن
۴۷	بند سوم: نظریه اعتباری بودن حق (نظریه مختار)

مبحث دوم: ماهیت (و عنصر اساسی) حکم	۵۰
بند یکم: حکم (شرعی) از دیدگاه علمای متقدم (خطاب)	۵۰
الف: خطاب	۵۰
ب: تعلق خطاب به افعال مکلفین	۵۱
ج: اقتضا، تخییر، وضع	۵۲
بند دوم: حکم شرعی از دیدگاه علمای متأخر و معاصر (جعل یا اعتبار شارع)	۵۲
بند سوم: حکم، از دیدگاه حقوق دانان	۵۵
مبحث سوم: عناصر مشترک حق و حکم	۵۶
بند یکم: مصلحت پایه	۵۶
بند دوم: «ثمره اعتبار» و «نتیجه قانون بودن» حق و حکم	۶۰
مبحث چهارم: ماهیت خیار	۶۲
مبحث پنجم: نسبت ماهیت «حق» و «حکم» با ماهیت «خیار» (به طور کلی)	۶۵
بخش دوم: احکام «حق» و «حکم» و تطبیق آنها بر خیار	۶۷
فصل یکم: احکام «حق» و «حکم» از حیث نقل و انتقال و تطبیق آنها بر خیار	۶۷
مبحث یکم: تبیین مبانی احکام «حق» و «حکم» از حیث نقل و انتقال	۶۸
بند یکم: مطالعه نقل و انتقال حق	۶۸
الف: نقل پذیری حق	۶۸
۱- (نظریه اول): نقل پذیری حق و انتقال حق	۶۹
۲- (نظریه دوم): نقل پذیری حق با ملاحظه مصلحت جعل و اعتبار آن	۷۰
ب: انتقال پذیری حق	۷۱
۱- معیار انتقال حقوق	۷۲
۲- ارث حقوق	۷۳
بند دوم: مطالعه نقل و انتقال حکم	۷۶
الف: عدم قابلیت نقل «حکم»	۷۶
ب: عدم قابلیت انتقال حکم	۷۸
مبحث دوم: اعمال احکام حق و حکم از حیث نقل و انتقال پذیری بر خیار	۷۸
بند یکم: نقل پذیری ارادی خيارات (به طور کلی)	۷۹
الف: نقل خیار به دیگری با انتقال موضوع قرارداد	۸۰
ب: نقل خیار به دیگری به طور مستقل و جداگانه	۸۰
بند دوم: انتقال پذیری خيارات (بطور کلی): (ارث خیار)	۸۱
الف: انتقال قهری خيارات قابل انتقال	۸۳
ب: خيارات غیر قابل انتقال	۸۴
فصل دوم: احکام «حق» و «حکم» از حیث اسقاط پذیری و تطبیق آن بر خیار	۸۵
مبحث یکم: احکام «حق» و «حکم» از حیث اسقاط پذیری	۸۵

۱۸۵	بند یکم: اسقاط پذیری حق
۹۱	بند دوم: عدم قابلیت اسقاط حکم (اسقاط ناپذیری حکم)
۹۴	مبحث دوم: مطالعه اسقاط پذیری خيارات و مبانى محدود کننده آن
۹۵	بند یکم: مطالعه اسقاط پذیری خيارات (درضمن عقد)
۹۶	الف: اسقاط «بعضى از خيارات» در ضمن عقد
۹۷	ب: «اسقاط تمام (کافه) خيارات» درضمن عقد
۱۰۰	بند دوم: مبانى محدود کننده اسقاط (کافه) خيارات درضمن عقد
۱۰۱	الف: مغایرت با نظم عمومى (و اخلاق حسنه)
۱۰۱	۱- مفهوم و قلمرو نظم عمومى
۱۰۳	۲- ضمانت اجرای مغایرت (شروط و قراردادهای) با نظم عمومى
۱۰۷	ب: مخالفت (اسقاط خيار) با مقتضای ذات عقد:
۱۰۷	۱- مفهوم «مقتضای ذات عقد»
۱۰۸	۲- اختلاف نظر فقها در باب اثر مغایرت شرط با مقتضای ذات عقد
۱۱۰	ج: اسقاط با علم به عدم (اسقاط حق ناموجود)
۱۱۰	۱- مفهوم «انقضاء مال یجب»
۱۱۲	۲- اثر اسقاط خيار قبل از ایجاد
۱۱۴	د: «نهی از غرر» در معاملات
۱۱۴	۱- مفهوم غرر
۱۱۵	۲- حکم معاملات غررى
۱۱۷	۳- تأثیر اسقاط خيار بر غررى شدن معامله:
۱۱۹	ه: مغایرت اسقاط خيار با «اصول موارنه»، در عقد مالی معوض:
۱۲۰	۱- مفهوم اصول موازنه
۱۲۰	۲- اقسام اصول موازنه
۱۲۱	۳- ضمانت اجرای مغایرت «اسقاط خيارات» با «اصول موازنه»
۱۲۳	مبحث سوم: مصادیق اسقاط خيار به عنوان «حق» و یا «خلافه»:
۱۲۴	بند یکم: خيارات قابل اسقاط مسلم
۱۲۴	الف: خيار مجلس
۱۲۴	۱- تعریف و ماهیت خيار مجلس
۱۲۵	۲- شرط اسقاط خيار مجلس (در ضمن عقد)
۱۲۷	ب: خيار حیوان
۱۲۷	۱- تعریف و ماهیت خيار حیوان
۱۲۸	۲- شرط اسقاط خيار حیوان (درضمن عقد):
۱۲۹	بند دوم: خيارات «مردد در قابلیت اسقاط»:
۱۲۹	الف: خيار عیب

۱۲۹.....	۱- خيار عيب و مفهوم آن.....
۱۳۲.....	۲- شرط تبری از عيوب.....
۱۳۴.....	۳- شرط اسقاط خيار عيب.....
۱۳۷.....	ب: خيار غبن.....
۱۳۷.....	۱- مفهوم خيار غبن و شرایط ایجاد آن.....
۱۳۹.....	۲- شرط اسقاط خيار غبن (درضمن عقد).....
۱۴۱.....	ج: خيار تأخير ثمن.....
۱۴۱.....	۱- مفهوم و شرایط ایجاد خيار تأخير ثمن.....
۱۴۳.....	۲- شرط سقوط خيار تأخير ثمن (در ضمن عقد).....
۱۴۵.....	د: خيار تعذر تسليم.....
۱۴۵.....	۱- مفهوم خيار تعذر تسليم و شرایط ایجاد آن.....
۱۴۷.....	۲- شرط اسقاط خيار تعذر تسليم (ضمن عقد).....
۱۵۲.....	هـ: خيار ريت و تخلف وصف.....
۱۵۲.....	۱- مفهوم خيار ريت و تخلف وصف.....
۱۵۵.....	۲- شرط اسقاط خيار ريت (و تخلف وصف) درضمن عقد.....
۱۵۶.....	و: خيار شرط.....
۱۵۷.....	۱- تعريف و ماهيات خيار شرط.....
۱۵۸.....	۲- شرط اسقاط خيار شرط (در ضمن عقد).....
۱۶۰.....	ز: خيار تبعض صفقه.....
۱۶۰.....	۱- تعريف خيار تبعض صفقه و شرایط ایجاد آن.....
۱۶۲.....	۲- شرط اسقاط خيار تبعض صفقه.....
۱۶۳.....	ح: خيار تفليس.....
۱۶۳.....	۱- خيار تفليس و شرایط ایجاد آن.....
۱۶۶.....	۲- شرط اسقاط خيار تفليس.....
۱۶۹.....	ط: خيار فسخ نكاح.....
۱۶۹.....	۱- موجبات فسخ عقد نكاح (دائم و منقطع):.....
۱۷۴.....	۲- اسقاط خيار فسخ نكاح (در ضمن عقد).....
۱۷۶.....	بند سوم: خيار غير قابل اسقاط مسلم (خيار تدليس).....
۱۷۶.....	۱- مفهوم و شرایط ایجاد خيار تدليس.....
۱۸۲.....	۲- شرط اسقاط خيار تدليس (در ضمن عقد).....
۱۸۷.....	نتيجه گيري و پيشنهادها.....
۱۹۳.....	فهرست منابع.....

دیباجه جناب دکتر عباس کریمی

جدال بین «عدالت قراردادی» و «امنیت قراردادی»، سایه کشمکش گسترده «عدالت» با «امنیت» در عرصه پهنای علم حقوق است. بدون تردید، هدف علم حقوق، عدالت گستری است، لیکن ابزار آن، تعیین ضمانت اجرای کافی برای تجاوزگران به عدالت و اجرای آن توسط قدرت حاکم است و این چنین است که حقوق دست به دامن امنیت می شود. عدالت را بر کرسی نشاند و این گونه است که تا امنیت استوار نشود، عدالت برقرار نمی گردد. با این همه، گرچه عدالت و امنیت با یکدیگر تلازم دارند و عدالت بدون امنیت برقرار نخواهد شد و امنیت بدون عدالت پایدار نخواهد ماند (الحکم یبقی مع الکفر و لایبقی مع الظلم)، لیکن کم نیست بی عدالتی هایی که به بهانه امنیت تجویز شده و نادر نیست امنیت هایی که با نام عدالت مخدوش گشته است. نظام موفق حقوق، نظامی است که بین این دو سازگاری ایجاد نماید. عدالت در امان امنیت آرامش گیرد و امنیت در سایه عدالت پایدار گردد.

آرمان حقوق قراردادهای نیز یافتن حد اعتدال بین عدالت قراردادی و امنیت قراردادی است. درحقیقت، از طرفی، آزادی بنی آدم و کرامت ذاتی آنان، اقتضاء پذیرش اصل حاکمیت اراده دارد تا هرکس بتواند آزادانه در رابط با ارباب خود و تا حدی نفس و بدن خود تصمیم بگیرد و با دیگران در این موارد قرارداد ببندد. متعاقدين نیز رعایت این اراده است تا به بهانه های مختلف، حرمت این اراده در هم شکسته نشود و دادرسان و گماشته های نظام اداری و قضایی، به راحتی خود را به جای آنان نتوانند و خود را قیم اراده های آزاد و سلیم نپندارند و صاحبان سرمایه نمی پسندند دادی خود را در دامن نظامی حقوقی ای قرار دهند که کنشگران آن، انتظار مشروع احترام به اراده های خصوصی را برآورده نمی نمایند. بنابراین، برآیند منش درست حقوقی، امنیت قراردادی است تا به راحتی قراردادهای در معرض تغییر و زوال قرار نگیرند و اعتماد آحاد جامعه نسبت به آنچه که خود تحت عنوان قرارداد می سازند، به هم نریزد.

از سوی دیگر، تفاوت های اجتماعی را نمی توان نادیده گرفت؛ تفاوت هایی که هیچ گاه از بطن جوامع بشری، ریشه کن نخواهد شد و نتیجه آن قراردادن انسان هایی با سطح توانایی های مختلف در عرصه های اقتصادی، اجتماعی، طبقاتی، فکری و فرهنگی در مقابل یکدیگر است؛ تفاوت هایی که گاهی چنان عمیق و معنادار می شود که توافق بین دو

طرف يك قرارداد را همانند توافق بين شير و خرگوش نمايان مى سازد. در اينجاست كه تبعيت محض و بى چون و چرا از اراده متعاقدين به بهانه برقرارى امنيت قراردادى، عدالت قراردادى را به طور جدى تهديد مى كند و بها دادن بيش از حد به امنيت، عدالت را به ورطه ناامنى مى كشاند. در اين گونه موارد، نظريه پردازان آگاه مى كوشند تا زمينه را براى مداخله دادرسان تربيت شده، با تعيين ضوابط دقيق موارد مداخله آنان، فراهم آورند تا عدالت پايمال شده در سايه فاصله طبقاتى، ترميم گردد و كنشگران نظام حقوقى اعم از قانون گزاران، مديران ارشد نظام حقوقى و قضايى و دادرسان به عنوان سربازان خط مقدم اين نظام، با درك اهميت امنيت قراردادى، تلاش خواهند كرد در عرصه فعاليت خود، سازوكاره هاى براى تعريف دقيق مرزهاى عدالت و اجراى آن در عرصه قراردادها فراهم سازند.

ناگفته پيداست كه اين مسير، كنشگران نظام حقوقى نيز بايد راهى پيمايند كه نظريه پردازان حمقه ريش با پژوهش دقيق و تدبير عميق براى آنان ترسيم نموده اند و مأموريت خطير چنين نظريه پردازان اقتضاء دارد كه پختگان اين طبقه دست به قلم شوند و حدود و ثغور مداخله كنشگران را تعيين نمايند، به ويژه اگر جدال بين عدالت و امنيت قراردادى، به پرتگاه هاى حقوقى قرارداد، نزديك شود كه نمونه بارز آن بحث خيارات است. اختيار فسخ قرارداد هر چقدر توسعه يابد، امنيت قراردادى به خطر مى افتد و رونق موارد فسخ قرارداد، يكي از آرمان هاى حقوقى قراردادها كه رواج معاملات و رونق اقتصاد است را با سلب اعتبار مردم به زير مى كشد. تعيين اعتبارى هرگاه به نادرستى محدود و يا نفى گردد، زمينه براى سوءاستفاده قراردادى و ترويج بى عدالتى ايجاد مى گردد. به همين دليل است كه نمى توان يكسره اراده متعاقدين را در عرصه اختيار حاكم ساخت تا هر زمان خواستند اختيارى را اسقاط نمايند و هر جا كه پسنديدند قلم روى اختيارى را محدود نمايند يا توسعه دهند و هر زمان اراده نمودند اختيار جديدى تأسيس كنند. ليكن بى ترديد نمى توان اراده آنان را نيز در اين عرصه به بند كشيد و آن را از توانايى خنثى و تصرف در خيارات تهى نمود. شرط مشهور «اسقاط كافه خيارات» و جنجالى كه در رابطه با صحت و اعتبار اين شرط يا بطلان و بى اعتبارى آن مشاهده مى شود، برآيند اين اختلاف مبنايى است. هيچ عقل سليمى نمى پذيرد كه با چنين شرطى خيار تدليس و خيار عيب در صورت علم به عيب اسقاط گردد و اين بخش از شرط، بى ترديد نامشروع و باطل است. از طرفى اسقاط غالب خيارات نبايد با مانع حقوقى و قانونى برخورد نمايد. بدين ترتيب روشن است كه غالب مقررات راجع به خيارات از قبيل «حق» محض مى باشند و قابل اسقاط و اعراضند و بعضى نيز از قبيل «حكم» و غير قابل اعراض. با اين همه، موارد زيادى وجود

دارد که هنوز در پرده‌ای از ابهامند و معلوم نیست که از قبیل حکمند یا حق. در چنین شرایطی، قلم‌توانایی لازم بود تا ابهام‌زدایی نماید و مرزهای دقیق را روشن کند و چون دوست عزیز جناب آقای دکتر محمدعلی آقائی تصمیم گرفتند در این عرصه گام نهند و پژوهشی را سامان بخشند، هم‌زمان شعف و امید در نهاد اینجانب شعله‌ور شد که پژوهش حاضر پژوهشی خواهد بود مغتنم و برابر و اینک در حالی این مقدمه را رقم می‌زنم که سرشاری اثر از دست‌آوردهای آن، شعف و شوقم را دوچندان کرده، به ویژه که نویسنده ارجمند، به جای چنگ زدن به مفهوم حقوقی بیگانه «نظم عمومی»، از اصطلاحات حقوقی داخلی بهره برده و مفهوم «تغلیب» را که از زمان شیخ طوسی (ره) برای تبیین آنچه امروزه در حقوق غرب به «نظم عمومی» موسوم است مورد استفاده قرار داده و در اجرای آن، در حیطه اراده متعاقدين، نظریه «حق و حکم» را به خوبی تبیین نموده است. چنین دستاوردهایی از این پژوهش است که نگارنده را متقاعد ساخته تا مطالعه و بهره‌بردن از این اثر را به همه اعضای جامعه بزرگ حقوقی کشور توصیه اکید نماید.

دکتر عباس کریمی

ارتاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران