

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



دانشگاه فردوسی مشهد

دانشکده الهیات و معارف اسلامی (شهید مطهری)

گروه فقه و مبانی حقوق

اسقاط معوض حقوق در فقه و حقوق

محمدعلی محب الرحمان

رساله دکتری تخصصی PH.D.

رشته الهیات و معارف اسلامی

گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی

استاد راهنما:

دکتر حسین صابری

استاد مشاور:

دکتر محمدحسن حائری ، دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان

زمستان

۱۳۹۱

پاسکزاری از:

استاد رہنما: دکتر حسین صابری

استادان مشاور: دکتر محمد حسن حائری و دکتر سید مہدی قبولی

استادان داور: دکتر احمد باقری، دکتر سید محمد تقی قبولی و دکتر سید رضا موسوی

گروه محترم فقہ و مہانی حقوق اسلامی

اظهارنامه

اینجانب محمدعلی محب الرحمان دانشجوی دوره دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد نویسنده رساله اسقاط معوض حقوق در فقه و حقوق تحت راهنمایی آقای دکتر حسین صابری متعهد می‌شوم:

- تحقیقات در این رساله توسط اینجانب انجام شده است و از صحت و اصالت برخوردار است.
- در استفاده از نتایج پژوهشهای محققان دیگر به مرجع مورد استفاده استناد شده است.
- مطالب مندرج در رساله تاکنون توسط خود یا فرد دیگری برای دریافت هیچ نوع مدرک یا امتیازی در هیچ جا ارائه نشده است.
- کلیه حقوق معنوی این اثر متعلق به دانشگاه فردوسی مشهد می‌باشد و مقالات مستخرج با نام « دانشگاه فردوسی مشهد » و یا « Ferdowsi University of Mashhad » به چاپ خواهد رسید.
- حقوق معنوی تمام افرادی که در به دست آمدن نتایج اصلی رساله تأثیرگذار بوده‌اند در مقالات مستخرج از رساله / پایان نامه رعایت شده است.
- در کلیه مراحل انجام این رساله ، در مواردی که از موجود زنده (یا بافتهای آنها) استفاده شده است ضوابط و اصول اخلاقی رعایت شده است.
- در کلیه مراحل انجام این رساله ، در مواردی که به حوزه اطلاعات شخصی افراد دسترسی یافته یا استفاده شده است، اصل رازداری، ضوابط و اصول اخلاق انسانی رعایت شده است.

تاریخ امضای دانشجو

مالکیت نتایج و حق نشر

- کلیه حقوق معنوی این اثر و محصولات آن (مقالات مستخرج، کتاب، برنامه های رایانه‌ای، نرم افزارها و تجهیزات ساخته شده) متعلق به دانشگاه فردوسی مشهد می‌باشد. این مطلب باید به نحو مقتضی در تولیدات علمی مربوطه ذکر شود.
- استفاده از اطلاعات و نتایج موجود در رساله /پایان نامه بدون ذکر مرجع مجاز نمی‌باشد.
- متن این صفحه نیز باید در ابتدای نسخه های تکثیر شده وجود داشته باشد.



بسمه تعالی
مشخصات رساله تحصیلی دانشجویان
دانشگاه فردوسی مشهد

عنوان رساله: اسقاط معوض حقوق در فقه و حقوق

نام نویسنده: محمدعلی محب الرحمان

نام استاد راهنما: دکتر حسین صابری

نام استادان مشاور: دکتر محمدحسن حائری، دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان

دانشکده: الهیات و معارف اسلامی

گروه: فقه و مبانی حقوق اسلامی

رشته تحصیلی: الهیات و معارف اسلامی -

فقه و مبانی حقوق اسلامی

تاریخ تصویب: ۱۳۸۷/۴/۴

تاریخ دفاع: ۱۳۹۱/۱۰/۲۶

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد

دکتري

تعداد صفحات: ۲۹۷

چکیده رساله:

حق تسلطی است که قانوناً فردی بر فردی دیگر و یا بر موضوعی خاص دارد و دایره وسیعی است که از حق بر ملک دیگری تا حق بر بدن و جان او را در بر می گیرد. در دنیای مردمان، در همه جای این محدوده، معمولاً من علیه الحق خواهان از میان بردن حق است و صاحب حق بدون دریافت عوض، حاضر به دست کشیدن از حق خود نیست. توافق این دو، موضوع این تحقیق است که با روش تبیینی - استقرائی و با استفاده از منابع فقهی - حقوقی و جستجو در ابواب مختلف فقه، بیش از چهل حق بررسی شده‌اند و این نوع معاملات در مورد آنها صحیح دانسته شد. با طبقه‌بندی این حقوق به چند دسته معاملات، خانواده، کیفری، اساسی و دادرسی، خصوصیات هر یک گفته شد و در نهایت از مجموعه حقوق مختلف، قواعد، موانع و نیز آثار و نتایج و قالبهای اسقاط معوض حقوق استخراج شده است.

کلید واژه:

۱. حق

۲. اسقاط حق

۳. تعهد به عدم استفاده از حق

۴. صلح حق

امضای استاد راهنما:

تاریخ:

فهرست

۱ مقدمه
۲ ابعاد مسئله
۳ پرسش‌ها
۳ فرضیه‌های تحقیق
۴ پیشینه تحقیق
۶ نحوه انجام تحقیق
۷ تحلیل داده‌ها
۸ یافتن قواعد کلی
۱۰ روش کار
۱۱ زبان حقوقی
۱۲ پاورقی‌ها
۱۲ دشواری‌های تحقیق
۱۳ فصل اول: تعاریف و مفاهیم
۱۴ معنای حق
۱۶ قواعد مربوط به حقوق
۱۸ تقسیم حقوق
۱۹ معنای اسقاط معوض
۲۰ دلایل به کار رفته در تحقیق

۲۰ نقل
۲۰ عموماً
۲۲ عقل
۲۴ قواعد فقهی
۲۴ نقش عرف
۲۵ حق و حکم

فصل دوم: حقوق قابل اسقاط معوض در معاملات ۲۹

۲۹ مبحث اول: حق انتفاع و ارتفاق
۳۴ مبحث دوم: حق المارّه
۳۷ مبحث سوم: حق تحجیر
۳۸ مبحث چهارم: حق خیار
۳۹ گفتار اول: ضرورت و عمومیت اسقاط معوض خیار
۴۰ فایده و ضرورت اسقاط خیار
۴۱ عمومیت اسقاط
۴۴ جعل خیار غیر قابل اسقاط
۴۵ گفتار دوم: انشاء اسقاط
۴۵ نحوه انشاء
۴۵ صلح حق خیار
۴۵ شرط ضمن عقد
۴۷ اسقاط به عنوان انشائی مستقل
۴۸ زمان انشاء اسقاط
۵۱ تأثیر اسقاط یک خیار بر بقیه خیارات
۵۳ گفتار سوم: حاکمیت قواعد عمومی معاملات بر اسقاط معوض خیار
۵۳ قصد
۵۷ رضا

۵۸	مشخصات مورد معامله
۵۸	گفتار چهارم: پیامدهای اسقاط
۵۹	مبحث پنجم: حقوق در مضاربه، مزارعه و مساقات
۶۴	مبحث ششم: حق بهره داشتن از سود و ضرر در عقد شرکت
۶۸	مبحث هفتم: اسقاط ضمان در ودیعه، عاریه و اجاره و دیگر امانات
۷۵	مبحث هشتم: سرقتی و ملحقات آن
۸۴	مبحث نهم: حق تأجیل و تعجیل
۹۲	مبحث دهم: اسقاط حق ناشی از امتیاز بیشتر در مسابقه
۹۴	مبحث یازدهم: جواز در وکالت
۱۰۱	مبحث دوازدهم: حق کفالت
۱۰۳	مبحث سیزدهم: حق مرتهن بر عین مرهونه
۱۰۹	مبحث چهاردهم: حق رجوع در هبه
۱۱۴	مبحث پانزدهم: حق شفعه
۱۱۵	مبحث شانزدهم: حق تقاضای افلاس
۱۲۰	نتایج و قواعد برگرفته از فصل معاملات

فصل سوم: حق‌های مربوط به عرصه حقوق خانواده ۱۲۴

۱۲۵	مبحث اول: حق طلاق و ازدواج مجدد
۱۳۳	مبحث دوم: حق حبس
۱۳۵	مبحث سوم: حق موافقه
۱۳۹	مبحث چهارم: حق فرزند یافتن
۱۴۱	مبحث پنجم: حق سکونت
۱۴۴	مبحث ششم: حق نفقه
۱۴۶	مبحث هفتم: حق قسم

۱۵۰	مبحث هشتم: حق رضاع
۱۵۱	مبحث نهم: حق حضانت
۱۵۴	مبحث دهم: حق ولایت
۱۵۸	مبحث یازدهم: حق رجوع
۱۵۹	نتایج و قواعد برگرفته از حقوق خانواده
۱۵۹	اسقاط حقوق خانوادگی
۱۶۳	دیگر قواعد حقوق خانواده

فصل چهارم: حق‌های مربوط به عرصه حقوق کیفری ۱۶۵

۱۶۵	مبحث اول: حق قصاص و دیه
۱۶۶	گفتار اول: ویژگی‌های حق قصاص
۱۶۶	حق بودن قصاص
۱۶۶	ارزش مالی قصاص
۱۶۸	گفتار دوم: اسقاط حق دیه یا قصاص
۱۶۹	مادی یا معنوی بودن عوض در اسقاط حق قصاص
۱۷۰	ضرورت وجود موضوع حق
۱۷۳	آثار بطلان اسقاط
۱۷۴	مبحث دوم: حق ناشی از سرقت
۱۷۶	مبحث سوم: حق قذف
۱۷۷	گفتار اول: حق بودن قذف
۱۷۷	بند اول: شرایط ایجاد و اثبات
۱۷۹	تقاضای مجازات
۱۸۱	شخصی بودن حق قذف
۱۸۱	حق ولی بر تقاضای مجازات
۱۸۲	حق غایب
۱۸۳	ارث حق قذف

۱۸۹ بند دوم: عفو و اسقاط
۱۹۵ اجرای مجازات و میزان آن
۱۹۷ اسباب سقوط مجازات
۱۹۸ بند سوم: حق بودن قذف
۲۰۰ حق ناشی از توهین
۲۰۰ گفتار دوم: اسقاط معوض حق قذف
۲۰۲ امکان تعزیر پس از اسقاط حد
۲۰۳ قواعد و نتایج حقوق کیفری

فصل پنجم: حق‌های مربوط به عرصه حقوق عمومی ۲۰۵

۲۰۶ مبحث اول: حق تقدّم ورثه میّت در تجهیز وی
۲۱۱ مبحث دوم: حق مستحقین بر زکات
۲۲۲ مبحث سوم: حق تقدّم افراد در اقامه اذان
۲۲۳ مبحث چهارم: حق تقدّم در اقامه نماز جماعت و دیگر مشاغل و منافع عمومی
۲۲۸ مبحث پنجم: حق بر غنیمت
۲۳۳ قواعد و نتایج حقوق اساسی و عمومی

فصل ششم: حق‌های مربوط به عرصه حقوق دادرسی ۲۳۷

۲۳۸ مبحث اول: مراجعه به دادگستری
۲۳۹ مبحث دوم: ابلاغ ادعا به مدعی علیه
۲۴۱ مبحث سوم: شهادت
۲۴۳ مبحث چهارم: قسم
۲۴۵ مبحث پنجم: انشاء حکم به سود یکی از طرفین
۲۴۶ مبحث ششم: تحریر و ابلاغ دادنامه

۲۴۷	مبحث هفتم: تجدید نظر خواهی
۲۴۸	نتایج و قواعد مربوط به حقوق دادرسی
۲۴۸	راه‌های صرف نظر نمودن از دعوی
۲۴۸	صلح با تقسیم مال موضوع دعوی
۲۴۹	صلح دعوی با شخص ثالث
۲۵۰	ماهیت و شرایط صلح
۲۵۱	اسقاط معوض در قالب اسقاط مستقل
۲۵۲	فسخ و برهم خوردن اسقاط معوض
۲۵۲	دیگر قواعد حقوق دادرسی

فصل هفتم: نتایج و قواعد ۲۵۴

۲۵۴	مبحث اول: قواعد عمومی اسقاط معوض حقوق
۲۵۵	گفتار اول: شرایط اسقاط معوض حقوق
۲۵۵	قصد و رضا
۲۵۷	موجود بودن حق
۲۵۹	مشخص بودن حق
۲۶۲	اسقاط بخشی از حق
۲۶۲	داشتن منفعت عقلایی
۲۶۳	ضرورت وجود قرارداد
۲۶۴	گفتار دوم: موانع عمومی اسقاط معوض حق
۲۶۴	کلی نبودن حق ساقط شده
۲۶۵	عدم مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه و دیگر قواعد ثانویه
۲۶۷	غیر منصفانه بودن اسقاط
۲۶۷	حق و ارتباط آن با عقود
۲۶۷	شرایط تشکیل عقود
۲۶۹	ذاتیات عقد

۲۷۰	تغییر کلی ساختار عقد
۲۷۱	حق و تکلیف
۲۷۲	گفتار سوم: دیگر قواعد اسقاط معوض حقوق
۲۷۲	عوض معنوی
۲۷۲	ترجیح معوض بودن اسقاط
۲۷۴	رابطه ایجاد و اسقاط حق
۲۷۵	گفتار چهارم: آثار و پیامدهای اسقاط معوض حق
۲۷۵	لزوم و عدم لزوم
۲۷۶	تقض تعهد در بارة عوض یا معوض
۲۷۷	اختلاف در اسقاط حق و متعلقات آن
۲۷۹	مبحث دوم: قالب‌های گوناگون اسقاط معوض حق
۲۸۰	گفتار اول: بیع
۲۸۲	گفتار دوم: صلح
۲۸۲	گفتار سوم: شرط ضمن عقد
۲۸۵	گفتار چهارم: اسقاط به مثابه عملی مستقل
۲۸۹	منابع

مقدمه

پس از تصوّر آدمی و عقلانیت او و پس از تصوّر زندگی اجتماعی، قراردادهای خصوصی و اجتماعی به راحتی به ذهن می‌آیند. قراردادها مرز و حریم افراد را مشخص می‌کنند و نشان می‌دهند انسان از چه حقوقی برخوردار است و کدام رفتار اوست که مورد حمایت قانون نیست. ساده‌ترین موضوع برای قرارداد، مالکیت است و مفهوم ابتدایی آن اراده مطلق مالک در ما یملك خویش و مجاز نبودن دیگران در دست بردن در اموال مالک می‌باشد. در تاریخ عمر بشر کمتر متنی را می‌توان یافت که به روابط حقوقی بین آدمیان بپردازد و موضوع آن مالکیت نباشد. در فقه و حقوق فراوان از مالکیت سخن گفته؛ حدود و ثغور و قواعد مالکیت را بسیار سنجیده‌اند.

اما مالکیت تنها قانون تعیین‌کننده بین افراد نبوده و نیست و حجم عظیمی از روابط بین افراد با حقوق به معنای به کار رفته در این تحقیق، مرتبط است. قرن‌ها است که دیگر بزه‌دیده مالک مجرم نمی‌شود بلکه تنها حقی بر او پیدا می‌کند؛ نظام حقوقی اسلام هیچ‌گاه مالکیت مرد بر همسرش را نپذیرفت و روابط بین زوجین را بر مبنای حقوقی که بر یکدیگر دارند، تعریف کرد؛ در عرف امروز، افراد مالک حاکمیت و حقوق عمومی نیستند و تنها حقی بر دولت دارند؛ در حوزه اموال از حق بر هم زدن قراردادها گرفته تا حق شفعه و حق ارتفاق و انتفاع و بسیار حقوق دیگر مطرح شده‌اند که هیچ‌یک به معنای مالکیت نیستند.

به دلیل همین فراوانی تحقیق‌ها در زمینه مالکیت و گستره حقوق بوده است که تحقیق در مورد حقوق انتخاب شد و تلاش شد قواعد حاکم بر حقوق مورد کاوش قرار گیرند.

حقوق که بر اموال و افراد است، خود به خود ایجاد نمی‌شوند و به ناگاه از میان نمی‌روند، بلکه ایجاد حق یا باید به قرارداد یا قانون باشد و از میان رفتن آن نیز شرایط خاصی دارد؛ این است که من علیه الحق خواهان از میان رفتن حق است و صاحب حق، در مقابل، تلاش دارد مرزهای حق را مستحکم‌تر نگه دارد تا آنکه طرفین به توافقی پیرامون این امر دست یابند؛ توافقی مبنی بر اینکه صاحب حق از تکیه بر حق خویش دست بردارد و موضوع حق را رها سازد و این توافق حاصل نمی‌شود مگر آنکه عوضی در بین باشد.

در میان عموم مردم، اسقاط معوض حقوق، در همه زمینه‌ها حتی مواردی که ممکن است جرم تلقی گردد، شیوع دارد؛ به طور مثال کمتر پدری است که حاضر باشد حضانت فرزند را به مادر واگذار کند بدون آنکه توقع عوض مادی یا معنوی داشته باشد یا مع الاسف گاه کسی که شاهد وقوع جرمی بوده است، بدون عوض از شهادت صرف‌نظر نخواهد کرد. مواردی از این دست فراوانند تا جایی که به طور کلی می‌توان ادعا کرد که در اغلب موارد در هر زمینه‌ای که فردی تسلطی قانونی داشته باشد و قانوناً توان انجام عملی را داشته باشد، منصرف کردن وی آسان نیست و بدون دلیل و بدون عوض حاضر به صرف‌نظر کردن از توانایی قانونی خود نخواهد بود. علی‌رغم شیوع جدی اسقاط معوض حقوق، قانونگذار در اکثر این موارد سکوت کرده است؛ در حالی که باید مشخص شود شرع و قانون از کدام یک از این موارد حمایت می‌کند و کدام یک را نامشروع می‌داند؛ امری که این تحقیق تلاشی بدان سو بوده است و سعی شده است با بررسی یک یک موضوعات متصوره و کشف ملاکات آن‌ها معلوم شود که بر پایه فقه کجا می‌توان از این رفتارهای عرفی حمایت و در چه مواردی باید به منع حکم کرد.

ابعاد مسئله

اگرچه حق کمتر مورد توجه قانونگذاران بوده اما حقوق و انواع آن بسیار به کار جوامع آمده است تا آنجا که در این تحقیق بیش از چهل مورد از حقوقی که ارزش عرفی دارند بررسی شده است که در قسمت‌های بعد مقدمه بیشتر به انواع آن می‌پردازیم.

صرف‌نظر از ماهیت متنوع حقوق، حقوق از نظر شکل نیز تفاوت‌هایی با هم دارند؛ برخی از حقوق مانند حق تحجیر و یا حق انتفاع، در برخی از موارد، قابل انتقال هستند و می‌توان آن را به اشخاص ثالث منتقل ساخت اما برخی دیگر از حقوق مانند حقوق کیفری یا حقوق خانواده قابل انتقال نیستند و تنها اسقاط آن‌ها متصور است. در این تحقیق به منظور یافتن مجالی افزون‌تر برای غور در مباحث، دامنه تحقیق را به اسقاط حقوق محدود ساختیم و از انتقال حقوق سخن نگفتیم.

اسقاط حقوق ممکن است به صورت معوض یا به شکل رایگان و بدون عوض انجام شود؛ صاحب حق می‌تواند از حق خود صرف‌نظر کند بدون آنکه مالی دریافت کند، این نیز ممکن است که اسقاط حق را مشروط به عوض کند. این دو شکل از نظر فقها گاه تفاوت‌هایی داشته‌اند؛ به طور مثال در مورد حق قذف چنان‌که خواهد آمد، برخی از فقها علی-رغم صحیح دانستن اسقاط، گرفتن عوض در قبال آن را صحیح نمی‌دانند. از آنجا که نفع عمومی غالباً بر دریافت عوض استوار است، در این تحقیق سعی شده است از اسقاطی سخن گفته شود که همراه با عوض و به اصطلاح معوض باشد.

پرسش‌ها

پرسش‌های اصلی تحقیق عبارتند از:

- ۱- اسقاط معوض حقوق در کدام موارد میسر است و در کدام موارد ممکن نیست؟
- ۲- ماهیت مشترک حقوق قابل اسقاط چیست و این دسته از حقوق چه خصوصیتی دارند؟
- ۳- چرا برای اسقاط برخی از حقوق یا در برخی از حالات نمی‌توان عوضی دریافت کرد و مانع اسقاط حق در موارد آن چه بوده است و به طور کلی، چه موانعی، صلاحیت جلوگیری از اسقاط معوض حق را دارند؟
- ۴- چه تفاوت‌های عمومی بین انواع مختلف حقوق وجود دارد و سنخ حق مورد اسقاط، چه تأثیری در جواز یا عدم جواز آن دارد یا چه محدودیت‌هایی را در آن ایجاد می‌کند؟
- ۵- آثار اسقاط معوض حق چیست و اختلاف طرفین در اصل اسقاط یا نحوه آن چگونه قابل حل و فصل است؟
- ۶- قالب‌های اسقاط معوض حقوق کدامند و صاحب حق برای اسقاط حق خود از کدام روش می‌تواند استفاده کند؟ بررسی تک تک حقوق قابل اسقاط در ابواب مختلف فقه و مقررات خاص هر یک و تلاش برای یافتن پاسخ برای پرسش‌های فوق در جزئیات حقوق از دیگر سؤالات این تحقیق است.

فرضیه‌های تحقیق

فرضیه‌های تحقیق که تلاش شده است با بررسی جزئیات حقوق اثبات شوند، عبارت است از:

- ۱- افراد می‌توانند از هر نوع تسلطی قانونی که به آن‌ها تعلق دارد، صرف‌نظر کنند و در قبال اسقاط، مالی دریافت کنند و اگر شرایط اسقاط معوض حق، رعایت نشده، یا موانعی (بنابر آنچه خواهد آمد) مطرح باشد اسقاط معوض حق میسر نیست.
- ۲- تسلط بشری، ماهیت مشترک حقوق قابل اسقاط است؛ یعنی هر جا که تسلطی در اختیار افراد گذاشته باشد، ایشان حق تصمیم‌گیری در مورد آن را دارند.
- ۳- در مواردی که شرایط اسقاط حق رعایت نشده باشد یا موانعی مطرح باشد، اسقاط معوض حق ممکن نیست. در واقع اسقاط باید تحت شرایط عمومی قراردادها انجام گیرد و با موانعی مواجه است: شرایط ایجاد عقود، قابل اسقاط نیستند. اگر حقی ناشی از عقد است، اسقاط حق نباید اصل عقد را از میان ببرد. اسقاط‌های ناشی از شرایط غیر منصفانه قابل منع هستند.
- ۴- سنخ حق مورد اسقاط اهمیت ویژه‌ای دارد؛ به طور مثال به جز موانع عمومی اسقاط حق، برخی از انواع حقوق با موانعی ویژه مواجه هستند؛ مثلاً تغییر حقوق خانواه نباید منجر به تغییر ساختار نکاح شود یا حقوقی مثل حق ولایت یا حق حضانت یا حقوق عمومی تنها زمانی قابل اسقاط هستند که به وجوب عینی تبدیل نشده باشند.

۵- اصل در اسقاط معوّض حق همانند دیگر معاملات معوّض، لزوم است. اگر طرفین در اصل اسقاط تردید داشته باشند، اصل عدم وقوع اسقاط است و اگر پس از اسقاط ادعاهایی از قبیل عدم وجود عوض یا غبن در اسقاط و مانند آن مطرح شود، قواعد ضامن سلامت عقود از قبیل بطلان یا خیار، در مورد اسقاط معوّض حق مطرح خواهند بود.

۶- به جز قالب بیع که در معرض تردید است، قالب‌های صلح، شرط و اسقاط به مثابه عملی مستقل از قالب‌های اسقاط معوّض حقوق هستند و برای اسقاط حق می‌توان از آن‌ها استفاده نمود.

پیشینه تحقیق

با جستجوی فقه می‌توان دریافت که فقها همیشه از نظرگاه این تحقیق به موضوعات توجّه نکرده‌اند و بیشتر برای حل چالش‌های علمی دغدغه‌مند بوده‌اند، در حالی که نگرانی این تحقیق رسمیت بخشیدن به رفتارهای عرفی بوده است اما به هر حال، فقها بسیاری از این سؤالات را در ابواب مختلف فقه پاسخ گفته‌اند. در مورد جزئیات حقوق، ابواب فقه و نیز باب صلح در کتب عمومی فقه، منبع پاسخ بوده‌اند و در کلیات حقوق فقها بحث‌های مفصلی در ماهیت حقوق مطرح کرده‌اند و گاه رساله‌هایی در این امر تدوین کرده‌اند که همگی مورد بهره‌برداری این تحقیق بوده و برای پاسخ به پرسش‌ها، بدان‌ها، مراجعه شده است.

در میان فقهای بعد از شیخ انصاری مرسوم شده است که در اوائل کتاب بیع مباحث مفصلی را در مورد حق مطرح می‌کنند. این مباحث که از این پرسش آغاز می‌شود که آیا حق می‌تواند به عنوان مبیع، مورد معامله قرار گیرد، تا بررسی ماهیت حق و انواع آن ادامه می‌یابد.

دامنه‌دار بودن مباحث مربوط به حق باعث شده است که برخی از فقهای بزرگ رساله‌های مستقلی در مورد حق تدوین کنند؛ در این میان لازم است از رساله حق و حکم با عنوان *رسالة فی تحقیق الحق والحکم* مرحوم محمد حسین اصفهانی معروف به کمپانی در حاشیه‌ای که بر مکاسب مرحوم شیخ نوشته‌اند و کتاب *بلغة الفقیه* و نیز تعلیقه بر آن یاد شود.

رساله حق و حکم کتاب ارزشمندی است که قبل از انجام تحقیق مورد مطالعه قرار گرفت و در طول تحقیق بارها بدان رجوع شد. البته این رساله اولاً در مورد ماهیت حقوق است و ثانیاً در جزئیات حقوق سخن فراوانی ندارد و ثالثاً از وجود عوض در معاملات مربوط به حقوق به ندرت سخن گفته و رابعاً آثار و پیامدهای اسقاط حقوق کمتر دیده شده و خامساً روش بررسی آن انتزاعی و متکی بر ذهن است.

کتاب دیگری که مستقیماً به موضوع حقوق پرداخته است، رساله‌ای است در مورد تفاوت میان حق و حکم با عنوان *رسالة فی الفرق بین الحق والحکم* که در مجموعه‌ای با عنوان *بلغة الفقیه* به چاپ رسیده است. این رساله تعلیقه‌ای دارد که در همین مجموعه آمده است.

این کتاب مورد بررسی بوده و گاه بدان ارجاع داده شده است. از جنبه‌های ارزشمند این کتاب توجه به برخی از مصادیق حق و حکم است که می‌توانست مقدمه‌ای برای گشودن این راه باشد. مطلبی که کمتر مورد توجه نویسنده این کتاب بوده است، یافتن حکم موارد مشتبه بر اساس منابع موارد حقوق است؛ برای اینکه به طور مثال بنیم که آیا حق بر رهن به طور معوض قابل اسقاط است یا خیر، باید به روایات و منابع دیگر مراجعه کرد و راه دیگر آن است که به شکل انتزاعی با توجه به عنوان حق و حکم، تکلیف مورد را معین کنیم. این کتاب بیشتر از روش ذهنی و انتزاعی استفاده کرده است تا آنکه مستقیماً حکم مورد را از منابع فقه استنباط کند. ضمن آنکه تعداد انگشت شماری از حقوق را مورد بررسی قرار داده است.

در مورد جزئیات حقوق، کتاب یا رساله‌ای که به جزئیات همه حقوق یا دست‌کم بخش قابل توجهی از آنها بپردازد، یافت نشد. البته رساله‌ای با عنوان رساله حقوق توسط یکی از فقهای معاصر تدوین شده که تا حدودی در ردیف رساله‌هایی است که با موضوع حقوق برادران مؤمن نوشته شده‌اند و به حقوق اخلاقی و با صرف‌نظر از ارزش قانونی و مالی حقوق توجه شده است. ممکن است این رساله بتواند مقدمه‌ای برای حقوق اساسی و عمومی افراد از منظر فقه باشد. اگرچه دغدغه یافتن حقوق انسانی در فقه نگرانی ارزشمندی است اما به جز نگرانی، لازم است که دلایل فقهی مورد استناد قرار گیرند و بر اساس آن سخن گفته شود، دست‌کم ضروری است که منابع فقهی مورد دقت قرار گیرد و اگر دلیلی یافت نشد، آنگاه بر اساس مبانی، نظریه‌ای ارائه کرد. با عنایت به همین نقیصه بوده است که اگرچه این کتاب مورد توجه بوده و گاه بدان استناد شده اما محور تلاش این تحقیق، یافتن دلایلی از فقه سنتی بوده است.

در میان تحقیقات دانشگاهی اگرچه موضوع حق نسبت به موضوع ملک کمتر مورد توجه واقع شده است اما گاه تحقیقاتی به طور مستقل متکفل آن بوده‌اند و کلیات حقوق را بررسی کرده‌اند. در مورد جزئیات برخی از حقوق مانند حق شفعه، تحقیقات ارزشمندی انجام شده است که مورد توجه این تحقیق بوده‌اند.

چند پایان‌نامه کارشناسی ارشد یا مقاله با عناوین تبیین مفهومی و مصداقی حق و حکم در فقه امامیه، حق و معانی آن در اصطلاح فقها، انتقال حقوق و اسقاط حق به موضوعات مرتبط با این تحقیق پرداخته‌اند. پیش از انجام تحقیق این تحقیقات به دقت مورد مطالعه قرار گرفت و با توجه به این نتیجه که این تحقیقات عمدتاً در کلیات حقوق انجام شده‌اند و در جزئیات حقوق کمتر سخنی داشته‌اند و در هر دو بخش آنچه انجام شده ناظر به ماهیت حقوق بوده است و نه آثار آن. به علاوه، نظرگاه تحقیقات بیشتر اندیشه‌های علمی بوده است تا رفتار عرف، به انجام تحقیق حاضر مبادرت شد.

لازم است در میان کتب دانشگاهی از کتاب *ایقاع*، نظریه عمومی - *ایقاع معین* نام برده شود. این کتاب از جنبه‌های گوناگونی مورد توجه تحقیق بوده است و بسیار از آن استفاده شده ولی همان‌طور که از نام آن پیدا است، موضوع کتاب با موضوع تحقیق تفاوت دارد.

با توجه به مجموعه تحقیقات انجام شده در فقه و حقوق در میان فقها و دانشگاهیان بوده است که مفاهیمی چون ماهیت حق و حکم، ارتباط این دو و انتقال حقوق کمتر مورد توجه این تحقیق بوده و صرفاً برای تعیین و انتخاب پیش‌فرض از آن‌ها سخن گفته شده است.

همچنین نظر به اینکه برخی از حقوق مانند حق شفعه و تحجیر به طور جزئی و به شکل وافی مورد بررسی فقها و یا حقوق‌دانان بوده‌اند، در این تحقیق از آن‌ها سخن نگفتیم؛ به دیگر بیان، از همه حقوق به تفصیل سخن نگفته‌ایم بلکه سعی شده است حقوقی که کمتر دیده شده‌اند مورد توجه قرار گیرند و البته در این میان استثنا نیز بوده است و از حق خیار به تفصیل سخن گفته‌ایم، چرا که آن را به عنوان الگویی برای دیگر حقوق مد نظر داشته‌ایم. به ویژه آنکه اگرچه فقها و حقوقدانان در مورد حق خیار به تفصیل سخن گفته‌اند اما بیشتر در ماهیت حق خیار و اسقاط آن اندیشیده‌اند ولی در مورد نتایج و پیامدهای عملی اسقاط معوض خیار، کمتر سخن گفته شده است. امری که در این تحقیق به طور مستوفای بحث شده است.

نکته دیگر روش تحقیقات برای یافتن پاسخ پرسش‌ها در مورد حقوق است؛ معمولاً کلیات حقوق به شکل انتزاعی بررسی شده‌اند در حالی که روش این تحقیق استقرائی بوده و از جزئیات حقوق آغاز کرده‌ایم. در ادامه در مورد این روش بیشتر خواهیم گفت. در جزئیات حقوق نیز تلاش شد تا تحقیق بر فقه سنتی بنا شده باشد.

نحوه انجام تحقیق

قبل از آغاز فیش برداری، چند پایان‌نامه و مقاله و کتاب با عناوین حق و حکم و برخی از حقوق مطالعه و نکته برداری شد. پس از مطالعات کلی با توجه به اینکه خواسته تحقیق آن بوده است که بر اساس مبانی فقهی به سؤالات پاسخ گوئیم، و فقه قدما به عصر معصوم نزدیک‌تر است، فیش برداری از فقه قدما تا علامه حلی انجام شد. کلید واژه - های کلی تحقیق مشتقات واژه حق، اسقاط، صلح و شرط و کلید واژه‌های جزئی، هر حقی که در مورد آن سخن گفته‌ایم و موارد مرتبط با آن بوده است. پس از گردآوری بیش از هزار فیش با ارائه کنفرانس و نظر اساتید محترم راهنما، مشاور و داور مرحله فیش برداری اولیه به پایان رسید.

به موازات فیش برداری اولیه، حق قذف به عنوان نمونه‌ای از جزئیات حقوق بررسی شد و نتیجه طی کنفرانس مورد اشاره بیان شد و نظرات و اصلاحات اساتید هم در مورد حق قذف و هم به عنوان راهبرد برای بررسی دیگر حقوق، مد نظر قرار گرفت.

پس از این مرحله، برای بررسی کلیات حقوق، برخی از کتب فقه‌های معاصر و به طور مشخص شیخ انصاری رحمته، آخوند خراسانی رحمته، مرحوم اصفهانی رحمته، مرحوم نایینی رحمته و آقای خویی رحمته فیش‌برداری شد و در این مرحله حدود پانصد صفحه مطلب مرتبط گردآوری شد.

پس از پایان مطالعات و فیش‌برداری‌ها، تألیف تحقیق آغاز شد و برای این منظور کتاب *جواهر الکلام* با توجه به جامعیت آن محور قرار گرفت از ابواب آغازین فقه سنتی شروع کردیم و تا انتهای فقه هر آنچه که می‌توانستیم حق بنامیم و اشاراتی در فقه برای آن جسته بودیم را تحت مبحثی آوردیم و قوانین مربوط به آن را مطرح کردیم. از آنجا که مهمترین منبع فقه و به ویژه در این تحقیق، روایات بوده است، به موازات کتاب *جواهر الکلام* در هر باب فقهی، کتاب *وسائل الشیعه* به عنوان مجموعه‌ای از روایات قابل استناد، در نظر بوده است و در این مورد صرفاً به روایاتی که فقها مورد بحث قرار داده‌اند بسنده نشد و مستقیماً ابواب مختلف کتاب *وسائل الشیعه* مورد مطالعه قرار گرفت.

در بررسی سندی روایات، آنجا که نظر فقها را در مورد وضعیت سندی روایتی یافتیم، بیان کردیم؛ مثلاً گفتیم که روایت مورد استناد از نظر برخی از فقها صحیح است یا شاذ خوانده شده، مورد عمل بوده یا متروک گذاشته شده است. اگر نظر فقیهان را در مورد سند روایت پیدا نکردیم، با توجه به عدم تخصص، خود به وضعیت سندی روایت نپرداختیم و صرفاً بیان کردیم که روایت در کتاب معتبری آمده است. بر همین اساس، رویه آن بوده است که تنها روایات موجود در کتب اربعه و *وسائل الشیعه* مورد استناد باشند و از کتب دیگر حدیثی مگر به استثنای یا به تبع فقیهان نقل نکردیم.

در مورد دلالت روایات، فهمی که فقها از روایات داشته‌اند، مهمترین منبع بوده است ولی بدان اکتفا نکردیم؛ فهم مؤلفان کتب حدیثی و یا دریافتی که خود از روایت داشته‌ایم، پس از مشورت با اساتید مربوطه گفته شده است.

تحلیل داده‌ها

با در کنار هم گذاشتن اطلاعاتی که در مورد هر حقی به دست آمد، سعی کردیم مطالب گردآوری شده طی نظم روشنی و به شکل تبیینی^۱، ما را به هدف مورد نظر در هر حقی برسانند. توضیح آنکه برای اثبات امری می‌توان پس از طرح مسئله دلایل آن را یک به یک مطرح کرد و به انتقاداتی که ممکن است نسبت به دلایل وارد باشند پاسخ گفت و برخی از دلایل را رد و برخی را کامل دانست و با کامل دانستن یک دلیل، ادعا را ثابت شده دانست. در این تحقیق

^۱ در خصوص روش تبیین استقرائی (Inductive explaining model) از نظر روش‌شناسی رک: نبوی، مبانی منطق و روش‌شناسی، ص ۲۴۴ و در مورد تبیین احتمالی و (probabilistic explanation) رک: استلی برس، فرهنگ اندیشه نو، ص ۲۴۴ و ۲۴۵.

از این روش استفاده نشده است و روشی دیگر مورد نظر بوده است؛ به این شکل که داده‌هایی که نقش مثبتی در اثبات ادعا دارند، چه آنکه می‌توانند دلیل قطعی باشند یا صرفاً مؤید هستند، با نظم مبتنی بر موضوع در کنار هم آورده شوند، به شکلی که پس از در نظر گرفتن مجموعه داده‌ها، نتیجه مورد ادعا با مطالب بیان شده هموارتر و هم‌سازتر از دیگر ادعاها به نظر برسد.

توضیح مشخص‌تر آنکه، برای اثبات اینکه حق «الف» قابلیت اسقاط معوض را دارد، در میان متون فقهی و روائی که در مورد حق مورد نظر وجود دارد، هر فرع و سخنی که با ادعای اینکه «حق «الف» به طور معوض قابل اسقاط است» سازوارتر است، گرد آمده است و به شکل نظمی بر اساس موضوع حق، نه بر اساس اهمیت دلیل، کنار هم آمده‌اند به شکلی که خواننده با مطالعه مجموعه مطالبی که گرد آورده‌ایم، ادعای این که «حق «الف» به طور معوض قابل اسقاط است» را پذیرفتنی بداند.

البته برای اینکه قضاوت منصفانه باشد، فرع‌ها و سخنانی که با این ادعا همراه نیستند و به نوعی تعارض دارند نیز مطرح شده‌اند و سعی شده است علاجی برای آن‌ها یافت شود؛ به این شکل که فرع مغایر، استثنا است یا دلیل خاصی دارد یا منافات جدی با ادعا ندارد و از این قبیل.

در این روش، سخن از اثبات قطعی نیست؛ بلکه آنچه مهم است تبیین کارآمد است، به شکلی که جایگاه نتیجه مورد نظر پس از مطالب گردآوری شده تثبیت شود. مهمترین دلیل در این روش سازواری است به این شکل که تبیین، دچار تناقض نباشد و مجموعه مطالب، تعارضی با یکدیگر نداشته باشند.

مطلب دیگر در این روش، مجموعه دلایل است. در این روش دلایل یک به یک شماره نمی‌شوند، بلکه سخن در این است که مجموعه مطالب و دلایل خواستار چه نتیجه‌ای هستند.

خلاصه آنکه با این روش، در مورد هر حقی، از ماهیت و قواعد و مطالب مرتبط به آن با تکیه بر روایات و اقوال فقها هر آنچه به سود نتیجه بوده است، مطرح شد و در نهایت نتیجه ذکر شده است.

ممکن است این روش متعارف نباشد اما به نظر می‌آید که این نوع نوآوری در تحقیقات دانشگاهی که چندان از نظر فقها به رسمیت شناخته نمی‌شوند، منعی نداشته باشد.

یافتن قواعد کلی

پس از یافتن قانون‌های حدود چهل حق، به دنبال طبقه‌بندی و یافتن نتیجه‌های کلی بوده‌ایم. مهمترین مؤلفه برای طبقه‌بندی حقوق، ارتباط میان آن‌ها بوده است. به این معنا که سعی شد حقوقی که منطق مشابهی دارند، در کنار هم آورده شوند؛ به همین جهت حقوق یافته شده را بر اساس عرف جامعه حقوقی به پنج فصل با عنوان‌های «حقوق قابل اسقاط معوض در معاملات» «حقوقی مربوط به عرصه حقوق خانواده» «حقوقی مربوط به عرصه حقوق کیفری» «حقوقی مربوط به عرصه حقوق عمومی» «حقوقی مربوط به عرصه حقوق دادرسی» طبقه بندی