

بررسی چالش های قوانین حقوقی معارض با اسقاط ما لم یجب

استاد راهنما: سعید احمدی فرد

پژوهشگران: سید راضیه حسنی

سیده ملیحه میرتبار درزی

مدرسه علمیه تخصصی فاطمیه رودسر استان گیلان

مقدمه

بی تردید هر زمان که در نظام حقوقی ایران سخن از «منابع حقوق» به میان می آید، «فقه» به عنوان مهم ترین و برجسته ترین منبع خودنمایی می کند؛ توجه به این منبع غنی و ارزش مند خصوصاً با تشکیل حکومت اسلامی در ایران از اهمیت بیش تری برخوردار شده است. هر چند که تا پیش از تشکیل نظام جمهوری اسلامی نیز فقه به عنوان یکی از منابع حقوق و قوانین کشور مورد استناد حقوق دانان بود و بسیاری از قوانین نیز بر همین مبنا استوار گشته و از همین منبع استخراج شده بود، اما باید پذیرفت که انقلاب اسلامی آغازگر گفتمانی جدید در عرصه ی حیات فردی و اجتماعی انسان ها بود و پس از چند قرن حاکمیت گفتمان سکولاریسم و دین گریزی بر فرهنگ، سیاست و اقتصاد جهان موضوع اداره ی جامعه و حکومت بر اساس تعالیم دینی و فقهی و آموزه های وحیانی را مطرح ساخت. بر همین مبنا قانون اساسی جمهوری اسلامی به منزله ی میثاق ملی آحاد جامعه، با تأکید بر اسلامی بودن نظام قانون گذاری در کشور بر اصل ضرورت عدم مخالفت قوانین و مقررات کشور با مبانی فقهی و موازین شرعی و احکام اسلامی پای فشاری می کند و از جمله اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی، صراحتاً مقرر می دارد: «کلیه ی قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه ی اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است. لذا بررسی مواردی که قواعد فقهی با قوانین حقوقی در تعارض قرار می گیرد و بیان چالش های قوانین حقوقی معارض با اسقاط ما لم یجب ضروری است. درواقع قواعد فقهی همانند چراغی هستند که حقوقدان باید از آن ها استفاده کند

یکی از قواعد فقهی که در برخی موضوعات با قوانین حقوقی در تعارض قرار گرفته قاعده اسقاط مالیم یجب است، اسقاط در لغت به معنی افکندن، انداختن و ساقط کردن به کار می رود (بیهقی، ص ۵۰۷: معین، ذیل واژه اسقاط)، منظور از حق نیز در این ترکیب، توانایی و امتیازی است که از سوی قانونگذار به نفع دارنده آن برقرار گردیده است و مقصود از ما لم یجب، عدم تحقق و ثبوت حق در خارج است در واقع قاعده اسقاط ما لم یجب از قواعد فقهی به معنای اسقاط حقی است که هنوز تحقق نیافته است. و در باب های تجارت، شفعه،

قصاص و دیات مطرح است. اسقاط از ایقاعات است که با انشای آن توسط صاحب حق، تحقق می‌یابد. (مظفر ج ۲، ص ۱۱۷) به بیان دیگر، اسقاط حق عملی است ارادی که موجب زوال مستقیم حق از سوی دارنده آن می‌گردد.

با توجه به زمان انشاء اسقاط و لحظه ایجاد حق، سه نوع اسقاط متصور است:

- ۱- انشاء اسقاط بعد از به وجود آمدن حق، مثل اسقاط حق شفعه بعد از بیع.
- ۲- انشاء اسقاط در زمان ایجاد حق، مثل اسقاط خیار مجلس در ضمن عقد بیع.
- ۳- انشاء اسقاط قبل از به وجود آمدن حق، مثل اسقاط حق شفعه قبل از بیع یا ابراء مدیون از دین آینده. (کاتوزیان ۱۳۸۵، ص ۴۷۹)

آنچه محل تردید و انکار فقیهان و بعضی از حقوقدانان قرار گرفته، اسقاط به شیوه سوم یعنی اسقاط حق قبل از ایجاد است. در مقاله پیش رو سعی شده با بررسی چالش‌های قوانین حقوقی معارض با اسقاط ما لم یجب راه کارایی برای رفع تعارض قاعده ذیل با قوانین حقوقی ارائه شود.

واژگان کلیدی: اسقاط - مالم یجب - چالش - قوانین - اجماع - حق

۱- دیدگاه فقها در مورد قاعده اسقاط ما لم یجب

اسقاط حق عملی ارادی بوده و تحقق آن منوط به اراده صاحب حق است اگر زمان انشاء اسقاط و لحظه ایجاد حق را در نظر بگیریم، در مجموع سه نوع اسقاط قابل تصور است. انشاء اسقاط بعد از به وجود آمدن حق، مثل اسقاط حق شفعه بعد از بیع، انشاء اسقاط در زمان ایجاد حق، مثل اسقاط خیار مجلس در ضمن عقد بیع - . انشاء اسقاط قبل از به وجود آمدن حق، مثل اسقاط حق شفعه قبل از بیع یا ابراء مدیون از دین آینده

قدر متیقن از ادله جواز و مشروعیت اسقاط حق در فقه اسقاط به شیوه اول است که ظاهراً در صحت آن اختلافی وجود ندارد. در مورد امکان وجو ز اسقاط به شیوه دوم، تردیدهایی صورت گرفته، (خوانساری ج ۲، ص ۱۴۷) ولی در مجموع بیشتر فقها به مشروعیت آن فتواداده اند. اما آنچه محل تردید و بلکه انکار بیشتر فقیهان قرار گرفته، اسقاط به شیوه سوم، یعنی اسقاط حق قبل از ایجاد آن است که موضوع اصلی مباحث فقها در این قاعده را تشکیل می‌دهد. طبق نظر مشهور فقها اسقاط نوع سوم باطل می‌باشد. در حقوق کنونی نیز، اسقاط مالم یجب، پذیرفته نیست. البته در صورتی که دست کم سبب حق موجود باشد اشکالی در اسقاط آن وجود ندارد. شایان ذکر است که در برخی موارد که منطقی باشد و مخالف قوانین امری و نظم عمومی نباشد چنین اسقاطی پذیرفته می‌شود. (مثل اسقاط حق شفعه قبل از بیع، بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی.) در مورد دینی که سبب آن ایجاد شده، نظر مشهور در فقه آن را باطل می‌داند در حالی که حقوق کنونی آن را صحیح می‌داند (کاتوزیان ۱۳۸۵، ص ۴۷۹). در هر حال برخی حقوق دانان (جعفری لنگرودی

۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۷۳) معتقدند: اسقاط مالم يجب در حدود معقول بلا اشکال است و موجودات اعتباری حقوقی را با امور طبیعی، نباید مقایسه کرد و رضای اشخاص در زمینه اعتبارات حقوقی می تواند هم به گذشته و هم به آینده تعلق می گیرد. اسقاط ما لم يجب بیشتر در مورد اسقاط خيارات قبل از عقد، ابراء دینی که هنوز به وجود نیامده و... مطرح شده است. مثل اینکه شریک مالی که در صورت فروش مال در آن معامله حق شفعه دارد پیش از معامله شریکش از حق خود می گذرد. فقها برای رد قاعده اسقاط ما لم يجب دو دلیل مطرح میکنند که در ذیل مقاله مطرح و مورد نقد قرار می گیرد.

۱-۱-۱ قائلین به صحت قاعده اسقاط ما لم يجب

۱-۱-۱ احیب الله رشتی

أنه من قبيل إسقاط ما لم يجب. ثانيهما: أنه تعليق للجهل لوجود الحق واقعا. والجواب عن الثاني: أن التخيير من شرائط الصيغة، فإذا كان الإسقاط على وجه التنجيز صح، ولو كان ذلك في الواقع معلقا على وجوده لان تعليق الحكم على موضوعه واقعا أمر قهري حاصل في جميع الموارد و المانع هو التعليق في العقد، فان قال: أسقطته على تقدير وجوده، بطل، بخلاف ما لو قال: أسقطت. و عن الأول: أن وجود المقتضى كاف في صحة الإسقاط، و هو العقد أو الغبن الواقعي. و ذكر (قده) في الكتاب أمثلة و قاس المقام بها: منها: إبراء المالك الودعي المفرط عن الضمان. و منها: برأيه البائع من العيوب الراجعة إلى إسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل حصول العلم بها. و منها: ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقا للغير في هذه المسألة (الرشتي، ج ۱، ص ۴۳۱)

۱-۱-۲ اسید محمد کاظم طباطبایی

دعوى أنه من إسقاط ما لم يجب قد عرفت الجواب عنها سابقا من أنه إسقاط في محلّ الثبوت و الوجوب و هذا لا مانع منه عقلا و الإجماع على عدم صحة الإسقاط قبل الوجوب و لو باعتبار زمان الثبوت و الوجوب إنما هو في ما لم يتحقق المقتضى للثبوت أيضا كما إذا اشترط سقوط الخيار في العقد الذي يوجد غدا أو أنشأ إسقاطه كذلك (الطباطبائي اليزدي، ج ۲، ص ۱۱۶)

۱-۱-۳ اسید عبدالاعلی سبزواری

المعروف بين الفقهاء انه لا يصح إسقاط ما لم يجب لأن صدق معنى الإسقاط و الإزالة و الإعدام لا بد له من اعتبار وجود شيء أولا، ثم سقوطه بالإسقاط و زواله بالإزالة و انعدامه بالأعدام. و بعبارة أخرى: هذه المعاني و ألفاظها انما يراد بها رفع الموجود لا دفع ما سيوجد و مع عدم وجود شيء أو لا يكون استعمال مثل هذه الألفاظ لغوا و باطلا و هذا صحيح في الجملة و لا ريب فيه إجمالا (السبزواری، ج ۱۸، ص ۱۵۵)

۱-۱-۴ امام خمینی

فى أن التبرى إسقاط لمالم يجب وأما توهم ممنوعىة هذا الشرط؛ لأنه يشبه إسقاط مالم يجب، وهو هو ممنوع عقلاً وشرعاً، فهو باطل؛ لأن ما هو الممنوع عقلاً الشرط المنجز؛ بمعنى التأثير فى سقوط الحق فعلاً، لا المانع عن التأثير المقتضى عقلاً، واعتباراً، وما هو الممنوع شرعاً - كما مر - غير هذه المواقف التى تكون الأسباب متهيئة قريبة من الموضوعية لحكم العقلاء والشرع وللتأثير فى آثارها اعتباراً، كما مر تفصيله فى خيار المجلس وفرق بين شرط عدم ثبوت الخيار الذى هو حكم إلهى مثلاً فى موضوعه، وبين سقوط حقه فى بيعه؛ وإن كان هو أيضاً فى الحقيقة منعاً عن ثبوته، إلا أنه منع عن ثبوت حقه. وهذا هو مقتضى .طبيعى الحق؛ بأن يكون ذوالحق بالخيار فى حدوده بعد وجوده وقبله، فلا تغفل» (الموسوى الخمينى، ١٣٧٦، ص ١٥٤)

٦-١-١-١ ناصر مكارم شيرازى

القول بأنه من قبيل إسقاط ما لم يجب، كالاتجاه فى مقابل النص؛ و قد ذكرنا فى محلّه أن إسقاط ما لم يجب جائز إذا حصل مقتضيه و إن لم تحصل علته التامة، كما إذا أسقطت الزوجة حقّها فى القسم قبل دخول الليل . و إن أخذ من الحربى فعدم الدية أظهر، و لو من جسده . و أما إذا أخذ من جسد المسلم برضاه فى حال حياته أو وصيته به فالظاهر عدم الدية أيضاً؛ لأنّ الحقّ له و قد أجازه. (مكارم الشيرازى، ج ١، ص ٣٣١)

بدون شك، مواردى كه حقى - حتى مقتضى آن - وجود پیدا نكرده است، مانند اسقاط حق شفعه، پیش از آنكه شريك سهم خود را به ديگرى بفروشد، يا اسقاط خيار پیش از عقد و يا اسقاط قصاص و ديه قبل از جنایت، مشمول قاعده و مصداق اسقاط ما لم يجب خواهد بود

٧-١-١-٢ سيدابوالقاسم خويى

فى الشروط من أن الرجل يتزوج على امرأة وتشتط الامرة عليه أن لا يأخذ سرية أو امرأة اخرى فان هذا الشرط مخالف للكتاب والسنة فانه ثبت بهما جواز اخذ السرية والمرأة على الزوجة وشرط خلافه مخالف للكتاب والسنة فلا يكون متبعاً. اذن فلم يبقى فى الرواية ما يوجب الاشكال عليها الا توهم أن هذا الاسقاط اسقاط لما لم يجب فان مقتضى الخيار ليس هو عقد المكاتبه ليكون حاصلًا عند الاشتراط بل هو الحرية ومن الواضح انها لم تحصل حتى تكون الامه الحرة ذا خيار فى فسخ عقد النكاح وعدمه فيكون الاسقاط عند الاشتراط فى ضمن الاعانة اسقاطا لما لم يجب وقد ذكر ذلك بعض الشافعية. وفيه أن هذا صحيح فانه يلزم أن يكون الاسقاط فى ضمن الاعانة أن لا يكون لها خيار فى فسخ عقد الزوجية ولكنه لا دليل على عدم جواز اسقاط ما لم يجب فانه بلا دليل فأى مانع أن يسقط الانسان ما لم يجب عليه بعد كما هو واضح فيكفى فى صحة ذلك تحقق ما يترتب فيه حصول ذلك الامر الساقط فعلاً. (الخوئى، ج ٦، ص ١٢٣)

وكذا لو اسقط دية النفس لم تسقط: إذا اقتص من الجاني فسرت الجناية اتفاقاً وبغير قصد إلى عضو آخر منه أو إلى نفسه، فلا ضمان ولا دية : لا يقتص من الجاني عمداً إذا التجأ إلى حرم الله تعالى، ولكن يضيق عليه فى المطعم والمشرب حتى يخرج فيقتص منه ولو جنى فى الحرم جنائياً اقتص منه (الخوئى، ج ٢، ص ١٨٣)

مثال بارز «اسقاط ما لم يجب» جایی است که قبل از اعطای دین به مدیون، مدین این دینی را که هنوز اعطاء نشده است؛ ببخشد و اسقاط و ابراء کند، که به سبب تعلیق چنین اسقاطی مشروع نیست، بر خلاف جایی که مالک کاری کند که از ابتداء ضمانی نسبت به مال تالف شکل نگیرد، که اهدار مال محسوب می شود نه اسقاط، و بر همین اساس تبری طیب از خطاهای احتمالی حکمی علی القاعده محسوب می شود و «اسقاط ما لم يجب» نیست؛ چرا که منشأیت فعل پزشک برای ثبوت دیه، تأثیرش به نحو اقتضاء است به این که خود مریض قبل از طبابت، طیب را از هر گونه ضرر و تلف احتمالی متبری بداند، که این اذن و جواز علی القاعده است و از موارد «اسقاط ما لم يجب» نیست، بلکه از قبیل منع از تأثیر مقتضی است (الخوئی، ج ۴۲، ص ۱۸)

۸-۱-۱ محمد حسن نجفی

الأول (لو نزل عن الشفعة) وتركها وعفا عنها (قبل البيع) فالاسكافي والشيخ والمصنف في النافع والفاضل في جملة من كتبه وولده والمقداد والكركي وثاني الشهيدین والخراسانی والكاشانی علی ما حکى عن بعضهم علی أنه (لم تبطل) الشفعة (مع البيع) لإطلاق الأدلة و (لأنه إسقاط ما لم يثبت .) بل قيل : إن ظاهر الانتصار الإجماع علی ذلك ، قال : « مما ظن انفراد الإمامية به أن حق الشفيع لا يسقط إلا أن يصرح الشفيع بإسقاط حقه » ثم حکى مذاهب العامة إلى أن قال : « قال الشافعي والشعبي : من بيعت شفيعته وهو يشاهد لم ينكر فلا شفعة له ، والذي يدل علی صحة مذهبنا الإجماع المتكرر » إلى آخره وإن كان ستعرف الحال فيه إنشاء الله. (النجفی الجواهری، ج ۳۷ ص ۴۲۸)

۹-۱-۱ شیخ انصاری

ان الخيار من الحقوق لا من الاحكام» (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۱۱) و: «ان الخيار حق مالی قابل لاسقاط» (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۲۹) و آن گاه نتیجه می گیرند که طبق قاعده مسلمة «ان لكل ذی حق اسقاط حقه»؛ صاحب خيار می توان آن را اسقاط نماید (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۳۲)

۲-۱ قائلین به عدم صحت قاعده اسقاط ما لم يجب

۱-۲-۱ موسی نجفی خوانساری

وأخرى: يسقطه فعلا ومنجزا فيكون من إسقاط ما لم يجب .والجواب عنه بأن مع تحقق المقتضى يخرج من إسقاط ما لم يجب غير صحيح، كما بيناه في خيار المجلس ومحصلة: أن بطلان إسقاط ما لم يجب حکم عقلی غیر قابل للتخصيص (النجفی خوانساری، ج ۳، ص ۱۳۲-۱۳۱)

۲-۲-۱ عبدالله مامقانی

فيه ان المانع من عدم صحة إسقاط ما لم يجب ليس هو الإجماع كما زعمه بل المانع ان مفهوم الإسقاط قد أخذ فيه إزالة الثابت فيما لم يثبت هناك شيء لم يتحقق إسقاط و هذا المعنى هو مستند المجمعين لا غير

امکان مخالفت اسقاط حق ارث با قانون بود که خود بر دو رکن استوار بود مخالفت با قهری بودن تملک ناشی از ارث و مخالفت با منع سلب حق کلی. و در تخریب رکن اول از ارکان انگاره دوم با تأکید بر قهری بودن ارث و آمره بودن آن، اسقاط حق ارث را نه مانع تملک سهم الارث که اخراج از مالکیت در طول تملک قهری ارزیابی و از اشکال مخالفت با قانون تفصی جستند. در تخریب رکن دوم از ارکان انگاره دوم نیز اسقاط حق ارث از یک ترکه را مصداق سلب جزئی حق دانستند و بر وضوح آن پای فشردند. انگاره سوم نظریه ی عدم امکان یعنی مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه، نیز فاقد دلایل روشن است و لذا نمیتوان مثبت باشد. با عنایت به بطلان ادله نظریه عدم امکان اسقاط حق ارث، آنچه بی رقیب به نظر می رسد ماده ۱۰ ق.م.ا. است که اجازه هرگونه تراضی غیر مخالف قانون را به اشخاص داده است و ظاهراً اسقاط قراردادی حق ارث نیز مصداق آن محسوب می.شود. بنابراین، اسقاط حق ارث، به معنی واگذاری حق وارث در ماترک به وارث دیگر و یا ثالث، یک عمل حقوقی در طول استحقاق قهری سهم الارث به شمار میرود و صحت آن پیش و پس از فوت مورث با اشکال مهمی روبه رو نیست. نه با قهری بودن ارث مخالف نه ما لم یجب و غیر عقلایی و نه مصداق سلب حق کلی است.

د: برای حل مشکل ناشی از قاعده اسقاط ما لم یجب در ماده ۴۴۸ قانون مدنی نیز می توان گفت:قید تمامی اختیارات از این ماده حذف و در آن تصریح گردد که تنها در مورد اختیارات قابل اسقاط ضمن عقد، شرط سقوط بعض یا تمامی این نوع اختیارات ممکن است. قانونگذار یا باید به طور مستقل در مواد مرتبط با هر یک از اختیارات قابلیت اسقاط آن را تعیین نماید یا اینکه در ماده ۴۴۸ قانون مدنی، نخست به امکان شرط سقوط بعض یا تمامی اختیارات قابل اسقاط ضمن عقد اشاره نماید؛ سپس موارد اختیارات قابل اسقاط و غیر قابل اسقاط را برشمارد www.noormags.ir؛ بدین صورت که مراجعه به ماده ۲۳۳ قانون مدنی ما را به این نتیجه می رساند که شرط سقوط خیار تفلیس و تعذر تسلیم در عقود معاوضی مصداق شرط خلاف مقتضای ذات عقد (موضوع بند نخست این ماده و در نتیجه باطل و مبطل عقد است. شرط غرری سقوط خیار غبن و عیب در موارد غبن و عیب غیر متعارف و همچنین شرط سقوط خیار رؤیت در موارد عدم اطمینان از وجود وصف مذکور در قرارداد درباره کالا از مصادیق شرط مجهولی اند که جهل به آن موجب جهل به عوضین می گردد و باطل و مبطل عقد است. توجه به مقررات امری موضوع مواد ۹۶۰ و ۹۷۵ قانون مدنی نیز اعتقاد به بطلان شرط سقوط خیار تدلیس را موجب می گردد. در نتیجه نحوه انشای اراده طرفین حین عقد نیز شرط سقوط خیار شرط که با اراده طرفین تعارض دارد، باطل است

ه: حضرت امام (ره) پس از نقل ایرادات مربوط این گونه استدلال میکنند که پاسخ صحیح از اشکال (اسقاط خیار مجلس) این است که این اشکال (اسقاط ما لم یجب) با مباحثی که قبلاً اشاره شده است به این دلیل وارد نخواهد بود که اسباب و مسببات در امور اعتباری مانند عقود و ایقاعات را نباید با امور تکوینی واقعی، مقایسه کرد زیرا در امور تکوینی و ذاتی، ترتب معلول و مسبب بر علت قهری بدون اراده افراد صورت میگیرد.

در حالی که در امور اعتباری تأثیر اسباب به صورت ارادی و اختیاری است بنابراین در امور اعتباری، اسقاط کنند و عدم اسقاط حق پیش از ایجاد تابع بناء عقلاً می‌باشد (الموسوی الخمینی، ۱۳۹۸، ج ۴، ص ۱۴۵)

س: بحث فقهی خیار تدلیس در فقه آن چنان شناخته شده نیست، شیخ انصاری و شارحان آثار او از خیار تدلیس ذکری به میان نیاورده‌اند (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۰۹؛ الخيارات و سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۷۴؛ الموسوی الخمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۴-۵، ص ۱۲۱) شهید اول در کتاب شرح لمعه به اقتصار به آن پرداخته است (الجبعی العاملی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۸۹) این خیار غالباً در نکاح و یا ذیل خیار تخلف از شرط بحث شده است. (الجبعی العاملی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۳۷۰) شهید اول در کتاب الدروس الشرعیة بحثی تفصیلی تر داشته و به عنوان هشتمین خیار، خیار تدلیس را بحث کرده است. (مکی العاملی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص ۳۱۸) در این که با خیار تدلیس ارش ثابت است یا خیر، اختلاف بوده و ابن ادریس و شیخ طوسی به اثبات ارش فتوا داده‌اند. (مکی العاملی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص ۳۱۸) و مباحث را با خیار عیب مخلوط کرده‌اند. (مکی العاملی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص ۳۲۱) (به هر حال جایی در کتاب دروس و کتاب لمعه به امکان یا عدم امکان اسقاط این خیار به تصریح اشاره نشده است. هر چند جملاتی به صورت غیرمستقیم دلالت بر این مطلب دارند [۱۵]) (مکی العاملی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، صص ۳۲۱-۳۳۳) به هر حال به نظر می‌رسد، قول فقیهان امکان اسقاط چنین خیاری است. 2.2.3. تحلیل به نظر قول فقیهان و امکان اسقاط چنین خیاری نزدیک‌تر به صحت است. ظاهراً حقوق دانان از اصل خیار تحلیل ناصحیحی داشته و گمان می‌کنند، خیار تنها راه جبران ضرر متعاملین است و حداکثر به این نظر گرایش پیدا کرده‌اند، که خیار ثمره تراضی و اراده طرفین است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵۴، ش ۸۹۸) این مسأله که تدلیس ممنوع و گاه جرم است، دلیلی بر عدم امکان اسقاط آن نیست و اسقاط آن حق و جوازی برای طرف مقابل در دست یازیدن به آن نیست و اصولاً بحث ربطی به نظم عمومی ندارد. تدلیس، خیار و «حق» طرف است و هیچ دلیلی بر عدم امکان حق وی در اسقاط حق موجود نیست. ضمن این که غیرعقلایی بودن این شرط نیز محل اشکال است. طرفین ممکن است، با اسقاط این خیار از ثمن بکاهند یا منفعتی دیگر حاصل نمایند. گمان حقوق دانان آن بوده است، که بین اسقاط حق خیار تدلیس با اعطای جواز برای ارتکاب آن از سوی مقابل تلازم وجود دارد در حالی که هیچ تلازمی در بین نیست. یک طرف می‌تواند، خیار تدلیس را ساقط کند و طرف مقابل موظف به حسن نیت و عدم تدلیس است. ضمن آن که بر فرض که تدلیس واضح شد، خیار تنها راه جبران خسارت یا غرر نیست. خیار تدلیس صرفاً یک نوع تسهیلات و آسانی اثبات دعوا و به نوعی جبران قراردادی خسارت از طریق فسخ معامله است و طرفین می‌توانند از این تسهیلات استفاده نموده فارغ از این که موجب ایجاد این امتیاز و تسهیلات چه باشد، چه اهمیتی دارد خیار به چه سبب ایجاد شده، طرف ذی‌الخیار حق دارد از امتیاز خیار استفاده نماید ولی از طرق عمومی و ذیل مواد عدم ایفا یا اجرای تعهد یا ذیل قواعد کلی لاضرر و لاغرر جبران خسارت نماید، هر چند بار اثبات دعوا با او است. لذا اسقاط حق خیار تدلیس ممکن و صحیح است.

نتیجه گیری

باتوجه به مطالبی که ارائه شد می توان نتیجه گرفت ابطال قاعده اسقاط ما لم يجب توسط فقها (انصار، ج ۱، ص ۱۶۰) و حقوقدانان (امامی، ج ۱، ص ۵۳۸-۳۳۴ دلیل موجهی ندارد. عمده دلیل فقها اجماع و عقل بود که هر دو مخدوش است به این بیان که اگر منظور از اسقاط مالم يجب یا اسقاط حقی که هنوز ایجاد نشده ، اسقاط حق در زمان فقدان و نیستی حق باشد، بی گمان چنین اسقاطی نامعقول و نامتصور و در نتیجه باطل است . اما اگر مراد از آن اسقاط حق در محل ثبوت یا از بین بردن مقتضی و سبب ایجاد حق باشد، مانعی عقلی برای امکان آن وجود ندارد. براین اساس، چون فرض براین است که مردم در اعمال و رفتار و معاملات خود به شیوه عقلا و مطابق موازین عقلی عمل می کنند ، و از آنجایی که برابر اصل صحت باید اعمال حقوقی را در مقام تفسیر حمل بر معنای صحیح آنها کرد ، باید منظور از اسقاط مالم يجب یا اسقاط حقوق آینده را اسقاط در محل ظهور و ثبوت حق محسوب و آن را از لحاظ عقلی صحیح دانست تا وقتی که خلاف آن ثابت نشده است . و در مورد اجماع نیز باید گفته شود: در واقع مبنای اجماع نیز نمی توان در صحت شرط سقوط خيار ضمن عقد تردید نمود. زیرا اجماع مورد استناد ناشی از تعبد و لزوم تبعیت از حکم شارع بر مبنای تعبد مذکور نیست؛ بلکه از منظر عدم اعتبار اسقاط ما لم يجب در نزد عقلا مطرح گردیده است. آن چنان که گذشت، عقلا منعی برای اسقاط ما لم يجب قائل نیستند (خوئی، ج ۶، ص ۳۳۷)

علی رغم شهرتی که بطلان اسقاط مالم يجب در فقه امامیه دارد، تنها معدودی از فقها برای بطلان چنین اسقاطی به اجماع اشاره کرده و در عین حال تصریح نموده اند که اجماع تنها بر بطلان اسقاط حقی منعقد شده که اسقاط، قبل از تحقق سبب آن حق باشد بنابراین، حتی اگر وقوع اجماع را مسلم فرض کنیم تنها اسقاط حق قبل از تحقق سبب ایجاد آن در شمول این اجماع قرار می گیرد و اسقاط حقی که سبب آن ایجاد شده ولی هنوز خود حق به وجود نیامده، در دایره چنین اجماعی قرار نمی گیرد. بعضی از فقها، همانند صاحب جواهر، ضمن رد امکان چنین اسقاطی، برای جواز اسقاط حق شفعه قبل از بیع این چنین استدلال کرده اند؛ اگر منظور از اسقاط حق قبل از حصول متعلق آن باشد، قول صحیح، عدم سقوط حق شفعه است زیرا به عقیده ایشان، تاثیر انشاء قبل از حصول متعلق آن، با فرض عدم وجود دلیلی شرعی، غیر قابل تصور است. ولی اگر مراد از اسقاط حق شفعه قبل از بیع، اذنی باشد که فعلا و حکما تا زمان عقد باقی است، امکان اسقاط آن با چنین فرضی موجه به نظر می رسد (نجفی جواهری، ج ۳۷ و ۳۸، ص ۴۲۷ و ۵۷) . بنابراین در مقام تمهید قاعده امی توان گفت : هر عمل حقوقی - عقد ، شرط یا ایقاع - متضمن اسقاط حقوق آینده صحیح است مگر اینکه مخالف قوانین امری، نظم عمومی و اخلاق باشد .

بدین ترتیب ، به جای نفی امکان اسقاط مالم يجب و بطلان آن در همه موارد ، باید به دنبال آن بود که با وجود ضوابط و قواعد ویژه ای ، به خصوص درجایی که نیاز های مربوط به روابط حقوقی اقتضا می کند، چنین اسقاطی را مجاز دانست . چنانکه ، پاره ای از حقوقدانان نیز سرانجام بدین نتیجه رسیده اند که چنین اسقاطی در حدود معقول بلا اشکال بوده و قیاس موجورات اعتباری حقوقی با امور طبیعی مع الفارق بوده و قصد و رضای

اشخاص در زمینه اعتبارات حقوقی می تواند هم به گذشته وهم به آینده تعلق گیرد . (جعفری لنگرودی ، ج ۱ ص ۱۴۰)

منابع

- ۱) امامی، سیدحسن، حقوق مدنی جلد ۱ و ۲ چاپ بیست و هفتم، تهران، انتشارات اسلامی
- ۲) انصار، محمدعلی، الموسوعه الفقیهه المسیره، ج ۱، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵
- ۳) انصاری، مرتضی، مکاسب، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۲
- ۴) ایروانی، میرزا علی، حاشیه مکاسب: تهران انتشارات کیا، ۱۳۸۴
- ۵) جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق: تهران کتابخانه گنج دانش ۵
- ۶) (۱۳۵۷)، دائرة المعارف حقوق مدنی و، تجارت تهران بنیاد راستاد
- ۷) (۱۳۷۹)، مجموعه محشی قانون مدنی علمی - تطبیقی - تاریخی، تهران: کتابخانه گنج دانش. ۴.
- ۸) (۱۳۹۶) حقوق مدنی وصیت. چاپ چهارم تهران: انتشارات گنج دانش
- ۹) الجبعی العاملی، الروضه البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیه قم اسماعیلیان، ۱۴۱۵ ه. ق
- ۱۰) خوانساری، سید احمد، جامع المدرک فی شرح المختصر النافع، ج ۲، تهران کتبه الصدوق ۱۳۶۴
- ۱۱) خوئی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، بی تا
- ۱۲)، مصباح الفقاهه، ج ۶
- ۱۳)، موسوعه، مؤسسه الخویی الاسلامیه
- ۱۴) رشتی، حبیب الله، فقه الامامیه، بی تا
- ۱۵) سبحانی تبریزی، جعفر، قم: مؤسسه الامام الصادق. ۱۴۱۴ ه. ق
- ۱۶) سبزواری، سید عبدالاعلی، مذهب الاحکام، ج ۱۸،
- ۱۷) طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، ج ۲، تهران: دارالمعارف الاسلامیه ۱۳۷۸ ه. ق
- ۱۸) عراقی، ضیاء الدین، شرح تبصرة المتعلمین، ج ۵
- ۱۹) کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران، ش ۲۲۵
- ۲۰)، نظریه عمومی تعهدات (تهران: نشریلدا، ۱۳۷۴) ش ۳۷۰.
- ۲۱) قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ش ۹۳۵
- ۲۲) نظریه عمده تعهدات، ش ۳۷۰.
- ۲۳) (۱۳۹۷) ایقاع چاپ هفتم تهران: انتشارات میزان
- ۲۴) لاری، عبدالحسین، التعليقة علی مکاسب، ج ۲، بی تا
- ۲۵) مامقانی، عبدالله، نهائة المقال مجمعالذخائر الاسلامیه
- ۲۶) متین دفتری، احمد، آئین دادرسی مدنی وبازرگانی، چ ۲، تهران، ج ۳، ش ۳۹۳.

- (۲۷) مظفر، محمدرضا، حاشیة المظفر علی المكاسب، ج ۲،
- (۲۸). مکارم شیرازی، ناصر، بحوث فقهیة هامه،
- (۲۹) معین ، فرهنگ فارسی معین ، زیز واژه اسقاط
- (۳۰) الموسوی الخمينی روح الله مباحث حقوقی تحریر الوسيله چاپ سوم تهران: انتشارات مجد. (۱۳۹۸)
- (۳۱) کتاب البيع چاپ الرابع :تهران: انتشارات مؤسسه تنظيم و نشر آثار الامام
الاموسوی الخمينی (ره)
- (۳۲) - تحریرات فی الفقه چاپ الرابع تهران انتشارات مؤسسه تنظيم و نشر آثار الامام
الاموسوی الخمينی (ره) (۱۳۷۷)،
- (۳۳) تحریرالوسيله، مترجم سيّد محمد باقر موسوی همدانی قم جامعه مدرسين حوزه
علمیه قم دفتر انتشارات اسلامي الموسوی الخمينی (۱۴۱۵ق
- (۳۴) المکی العاملي ، الدروس الشرعيه فی فقه الاماميه، جلد سوم مشهد مجمع البحوث الاسلاميه، ۱۴۲۶ق
- (۳۵) مصطفوی، سيد کاظم . قواعد فقه یک جلد اول چاپ سوم. تهران: انتشارات میزان. ۱۳۹۵
- (۳۶) مرتضوی، سيدحسن ، درسهای مکاسب. جلد چهارم چاپ اول تهران: انتشارات بوستان ، ۱۴۰۰
- (۳۷) مصباح یزدی ، محمدتقی، آموزش فلسفه. جلد دوم. چاپ هفدهم تهران انتشارات شرکت چاپ و نشر
بين الملل ، ۱۳۹۶
- (۳۸) نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۳۷ و ۷، بیروت ، دارالخیاء التراث العربی
- (۳۹) نجفی خوانساری، موسی، منیة الطالب، ج ۳، بی تا
- (۴۰) نوبخت، یوسف ، اندیشه های قضایی ، چ ۵، تهران، کیهان ، ۱۳۷۶، ش ۲۰۹
- ب: مقالات
- (۴۱) بهروزی، سمیه و رنجبر رضا . (۱۳۹۲). بررسی رابطه قاعده اسقاط ما لم يجب با اخذ برائت پزشک از
بیمار». فصلنامه -علمی- پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی
- (۴۲) بیگدلی عطاء الله . (۱۳۸۹). اسقاط خيارات در حقوق ایران و فقه امامیه» دوفصلنامه پژوهشنامه
حقوق اسلامی خانی محمدرضا . (۱۳۹۹) بررسی « شرط سقوط تمام خيارات از منظر فقه امامیه».
- فصلنامه بين المللی قانون یار
- (۴۳) زنجانی، عباسعلی و ، احمدزاده ابوالفضل (۱۳۹۰) بررسی کلیات احکام خيارات». مجله فقه و مبانی
حقوق اسلامی ۴۴
- (۴۴) مولودی قلاچی محمد (۱۳۷۹) اسقاط حقی که هنوز ایجاد نشده است». مجله دانشکده حقوق و
علوم سیاسی دانشگاه تهران
- (۴۵). یوسفوند، زینب ، احمدی سیدمحمد مهدی مرادخانی احمد عسگری علیرضا (۱۳۹۸) برائت طبیب
با تمسک به قاعده اسقاط ما لم يجب». فصلنامه حقوق پزشکی